

**Diario La Nación**  
**Publicado en edición impresa / Debate**  
**27 de septiembre de 2012**

## Con el impulso de la ciencia

Los cambios que impulsa la reforma del Código Civil en materia de fertilización asistida abren la discusión sobre el comienzo de la vida, la identidad biológica y la igualdad ante la ley de los hijos, más allá del modo en que sean concebidos.

**Por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm**  
**I Para LA NACION**

La regulación legal de la reproducción asistida, ¿es el “triumfo” del lobby médico o del desarrollo científico? ¿No es mejor reconocer a toda persona el derecho a ser beneficiada por el desarrollo científico y, además, en su protección, regular con normas claras y precisas? ¿No es probable que tal “lobby” se siga consolidando si no se sanciona una ley que regule una práctica que hace posible el nacimiento de personas en nuestro país y en el extranjero desde hace muchos años? ¿A qué se teme: al “lobby” o a las familias que se puedan construir gracias al uso de estas técnicas?

Estamos en una etapa de debate e intercambio de ideas sobre qué y cómo regular. Creemos necesario, entonces, transmitir nuestras reflexiones tendientes a responder a estas preguntas y a algunas críticas formuladas al proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

En primer lugar, cabe aclarar, especialmente a quienes no son abogados, que el debate pendiente sobre la interrupción del embarazo es de compe-

tencia penal no civil, por lo cual la regulación del Código Civil sobre el comienzo de la existencia de la persona humana en nada obstaculiza la “despenalización del aborto”. La propia denominación nos ubica en el campo del derecho al que este conflicto compete. Si la legislación civil actual es compatible con la despenalización del aborto, también lo es la proyectada.

La denunciada “asimetría” en la determinación del comienzo de existencia de la persona humana –según sea anidada en el cuerpo de la mujer o según el embrión haya sido creado in vitro– no es tal, por las siguientes razones: en la filiación biológica o por naturaleza, el embarazo se produce en el cuerpo de la mujer y allí comienza la protección de los derechos de esa persona; en cambio, cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con “la implantación del embrión en la mujer”, ergo, también con el embarazo, en coincidencia con la definición de concepción de la Real Academia Española (dejar preñada).

¿Viola el principio de igualdad esta diferencia? Claramente, no. La Corte Federal entiende que la inconstitucionalidad no se configura cuando se regula de manera distinta lo diferente. Mientras el embrión no está implantado en la mujer, no hay jurídicamente persona porque, conforme al estado actual de la ciencia, el embrión no tiene posibilidades de desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer. En ambos casos, entonces, el elemento central es que el embrión esté en el cuerpo de la mujer. Por estas razones y otras que no es del caso reseñar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una decisión de agosto de este año, argumentó citando una sentencia de la Corte de Irlanda que afirmó que el embrión no implantado no es la persona por nacer protegida por la Constitución de ese país.

El proyecto tampoco consagra una “asimetría sociocultural”. El Código Civil sólo regula la cuestión relativa a la filiación. Es decir, establece de quién o quiénes son hijos los niños que nacen de técnicas de reproducción. El resto de las cuestiones éticas que se plantean son propias de una “ley especial”, tantas veces mencionada en el proyecto, que deberá dictarse en un futuro próximo. De ahí que la protección al “colectivo vulnerable integrado por las donantes de óvulos y las mujeres gestantes, sujetas a formas indirectas de coerción que, por lo general, erosionan su autonomía”, es uno de los tantos problemas que deberán ser respondidos en esa ley. ¿Qué puede hacer la reforma del Código Civil mientras tanto? Regular las cuestiones derivadas de la filiación.

Iguales conclusiones caben sobre la llamada “asimetría intrageneracional” en lo relativo al derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos por filiación natural, por técnicas de reproducción asistida y por adopción. El error proviene de confundir estos tres tipos filiales, que el proyecto regula con reglas propias, porque son diferentes.

En primer lugar, se debe diferenciar identidad genética, identidad biológica e identidad volitiva. Veamos el siguiente ejemplo: una mujer está casada con un hombre que carece de material genético apto para procrear y, por eso, ese matrimonio recurre a un donante de semen. Los tres tipos de identidades mencionadas se visualizan del siguiente modo: (a) la identidad voluntaria vincula al niño con el marido de la madre; él es quien quiere ser padre, es decir, asumir todos los derechos y deberes respecto del niño que va a nacer; (b) la identidad biológica relaciona al niño con la madre, que proporcionó el óvulo, lo gestó durante nueve meses y lo dio a luz; hay entre ellos todo un *bios*, una vida; (c) la identidad genética es lo único que une a este niño con el tercero, el donante. En este contexto, ¿quiénes son jurídicamente los padres del niño? La respuesta debe ser: los integrantes del matrimonio; con el donante jamás habrá vínculo filial, porque él no ha tenido voluntad de ser padre.

