

¿REPENSANDO EL DERECHO DE FAMILIA¹?

Carol Smart

*Centro Morgan para el Estudio de las Relaciones y la Vida Personal
Universidad de Manchester
Reino Unido*

Introducción

El enfoque principal de este artículo versará sobre si es necesario repensar los enfoques feministas del derecho de familia como resultado de los acontecimientos de cómo teorizamos la “vida personal” y sus conexiones (Smart, 2007), y también en relación con las maneras en que el propio derecho de familia ha cambiado durante aproximadamente la última década. Sugiero que la investigación feminista contemporánea necesita integrar la comprensión de los cambios reales que han ocurrido en el derecho de familia con estos nuevos enfoques teóricos, para evitar la repetición estéril de las viejas posturas que se han vuelto demasiado rígidas como para abrazar por completo las complejidades de hoy en día. Para estar alerta de cómo se puede implicar a los cambios legales (tanto positiva como negativamente), en las vidas diarias de las mujeres y sus parientes, necesitamos comprender cómo se entremezclan las diferentes dimensiones de la vida contemporánea, generando diferentes significados, además de distintas necesidades.

Al buscar desarrollar el mencionado enfoque, me centraré aquí en los modos cambiantes en que el derecho de familia inglés busca crear lazos reconocidos entre los individuos y a través de las generaciones, con el objeto de crear una familia que pueda ser reconocida como entidad legal. En tanto la presunción popular tiende a ser la de que el derecho simplemente se dibuja sobre relaciones biológicas o maritales pre-definidas, yo argumentaré que la relación entre la conexión biológica (a la que generalmente se refiere en la actualidad como “lazos genéticos”) y el reconocimiento legal del establecimiento del parentesco han sido siempre más ambiguos y menos directos que esto. Más aún, la ya compleja tarea de reconocer y crear relaciones legales se ha vuelto más difícil, dado que la forma real y potencial del parentesco moderno continúa cambiando. Con esto, me estoy refiriendo a tales acontecimientos en el Reino Unido, como la unión

.....
1 Traducido por Alejandro Piombo.

civil² de parejas, la reproducción asistida, la donación de gametos, y el reconocimiento de la paternidad en parejas del mismo sexo. Por lo tanto, mi argumento es que deberíamos resistir a la tentación de seguir analizando el derecho de familia en términos de su potencial para normalizar y/o celebrar formas de parentesco patriarcales y heteronormativas y, en cambio, enfocarnos en cómo las prácticas de parentesco requieren que el derecho no se quede atrás con los rápidos cambios, que hacen, a su vez, que el mismo derecho sea más flexible y fluido. De este modo, yo opino que es importante no adjudicarle un énfasis principal a la forma en cómo el derecho “actúa sobre” las relaciones, sino en el modo en cómo las distintas formas de relaciones “actúan sobre” el derecho. Este enfoque nos recuerda el trabajo de Michel Foucault (1979), sobre el que yo argumento que el derecho contemporáneo no dice “no” a la diversidad y a las diferencias; sino que, también siguiendo a Foucault, opino que esto puede albergar otros medios menos visibles para la regulación de la vida personal, dado que siempre hay en juego luchas potenciales de poder. Por lo tanto, cuando sugiero que el derecho de familia está reflejando de manera positiva los cambios originados por la familia que se modifica y las prácticas de parentesco, además apunto a otros desarrollos que buscan regular la forma en que se deberían desarrollar el género y las prácticas generacionales.

Reconceptualizando a las familias: La vida personal

Los enfoques sociológicos y antropológicos para comprender las relaciones –a los que la antropología se refiere como los nuevos estudios de parentesco (Carsten, 2004)– se centran principalmente en los significados que la gente da a sus relaciones y a sus prácticas de parentesco y de no parentesco. Existe ahora menos interés en la comprensión formal de los lazos de matrimonio o de sangre, y una mayor curiosidad por los significados y las emociones con que la gente se acerca a aquellos definidos como parentesco (Finch y Mason 1993; 2000). Estos significados son creados y practicados de varias formas a través de rituales tales como las celebraciones de bodas, las vacaciones familiares, la conservación de fotos y recuerdos y, por supuesto, el cuidar y compartir (Gillis, 2004; Miller, 2001; Smart, 2007). Las cualidades del afecto, las normas de reciprocidad, la atención a las diferencias personales, todo se combina para crear lazos que a su vez pueden ser más importantes que los genéticos o de sangre; de modo que tanto la investigación sociológica como la antropológica se enfocan ahora

.....
 2 Traducción del “Civil partnership” inglés, que legaliza la unión de dos personas del mismo sexo.



cada vez más en la forma en que la gente hace y sustenta el parentesco ordinario y de todos los días y, al menos en estos ámbitos, pocos se centran actualmente en “la familia” como institución, y los debates han virado hacia una apreciación de la entidad de individuos en la creación (y la ruptura) del parentesco.

