

Las nuevas formas de parentalidad pensadas desde lo jurídico¹



Aída Kemelmajer de Carlucci
Ministra de la Suprema Corte de Mendoza

La palabra *parentalidad* se vincula a dos conceptos esenciales en el Derecho de familia: filiación y patria potestad.

Tradicionalmente, la pregunta “qué es la filiación” se identificó con los interrogantes: “¿quién es jurídicamente el papá de esta persona?, ¿quién es jurídicamente su mamá?”.

La filiación fue, hasta ahora, una noción binaria; jurídicamente, una persona puede tener sólo una mamá y un papá.

Establecido ese vínculo de filiación, o sea, determinado quién es mamá y quién es papá, aparece el concepto de *patria potestad*, referido a los deberes y facultades que tienen papá y mamá respecto de sus hijos.

Hasta julio de 2010, época de la promulgación de la ley 26.618, que autorizó el matrimonio por parte de personas del mismo sexo, esa mamá y ese papá se expresaban en la ley a través de palabras idiomáticamente claras; la maternidad, unida siempre a una mujer, y la paternidad, vinculada siempre a un hombre.

Pues bien, en el sistema jurídico argentino vigente y en el de la mayor parte de los países hay dos clases de filiación: la filiación *biológica* o por *naturaleza* y la filiación por *adopción*.

El presupuesto de la llamada filiación por naturaleza es que un hombre y una mujer han tenido relaciones sexuales; se funda, entonces, en un dato *bio-*

¹ El presente trabajo es una conferencia que la propia autora revisó y corrigió, dada el 28 de junio de 2011 en una reunión científica de la Sociedad Argentina de Psicoanálisis.

² Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza. Ministra de la Suprema Corte de Mendoza. Miembro de distintas Academias de Derecho. Profesora titular de la Universidad de Mendoza. Autora de diversos libros, entre ellos: *La responsabilidad civil del menor que trabaja. La separación de hecho entre cónyuges. Responsabilidad del Estado por los errores judiciales. La responsabilidad civil en el derecho de familia. Premiada en diversas oportunidades es actualmente miembro de la comisión que trabaja en la modificación del Código civil.*

lógico. El avance de la genética hoy permite comparar datos y determinar este tipo de vínculo sin mayores dificultades; me refiero, a la prueba del ADN. En este sentido, los juicios en los que se reclama la filiación extramatrimonial se han facilitado enormemente. La ciencia, entonces, ha favorecido la determinación de la filiación llamada biológica o por naturaleza.

Junto a esa filiación biológica o por naturaleza, fundada en un dato genético, existe otra filiación, la *filiación adoptiva*; en la adopción, como es bien sabido, el punto central es la *voluntad* conjunta de la persona que desea adoptar y del Estado que la concede. Se requiere, entonces, una sentencia judicial, que es la que, en definitiva, constituye esa filiación.

Esa ciencia que ha ayudado a la determinación de la filiación biológica, también ha permitido crear una tercera clase de filiación, cual es, la que opera a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

¿Por qué puede entenderse como una tercera clase? Es una tercera clase porque, aunque normalmente se acude a ella en razón de querer tener un hijo genéticamente propio, o al menos, del otro integrante de la pareja, reconoce un elemento voluntario predominante, tal como surge de dos soluciones, previstas en la casi totalidad de los países del mundo que han regulado las técnicas de reproducción humana asistida, entre los cuales no está Argentina.

¿Cuáles son estas dos soluciones?

La primera se refiere a la siguiente situación: cuando se utiliza material genético de una persona diferente a la pareja que se somete a estas técnicas, quien consintió el uso, luego no puede impugnar la paternidad del niño nacido como resultado de ellas; me explico; el señor que prestó su consentimiento previo, libre e informado para que su esposa fuese fecundada con gametos de un tercero, no puede luego negar al hijo gestado y parido por su cónyuge alegando que ese niño *genéticamente no es hijo suyo*. ¿Por qué no puede impugnar y sí puede hacerlo en la filiación matrimonial por naturaleza? Porque en la reproducción humana asistida, la filiación no se basa en el dato genético sino en *haber prestado consentimiento informado, libre y previo para la realización de esa técnica*.

