

CÓMO CITAR

Gaitán, J. M. (2024). El requerimiento de afectación personal en la disquisición sobre los procedimientos de reproducción médicamente asistida. *Ethika+*, (9), 129-154.
<https://doi.org/10.5354/2452-6037.2024.71455>

El requerimiento de afectación personal en la disquisición sobre los procedimientos de reproducción médicamente asistida

THE PERSON-AFFECTING CLAIM IN THE DISCUSSION CONCERNING
MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION PROCEDURES

Juan Manuel Gaitán¹

Universidad de Buenos Aires-Universidad Nacional de San Martín
jmgaitan24@gmail.com

RESUMEN: La controversia sobre la pertinencia de la procreación asistida presenta numerosas aristas. Esto hace difícil saldar la discusión. Este artículo propone establecer una valoración de la fecundación médicamente asistida y de la maternidad subrogada a la luz del “requerimiento de afectación personal” (Parfit, 1991). La hipótesis presentada en el artículo sostiene que la afectación personal no conduce a prohibición pero crea un derecho en el niño resultante porque no puede obviarse el futuro derecho a la identidad. Para sostenerlo, se revisa la afectación de las personas involucradas

¹ Profesor de Lengua y Literatura (I.S.FD 174). Licenciado en Filosofía (Universidad Nacional de San Martín). Maestrando en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). <https://orcid.org/0009-0008-3152-978X>



en el proceso y del niño por nacer. También, se evalúa las implicancias del “problema de no identidad” (Parfit, 1984) y del “interés superior del niño”.

PALABRAS CLAVE: reproducción médicamente asistida, maternidad subrogada, requerimiento de afectación personal, problema de no identidad, interés superior del niño.

ABSTRACT: The controversy over the relevance of assisted procreation has many facets. This makes it difficult to conclude the discussion. This article proposes an assessment of medically assisted fertilization and surrogacy in the light of the “person-affecting claim” (Parfit, 1991). The hypothesis presented holds that personal affectation does not lead to prohibition but creates a right in the resulting child because the future right to identity cannot be ignored. To support it, the affectation of the persons involved in the process and of the unborn child is reviewed. The implications of the “non-identity problem” (Parfit, 2004) and the “best interests of the child” is also evaluated.

KEYWORDS: medically assisted reproduction, surrogate motherhood, person affecting claim, non-identity problem, best interests of the child.

Desde los albores del siglo XX, las teorías de filosofía práctica se han enfrentado a nuevos desafíos. Está claro que el incesante avance tecnológico y los profundos hallazgos científicos han estirado los límites del impacto de la actividad humana. A partir de ello, se ha vuelto necesaria una profunda reflexión ética respecto de la pertinencia de la actividad científica.

La bioética surgió en la década de 1960 como una respuesta a los avances médicos y científicos que estaban transformando el ámbito de la salud. Se trata de un abordaje interdisciplinario que está orientado a inquirir sobre la pertinencia y justicia de la actividad, la investigación y la práctica de la medicina, la biotecnología y la ciencia en general.

Es importante señalar que, a lo largo de los desarrollos teóricos en el campo de la bioética y de la ética de la medicina, fue necesario establecer un enfoque sistemático. En efecto, la diversidad de temas y problemas (que, por supuesto, se interrelacionan) ha implicado una toma de postura por parte de los filósofos. Tales posiciones requieren un estudio y análisis crítico basado en principios éticos y en requerimientos axiológicos capaces de ponderar como buenas o malas, o como deseables o indeseables, las prácticas científico-tecnológicas implicadas.

En este contexto, uno de los temas que ha sido motivo de debate radica en la capacidad de la ciencia médica para intervenir en los procesos de procreación. La intervención de procedimientos no naturales en pos del éxito procreativo ha puesto sobre el tapete una serie de problemas a dilucidar a la hora de ponderar o desalentar estas prácticas. La complejidad de estas cuestiones hace sumamente difícil una definición general que las apruebe o las desaprobe y deje saldada la discusión.