Sin embargo, lo anterior no implica que los lazos biológicos, genéticos o de sangre no conlleven significados especiales dentro de las redes personales. Sabemos que la gente pone mucho énfasis en las líneas sanguíneas, o en tener hijos/as “propios”, o en conocer quién es el padre “real”; pero estos valores y metáforas se pueden también analizar en términos de significados culturales más que reclamos esencialistas acerca de la prioridad de los lazos genéticos. Esto significa que a tales reclamos no se les da una primacía ontológica en las nuevas formas de análisis del parentesco. De hecho, parece que la gente puede pasar con facilidad de hablar acerca de la fuerza determinista de la genética como la cosa que enlaza y junta a la gente, a incluir a un amigo cercano en su red de parentesco o de familia. Por lo tanto, tenemos relaciones complejas tanto con los parientes genéticos como con el parentesco elegido, y podemos entretrejerlos en diferentes patrones en distintas ocasiones (Weeks *et al*, 2001; Weston, 1997). El cliché “la sangre es más espesa que el agua” es uno que a menudo se escucha, pero igualmente frases como “Mi mejor amiga es como una hermana para mí” parecen también prevalecer (Spencer y Pahl, 2006). Lo anterior significa que es posible mantener un rango de puntos de vista contradictorios, a menudo desplegando diferentes metáforas en distintos contextos, pero adhiriéndonos a todas ellas sin una aparente inseguridad ontológica.

En alguna otra ocasión, he argumentado (Smart 2007) que es importante desarrollar nuestro análisis teórico sobre la vida personal y las prácticas familiares con modos que están fundados en la investigación empírica. De esta manera, sugiero que podemos estar en contacto con los significados de parentesco que sostiene la gente, a la vez que obtener una mejor visión de las prácticas cambiantes. Por eso, cuando estamos considerando el funcionamiento de algo como el derecho de familia, u otras políticas legales, deberíamos, como feministas, mantenernos cerca de las prácticas familiares reales y también ser capaces de ponernos en la piel de la gente que hemos estudiado, para ver el mundo de un modo diferente. Con esto no sugiero que vayamos a obtener respuestas simples, sólo advierto contra la teorización y la generación de políticas que se desprenden desde arriba, porque una ciencia social que está separada de las realidades de todos los

días es una ciencia social pobre. Por esto, en lo que sigue, quiero incorporar elementos de la investigación empírica a mi discusión, el derecho del caso legal y las discusiones de políticas, pero, primordialmente, quiero enfatizar que necesitamos estar advertidos de los modos complejos en que la gente está viviendo su vida personal. En la siguiente sección, discutiré lo que considero como cambios positivos en el desarrollo del derecho de familia inglés y la forma en que ellos pueden ser vistos como un elemento que responde a los cambios bastante drásticos en lo que se comprende como “familia”. En la sección posterior, desarrollaré argumentaciones acerca de los sucesos menos positivos que se están desarrollando en ámbitos paralelos.

Los cambios positivos: La flexibilidad del derecho sobre el parentesco.

Siempre se ha considerado que el derecho de familia sostiene y refuerza a las familias patriarcales, nucleares y heteronormativas (Smart, 1984; Auchmuty, 2004; Stychin, 2003; Jeffreys, 2004). A pesar de que no deseo descartar por completo estos argumentos, sin embargo, cuestiono esta clase de enfoque. En lugar de esto, parece importante desarrollar una perspectiva con otro matiz, insertando otros aspectos de análisis en este panorama. Esto sucede porque el derecho de familia opera de formas bastantes complejas y a veces contradictorias, y también produce consecuencias no planeadas y no buscadas. De modo que, incluso cuando las reformas al derecho se introducen inicialmente con claras intenciones políticas, las consecuencias no se pueden garantizar por anticipado. Donde una vez se podría haber discutido que el intento del derecho de familia inglés era imponer un orden patriarcal con claros límites morales sobre la vida familiar, esto está ahora mucho menos claro. De hecho, el derecho se ha dedicado cada vez más a tratar de “ponerse al día” con la realidad social, pues busca reformularse en línea con la fluidez familiar (de parentesco) de hoy en día. Yo sugiero que el derecho busca a menudo llevar las afinidades electivas (o el parentesco escogido) a relaciones legalmente reconocidas y, al hacer esto, el derecho *puede* regular y normalizar, pero su primer intento es proteger y reconocer las afinidades que la propia gente común desea reconocer, salvaguardar y respetar. Entonces, yo iría un poco más allá al sugerir que existen resultados de esta clase de intervención que no se pueden predecir, dado que los ámbitos en los que se mueve el derecho nunca son estáticos. Cada paso dado en la dirección del reconocimiento de nuevas formas de asociaciones toma lugar dentro de una ya compleja red de relaciones legales y afinidades sociales/personales que implica que las nuevas medidas o decisiones nunca son directas o carentes de complicaciones en sus resultados.