La segunda solución es que el donante del material genético, ese donante llamado “anónimo”, no tiene acción para reclamar el establecimiento de vínculos jurídicos con el niño, pues su voluntad no es tener un hijo, sino donar material genético para hacer posible la paternidad de otra persona; paralelamente, el niño nacido tampoco tiene acción para establecer vínculos jurídicos de filiación con ese donante, pues si así fuese, nadie estaría dispuesto a proporcionar material genético propio para ser utilizado por un tercero.

La reproducción humana asistida ha creado, entonces, una especie de categoría, si se quiere, intermedia entre la filiación biológica (que tiene base exclusiva en el dato genético), y la adoptiva (fundada esencialmente en un acto de voluntad).

La República Argentina no ha regulado la filiación que tiene origen en las técnicas de reproducción humana asistida.

Para establecer las reglas que deben regirla, fundada, como se ha anticipado, en la llamada *voluntad procreacional*, es necesario responder a la pregunta: ¿cuáles los principios contenidos en el Derecho Constitucional y en los Tratados de derechos humanos que dan base al derecho de la filiación? Establecer tales bases es muy importante para que la ley que rija la reproducción humana asistida sea coherente con el sistema jurídico.

Los derechos fundamentales vinculados a la filiación son dos: el derecho a la identidad y la garantía de igualdad ante la ley.

Derecho a la identidad

Como se adelantó, el niño que nace gracias a las técnicas de reproducción humana asistida no tiene acción contra el donante del gameto para que el juez lo declare hijo del donante.

Sin embargo, ese niño tiene derecho a saber que nació gracias a esas técnicas y, en su caso, que el material genético utilizado no es de quien resulta legalmente su padre. Así ocurre, por ej., en la legislación de España.

Otros países van más allá: cuando el niño alcanza madurez suficiente tiene derecho, además, a identificar al donante del material genético. La película *Mi familia*³ muestra la diferente actitud que pueden asumir las personas nacidas de estas técnicas; recuerden el argumento: una pareja de mujeres lesbianas está legalmente casada; tienen dos hijos; la hija mujer no tiene interés en saber quién era el donante de esperma; el hijo varón sí; entonces, a su pedido, la hermana mayor realiza los “trámites” necesarios para acceder a esa información.

Pues bien, *el derecho a la identidad* no coincide necesariamente con el derecho de establecer vínculos jurídicos de filiación; por ej., un niño adoptado por el régimen de la adopción plena pierde los vínculos con su familia de origen; no tiene derecho a establecer tales vínculos ni a restituirlos, pero tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos.

En cambio, el derecho *a conocer los orígenes*, el derecho *a saber de dónde se viene*, es consecuencia directa del derecho a la identidad.

³ The kids are all right. USA 2010 Directora Lisa Cholodenko. Guión: Lisa Cholodenko y Stuart Blumberg.

Actores: Anette Bening, como la Dra. Nicole (Nic) Allgood, médica ginecóloga y obstetra, madre de Joni Allgood, de 18 años [Mía Wasikowska]; Julianne Moore, como Jules Allgood, ama de casa y diseñadora de jardines, madre de Laser Allgood, de 15 años [Josh Hutcherson] quien está interesado en conocer quién es el padre biológico de ambos y quien estimula a su hermana, al cumplir sus 18 años y estar en edad legal para solicitar la información, que se comunique con el banco de Esperma. Así aparece en escena Mark Ruffalo, como Paul Hatfield, dueño de un restaurante de comida orgánica y donante del esperma, que los establece medio hermanos a ambos. La búsqueda y los primeros encuentros se hace sin informar a sus respectivas madres y es muy bien recibido por Paul. La vida transcurre en California.

Garantía de igualdad frente a la ley

La garantía de la igualdad ante la ley, en cuanto impide discriminar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, está consolidada en la Argentina desde hace varias décadas. Las leyes sancionadas en los primeros años del gobierno de Raúl Alfonsín concluyeron un largo proceso que culminó con la igualdad absoluta de los hijos. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio y adoptivos, son iguales ante la ley.

El interés superior del niño

Los derechos de identidad e igualdad se completan con un principio consagrado en todos los tratados de Derechos Humanos: el interés superior del niño.