Ante la dificultad y la multiplicidad de aristas que el dilema presenta, proponemos analizar y ponderar un aspecto específico de la cuestión. Se trata de establecer una valoración de los procedimientos de fecundación médicamente asistida y de la maternidad subrogada a la luz del “requerimiento de afectación personal” (*person-affecting claim*) postulado por Derek Parfit².

² En el marco del debate sobre la pertinencia de la igualdad como principio de justicia distributiva, Parfit sustenta su tesis prioritarista y descarta el valor intrínseco del principio de igualdad económica. Esta exclusión de la igualdad se basa en un fuerte argumento que suele denominarse la “objeción de nivelar hacia abajo” (*leveling down objection*). La base axiológica de este argumento es el “requerimiento de afectación personal”. Es decir, la adhesión a la idea de que un resultado puede ser considerado como bueno o malo si y solo si implican un beneficio o una desventaja para alguien. La consecuencia lógica de la perspectiva sostenida por Parfit es que ningún parámetro impersonal puede ser sostenido como valor axiológico. Desde nuestro punto de vista, y en consonancia con lo sostenido por Temkin (2000 y 2003), las conclusiones del filósofo británico no son correctas, sin embargo, ello no implica desconsiderar el valor de los criterios

En función de lo expuesto, nos preguntamos si es legítimo o no impugnar estas prácticas a partir de la afectación causada en las personas involucradas en el proceso (en forma general) y del niño por nacer (en forma particular). Nuestra hipótesis central será que la afectación personal no conduce a prohibición pero crea derecho en el niño resultante, específicamente, derecho a la identidad, cuestión que las partes no pueden obviar.

El proceso argumental de este trabajo se basa en la siguiente progresión lógica:

1. El dilema de la fecundación médicamente asistida es multifocal.
2. Una de las aristas principales a tener en cuenta es la afectación de las personas involucradas.
3. De todas ellas, el niño resultante tiene prioridad en este análisis.
4. Por lo tanto, bajo la premisa del «requerimiento de afectación personal», la fecundación médicamente asistida es viable, en la medida en que se garantice el derecho a la identidad del niño resultante.

Para demostrar nuestra hipótesis, en el primer apartado titulado “La maternidad subrogada y los procedimientos de fecundación asistida como problema ético y axiológico”, nos ocuparemos de demostrar las implicaciones generales del problema. Luego, en “El ‘requerimiento de afectación personal’”, daremos cuenta de este parámetro axiológico. En “La aplicación del ‘requerimiento de afectación personal’ en la disquisición sobre la fecundación con asistencia médica y la maternidad subrogada”, comenzaremos nuestro análisis del problema central de investigación así delimitado. Por último, en “El ‘problema de no identidad’ en la disquisición de las técnicas de fecundación”, trataremos la relación entre identidad personal, existencia y daño, en relación con el niño resultante de estas prácticas.

de afectación personal a la hora de evaluar ética y axiológicamente un problema determinado.

El objetivo principal de nuestra tarea será clarificar un aspecto del problema y determinar sus consecuencias legales, axiológicas y éticas. Esto no supone concluir el debate puesto que no creemos en una postura monista del valor moral. De modo que la afectación personal es considerada un elemento más dentro de los muchos a considerar a la hora de evaluar este dilema.

La maternidad subrogada y los procedimientos de fecundación asistida como problema ético y axiológico

Si se considera con atención, se notará que el tema que nos ocupa puede ser enfocado desde aristas múltiples y diversas. Esto no parece algo enteramente novedoso en cuestiones ético-valorativas, sin embargo, la conjunción de factores tales como las técnicas y procedimientos científicos, la objetivación del cuerpo y la ponderación de la vida como valor multiplican las polémicas.

En primer lugar, se puede considerar la problemática del impacto de la actividad humana sobre la naturaleza. Este punto liga la cuestión reproductiva con otros debates bioéticos que exceden a la procreación, tales como la capacidad de la biotecnología, los procesos de manipulación genética, la programación de especies, etc.

