

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS EN LA FAMILIA: PRESENTE Y FUTURO

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y N.

Desde la aparición de los fenómenos relacionados con la nueva tecnología reproductiva en nuestra vida cotidiana, las personas que nos dedicamos al estudio del derecho de familia hemos realizado esfuerzos por definir este nuevo campo de estudio y precisar los alcances que ello puede tener en las relaciones jurídico-familiares.

El primero de los problemas que se evidenció fue que la biotecnología hizo su aparición en las familias en un marco jurídico demasiado estrecho, el cual aún no ha podido resolver viejos conflictos, impactándolo profundamente, a pesar de que nos negamos a reconocer esta incidencia, este impacto.

Efectivamente, en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Sabemos que, en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología, y, muy en especial, las técnicas de fecundación asistida -que ya forman parte de nuestra cotidianidad-, nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables. Incluso me atrevo a afirmar que desquician la institución de la filiación porque no sólo complican la investigación del vínculo paterno-materno-filial sino que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.

¿Por qué? ¿Cómo? Son las preguntas que inmediatamente surgen, dado que la aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. Respecto de la paternidad, aparece, junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura que es el padre social, es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad; éste puede ser el marido o concubino de la madre o simplemente un varón soltero que desea tener hijos solicitando los "servicios" de una mujer que acepte aportar los gametos femeninos y llevar a cabo el embarazo para, después, entregar el hijo o hija a dicho varón.

Con relación a la maternidad, se presentan tres tipos de figuras maternas: la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre; la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación, y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada. (Para ampliar este tema se recomienda la lectura de la obra de Gostin, Larry (comp.), *Surrogate motherhood. Politics and Privacy*, 2ª ed., Indianapolis, Indiana University Press,

1990, *passim*. También se recomienda la lectura de Shalev, Carmel, *Nascere per contratto*, Milán, Giuffré, 1992, *passim*).

El conflicto que puede surgir entre estas personas no es bizantino. Los tribunales en otros países ya enfrentan casos en donde la determinación de quién es legalmente el padre y la madre de una persona es el punto central de la litis en procesos jurídicos muy largos y complicados. Resolverlo implica señalar quién ha de asumir las responsabilidades que esa relación entraña y quién ha de quedar liberado de ellas. Las consecuencias en los ámbitos del ejercicio de la patria potestad y la custodia, de la obligación alimentaria, de los derechos sucesorios, de los impedimentos para contraer nupcias, son varias y complejas. De ahí la importancia que para el derecho de familia tienen estas manipulaciones; ello explica las actividades que, a diferentes niveles, se están llevando al cabo en el mundo entero.

Las discusiones éticas en torno a esta problemática son largas y apasionadas. (Véase la disertación de Chávez Asencio, Manuel, en *La familia en el derecho mexicano. Relaciones paterno-filiales*, op. cit., pp. 23 y ss., también Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1990, *passim*). Circunscribiendo exclusivamente la discusión a la institución de la filiación, los extremos se plantean entre quienes alegan que no es necesario reformar el instituto pues las reglas para determinar la paternidad o maternidad son muy claras; quienes alegan que estas prácticas deben prohibirse pues atentan contra la dignidad humana, y quienes afirmamos que se debe revisar profundamente el instituto pues ha quedado obsoleto y, por tanto, resulta insuficiente para responder a los problemas que se plantean hoy en día.

En otra ocasión señalé la incidencia que tiene la filiación en los derechos fundamentales de la infancia y, a partir de ahí, en la vida de toda persona. Derechos en donde la intimidad personal y familiar parece entrar en conflicto, cuando se analiza el derecho a conocer sus propios orígenes y el derecho a la salud.

Veamos un solo ejemplo: en aras de la intimidad de la pareja y del propio donador de gametos, hasta ahora se tiene como práctica establecida mantener en el anonimato de esta última persona la persona bajo el argumento de que con ello se evitan problemas de tipo familiar tanto al donador como a la persona receptora de la donación. Sin embargo, con esto se agrava el problema de la claridad en la filiación, pues ahora ya no sólo tendremos el problema de identificar al padre desconocido: tendremos que buscar también a la madre si el gameto donado fue el femenino.

La investigación de la paternidad y la búsqueda de la madre en el caso de infantes abandonados es un problema que ya existe y que atenta igualmente contra los derechos de niños y niñas. Esto es cierto, pero tratándose de la procreación asistida se puede controlar si se exige la elaboración y conservación de un expediente médico de todo el proceso. Con ello se está asegurando al niño o niña el acceso a la información que puede resultar vital para la atención de su salud, garantía que de otra manera no tendría.

En algunos países en los que ya se ha legislado al respecto, como en España, este anonimato se mantiene respecto de la identidad de la persona donadora, pero el niño o niña tienen derecho a recibir toda la información general que requieran sobre aquélla sin que le sea revelada su identidad. (Véase artículo 5,5 de la Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida del 22 de noviembre de 1988).

