

¿Quiénes pueden ser padres ante la ley?

Crónicas porteñas de Silvia Elena Tendlarz

Durante muchos años los Códigos Civiles de las distintas legislaciones han establecido los derechos y deberes de hombres y mujeres para ser reconocidos como padres y puedan, a su vez, reconocer a su hijos como propios. El matrimonio daba el resguardo legal en parejas heterosexuales. La llegada de los estudios de ADN, la "verdad biológica", permitió que un hombre pudiera probar que no era su hijo en caso de infidelidad, o por el contrario, de no estar casados y no quisiera reconocerlo, fuera obligado a hacerlo.

Las técnicas de reproducción asistida modificaron el panorama: existen donantes de espermia y de óvulos. La verdad biológica no determina ya la paternidad o la maternidad. Esto traduce un cambio en las leyes como efecto del avance de la ciencia y de las costumbres. Los donantes suelen ser anónimos y no pueden reclamar luego la paternidad o la maternidad, y tampoco los niños pueden reclamar obligaciones alimentarias.

El conyugue debe firmar previamente su consentimiento para que sea un hijo del matrimonio, de lo contrario puede no autorizarse legalmente a efectuarse el procedimiento, rechazarse la paternidad, e incluso ha existido el caso legal de una denuncia por infidelidad reproductiva al utilizarse la donación de semen sin el consentimiento del marido.

De la certeza de la madre dada por el parto y la incertidumbre acerca de quién es el padre, se pasa a la certeza biológica del padre por el examen de ADN y la multiplicación de las madres por las técnicas de reproducción asistida: la genética, que aporta el óvulo; la que pasa por el parto; y, eventualmente, la que adopta al bebé o lleva a cabo la maternidad por sustitución, la madre social.

No obstante, lo biológico y lo social no terminan de absorber la pregunta acerca de quiénes son los padres, algo se hurta irremediablemente, y las leyes aparecen para proponer nuevas maneras de distribuir las funciones de padre y de madre ante el movimiento incesante del encuentro y desencuentro amoroso entre los

partenaires. De allí que lo cierto y lo incierto comienza a tener transformaciones y a expandirse en su multiplicidad, dando cuenta del declive el poder del Uno en nuestro mundo contemporáneo.

Surgen así dos problemáticas diferentes pero enlazadas entre sí: las respuestas ante la imposibilidad reproductiva de una pareja heterosexual en la que la mujer no puede pasar por un embarazo, y las configuraciones familiares que se producen ante la imposibilidad biológica de una pareja homosexual.

Maternidad subrogada

Para la legislación argentina, como mayoritariamente en el mundo, la maternidad es una "verdad de vientre": madre es quien pasa por el embarazo y por el parto. Se plantea entonces el problema de las mujeres que quieren tener un hijo, no pueden pasar un embarazo, y no terminan de decidir la opción de la adopción. Como así también los casos de parejas de hombres homosexuales, la "copaternidad" o la paternidad de un hombre solo. Esto lleva a la discusión legal en torno a la figura de la "maternidad subrogada", la gestación por sustitución, sin que necesariamente se trate de un "alquiler de vientre".

La legislación argentina estipula que no se puede tener más de dos vínculos familiares cualesquiera sea la naturaleza de la filiación, y madre es la que pasa por el parto. Entonces, ¿cómo podría una mujer ser reconocida como madre cuando otra mujer pasa por el parto?

Un caso mediático en la Argentina presentó este problema. Maica Moraes, casada con Juan De Gregorio, pierde dos embarazos, y en el segundo deben quitarle el útero. Un amiga, que ya tenía hijos, le ofrece prestarle su vientre y deciden emprender un "embarazo de a tres" sin que exista un pago por ello. Luego del nacimiento comienzan los procesos legales para la inscripción de la "verdadera identidad" de las dos personas que desearon ser padres. Luego de un año lograron ese reconocimiento, en junio del año 2013, volviéndose así la primera subrogación legal en Argentina, aunque exista aún un vacío legal relativo a esa cuestión. Se vuelve así un antecedente jurídico.

Recientemente un Juzgado de Familia de Gualeguay determinó una maternidad subrogada a partir de la "voluntad procreacional" de los interesados.