Por otro lado, el debate puede ser orientado a partir de la discusión sobre la vida como valor moral, lo que implica preguntarse si es correcto o incorrecto, *in abstracto*, que el ser humano actúe positiva o negativamente sobre las vidas futuras. Es decir, determinar, más allá de un caso concreto, si es lícito (en términos morales), impedir o facilitar una concepción que las fuerzas de la naturaleza no hubieran permitido. En este sentido, las afirmaciones que se acepten en temas como la reproducción asistida o la maternidad subrogada deben ser consecuentes con las que se expongan en otros temas como la disquisición sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Otra consideración se relaciona con la pertinencia moral de la selección de embriones. Dado que los procesos de fecundación

artificial requieren de la fertilización de varios óvulos en pos de garantizar el éxito, es posible presentar objeciones morales basadas en la incertidumbre de su destino y en las situaciones de descarte. En efecto, en los países que permiten estas prácticas, es posible que los padres decidan no implantar todos los óvulos fecundados y, en algunos casos, simplemente desecharlos.

Esta gran cantidad de parámetros a tener en cuenta hacen especialmente difícil precisar la cuestión. De modo que encontrar un único argumento definitivo parece una tarea imposible. Resulta imprescindible, entonces, abordar el problema alcanzando claridad en cada uno de los parámetros que serán considerados. En otras palabras, vale la pena intentar comprender las implicaciones axiológicas, éticas y morales de cada uno de estos enfoques. Solo así, nuestra toma de posición respecto a los dilemas de la reproducción asistida, en general, y de la maternidad subrogada, en particular, encontrará una base sólida.

Está claro que esto no cerrará el problema. Incluso si todos aceptásemos las mismas conclusiones respecto a cada uno de los puntos dilemáticos, esto no supondría que ponderemos cada uno de ellos de la misma forma. Por ejemplo, podríamos estar de acuerdo en que el descarte de embriones sea moralmente incorrecto pero creamos que la libertad individual de las personas gestantes debe prevalecer. O bien, por el contrario, considerar que el valor de la vida tiene un escalafón moral superior y que, por lo tanto, la libertad individual no debe ser sobreestimada en este tipo de casos. Como puede verse, esta divergencia valorativa nos conduce a aprobar o a rechazar estos métodos reproductivos. No obstante, si bien esto demuestra que no existe un punto en común obvio, estaremos de acuerdo en que analizar cada una de las caras del debate asegurará una visión integral y no sesgada del problema.

Desde un análisis bioético, no parece adecuado problematizar los procesos de fertilización de forma general. Por ello, nuestra exposición dilemática se da a la luz de uno de los aspectos centrales que merecen

ser considerados. Se trata de ponderar el resultado de este tipo de casos bajo el parámetro que suele definirse como “afectación personal”.

El “requerimiento de afectación personal”

En el marco de la filosofía práctica, este parámetro se ha vuelto decisivo a la hora de evaluar el valor axiológico de una situación. El “requerimiento de afectación personal” (*person-affecting claim*) presentado por Parfit (1991) implica que un resultado puede ser juzgado como bueno (o malo) solo si es bueno (o malo) para alguien. En definitiva, esto supone preguntarse cómo se ven afectados los seres sintientes que forman parte de estas acciones a ponderar.

En palabras de Parfit, esta cláusula se define a partir del criterio que implica que si un resultado no es peor para nadie, no puede ser de ninguna manera peor (Parfit, 1995). En una descripción más acabada, Temkin completa su definición y la categoriza como la posición del “eslogan”. Define Temkin: “El eslogan: una situación no puede ser peor (o mejor) que otra si no hay nadie para quien es peor (o mejor)”³ (Temkin, 2000, p.152).