Dado lo anterior, sugiero que es útil ver al derecho como la práctica de establecer el parentesco, con lo cual quiero decir que de varias formas el derecho funciona para crear formas de parentesco reconocidas y reconocibles. Por lo tanto, mientras que alguna vez las prácticas de establecer el parentesco pueden haber sido en gran medida impuestas, en los últimos tiempos, son solamente tan probables como los intentos de mantenerse al día de los cambios sociales y las prácticas culturales. Un ejemplo histórico de esta pasada práctica social sería la forma en que el matrimonio constituyó el mecanismo para crear un parentesco reconocible entre hombres y niños/as y que se debe hacer cumplir legalmente. De este modo, el matrimonio cumplió varias funciones, y una de esas funciones primarias se abocó a establecer la paternidad, que a su vez reguló la herencia y la propiedad. Es significativo que el derecho inglés insistía en que cualquier niño/a que naciera de una mujer casada era el hijo/a legítimo de su esposo. Por ende, era el matrimonio en lugar de la biología el que determinaba la paternidad. De este modo, podemos ver que el derecho inglés ha intentado durante mucho tiempo transformar potencialmente el parentesco “ficticio” en uno de característica legal. Por esto, podemos ver que incluso ciertos elementos del derecho de familia tradicional se podrían describir como una práctica para “establecer” el parentesco, con lo que quiero decir que podía tratar a los hombres y a los niños/as de las familias casadas como si fueran parientes “reales”, sin tener en cuenta la verdadera conexión biológica.

Otro ejemplo temprano de este proceso de establecimiento del parentesco sería la introducción de la adopción legal, de 1926 (la Ley de Adopción de Niños *the Adoption of Children Act*), que dio un giro significativo en la forma de dar respuesta al reconocimiento de diversas formas familiares. Barton y Douglas (1995) describen uno de los comités que investigaba sobre la conveniencia de la adopción legal en Inglaterra luego de la Primera Guerra Mundial. El Comité para la Adopción de Niños definió la adopción como:

Un método legal para crear, entre un niño y alguien que no es el padre natural del niño, *una relación familiar artificial* análoga a la de un padre y su hijo.

(Primer Informe, Cmd 2401, párrafo 4 (1924 – 25) citado en Barton y Douglas, 1995:75, las cursivas son mías)

La terminología del Informe es muy reveladora. El niño/a introducido en la familia por medio de la adopción es visto como el elemento que crea una

familia “artificial”; y esta terminología es claramente peyorativa, dado que se entiende como la antítesis de la familia “natural”, donde se presume que lo natural es lo mejor. Esta idea de crear relaciones de familia legalmente reconocidas fue preocupante en ese entonces, y muchos argumentaron que eso socavaría la vida familiar correcta. Sin embargo, no se convirtió en una política y los padres adoptivos de ese entonces fueron alentados de forma positiva a no contar a los niños/as la “verdad” acerca de su concepción y paternidad genética.

Martin Richards (2006) ha rastreado las complejas relaciones entre el derecho y la paternidad en Inglaterra desde la AID (“inseminación *artificial* por el donante”; según sus siglas en inglés) hasta el surgimiento de las pruebas de ADN a finales de la década de 1990.

Este autor subraya las maneras en que el derecho de familia y dichas políticas tratan con una variedad de “ficciones”. De este modo, por ejemplo, cita, en su recomendación, del Informe del Comité Warnock, que un niño/a concebido por una mujer a partir del empleo de esperma de un donante debería ser tratado legalmente como descendencia de su esposo. El Comité declaró:

Somos plenamente conscientes de que esto puede ser criticado por intentar *legalizar para una ficción*, dado que el esposo de una mujer que ha concebido por medio de la AID no será el padre genético del niño [...]. Sin embargo, sería, según nuestro punto de vista, consecuente con la idea de que el padre asuma todos los derechos y deberes de paternidad con respecto al niño. (Richards 2006: 57 citando el *Reporte del Comité de Investigación sobre Fertilización Humana y Embriología*. 1984: 26. Las cursivas son mías)

Esta cita es un buen ejemplo del modo en el cual las relaciones genéticas o naturales se preferían, en la década de 1980, en el derecho de familia, porque se dice que el donante para la inseminación da lugar a un parentesco ficticio; pero al mismo tiempo, mientras que estas relaciones se estuvieron describiendo como “ficciones”, no se les dio sin embargo el mismo estatus legal que a las creadas por la reproducción no asistida. A partir de estos ejemplos, es posible ver cómo, durante un buen tiempo, el derecho de familia ha dicho una cosa, pero ha hecho otra.

