



## ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

# La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable

Dra. Úrsula C. Basset – Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones. Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Católica Argentina

7/2015

---

*El número 7 de la publicación 'Escritos Jurídicos', producidos por el Área de Derecho de The Family Watch, tiene el objetivo de analizar cómo las técnicas de reproducción asistida han afectado directamente al Derecho de filiación, pero no en aspectos meramente técnicos o periféricos, sino en su mismo núcleo fundamental. El Derecho ha de dar respuesta a problemas que hasta fechas muy recientes no solo no se planteaban, sino que ni siquiera eran imaginables. Este escrito, pone de relieve cómo no estamos ante un problema estrictamente técnico-jurídico, sino ante decisiones de política legislativa que afectan a estructuras fundamentales de la personalidad humana: paternidad y filiación.*

*Al hombre le gustaría que la realidad fuera asible y dominable, saber ponerle un nombre claro y distinto, cartesiano, a todas las cosas, pues, como Adán, aunque pase el tiempo, está llamado a nombrarlas y conocerlas. Conocer es de hecho la palabra que los semitas destinaban a una forma de asir la realidad en su intimidad más profunda. Y si bien conocer y nombrar expresan o podrían expresar una continuidad, imponer el nombre —el nomen iuris— es, en realidad, el máximo gesto de dominio de la realidad.*

### **Dominar el engendramiento, ¿qué consecuencias tiene?**

Como es sabido, las técnicas de reproducción humana asistida han revolucionado las categorías filiatorias. Por varias razones, entre las que cabe destacar:

a) Porque un niño puede multiplicar su progenitorialidad en varias personas (donantes, gestatriz, progenitores de deseo, sin contar los esposos de estos) y el Derecho no sabe qué hacer ni cómo nombrar a cada uno de esos sujetos que participan en el proyecto parental y que de hecho forman parte de la identidad del niño que sea engendrado. ¿Hay que silenciarlos? ¿Negarlos? ¿Tiene el Derecho que considerar que un progenitor que da consistencia física al cuerpo de un niño en cada una de sus células, no existe desde el punto de vista jurídico, porque expresó su voluntad en ese sentido?

b) Porque puede invertir las líneas de parentesco: un abuelo puede ser legalmente padre de su nieto, como acaba de suceder en Gran Bretaña con una madre gestante, que es a la vez abuela porque gestó un óvulo de donante fecundado con gametos de su hijo, y dio a luz a quien resulta ser tanto su hijo como su nieto. En última instancia, esto implica un abandono del paradigma biológico, que como tal podría expandirse a otras áreas del Derecho (el Derecho tiene un irrefrenable amor por la simetría). Así, la adopción ya conoce un abandono del paradigma de la biología. Las adopciones por personas del mismo sexo lo testimonian. En este sentido, se ha afirmado que las técnicas de reproducción asistida han venido a constituir un sustrato teórico que valida las relaciones entre personas del mismo sexo: ¿cómo negar las presunciones filiatorias matrimoniales, contrarias a todo dato biológico en las parejas de personas del mismo sexo, si admito que una persona sola con donante de gametos engendre o que adopte biparentalmente, pero sin diversidad sexual? En la misma línea, un reciente fallo del Tribunal Constitucional de Austria sostiene que la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no constituye un criterio que pueda sostenerse frente al interés del menor. El paradigma biológico entra en su ocaso para todas las filiaciones, en desmedro de la corporeidad, del cuerpo existente y visible del niño que desmiente a voces al Derecho.

c) Porque lo que llamamos hijo con arrobamiento cuando está en el vientre materno (pero si está críoconservado se llama embrión en estado pronuclear), se asemeja jurídicamente a un objeto disponible por el laboratorio o por los "comitentes", y puede decidirse si vale la pena o no que sea implantado según sus caracteres genéticos o morfología, o ser destruido o utilizado con fines de experimentación. El escenario objetivado de la procreación, provoca una "alienación" de la filiación, que acaba por generar una percepción "cosificada" del hijo.