Desde esta óptica, todo su peso axiológico se basa en identificar cómo los seres sintientes o sensibles se ven afectados por los resultados. El criterio fue analizado y criticado por muchos autores, pero el análisis más profundo al respecto fue realizado por Larry Temkin en diferentes facetas de su obra. Esta noción tiene, sin dudas, la capacidad de captar una intuición bastante plausible. Todos estaríamos de acuerdo en aceptar que lo que es bueno o lo que es malo debe serlo para alguien. Sin embargo, es importante señalar que no se trata de un factor completo y suficiente. Como explica Temkin, el “requerimiento de afectación personal” únicamente concibe la afectación

³ “Person-affecting claim: if one situation is worse (or better) than another, there must be someone for whom it is worse (or better)” (la traducción es nuestra).

de un modo individual particular. De manera que no da crédito a la evaluación del bienestar relacional o comparativo.

A partir de lo expuesto, la estructura lógica de este parámetro se basa en la siguiente formulación deductiva:

Premisa 1: Todo resultado axiológicamente bueno implica que alguien mejore.

Premisa 2: Todo resultado axiológicamente malo implica que alguien empeore.

Conclusión: Por lo tanto, un resultado en el que nadie mejora no puede ser bueno y todo resultado en el que nadie empeora no puede ser malo.

La variable establecida por el “requerimiento de afectación personal” requiere precisar la implicación de los términos “mejorar” y “empeorar”. Está claro que, en un sentido llano, mejorar supone otorgar un beneficio a la persona afectada. Sin embargo, como explica Truccone Borgogno (2015), desde el punto de vista de las *tesis no comparativas*, el beneficio o el daño solo pueden ser concebidos de un modo no comparativo; es decir, que debe implicar una afectación directa en la persona particular. De manera que, por ejemplo, no podría considerarse afectación personal positiva el hecho de nacer en una sociedad igualitaria puesto que eso no supone un beneficio directo para nadie en particular. Lo mismo ocurre en relación con el daño. Desde este punto de vista, las comparaciones son irrelevantes. Sobre la tesis del daño no comparativa, Truccone Borgogno define: “Si el acto de A causa que B esté en un estado malo, entonces A daña a B” (Truccone Borgogno, 2015, p.85).

Como puede apreciarse, este tipo de tesis del daño tan simplificadas pueden toparse rápidamente con dificultades imposibles de soslayar. Por ejemplo, si un cirujano debe realizar un corte en un cuerpo para evitar una peritonitis, técnicamente lo estaría dañando, de manera que bajo esta tesis debería desistir de intervenirlo (cosa absurda, por cierto).

Por ello, se han presentado variantes y sofisticaciones de estas tesis intentando superar estos escollos. Entre estos intentos, Truccone Borgogno destaca la *tesis de la brecha entre dos estados* de Seana Shiffrin. Allí se plantea que la evaluación del daño debe tener en cuenta la distancia entre la voluntad y la experiencia individual. Así, bajo este parámetro, el cirujano no daña al paciente al producir el corte puesto que, bajo cualquier análisis racional, la voluntad del paciente por ser curado supera la experiencia individual del dolor del corte o la fealdad de la cicatriz resultante. Por lo tanto, esta define: “Si el acto de A hace que B esté en un estado en el cual B no querría racionalmente estar, entonces A daña a B” (Truccone Borgogno, 2015, p.90). Otra alternativa es apelar a la denominada *tesis del umbral*. Esta recurre al establecimiento de un cierto umbral general de afectación definido normativamente, de modo que si una acción hace descender a alguien por debajo de ese límite, esa persona ha sido dañada. Esto se estipula de la siguiente manera: “Si el acto de A hace que B caiga debajo de un umbral específico, entonces A daña a B” (Truccone Borgogno, 2015, p.93).

Desde la perspectiva de Truccone Borgogno, ninguna de las tesis no comparativas es capaz de evitar cuestionamientos contraintuitivos. Parece posible coincidir con él en que perseguir el intento de obtener un principio monista en cuestiones éticas y axiológicas resultará inútil. Como Temkin (2003) ha sostenido, los criterios que pretenden hacer depender únicamente la valoración de la afectación directa de los seres sintientes se diluyen. La razón de ello es que son incapaces de distinguir los parámetros de la justicia comparativa. Esto nos conduce a reconocer que debe adoptarse una posición pluralista en la que se recurra a más de un criterio para valorar un dilema ético en toda su espesura. Sin embargo, al ponderar el “requerimiento de afectación personal” estamos resaltando el impacto que las acciones suponen en los otros. De este modo, daremos especial atención a las consecuencias derivadas de los daños o beneficios acontecidos en personas particulares.