Un ejemplo contemporáneo de esta capacidad del derecho de familia inglés para trascender la ortodoxia es la introducción de la Unión Civil (o



matrimonio entre el mismo género), en 2004. Esta reforma es un paso adicional en el proceso por reconocer el parentesco no convencional. Algunos críticos de las reformas consideran estas medidas como un modo de imponer valores y estructuras heteronormativos sobre lo que, de otro modo, serían relaciones transgresoras (Carl Stychin, 2003). Sin embargo, otros ven las medidas legales como la celebración de la diferencia y como el ofrecimiento de protección para las relaciones del mismo sexo. Las propias parejas del mismo sexo no ignoran las consecuencias de potencial negativo de este reconocimiento (Smart, 2007b), aunque esto no signifique que ellos lo deseen. Tomemos la siguiente cita⁴ de una lesbiana que eligió casarse, como ejemplo de la conciencia de estos complejos aspectos que muestran las parejas del mismo sexo:

Steph: Esto se trata de la complejidad y la diversidad de las relaciones hoy en día [...] y sabes que eso debería ser bienvenido. Yo creo que las relaciones de las personas deberían ser bienvenidas, y si tu demuestras un compromiso con alguien y deseas estar con ellos y ayudar a cuidarlos, y si ellos quieren cuidarte y ser parte de la familia del otro y deseas ser parte de la comunidad, entonces, eso debería ser bienvenido. Y creo que eso enriquece al país, y también creo que enriquece al mundo.

A partir de lo que dice Steph en este corto pasaje, queda claro que la legitimación de las afinidades electivas entre el mismo sexo es importante, porque el reconocimiento legal acarrea consigo el potencial para reconocer y extender los lazos emocionales. En otras palabras, la unión civil no sólo enlaza parejas de un modo socialmente reconocido, sino que también ofrece un rango de relaciones adicionales que adquieren existencia formal. Esto implica que el(la) compañero(a) civil se convierte en un “pariente político” o en pariente de los padres de su compañero(a) y de los medios hermanos, y esto constituye una práctica para “establecer un parentesco”. Si estas formas de compañero(a) civil se asumen y adquieren un significado o no, depende de las circunstancias individuales, pero extiende el alcance de las relaciones. De muchas maneras, esto es lo que el proceso legal de adopción ha hecho en relación con los niños. Simplemente se extiende el

.....
 4 Esta cita (y las que siguen) fueron tomadas de un proyecto financiado por un ESRC (ref. R000230418) que se llamó ‘Matrimonios gay y lésbicos: Una exploración a los significados y la significancia de la legitimación de las relaciones entre el mismo sexo’. El equipo de investigación estuvo integrado por Carol Smart, Jennifer Mason y Beccy Shipman. Para más información acerca del proyecto, ver Shipman y Smart 2007, y Smart 2007b y 2008.

panorama de las relaciones significativas reconocidas por la ley. La significancia ontológica del reconocimiento de estas relaciones en el caso de la adopción ahora se reconoce, y de este modo es igualmente importante reconocerlas en el contexto de las relaciones entre el mismo sexo. En la próxima cita es posible ver precisamente esta extensión:

Chris: Sí, esto ha hecho que mi familia y la de Sarah se hayan podido acercar más durante el último par de años.; desde que nos hemos casado, estamos realmente cercanos.

Sarah: Quiero decir que cuando salimos y hacemos cosas, ellos me presentan como su cuñada. Y eso es como si tu madre y tu padre te presentaran como su hija, y eso está perfecto, no se podría esperar más que eso, ¿verdad?

Sally (*dirigiéndose a su compañera Judy*): Y le dije a tu padre: "¿Debo llamarle papá ahora?" Y él me respondió con toda seriedad: "Oh, sí, deberías hacerlo": yo sólo bromeaba, de modo que no sé si ellos nos ven de manera diferente ahora, o esto les ha dado la facultad de reconocernos más al menos a tu padre y a tu madre.

Estos comentarios pueden sonar convencionales en la superficie, pero tal comprensión superficial pierde los significados subyacentes que se encuentran en juego cuando se invita a un círculo familiar o de amigos más amplio a ser testigos de un casamiento entre personas del mismo sexo. El deseo de colocar las relaciones personales dentro de un contexto de parentesco, atestiguado por los demás, genera un nivel de significancia que va más allá de la propia relación.

El modo en el cual se crea una aceptación y un reconocimiento a través de una ceremonia formal y mediante la adquisición de un nuevo estatus legal fue un tema fuerte en muchas de las entrevistas llevadas a cabo en nuestro estudio acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo (ver Smart 2007b, 2008). Es esta práctica la que yo consideraría como las raíces del "establecimiento del parentesco" y esto tiene, a su vez, repercusiones radicales. Tal como ha sostenido Jeffrey Weeks:

Después de 2005, cualesquiera que fuesen las limitantes de la Ley de Asociación Civil, [...] se rompió también el lazo entre el matrimonio y



la heterosexualidad. Esta es una ruptura profundamente simbólica; y quizás es la ilustración más drástica de este nuevo mundo que hemos construido (Weeks 2007: 15).

