

Lafferrière, Jorge Nicolás

Jaque a la identidad

Vida y ética. Año 12 N° 1, Junio 2011

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Lafferrière, Jorge N. "Jaque a la identidad"[en línea]. Vida y Ética. 12.1 (2011). Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/jaque-identidad-opinion-comentarios-lafferriere.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

JAQUE A LA IDENTIDAD

*Ciudad de Buenos Aires,
lunes 31 de enero de 2011*

Dr. Jorge Nicolás Lafferrière

- Abogado (Universidad de Buenos Aires -UBA-)
- Doctor en Ciencias Jurídicas (Pontificia Universidad Católica Argentina -UCA-)
- Profesor de Derecho Civil de la UBA y de la UCA
- Profesor de Bioderecho de la Maestría en Ética Biomédica de la UCA
- Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA
- Director de la Revista *Prudentia Iuris*
- Secretario Académico de la UCA (2003-2010)
- Director del Centro de Bioética, Persona y Familia

Palabras clave

- Identidad
- Maternidad
- Paternidad

Key words

- Identity
- Maternity
- Paternity

¿Un niño nacido de una mujer que está "casada" con otra mujer debe ser considerado hijo de ambas?

La "comaternidad": la pregunta estuvo en el centro del debate de la Ley 26.618 que legalizó las uniones de personas del mismo sexo como matrimonio en Argentina en julio de 2010, aunque la mayoría de los legisladores optaron por ignorar las implicaciones de este problema y avanzaron con lo que es un costoso experimento social. Ahora, informaciones periodísticas indican que el Gobierno estaría analizando dictar un decreto para regular esta problemática impulsando lo que se denominaría "comaternidad". Pero las soluciones que se barajan ponen en jaque el derecho a la identidad del niño y trastocan todo el derecho de familia.

Planteo del caso: el caso se plantea si dos mujeres unidas en presunto matrimonio recurren a la dación de gametos de un tercero por tecnologías reproductivas para inseminar a una de ellas, que luego lleva adelante la gestación. Junto con este caso, que podríamos denominar "simple", encontramos muchas variantes que no consideraremos aquí y que dependen de si una de las mujeres aporta el ovocito y la otra lo gesta, o bien de que se recurra a una tercera dadora de gametos o bien que se realice una fecundación extracorpórea.

La solución de la ley: la Ley 26.618 contempló el tema desde una perspectiva puramente registral, pues dispuso que en este

caso, al inscribir el nacimiento del niño, el Registro Civil haga constar en la partida el nombre de la madre (quien lo da a luz) "y su cónyuge". De esta manera, la ley excluyó deliberadamente al padre al momento de anotar al niño, no definió en qué carácter figura la "cónyuge" y no reformó las normas sobre filiación que están contenidas en el Código Civil.

Problemas del proyecto de "comaternidad": la solución que estaría considerando el Gobierno es denominar a la "cónyuge" como una "comadre", de tal modo que tendríamos un niño con dos madres y sin padre. Desde una perspectiva legal, ello resultaría incompatible con las normas vigentes en materia de filiación, pues, según el Código Civil, tal niño es "hijo" de la madre que proveyó el óvulo y que lo dio a luz y del padre que proveyó el semen. El niño debería ser inscripto con el nombre de su madre y de su padre.

Violación del derecho a la identidad: pero si avanza la norma propuesta, se violaría sobre todo el derecho a la identidad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8, conocido como la cláusula "argentina") y en la Ley 26.061. El niño es deliberada y legalmente privado de su vínculo paterno y se le asigna un ficticio y doble vínculo materno.

El desconocimiento de la realidad: en realidad, estamos ante una pretensión de violentar de manera voluntarista lo que la realidad dicta: el niño sólo tiene un padre y

una madre biológicos, que son los dadores de los gametos. El caso que analizamos configura un abuso biotecnológico, que supone imponer sin su consentimiento a un niño una sustitución de identidad, excluyendo deliberadamente al padre e inscribiendo como madre a una mujer que no es madre.

Otras inconsistencias legales: además cabe preguntarse cuál sería la solución si en lugar de recurrir a técnicas reproductivas, las mujeres hubieren recurrido a una unión "natural" de una de ellas con un varón. Sin perjuicio de los aspectos de derecho de familia involucrados, tendríamos así que la determinación de la paternidad y la maternidad dejarían de estar regidas por el nexo biológico y pasaría a imperar la mera "voluntad" de los padres. De prosperar estas visiones, avanzarían pedidos de padres y madres que renuncian a la filiación.

Problemas a futuro: si se avanzara con la idea de la "comaternidad", el quiebre que se introduce en el sistema filiatorio es tan grande que surgen preguntas para el futuro: ¿podría en el futuro el hijo "impugnar" la maternidad de la cónyuge de su madre biológica porque no tiene nexo biológico con el niño?, ¿podría el hijo "reclamar" la paternidad del dador de los gametos o de quien resultare el padre por una relación sexual?, ¿podría la "comadre" impugnar la maternidad si ella no consintió el recurso a las técnicas de procreación artificial o la infidelidad consentida, o en el caso de un eventual divorcio futuro?, ¿podría el "padre" reconocer la paternidad?, ¿podrían

otros hijos biológicos de la "comadre" legal impugnar la filiación de su pretendido hermano, con fundamento en la ausencia de nexo biológico?

No es un problema de técnica legislativa: no se trata de "encontrarle la vuelta" y dictar una nueva ley para modificar las normas sobre filiación y contemplar las variantes que surgen de estas nuevas "uniones". La Ley 26.618 ya se esforzó en violentar "todas" las normas que hablan de "padre" y "madre" y de "esposo" y "esposa" o de "matrimonio". Pero no tocó las normas sobre filiación porque si lo hacía quedaban en evidencia todos los dilemas que aquí planteamos y que no encuentran solución sin una gravísima afectación del derecho del niño y del orden mismo de la sociedad.

Derogar la Ley 26.618 y fortalecer la familia: el problema es que la legalización de estas uniones significa tal alteración del orden jurídico vigente que hay que redactar de nuevo una buena parte del derecho de familia, o mejor dicho, considerarlo derogado porque casi todo se regula por la "autonomía de la voluntad". Y ello por cuanto no se trata de una alteración de un orden jurídico positivo, sino una alteración del mismo orden de las cosas, del orden que surge de la naturaleza, del orden que las civilizaciones desde tiempos inveterados han reconocido y respetado. La única solución es una derogación de la Ley 26.618 y la sanción de normas de fortalecimiento y promoción de la familia fundada en el matrimonio entre varón y mujer.