d) Porque implica una contractualización del vínculo filiatorio, que invariablemente contagiara nuestras categorías fundamentales, de forma que el hijo pasa de ser un don a ser el resultado de un contrato. El hijo es el objeto del contrato de reproducción mediante técnicas médicas, y eso despierta en quienes pretenden ser progenitores ("comitentes") una expectativa de calidad y una lógica productiva. De ahí que sea posible y aceptada como implícita en cualquier técnica de reproducción la selección y descarte de embriones por protocolos no suficientemente esclarecidos en la regulación, y de ahí también que de hecho la selección eugenésica sea una condición 'sine qua non' de las técnicas de reproducción asistida. La falta de "calidad" del "producto" devendrá reclamable (como ya ha sucedido en los casos de diagnóstico prenatal fallido —wrongful life—, en los que la posibilidad de abortar está abierta, y por lo tanto la vida del hijo se objetiviza, pasa a ser objeto de derecho). Pero la contractualización puede tener implicancias imprevistas, como la reversibilidad del vínculo si el objeto no reúne las condiciones deseadas o establecidas (como ya ha sucedido en caso de maternidad por subrogación). No estamos lejos de que, admitido que sea este criterio en un tipo de filiación, empiece a pensarse respecto de otros. En la adopción contractualizada, la reversión podría plantearse. ¿Podría pensarse de la filiación biológica en el futuro? ¿Y respecto del hijo ingrato?

e) Porque, no solo implica una contractualización que podría teñir las demás categorías filiatorias en el futuro, sino que impacta más profundamente aún en ideas fundamentales de derechos humanos, o del mismo concepto de Derecho. Aún sin diagnóstico preimplantatorio, los embriones que muestran rasgos de malformación, son descartados. Es verdad que la naturaleza también descarta embriones espontáneamente... pero, la diferencia entre la naturaleza y el descarte voluntario, es que la voluntariedad es la condición de imputabilidad en el Derecho. Y lo que se seleccionan son vidas humanas, aún cuando no se les reconozca personalidad jurídica en el ordenamiento de que se trate... Y es temible que el hombre decida qué ser humano va a seguir viviendo, y cuál no.

### **El nuevo Adán jurídico debe imponer el nombre: ¿qué hacer?**

Este escenario inquietante, desconcertante, de una de las instituciones jurídicas más caras a la humanidad, en las que la humanidad cifra toda su esperanza de pervivencia, ha movido estanterías enteras en dos posiciones que podrían resumirse como las siguientes:

a) Aplicamos la *analogia iuris* (la analogía jurídica) y asimilamos la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida a alguna categoría filiatoria preexistente.

Esta posición tiene grandes ventajas. Sigue lo que los romanos afirmaban al tratar cualquier fenómeno jurídico nuevo: aplicar reglas conocidas y adaptarlas en lo que se deba. La ventaja mayor es contar con el bagaje infinito de generaciones de saber jurídico condensado en la solución concreta. Apoyarse en la espalda de titanes es siempre ventajoso.

El riesgo es la implosión de las categorías. El fenómeno desvirtúa tan de raíz, como lo vimos en el análisis precedente, la concepción preexistente de la filiación, que se corre el riesgo de que las categorías conocidas por simetría o por el principio de igualdad proporcional de efectos de las filiaciones, acabe por complicar la regulación más o menos coherente de las demás formas filiatorias (adopción, filiación por naturaleza).

Claro que esa desvirtuación es un proceso ya nítidamente iniciado. Y tal vez asimilar produzca efectos curativos en relación al contractualismo imperante, que es una tentación peligrosa...

b) Imponer un nuevo nombre, con una nueva categoría filiatoria con reglas propias y asépticas, distintas del resto.

En alguna medida esta segunda solución es la predilecta de los sistemas liberales. Aunque se maquilla por la semejanza y se enuncian grandilocuentes principios de igualdad y no discriminación, la regulación termina siendo tan abiertamente discriminatoria en lo que se refiere al derecho a la identidad biológica o genética y al acceso a la justicia, que es improbable que por este medio pueda ser garantizado, a menos que el principio de igualdad se pronuncie con todas las letras respecto de los niños y contra todos los intereses creados. Es una tentación demasiado grande, y solo los espíritus fuertes resisten la libertad infinita de convertirse en Dios. Al decir del jurista francés Georges Ripert, el poder del legislador es inmenso y cuando no tiene siquiera límites teóricos... ese poder se agiganta.