La regla de la voluntad procreacional

Según la voluntad procreacional, “madres-padres” son los que han expresado la voluntad de ser tales. Pues bien, cuando el nacimiento se ha producido mediante técnicas de reproducción humana asistida, los derechos fundamentales exigen tener en consideración esa *voluntad procreacional*. Sólo así se asegura que el niño nacido tendrá una familia, un ámbito de protección real; sólo así, pues, se respeta el interés superior del niño.

Ahora bien, este nuevo concepto (“voluntad procreacional”) permite pensar en situaciones imposibles de concebir tiempo atrás, como por ejemplo, que puede haber paternidad sin maternidad; así, en la gestación por sustitución, la mujer que presta su cuerpo para llevar adelante un embarazo, no lo hace “para” ser madre sino para que un embarazo sea posible y llegue a término exitosamente. Piénsese, ahora, en un matrimonio de personas homosexuales, perfectamente válido en la Argentina después de 2010, que llegó a un acuerdo con una mujer gestante; esa mujer no sería madre del niño nacido, porque no tiene voluntad procreacional, elemento que sí existe en los dos hombres que encomendaron esa gestación.

Podría, entonces, haber paternidad sin maternidad. La vieja regla del Derecho Romano *mater semper certa est*, ahora no puede ser pronunciada con tanta facilidad como un absoluto.

Por otro lado, el principio constitucional de igualdad impone que los niños, nazcan como nazcan, sean todos iguales.

Sobre la base de estos principios constitucionales, entonces, el régimen de la filiación debería sustentarse en estos pilares:

- el niño nacido dentro de un matrimonio, sea heterosexual, sea homosexual, debe tener automáticamente doble vínculo de filiación.

- nacido dentro o fuera del matrimonio, no puede tener más de dos vínculos simultáneos.

Daré algunos ejemplos para la mejor comprensión de esos dos pilares: Piénsese en un matrimonio de dos mujeres lesbianas que recurre a la reproducción humana asistida. Ese hijo debe tener lazos de filiación con los dos integrantes del matrimonio, igual que el que nace en un matrimonio heterosexual, situación en la cual la ley presume que el hijo de una mujer casada tiene por padre al marido de esa mujer, excepto que se pruebe lo contrario.

Una de esas dos mujeres se hizo fecundar con material genético proveniente de un hombre, pero el niño ya tiene doble vínculo, desde que es hijo de ambas mujeres; si se habla con lenguaje tradicional, se podría decir que ese niño tiene dos madres. La pregunta es: el donante, ¿puede reconocer al niño quien, de ese modo tendría vínculos jurídicos con tres personas?

La respuesta debería ser negativa.

Según reglas de la filiación establecidas en los códigos decimonónicos, que no reconocían el matrimonio de personas del mismo sexo, este niño tendría vínculos de filiación sólo con la madre que lo ha parido. Hoy, el principio constitucional de igualdad impone reconocer los dos vínculos; pero solo dos; al igual que en el matrimonio heterosexual, si un tercero pretende ser el padre de esa persona, nacida de una fecundación natural, no asistida, no podría reconocer si previamente no se ha impugnado la paternidad legal del marido y, consecuentemente, se lo ha desplazado de su estado de padre.

¿Qué dispone la ley 26.618, sancionada en julio de 2010? Esta ley, cuya sanción apoyé, dice muy poco sobre la filiación; de alguna manera, podría decirse que casi que se desentendió de tan importante cuestión. No obstante, es menester tener en cuenta que la ley no se interpreta sobre la base de artículos aislados; por el contrario, hay que mirar el sistema. ¿Qué pistas proporciona el sistema para saber quiénes son las personas con las cuales el niño tiene vínculos jurídicos de filiación si ha nacido a través de técnicas de reproducción humana asistida?

La ley 26.618 tiene dos normas de “clausura”, de cierre del sistema, que sirven para interpretarlo.

Una es el artículo 172 que dice: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Es decir, sea el matrimonio homosexual, sea heterosexual, produce los mismos efectos.

La otra regla dispone que: “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico [léase lo que dice esta ley y todas las habidas en el sistema] se entenderán aplicables tanto al matrimonio

constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones”.