Dentro del contexto de este seminario, es importante resaltar que, en apariencia, esta propuesta impacta el derecho a la intimidad, tanto de la familia como de cada una de las personas involucradas en el proceso: padre y madre, donadores, e incluso a los menores que pudieren engendrarse con estas prácticas. Sin embargo, considero que si bien es cierto que las manipulaciones genéticas o, más ampliamente, las manipulaciones de la fecundación asistida inciden en el ámbito de la intimidad personal, el control que se hiciera para proteger los derechos humanos del niño o niña que naciere, no necesariamente tiene que violentar esta intimidad, ya que se pueden señalar espacios de discrecionalidad amplios para garantizar este derecho, como apuntaré más adelante.

En otro orden de ideas, es importante tener presente que la reproducción asistida, además de ser objeto de estudio en el contexto de la filiación, lo es también en el ámbito de los derechos humanos desde tres vertientes: los derechos reproductivos, el derecho a la protección de la salud y el derecho a conocer los propios orígenes. En el ámbito de la filosofía y la filosofía jurídica, por el problema que conlleva, para la dignidad del ser humano, (En este sentido es importante la obra de Knoppers, Bertha María, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991.) la experimentación con gametos, fluidos, tejidos y embriones humanos. En el derecho penal, por la tutela de la seguridad de las personas -que, con estas manipulaciones, se ve afectada en lo relativo a la certeza de su estado civil-, y de la humanidad por el riesgo que conlleva la experimentación biogenética ilimitada o limitada sólo por los recursos de la ciencia. (Sobre la problemática entre la ética y las complicaciones de este tipo de manipulaciones se puede consultar: Knoppers, Bertha María, *Conception artificielle et responsabilité médicale. Une étude de droit comparé*, Yvon Blais, Cowansville, 1986; Baudouin, Jean-Louis et Catherine Labrousse-Riou, *Produire l'homme de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, París, PUF, 1987; Blank, Robert H., *Regulating Reproduction*, Nueva York, Columbia University Press, 1990; Knoppers, Bertha María, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Commission de réforme du droit du Canada, 1991; *Droit. Revue Juridique de Théorie Juridique*, número monográfico "Biologie, personne et droit", París, PUF, núm. 13, 1991, entre otros).

Hasta aquí parecería que los avances de la genética y toda la tecnología reproductiva sólo traen problemas a un sistema jurídico que no está preparado para recibirlos. Sin embargo, existe una vertiente que ofrece a nuestra complicada institución de la filiación un abanico amplio y seguro para resolver el más grave de los viejos problemas que aquejan esta institución: la investigación de la paternidad. Los avances logrados permiten identificar, según médicos legistas adscritos a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, con seguridad la paternidad de una persona. Éste es un elemento nada despreciable en la complejidad de los conflictos derivados de la filiación. Hasta ahora, por temor a una imputación infundada, las normas sobre la investigación

de la paternidad transitan por cambios muy estrechos, tanto que difícilmente se puede señalar a un determinado varón como padre de una criatura sin su consentimiento y colaboración. Sin embargo, con el auxilio de la genética se puede determinar, sin lugar a dudas, quién es el padre, lo cual permite, con un poco de voluntad política, reformar esta institución para establecer la presunción en favor del dicho de la madre, lo cual redundaría en beneficio del menor.

Ésta es sólo una de las propuestas para reformar nuestros ordenamientos y dar cabida a las ventajas que ofrecen las investigaciones genéticas y limitar los impactos negativos que puedan incidir en las ya convulsionadas estructuras familiares.

Además, debería reglamentarse sobre la utilización de los diferentes métodos de procreación asistida, haciendo especial referencia a la información y cuidados que deben darse a la mujer que recurre a estas técnicas; sobre la conservación de gametos, tanto masculinos como femeninos, y de los embriones; sobre la investigación y experimentación genética; sobre los centros en donde se lleven al cabo estas prácticas y sobre los cuales en otros países ya se ha legislado, o se está, en estos momentos, trabajando. (Es el caso de España y Suecia).

En México, desafortunadamente, existe todavía una corriente mayoritaria que se resiste a trabajar el tema y a legislar. Un ejemplo de ello es el recientemente aparecido Código Civil de Guerrero, cuyo anteproyecto contemplaba un capítulo en el que se establecían normas mínimas relacionadas con la reproducción asistida.

En primer lugar se establecía el derecho de toda persona a conocer quién es su padre y quién es su madre, aun en los casos de fecundación asistida y adopción, dentro del capítulo que se proponía para la definición de los derechos básicos de la niñez.

Más adelante en este anteproyecto se propuso un capítulo específico sobre fecundación asistida, que me permito reproducir porque considero que este tipo de normas deberían ser ya incluidas en nuestro sistema jurídico antes de que el fenómeno empiece a generar problemas que nos superen.