Así pues, no es que no tenga sus ventajas crear un tercer género: la legislación será ajustada a la especie, se tendrán en cuenta las circunstancias singulares y se evitará contaminar las otras formas filiatorias.

Lo que sucede es que estas grandes ventajas solo son operativas en la medida en que el legislador conozca su propia finitud e invierta los términos: el principio configurador de cualquier legislación sobre la filiación es el niño desde el instante mismo de su concepción. Ni siquiera la manipulación debería ser aceptable si de verdad se desea tutelar la dignidad de la filiación artificial, bastante mellada ya, por la contractualización y el escenario aséptico antes mencionados, los cuales deberían ser atenuados por la legislación para devolver la dignidad propia al comienzo de la existencia del hombre.

### **La responsabilidad transgeneracional de la 'gestación jurídica' de la filiación humana por técnicas de reproducción asistida'**

¿Qué hacer entonces de cara al futuro? Solo pueden enunciarse algunas ideas generales:

- a) Respecto a la contractualización: La filiación mediante técnicas de reproducción asistida debe ser en cuanto sea posible "descontractualizada". El control estatal debe prevalecer.
- b) En cuanto a la preferencia del "deseo adulto" por encima del principio configurador del interés del niño que existe o será concebido. Es una de las grandes falacias de las técnicas: la de exacerbar el deseo adulto, que en realidad esconde muchos otros intereses de otra índole, los cuales se cubren a su vez con la decorosa fachada de la intención de supuestos progenitores sufrientes. Correr este velo retórico exigirá trabajar seriamente sobre la curación de la infertilidad, gran olvidada de casi todas las regulaciones comparadas. Cuando las legislaciones y las políticas insistan en la inversión y acompañamiento de la infertilidad y en la adopción, entonces se advertirá claramente que desaparece el lobby y aparece el rostro humano sufriente detrás de las técnicas. Esto significa que el adulto que sufre la infertilidad reciba la respuesta que busca: engendrar naturalmente. Para eso, es necesario decisión y veracidad.
- c) La corporeidad del niño o de la persona engendrada. No es justo que el Derecho niegue el origen biológico de ese cuerpo. No solo es contrafáctico (es decir, contradictorio con la realidad de ese origen), sino que también es inhumano, desencarnado. Decirle legalmente a un niño que tiene dos progenitores, pero que su cuerpo no tiene explicación biológica alguna, negarle jurídicamente su procedencia física, es una de las amputaciones más dramáticas que hace el Derecho en nuestros días a la niñez. La responsabilidad procreativa implica hacerse cargo del engendrado. En qué extensión, será un asunto a determinar. Pero lo que está claro es que tanto del lado del niño como del lado del donante, no puede haber un Derecho que admita una suerte de engendramiento mítico por espíritus aéreos. El engendramiento, debe ser reflejado porque el Derecho es para el hombre y el hombre es un ser encarnado, con cuerpo, y el donante es progenitor (insistimos, más allá de cómo el Derecho lo conceptualice, lo que no puede hacer es negarlo).
- e) El interés del niño exige la evaluación de idoneidad de quienes quieren constituirse legalmente en progenitores. No parece razonable que en el siglo XXI nadie verifique si los pretendidos progenitores, sobre todo cuando no están vinculados genéticamente al niño, son o no idóneos para su crianza. A diferencia de lo que sucede en la filiación biológica, en la que el Estado no tiene capacidad para controlar la idoneidad de los padres y solo puede actuar ex-post, la ruptura en el proceso de engendramiento permite y exige que haya un control mínimo de dicha idoneidad, que asegure el futuro bienestar del niño que será engendrado (p. ej. que el padre no tenga antecedentes de abuso sexual de menores... que no tenga patologías mentales graves).

El principio configurador del derecho filiatorio no puede ser otro que ese niño en cuyo porvenir se cifra el nuestro. No caben vacilaciones ni adultocentrismos ni intereses creados frente a esa extrema vulnerabilidad. Más que nunca en la historia, las técnicas de reproducción asistida hacen patente hasta qué punto su futuro está en nuestras manos.

© The Family Watch 2015

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de The Family Watch o cualquier otra institución, sino que son de exclusiva responsabilidad del autor. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.

---