El Proyecto de ley sobre este tema indica que la madre gestante no aporta sus gametos, tiene ya por lo menos un hijo, no tiene retribución (no es un alquiler de vientre), y al menos uno de los dos padres aporta sus gametos. Esto tendría que llevarse a cabo con una autorización judicial previa, de lo contrario rige la filiación por naturaleza y es madre quien pasa por el parto.

No obstante, luego de una intensa discusión, ese proyecto quedó por fuera de la reforma del Código Civil argentino aprobado por el Senado en noviembre de 2013. Entre los partidarios de esta ley se encuentra la jurista argentina Aida Carlucchi, que junto a Lamm y Herrera publicaron un artículo en la revista *La ley* titulado "Regulación de la ley por sustitución". Señalan el crecimiento de las legislaciones en torno al tema desde los últimos diez años y la necesidad de regulación legal para evitar los conflictos.

En Brasil esta práctica es más difundida pero la legislación brasilera establece que quien presta el vientre debe ser un familiar de modo tal de restringir lo más posible la comercialización del cuerpo. Se trata de evitar la comercialización de los cuerpos y el "mercado negro" de "alquiler de vientres".

A pesar de este riesgo, las autoras del artículo sostienen, basándose en un fallo del Tribunal Europeo del año 2010, que no son razones suficientes para su prohibición total. De allí que el proyecto incluye ciertas condiciones para evitar los juicios acerca de quién es la madre, como ha ocurrido ya, en la dilucidación de la madre portadora, la genética o la social; los "arrepentimientos" de alguna de las partes; la comercialización del cuerpo; la cosificación del bebé; el "turismo reproductivo".

Por otra parte, excluyen de esta posibilidad legal a aquellas mujeres que pudiendo pasar por un embarazo desean delegar la gestación a otra mujer por confort.

No obstante, lo biológico retorna de otra manera: para recurrir a la maternidad por sustitución y no a la adopción uno de los dos miembros de la pareja debe aportar su material genético. En algunos países se discute esta cuestión, como en *The Uniform Parentage Act*, de Estados Unidos (2002), puesto que afirman que así

como quienes no pueden gestar pero aportan su material genético pueden optar por ambas posibilidades, los que no pueden aportar su material genético también deben tener esta opción.

Para las parejas o matrimonios compuestos por hombres, o incluso hombres solos, la gestación por sustitución se presenta como única opción de tener un hijo genéticamente propio y ejercer el derecho de la "copaternidad" que otorga el matrimonio igualitario en la Argentina.

La figura de la maternidad sigue aún muy ligada en Argentina, como en gran parte del mundo, al embarazo y al parto, pero en realidad no hay nada en la biología o en la concepción del embarazo que asegure que una mujer se vuelva madre.

El siglo XXI es testigo de la caída de los presupuestos ideológicos de distribución de mujeres y hombres, madres y padres, búsqueda de parejas, dadas por la anatomía o por la biología. Los avances de la ciencia y las técnicas de reproducción asistida amplían el espectro y la diversidad de filiaciones posibles. Las leyes intentan resguardar cierto marco ético en esta explosión de posibilidades. A veces para lo mejor o para lo peor puesto que en cada oportunidad segrega sus marginales.

Lo cierto es que ninguna respuesta científica o legal puede responder qué es ese niño para esa madre, qué funcionó como padre para ese niño, y cómo se distribuye la parte mujer y la parte madre en un sujeto singular. La forclusión del sujeto por la ciencia fue vislumbrada ya por Lacan. Desde el psicoanálisis, se trata de acoger "esas vidas que se confiesan", como dice Lacan, y desde ahí acompañarlos en la búsqueda de su salida.

El matrimonio igualitario y sus hijos

Las transformaciones sociales y legales han permitido que las parejas homosexuales, que existen desde siempre, puedan declarar su relación ante la ley. En la Argentina primero se legalizó la "Unión Civil", y a partir del 15 de julio de 2010 entró en vigencia de la ley denominada "matrimonio igualitario". Todos tienen igualmente derecho a casarse con quien elijan, y se incluye así la posibilidad de

casarse con una persona del mismo sexo. La expresión "igualitario" es utilizada en el Código Civil para dar cuenta de la búsqueda de igualdad entre los habitantes del país. Luego se masificó la expresión para hablar del matrimonio homosexual. De esta manera, Argentina se volvió el décimo país en el mundo en legalizar el matrimonio gay, primero en Latinoamérica, con más de 7000 matrimonios efectuados desde entonces.