La aplicación del “requerimiento de afectación personal” en la disquisición sobre la fecundación con asistencia médica y la maternidad subrogada

Si bien desde la perspectiva de la afectación personal, todas las personas cuentan a la hora de evaluar un resultado, en el presente trabajo circunscribimos nuestro análisis a un actor que consideramos principal: el niño por nacer. La razón de esta ponderación radica en que el resto de las personas involucradas son capaces de dar consentimiento asertivo de su rol. En efecto, desde una perspectiva liberal y, en el marco de una cultura democrática, tanto los médicos y científicos, como los aportantes de la carga genética (espermatozoides y óvulos) y la persona gestante, forman parte de este “contrato” o “acuerdo entre partes”, dando cuenta de su voluntad. Ello hace que cada una de las partes pueda asumir derechos y obligaciones, así como aceptar restricciones. El niño que es fruto de este acuerdo, en cambio, no puede dar consentimiento alguno. Desde nuestro punto de vista, esto lo distingue y prioriza en el análisis por sobre el resto de las personas involucradas.

Está claro que las afirmaciones del párrafo anterior pueden ser puestas en duda. En primer lugar, podría objetarse, por ejemplo, que ninguno de nosotros (en nuestro carácter de hijos) hemos sido consultados a la hora de ser procreados. A partir de tal evidencia, se podría cuestionar por qué estos niños deben tener una atención especial. A ello podemos responder que el modo de reproducción con el que fuimos concebidos no está puesto en tela de juicio y que, si así ocurriera, nuestro rol de niño por nacer debería recibir la misma distinción que ahora hacemos con aquellos nacidos por procesos de fecundación asistida y subrogación.

Otra objeción significativa la aporta el feminismo radical y consiste en destacar la importancia de la afectación que sufre el cuerpo de la mujer gestante al volverse un objeto de intercambio. En otras palabras, volver a la persona gestante un objeto e introducir la lógica

del mercado supone la mercantilización del cuerpo y la sexualidad humana. Dice el *Manifiesto No somos vasijas*:

... no aceptamos la lógica neoliberal que quiere introducir en el mercado a “los vientres de alquiler”, ya que se sirve de la desigualdad estructural de las mujeres para convertir esta práctica en nicho de negocio que expone a las mujeres al tráfico reproductivo. (*Manifiesto*, s.a/s.f)

Si bien consideramos que esta postura merece especial atención, existen al menos dos cuestiones que subordinan su importancia a la afectación del niño por nacer. En primer lugar, es cierto que el “alquiler de vientre” (una de las alternativas que puede caracterizar a la maternidad subrogada) implica un acto de alienación⁴ en un doble sentido. El primero radica en que la madre subrogante no será (aunque ella lo desee posteriormente) quien tenga el beneficio afectivo de su gestación y, el segundo, en que el alquiler de su cuerpo es un proceso eminentemente traumático que se da como resultado de la necesidad de supervivencia.

Es cierto, en este segundo sentido, que la legalización de la maternidad subrogada puede significar una suerte de pendiente resbaladiza en la que proliferen casos en los que las mujeres pobres se vean obligadas a entregar su cuerpo como incubadoras con la única finalidad de que ellas y sus familias puedan satisfacer las necesidades básicas de vida. No obstante, esto no se limita al ámbito de la subrogación. No parece haber un ejercicio muy diferente en otros ámbitos que cosifican el cuerpo humano y lo degradan volviéndolo un objeto de intercambio. En esos casos, se produce una objetivación del cuerpo humano que se convierte en mercancía. Esta mercantilización de lo humano aflora cuando se le aplica un determinado “valor” basado en su capacidad de producción y al amparo de las leyes del mercado. Está