El concepto de “repercusiones radicales” es importante aquí porque el punto de vista de Weeks demuestra que las reformas legales realmente pueden tener consecuencias impredecibles. Esto implica que una reforma legislativa que estuvo dirigida a parejas del mismo sexo, presenta ramificaciones mucho más amplias para todas las otras formas de parentesco. Se pueden encontrar otros ejemplos notables de esta clase de cambios radicales en la Ley Inglesa de Fertilización Humana y Embriología, de 2008, que reconoce que un niño puede tener dos madres,⁵ y permite, en el caso de madres lesbianas, que ambas sean citadas en el Certificado de Nacimiento. Ha habido también importantes casos en la Corte donde se ha hecho evidente que el derecho desea cada vez más, en la práctica, reconocer y proteger nuevas formas de parentesco. Uno de tales casos en Inglaterra fue el de *Re D (Contact and PR: Lesbian mothers and known father Madres lesbianas y padre conocido) (No.2) [2006] EWHC 2 (Fam)*. En este caso, las Cortes reconocieron la supremacía de la “paternidad” de un niño por parte de dos madres y rechazaron las demandas de parte de un donante conocido acerca de que él debería ser tratado del modo en que lo sería un padre heterosexual divorciado. El padre genético, en este caso, quería afirmar su paternidad legal y también que se le otorgase la custodia compartida del niño, lo cual habría implicado que el niño tendría que vivir con él el 50% del tiempo. Este hombre argumentó que él era más importante que la pareja de la madre lesbiana por nacimiento y rechazó a reconocerla como un pariente “real”. Sin embargo, su punto de vista (tradicional) no se pudo sostener y el Tribunal apoyó decididamente a las dos madres.

Estos ejemplos de cambios legales y decisiones del Tribunal muestran la clara tendencia, por parte del derecho de familia inglés, a adoptar nuevas formas de parentesco en modos que podrían haber sido inimaginables hace sólo una década atrás. Más aún, estos cambios no han sido impuestos por una legislatura benigna, sino más bien logrados por la gente común que ha estado modificando activamente las maneras en que arreglan sus relaciones y sus modelos de parentesco. No obstante, y a pesar de estos acontecimientos positivos, es importante señalar que hay también consecuencias negativas que acompañan estas luchas legales, y ahora me volcaré a considerar estos hechos.

.....

5 Sin embargo, se debería notar que una “segunda” madre se va a designar como un padre femenino y un segundo padre como padre masculino.

Los procesos negativos: la vigilancia y el parentesco forzado

He argumentado que el derecho de familia inglés se ha vuelto más flexible y que su reconocimiento de las redes de parentesco que la propia gente crea posee elementos progresistas e importantes. El caso de la unión civil y también el reconocimiento de la paternidad en parejas del mismo sexo se pueden ver como respuesta a las presiones y los reclamos hechos por familias *gays* y lésbicas. Sin embargo, el derecho de familia no sólo está sujeto a las influencias de estos grupos y, si aceptamos que estos ámbitos son altamente complejos, no debería sorprendernos descubrir clases de reclamos muy diferentes que están siendo expresadas por otros grupos de interés (por ejemplo, los grupos de derechos de los padres) y también grupos profesionales (por ejemplo, los trabajadores sociales y los consejeros genéticos). De modo que al mismo tiempo que atestiguamos un cambio de las formas de "establecimiento de parentesco" legalmente reconocidas que siguen a las líneas biológicas o sanguíneas de un modo determinístico, también podemos ver la reemergencia de reclamos por la supremacía de los lazos genéticos, especialmente alrededor de la paternidad.

En las esferas de la adopción, y más recientemente en el campo de la reproducción asistida, se ha insistido en la idea que los niños/as deban saber (o se les deba contar) sus verdaderos orígenes genéticos. Donde una vez los padres adoptivos fueron alentados a no contarle a sus hijos/as, hoy en día no se les permite a las parejas adoptar a menos que ellas estén de acuerdo en decir la "verdad"; y a menudo se les pide estar en contacto con los padres por nacimiento o al menos con la cultura de los mismos. Incluso a los miembros de las parejas que llegan a la concepción a través de la donación de esperma se les aconseja contarles a sus hijos/as las circunstancias de su concepción. En los casos de donación de embriones, también se aconseja a las madres que dieron a luz que les cuenten a sus hijos/as sobre la madre donante (Konrad, 2005; Murray y Golombok, 2003; MacCallum y Golombok, 2007; Paul y Berger, 2007). Estos cambios en las políticas son, según se argumenta, en beneficio de los propios niños/as. Yo no cuento con el suficiente espacio aquí como para comprometerme en un debate acerca de lo que constituye el mejor interés para los niños/as, debido a que éste es un campo muy extenso y debatible. En lugar de ello, me centraré en lo que esas directrices implican sobre las prácticas de parentesco en las familias comunes. Yo estoy interesada en ver si la imposición de estos lazos de parentesco cambia o no las prácticas familiares y si estas políticas se deberían ver como una nueva forma de reimposición de una vieja ortodoxia.