Ahora bien, ¿qué pasa con los hijos? La imposibilidad biológica de concebir un hijo vuelve necesario el recurso a la reproducción asistida o a la inclusión de un tercero.

La diversidad familiar hace que las leyes se vean compelidas a dar nuevas respuestas. El proyecto de reforma del Código Civil argentino reconoce la "voluntad procreacional" como fuente de filiación cuando se utilicen técnicas de reproducción asistida. Se trata de añadir esta vertiente a la filiación natural y por adopción. Pero, sobre todo, para que sea independiente del estado civil de sus padres o madres.

A diferencia del acuerdo entre un hombre y una mujer para gestar y tener un bebé sin estar casados, en los que basta el reconocimiento por parte del hombre y el parto de la mujer, para una pareja gay en tal situación deben crearse los resguardos legales para que el conyugue pueda reconocerlo como propio.

Ante la ley argentina, los dos conyugues gay son padres o madres si el niño nace después de celebrado el matrimonio, pero si no están casados la situación es diferente. ¿En qué situación queda la pareja del que reconoce al hijo si se separan?

Este problema se presentó en Córdoba, Argentina, para Silvia Alderete. Junto con su por entonces pareja decidieron tener un hijo con otra pareja gay. El hijo fue anotado con los nombres del padre y de la madre biológicos. Luego del nacimiento entran en crisis y las dos mujeres se separan. Ante la negativa de dejar ver al niño por parte de la madre biológica, comienzan un juicio. Silvia Alderete se presentó con un certificado de convivencia y con testigos de su cuidado del niño durante el tiempo que duró la pareja. Un mes antes de la sanción del matrimonio igualitario,

en 2010, la jueza la reconoció como "madre de crianza", privilegió el derecho del niño a recibir su afecto y le otorgó un régimen de visitas.

No está permitido en Argentina la triple o cuádruple filiación ni se ha presentado ningún antecedente legal de tal pedido hasta ahora.

En cambio, en febrero de este año en Canadá tuvo lugar el primer reconocimiento legal de dos madres con un padre, donador de esperma, sin recurrir a un juicio, otorgándole a este último un régimen de visitas y la posibilidad de incluirse en decisiones sobre el hijo. Si bien esta configuración familiar existía desde los años 90, al no tener ningún reconocimiento legal debían pasar por un juicio. De esta manera, los donantes pueden ser reconocidos como padres si firman un acuerdo antes de la concepción. Estas familias "poliamorosas", como se las ha llamado, o "lazos parentales múltiples" dan cuenta cómo el género no determina las funciones de cuidado, materna y paterna.

La "coparentalidad" de hombres y mujeres, heterosexuales o no, existe en forma privada cuando dos personas se ponen de acuerdo para gestar o criar un hijo sin estar en pareja. El reconocimiento se hace a continuación de acuerdo a la ley argentina. Esto pone en evidencia la separación entre la alianza, la relación con el partenaire, y la reproducción. No se trata ya solo del género de la pareja, sino que la familia se constituye a partir del hijo, como fuera señalado oportunamente por Eric Laurent.

A pesar de que no existe la figura de dos madres o dos padres por fuera del matrimonio, las discusiones jurídicas en torno a las "familias ensambladas" incluyen la idea de padres o madres "*afines* o de crianza", que sin ser equivalente a los padres biológicos o adoptivos, ni ser legalmente sus padres, ya sea hetero u homosexual, conviven con el niño y participan de su cuidado y afecto.

En realidad, toda madre o padre debe tener la *afinidad* de reconocer a su hijo como tal, desearlo y volverse responsable de él, independientemente de la genética, del género, de la biología o de los acuerdos legales con los que se intenta asegurarse que se lleve a cabo en forma adecuada la maternidad y la paternidad. El deseo se encarna en sujetos, en seres-hablantes que no pueden más que transmitir su exilio, desgarró y tropiezos frente a la imposible inscripción de

la relación sexual. Desde esta posición singular se volverán madres y padres a su manera.