Ambas normas son la justificación del nombre con el que se conoce a esta ley: “matrimonio igualitario”.

La ley no sólo dice cómo hay que interpretarla sino que se detiene en resolver cómo hay que aplicarla y enfáticamente dispone: “Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como el formado por DOS (2) personas de distinto sexo”. O sea, la interpretación y la aplicación la ley están presididas por el principio de igualdad.

¿Qué consecuencias pueden extraerse de estas normas para las homoparentalidades?

¿El concepto binario que tiene el Código Civil, paternidad-maternidad, puede ser sustituido por el de dos madres o dos padres?

Si lo constitucional es que el niño nacido dentro de un matrimonio de personas del mismo sexo sea igual que el nacido en un matrimonio heterosexual, en el que se generan dos vínculos jurídicos (con la madre y con el padre), también el matrimonio homosexual debe generar doble vínculo; de lo contrario, el niño nacido en un matrimonio estaría en situación de desigualdad respecto de otro nacido también en un matrimonio, pero homosexual.

Entonces, si el niño nacido dentro del matrimonio heterosexual tiene doble vínculo, la consecuencia tendría que ser que el niño nacido en un matrimonio homosexual también tiene que tener doble vínculo.

¿Qué pasaba antes de la ley 26.618?

La ley argentina admite la adopción por parte de una persona sola si es soltera. En consecuencia, no puede sostenerse que, por ser homosexual, una persona sola está impedida de adoptar. Tal afirmación es contraria a los derechos fundamentales, según la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En suma, aún antes de la ley 26.618, en el derecho argentino, una persona homosexual, soltera, puede adoptar.

De hecho, en la Argentina, hay niños que han sido adoptados por una persona homosexual. ¿Por qué uno solo? Porque el Código Civil dispone que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, excepto que los adoptantes sean cónyuges. Dado que antes de la ley 26.618 dos personas homosexuales no podían casarse entre sí, no podían ser cónyuges. Entonces,

el niño era adoptado por uno solo de los integrantes de la pareja. ¿Qué pasaba si el adoptante moría? El niño quedaba jurídicamente desprotegido desde que no tenía vínculos de derecho con el sobreviviente.

La ley también dice que “Las personas casadas solo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente [...]”. O sea, una persona que está casada no puede adoptar sola; deben hacerlo ambos integrantes de la pareja. La ley considera que si el pretense adoptante está casado, el interés superior del niño impone que ambos lo adopten.

Pues bien, después de la sanción de la ley 26.618, las parejas homosexuales pueden casarse; por lo tanto, si uno solo de los integrantes del matrimonio pide la adopción, como regla, esa pretensión será denegada y si lo solicitan ambos, esa pretensión no puede ser rechazada porque los pretendientes adoptantes son homosexuales.

¿Qué sucede en los otros tipos de filiación?

Hay mujeres lesbianas que, como en el caso de la película citada, alumbran niños. Una pareja de lesbianas puede acordar que una de las dos mantenga relaciones sexuales con un hombre para tener un hijo. Pero la regla no es esa; normalmente, cuando una pareja de lesbianas tiene un hijo, ese niño es producto de las técnicas de reproducción humana asistida.

Como he dicho, la ley argentina no regula las técnicas de fecundación asistida. Los médicos piden a gritos una ley porque no saben qué pueden hacer y qué no.

¿Qué se puede hacer y qué no se puede hacer en otros países?

La mayoría de los países no permiten la llamada “maternidad subrogada”, o gestación por subrogación, es decir, concertar con una mujer para que lleve adelante el embarazo de un embrión formado por material genético de otros; es el mal llamado “alquiler de vientres”.

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de esa prohibición?

Mucha gente se va a países que no la prohíben, por ej., algunos Estados de los EEUU; la India, etcétera.

¿Qué hacen muchos europeos? Se van a la India y vuelven con el niño. ¿Qué sucede cuando retornan a sus países con el niño nacido de una mujer gestante? Un verdadero caos jurídico: España ha permitido reconocer al niño como hijo de esa pareja. Francia, no. Alemania, tampoco.