Se estableció que la fecundación asistida sólo se permitirá mediante consentimiento expreso de la mujer que desee someterse a ella previa información precisa de las técnicas que se vayan a emplear y sus riesgos. Se señala que, independientemente de la técnica empleada, se llama fecundación homóloga cuando se efectúa con los gametos de ambos cónyuges o concubinos, y heteróloga cuando se realiza con gametos de personas distintas a los cónyuges o concubinos. En ambos casos podrá tratarse de fecundación corpórea o extracorpórea.

Sin embargo, con absoluto respeto a las relaciones de pareja y a la comunicación que debe existir en ellas, se señaló que en el caso de la mujer casada o unida en concubinato no podrá practicarse la fecundación heteróloga sin el consentimiento informado de ella y de su cónyuge o concubino. Dicho consentimiento deberá ser recabado por el profesional que intervenga en la fecundación; será otorgado por escrito, fechado y firmado por los cónyuges o

concubinos. El documento donde constare el consentimiento deberá quedar depositado en la clínica, laboratorio o archivo médico del profesional que practicare la fecundación, precisando que, si como resultado de la intervención para la cual fue otorgado el consentimiento la mujer no concibiese, el consentimiento valdrá para sucesivas fecundaciones, salvo que el esposo o concubino lo revoque expresamente y con las mismas formalidades exigidas para el otorgamiento.

Para los efectos del derecho a conocer los propios orígenes, se precisaba que la identidad del donante de los gametos deberá quedar debidamente registrada en la clínica, laboratorio o archivo del profesional que practicare la intervención, y deberá ser revelada en interés del hijo que naciere de dichas prácticas, cuando ello fuere necesario. Sin embargo, entre la persona que hubiere donado los gametos y el hijo que naciere no se establecerá ningún vínculo de filiación; por lo tanto, no existirá ningún derecho u obligación entre ellos, salvo la de informar sobre sus antecedentes clínicos.

En congruencia con el principio de irrevocabilidad del reconocimiento de la paternidad, se disponía que el esposo o concubino que hubiere consentido en la fecundación asistida de su esposa o concubina, en los términos precisados en el párrafo anterior, no podrá desconocer la paternidad del hijo nacido por esa vía.

A fin de evitar los conflictos entre los distintos tipos de maternidad y paternidad que se propician con las manipulaciones genéticas encaminadas a la reproducción, se definía que, para los efectos de la filiación, se considerará como la madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz. Se considerará como el padre al esposo o concubino de ésta.

Finalmente, se establecían límites a manipulaciones que pueden implicar un atentado contra la dignidad de las personas. En este sentido, se señalaba que, en todo caso, se considerará ilícita la fecundación asistida de una mujer con el fin de adjudicar la maternidad del hijo o hija que naciere a una mujer distinta, independientemente del nombre que se le dé a la técnica empleada. Al profesionista que realizare la intervención se le suspenderá definitivamente de la práctica de su profesión y se le aplicará una multa equivalente a 730 días de salario mínimo general vigente en el estado, independientemente de las sanciones penales a las que se hiciere acreedor, según la legislación penal del estado y la Ley General de Salud.

Podemos concluir afirmando que es importante legislar de manera amplia y tolerante con respuestas alternativas para la filiación, permitiendo el uso de las técnicas reproductivas cuando se observe un deseo de asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, con responsabilidad y verdadero compromiso hacia el hijo o hija que naciere. Sin embargo, es importante establecer límites a las manipulaciones genéticas que atenten contra la dignidad humana.

Este equilibrio es difícil, sobre todo porque la comunidad científica no reconoce la pertinencia de una normatividad, pues muchos consideran que la investigación, aun en el campo de la genética, debe ser valorada por sí misma y no en atención a consideraciones éticas que le son ajenas. Ello en un extremo,

y en el otro, están todas las alternativas que se abren para aquellas personas que si bien desean tener un hijo o hija con toda la responsabilidad que el caso requiere y son capaces de dar a ese nuevo ser el amor y cuidados que necesita para su sano desarrollo, no desean tener cópula con el sexo opuesto y mucho menos contraer nupcias. Las respuestas que hasta ahora dan quienes se oponen a estas alternativas, realmente no son totalmente convincentes, dado que el matrimonio no ha demostrado ser la institución de sostén al bienestar de la infancia, como se pretende.

Genética, intimidad y familia. Tres vértices desde los cuales parece evidente la urgente necesidad de sentarnos a reflexionar sobre las estructuras familiares y aceptar, de una vez y para siempre, que las instituciones de derecho familiar sólo responden a una de las alternativas posibles de organización de la reproducción y la crianza. La naturaleza humana es muy compleja y encuentra nuevas formas de relacionarse, reproducirse y criar a su prole, nuevas formas que debemos estudiar con tolerancia y darles cabida en el marco jurídico si realmente pensamos que el derecho es un instrumento para beneficio de la humanidad.