¿Qué derecho puede establecerse entre el niño y el donante, desde que no hay derecho a establecer vínculo de filiación? La respuesta es: el derecho de la persona nacida con técnicas de reproducción humana asistida a conocer

su origen genético. ¿En qué consiste este derecho a conocer? En primer lugar, en el derecho a saber que nació con material genético de un tercero, ajeno a sus padres. En segundo lugar, a obtener información no identificatoria del donante, es decir, datos relativos a la salud; la habilitación para conocer estos datos por parte de la persona nacida es directa, simple, y opera ante el centro de salud que intervino en la técnica médica. En tercer lugar, a obtener información identificatoria, o sea, datos relativos al donante, que estarán disponibles si hay razones, a valorar por el juez, porque, precisamente, para que este niño haya podido nacer, al donante se le prometió confidencialidad: las probabilidades de participación de un donante disminuyen si no hay garantía de confidencialidad.

¿Cómo se resguardará esta información para que el derecho a conocer se ejerza eficazmente? Es menester dictar la ley especial; ése es el ámbito propio para regular el procedimiento pertinente, cuyo incumplimiento podría dar lugar a sanciones.

El principio de igualdad no se ataca por regular de diferente manera el derecho a conocer en las técnicas de reproducción humana asistida y en la adopción. Como se dijo, son fuentes diversas de filiación; también puede ser distinto, y debe serlo, el derecho a conocer. En la adopción hay “bio”, biografía que forma parte de la historia del niño y su adopción. En las técnicas de reproducción humana asistida, en cambio, hay genética, no biografía. En consecuencia, no existe “asimetría histórica” sobre el derecho a la verdad. Genera indebida confusión abordar el

tema del derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos con material de un tercero a través de la reproducción asistida comparándolo con los hechos traumáticos vividos en la historia argentina con los niños de padres desaparecidos. Una cosa es el derecho a la identidad biológica y a conocer la filiación por naturaleza de cada niño apropiado, que nosotras también celebramos; los niños recuperados y sus familias buscan el “bio”, la historia, la biografía, todo lo cual fue perdido por efecto de un hecho ilícito. Nada parecido sucede con el derecho a conocer el origen genético de los niños nacidos de técnicas lícitas de reproducción asistida.

Se asevera que en el amplio campo de la “asimetría intergeneracional” la fertilización post mortem implica una “intervención siniestra” y “efectos traumáticos” en un niño que nacerá “huérfano”. No es así. La reforma no promueve ni favorece la filiación post mortem; lo ideal es que nadie muera durante ningún tratamiento, pero este hecho puede acontecer. Se entiende que es mejor contar con una previsión expresa, que evite inseguridad jurídica en un tema tan sensible, y no dejarlo al mero arbitrio judicial; por eso, al igual que en España, Bélgica, Portugal, se lo regula con diversas restricciones. El niño tendrá un progenitor vivo y formará una familia monoparental, como acontece hoy con las mujeres que, sin pareja, se someten a técnicas de reproducción con material de donante anónimo. En nuestro país nunca se declaró la inconstitucionalidad de la adopción post mortem permitida por nuestro código vigente.

En definitiva, el proyecto no adolece de “asimetrías” como elemento negativo, violatorio de derechos humanos o contrarios a la obligada “constitucionalización del derecho privado”. Estas supuestas “asimetrías” se fundan en que existen tres fuentes diferentes de filiación: la filiación derivada del acto sexual, de las técnicas de reproducción asistida y de la adopción. La tan proclamada “armonía jurídica” sigue en pie.

Las alegadas “presiones de la economía de mercado implicadas en la competencia neoliberal globalizada” que se les imputan a los centros médicos que llevan adelante estas técnicas es-

tán presentes hoy, por fuera de todo control estatal; lejos se estará de una adecuada solución si se sigue pregonando el silencio normativo.

El proyecto pretende que la aspiración de asentar la legalidad jurídico-política en la ética, al decir de Habermas, no se concrete en un futuro, sino en un presente cercano, para que los niños puedan nacer dentro de familias que los desean y que, para llegar a traerlos a este mundo, invocan el derecho al desarrollo de la ciencia médica. Estos avances permiten, en verdad, “reafirmar una sociedad igualitaria y justa”. ■