Regular la gestación por subrogación es difícil. Entre sus opositores están algunos grupos feministas que sostienen que la técnica supone la esclavitud de la mujer que presta su cuerpo para llevar adelante el embarazo. Sin embargo, frecuentemente se lee en el diario, que quien suele prestar ese consentimiento es una hermana, una amiga de la familia. De hecho, en Brasil, una reglamentación de normas éticas, aprobada durante el gobierno del presidente Lula, acepta la

gestación por sustitución solo cuando hay vínculos de parentesco entre los comitentes y la gestante. En mi opinión, esta solución aunque permite presumir que la voluntad de la mujer no ha sido “comprada”, es inconveniente, porque la que ha gestado a ese niño es madre, porque lo ha parido, pero además abuela o hermana, según quién sea la que puso los gametos femeninos.

Dejo de lado el problema de la maternidad subrogada para pasar a referirme a los casos más frecuentes. Parece que la gente está más dispuesta a aceptar a dos madres que a dos padres.

Ahora bien, si un niño nacido en una pareja casada tiene por madre a quien lo ha parido, ¿también tiene por madre a la otra? O sea, con el certificado de nacido vivo, que dice que este niño nació de esta mujer, y con la partida de matrimonio, que dice que ésta está casada con una otra, ¿hay que inscribir a la otra como otra madre?

La ley 26.618 no es clara. Sólo modificó el contenido de las partidas de nacimiento cuando son redactas por el personal de Registro del Estado civil y capacidad de las personas. En este sentido, dice que esa partida debe contener: “El nombre y apellido del padre y de la madre o, en caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge”.

¿Cómo se entiende este artículo? En un artículo que he publicado en coautoría con Marisa Herrera y Eleonora Lamm, hemos sostenido que ambas mujeres deben aparecer con vínculos jurídicos con el hijo nacido de una de ellas, pero reconozco que la ley no es clara.

La jurisprudencia es vacilante; en un comienzo sostuvo que la inclusión del nombre de la cónyuge de la madre no implica vínculos de filiación, pero hoy la jurisprudencia se inclina por sostener que, en estos casos, el niño tiene dos madres, por las razones antes expuestas: si en el matrimonio heterosexual hay vínculo jurídico con los dos, en el homosexual también.

Como el principio es de igualdad, mientras la pareja homosexual vive en comunidad tiene los mismos derechos y obligaciones que los heterosexuales. Por eso, una vez establecido el doble vínculo, la patria potestad es compartida, como si la pareja fuera heterosexual.

El código civil regula qué ocurre con las relaciones parentales cuando los padres se divorcian. El artículo 206, cuya redacción no comparto, decía antes de la ley de matrimonio igualitario: “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio de residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicará la disposición relativa a la patria potestad. Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”. En mi opinión, la norma es inconstitucional en cuanto crea una presunción a favor de la madre; la regla debería ser, en

todo caso, el interés superior del niño; aun así, se la ha dejado vigente para las uniones heterosexuales. En cambio, para las uniones homosexuales dice: “En caso de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor”. La redacción actual de la norma es notoriamente defectuosa; genera para el hijo de una unión homosexual un criterio superior al del matrimonio heterosexual.

Breves conclusiones provisorias

¿Qué debe hacer el legislador? ¿Dejar todo en manos de los jueces?

Los problemas son muchos; he planteado solo algunos; la ley debe hacerse cargo de ellos.

¿Cuál debe ser el principio básico de esa ley? La dignidad.

Esta noción es muy discutida y muy difícil de asir. De cualquier modo, me place repetir una frase que he extraído de dos autores españoles: “La evolución biológica dejó al ser humano en la playa de la historia. Entonces comenzó la gran evolución cultural, la ardua humanización del hombre mismo y de la realidad. [...] Hemos nacido sin manual de instrucciones, y luchamos para constituirnos como especie dotada de dignidad. Queremos edificar una nueva esencia sobre la esencia biológica recibida. La dignidad humana no está en el pasado, sino en el futuro”.⁴

Estas son cosas muy complejas, pero dice muy bien Mordecai Kaplan (1881-1983), que “los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes”. No tengo dudas de los nuevos horizontes abiertos desde la ciencia.

⁴ José Antonio Marina y María de la Válgoma: *La lucha por la dignidad: teoría de la felicidad política*. Editorial Anagrama