Un campo que se está volviendo cada vez más controvertido y que se está litigando hoy en día es el de la determinación del padre genético de la criatura. La incertidumbre de la paternidad no es un dilema, pero tal como lo señalé antes, en el pasado resultaba muy complicado para un esposo negar la paternidad de su hijo/a nacido dentro del matrimonio. Sin embargo, el auge de las pruebas de paternidad a través del ADN ha generado una situación en la cual dondequiera que se halle el conflicto, un padre puede recurrir a la prueba de paternidad para ver si él es o no el padre genético. Esto, a su vez, influye en si los Tribunales impondrán o no sobre él las responsabilidades en curso para el niño/a. Esto es ahora la práctica común en los casos de divorcio, al igual que en los casos de niños/as nacidos fuera del matrimonio. En estos casos, la responsabilidad vigente de sustento económico para los niños/as se enlaza puramente con las relaciones genéticas; por lo tanto, esta tendencia corre a contracorriente de las que se discutieron anteriormente, donde los lazos familiares no se consideran como exclusivamente dependientes de la genética. Actualmente, se están escuchando en los Tribunales ingleses casos del (llamado) “fraude de paternidad”. En estas situaciones, un hombre entabla una demanda en contra de una madre para obtener una compensación económica al descubrir que él no es el padre genético del niño/a que ha ayudado a criar.

Cada vez con más frecuencia los Tribunales ingleses están insistiendo en la revelación de la “verdad genética” como un modo para resolver esta clase de disputas. En el caso que cito más adelante, la madre y su esposo deseaban criar un niño como “propio”, aún cuando estaba claro que el niño era el hijo del antiguo amante de la mujer. La pareja quería criar al niño sin ninguna clase de interferencia por parte del padre genético ya alejado. Sin embargo, el antiguo amante quería establecer la paternidad legal y conocer al niño. Cuando se le preguntó a la mujer qué le diría al niño acerca de su concepción, la madre declaró en la Corte:

“Le mentiré (a mi hijo H). Lo haré para protegerlo. En mi mente, mi esposo es el padre...”

Madre en Asunto H (un menor) (Pruebas sanguíneas: derechos de paternidad) - [1996] 3 FCR 201 at 207

Sin embargo, el Tribunal no le permitió a la mujer hacerlo, ni tampoco le otorgó a su esposo la paternidad legal sobre el niño. La madre quería crear una “ficción” para, según su punto de vista, proteger al niño; sin em-

bargo, en este caso, la “ficción” que ella deseaba no se consideró aceptable porque el padre genético quería establecer reclamos sobre el niño. Por lo tanto, el juez insistió en que todos deberían ajustarse a la relación genética, sin tener en cuenta el hecho de que ni la madre ni su esposo deseaban hacerlo. En este caso, el juez sintió que se le debía dar prioridad a la genética:

Si H crece sabiendo la verdad, eso no mermará su acercamiento a la figura de su padre y saldrá adelante sabiendo que tiene dos padres. Es mejor eso que la cuenta atrás de una bomba de relojería.

Juez de Apelación de Justicia, Asunto H (un menor) (Pruebas sanguíneas: derechos de paternidad) - [1996] 3 FCR 201 at 220

Una razón para centrarse en este caso es el hecho de que los comentarios del juez se pueden leer de dos maneras muy diferentes. Por una parte, sus palabras se pueden considerar como portadoras de flexibilidad legal, donde él se encuentra satisfecho de crear una situación en la cual el niño tiene tanto un padre genético así como uno social. Al tomar este camino, el juez puede parecer muy progresista y la madre podría ser considerada como muy convencional al querer pretender que ella tiene una familia “normal”. Por otra parte, el juicio podría considerarse demasiado intrusivo y como despojante de poder de intervención para la familia. Desde este punto de vista, la pareja está obligada a fomentar una relación de parentesco entre el niño y su padre genético, a pesar de que ellos crean que esto pueda ser dañino y que lo encuentren extremadamente difícil. Ellos no tienen alternativa y tienen que vivir su experiencia familiar tal como lo requiere el Tribunal. Lo que surge de este caso es el modo en que la ley está preparada para intervenir en la regulación de los preceptos morales (Konrad, 2005) de las familias de los individuos. Este caso implica una difícil lucha de poder entre el parentesco genético y el social y, en esta instancia, se establece la prioridad de la paternidad genética sobre la social.

Un estudio de Murray y Golombok (2003) es de gran importancia para comprender las complejidades de estas situaciones. En su trabajo, fueron entrevistadas 17 familias relacionadas con la donación de embriones, y con hijos/as entre 3 y 8 años de edad, a las que se consultó acerca de su decisión de contarles o no a sus hijos/as su origen genético. Aproximadamente la mitad (8) de los padres no tenía la intención de



contar esto a sus hijos/as, 4 de ellos estaban indecisos, y 5 planeaban hacerlo en el futuro. La principal razón del porqué las madres se oponían a contar a sus hijos/as la “verdad” genética era debido a que ellas querían protegerlos. En otras palabras, su concepto acerca del bienestar de los niños/as era todo lo contrario de lo seguido por los Tribunales ingleses en casos similares. En tanto un juez podría argumentar, tal como el anterior Juez de Apelación de Justicia, que la relación de un niño/a con un padre “social” no se vería afectada por el descubrimiento de que el padre “social” es genéticamente extraño, queda claro que estos padres no estaban demasiado seguros. Para ellos, el descubrimiento del niño/a implicaba su posible rechazo como padres. Estos últimos también temían que otros miembros de la familia pudieran ver al niño de un modo diferente si se conociera ampliamente la verdadera paternidad genética. Este factor es a menudo bastante ignorado, incluso en los casos de disputas por la paternidad; además, es incierto el modo en el cual el resto de la familia reaccionará ante un niño/a cuya paternidad está en duda o se descubre que fue concebido fuera de la extensión de un matrimonio heterosexual. En el Asunto H que mencioné anteriormente, el juez asume que el niño permanecerá apegado a su padre social cuando él sepa que tiene un padre genético distinto, pero no se considera en absoluto si la otra relación de parentesco del niño estará sujeta a él. Las ondas que fluyen a través de una familia más amplia no tienen cabida en estos juicios, no obstante que pueden ser muy importantes en la vida diaria del niño y de sus padres.

Un problema con el nuevo entusiasmo por demandar a los padres que les cuenten a sus hijos la “verdad” genética es que conocer el parentesco genético se considera frecuentemente como el precursor de la formación real de relaciones con éste. Nuevamente, esto puede presentar aspectos tanto negativos como positivos. A partir de los estudios sobre la adopción, sabemos que los adultos que fueron adoptados al ser niños/as desean conocer a sus madres por concepción, aunque no está tan claro si ellos quieren tener lazos estrechos con dichas madres (Carsten, 2000). Existe además cierta evidencia de que los adultos que fueron concebidos a través de la donación de esperma desean conocer a los padres donantes, y también a sus medio hermanos. El deseo de conocer a estos últimos resulta particularmente significativo, dado que esto es un hecho inesperado acorde con la calidad anónima del donante (Freeman *et al*, 2009). Por cierto, la búsqueda de los medio hermanos (donde algunas personas pueden descubrir que tienen docenas de ellos) se podría ver

como otro ejemplo de la práctica de establecimiento del parentesco de origen popular, dado que éste es un modo de extender nuestro círculo de parentesco, si es que así lo deseamos. Sin embargo, puede haber una diferencia entre buscar un pariente extra al ser adultos, y tener un pariente impuesto siendo aún niños/as, y en contra de los deseos de los padres u otros miembros de la familia. El siguiente caso arroja cierta luz sobre este aspecto:

El caso de D⁶

El caso de D ocurrió en 2006 y tuvo que ver con un niño de 11 años de edad conocido como T. La madre del niño tenía 14 años al momento del nacimiento del niño que estaba en el Cuidado de la Autoridad Local. Ella identificó al padre putativo, y este joven identificado reconoció la paternidad. Sin embargo, la madre no podía cuidar a T y, por lo tanto, el niño fue a vivir con la abuela paterna (la Sra. D) a quien eventualmente se le otorgó la guardia y custodia para T. Viviendo con T y su abuela se encontraban su hermano y un primo. Los apuntes del caso reportan que T nunca vio a su madre y sólo lo hizo ocasionalmente con su padre, de modo que su cuidadora más importante y significativa era su abuela paterna. En ocasión de cumplir T diez años, un conocido de la familia le presentó a T un hombre (conocido como el Sr. E) como su verdadero padre, o padre genético. Esto resultó una tremenda sorpresa para T y su abuela. A continuación de este hecho, el Sr. E acudió a la Corte para obtener una orden de responsabilidad paterna y también expresó que T debería ir a vivir con él. En efecto, el Sr. E quería establecer su relación genética con T a través de una prueba de ADN y, con la fuerza de la evidencia, deseaba quitarle el cuidado del niño a su abuela y criarlo como su hijo. Se consideró que la posibilidad de que esto sucediera causaría una fuerte conmoción a T. La prueba de ADN positiva habría tenido también muchas otras consecuencias. Una prueba que determinara que el Sr. E era el padre genético de T habría implicado que la Sra. D ya no era más su abuela (genética). Su hermano tampoco sería su hermano (genético), y lo mismo hubiera sucedido con su primo. En efecto hubiese existido una completa desestructuración del parentesco en la familia de T. En otras palabras, el niño habría perdido una porción mucho mayor de su parentesco genético de la que hubiera ganado por la súbita aparición de su (supuesto) padre genético. Él también lo hubiera perdido realmente, dado que el Sr. E quería apartarlo de su hogar y de sus relaciones.

.....

6 Asunto D (Paternidad) [2007] 2 FLR 26.



Esta nueva tendencia de política familiar, con su entusiasmo por las pruebas de ADN para asumir que los lazos genéticos son más valiosos que la preservación de las relaciones existentes, significa que los niños/as pueden adquirir un parentesco forzado. En este caso, T pudo resistir esta imposición porque tenía 11 años, pero en el caso del bebé H que se discutió anteriormente, el niño no tuvo ninguna elección en absoluto en el hecho. Lo que revelan estos casos es que el reconocimiento del parentesco es un sitio de conflicto actual y existente y en tanto que podemos ver ciertos acontecimientos positivos donde se están legitimando lo que he llamado “prácticas de establecimiento del parentesco de origen popular”, en otros casos se está reafirmando una vieja ortodoxia basada en la genética (o la sangre).

Conclusiones

Soy consciente de que mi argumentación en este artículo ofrece paradojas en lugar de un análisis claro y simple acerca de las tendencias. He sostenido como aspecto más importante que necesitamos comprender cómo funcionan las familias a través de las prácticas familiares, particularmente lo que he denominado formas de “establecer el parentesco” (Konrad, 2005). También he argumentado que el derecho de familia en ciertos ámbitos ha luchado para mantener estas prácticas informales, y que esto se puede ver como algo positivo. Utilicé el ejemplo de matrimonios de personas del mismo sexo como una muestra de eso, y también me referí a otras instancias donde la Corte y las nuevas legislaciones han realmente buscado con propiedad reconocer la “paternidad” del mismo sexo y colocarla sobre el mismo fundamento de la paternidad heterosexual. Sin embargo, en los ámbitos adyacentes de la reproducción asistida y también de la incertidumbre acerca de la paternidad, he destacado la aplicación de una lógica diferente. En estas esferas, parecería que se da prioridad a los lazos genéticos. En ciertos casos, debido al deseo de establecer “verdades genéticas”, los Tribunales están tratando de poner a un lado las prácticas de las familias comunes por lograr el “establecimiento del parentesco”: Más que esto, ellas pueden insistir en establecer relaciones entre extraños relacionados genéticamente, sin tener en cuenta las consecuencias impredecibles de tales dictados. En estas instancias, los Tribunales ingleses parecen deseosos de erradicar las prácticas informales de “establecimiento del parentesco” y de buscar reimponer el parentesco “apropiado”.

Esta clase de acontecimientos, especialmente cuando se combinan con la tendencia creciente de que los padres recurran a las pruebas de paterni-

dad para establecer o des-establecer su parentesco con respecto a los niños, revela una tendencia bastante diferente y menos benigna que la que se ha discutido en la primera sección de este artículo. De manera que no debería resultar sorprendente, yo no tengo soluciones fáciles para estos problemas, pero mi argumentación es que necesitamos estar atentos a las prácticas de establecimiento del parentesco que la propia gente sigue, y reconocer el impacto que las prácticas cambiantes pueden presentar sobre la forma que asume el derecho de familia. He hablado de las maneras en que los Tribunales ingleses pueden ahora imponer el parentesco sobre los niños/as, pero aún no sabemos cómo los propios niños/as van a responder a esta imposición. Quizás cuando se conviertan en adultos, simplemente "se despeguen" por sí mismos de la forma de parentesco si la relación les resulta desagradable. Tal vez hasta se puedan beneficiar de las leyes de herencia o del descubrimiento de otros medio hermanos/as. Si bien he descrito a los Tribunales como las instituciones que imponen la "ortodoxia tradicional", el resultado de esto quizás esté bastante lejos de ser obvio, y finalmente puede no indicar en absoluto el triunfo del padre genético patriarcal. Esto me lleva de nuevo a mi punto de partida sobre el modo en que comprendemos la vida familiar y las prácticas de establecimiento de paternidad y el punto hasta el cual necesitamos desarrollar formas polifacéticas de análisis, en lugar de recurrir a las respuestas simples.