⁴ La alienación es un concepto que se utiliza para describir la desconexión o separación de algo que en principio debería estar unido o relacionado. En la perspectiva marxista, la alienación se refiere específicamente a la separación del trabajador de los productos de su trabajo y de su propia humanidad.

claro que una mujer pobre condicionada y coaccionada para explotar su matriz reproductiva es un ejemplo extremo de “fetichismo de la mercancía”⁵; sin embargo, repetimos que esto no es muy diferente a lo que ocurre en otras prácticas socialmente aceptadas. Tristemente, en nuestra sociedad, existen numerosas actividades legales que implican la cosificación del cuerpo y de la vida, y que se aceptan bajo el pretexto de la libre elección de las personas.

Desde nuestro punto de vista, los argumentos que apelan a la pendiente resbaladiza, si bien son convergentes a este debate, acaban por rebasar el ámbito estricto del problema de investigación. En otras palabras, para resolver la cuestión de la cosificación del cuerpo no será suficiente con limitar o cancelar una a una las prácticas que suponen tal cosa, sino que sería necesario un cambio paradigmático en las relaciones de producción y en el entramado económico social. En definitiva, sería necesario un cambio de sistema. Dado que ello excede a nuestro planteo, creemos que la afectación del niño por nacer sigue siendo la perspectiva menos considerada.

Por otro lado, podría sostenerse que la principal afectación a considerar no corresponde al niño que será fruto de estas prácticas;

⁵ El fetichismo de la mercancía es un nodo conceptual de la teoría marxista que pretende mostrar una inversión que se produce en el marco del capitalismo respecto al modo de valorizar la mercancía. Para Marx el valor no es una propiedad material de la mercancía sino que está dado por su valor de uso. Es decir, por ser el resultado del trabajo. Así, en la sociedad capitalista, la mercancía es vista como un fetiche. Marx comienza su análisis del carácter fetichista de la mercancía aludiendo a un “secreto” u ocultamiento propio de ella. Es más, apenas él inicia el párrafo de *El capital* dedicado a esta cuestión asegurando que el análisis de la mercancía la revela como un objeto endemoniado. Como hemos señalado, esto no depende de su valor de uso puesto que ello la presenta como un producto del trabajo humano. En cambio, cuando este producto se presenta como mercancía se transmuta en cosa sensorialmente suprasensible. El autor opta por esta denominación precisamente para enfatizar, como ha señalado Cárcova, su falso sentido. La razón por la cual posee este carácter enigmático es porque, al volverse mercancía, el producto del trabajo adquiere su forma mercantil. En otras palabras, esto ocurre cuando se transforman en objetos que existen al margen de los procesos de producción.

sino a la que atañe a los futuros progenitores. Desde esta perspectiva, los padres (personas efectivamente existentes) son portadores de los llamados derechos reproductivos. Es decir, están facultadas para ejercer la potestad de decidir en forma autónoma si se tendrán o no hijos. Estos derechos son subsidiarios del artículo 16.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁶. Esto se refuerza con el artículo 17.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), en el que se ratifica el “derecho a fundar familia”⁷. Amparadas en estas prerrogativas, las personas pueden considerar que los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida son esenciales para ejercer este derecho.

Es claro que este argumento no se limita a los casos de parejas heterosexuales que no puedan concebir. El cambio cultural que han experimentado las sociedades occidentales ha modificado el concepto de familia y de filiación. En este contexto, parece claro que todo modelo de pareja o matrimonio goce de este derecho. En otras palabras, amparados en la prerrogativa igualitaria, si una pareja heterosexual con dificultades para concebir tiene el derecho a recurrir a técnicas reproductivas médicamente asistidas, una pareja no heterosexual debería poder recurrir a los mismos procedimientos.

Ahora bien, más allá de la comprensión de estos argumentos, cabe preguntarnos si la afectación de los progenitores puede ser considerada por encima de la de los futuros niños. En este sentido, es oportuno advertir que en todos estos casos existe un acuerdo entre partes. Efectivamente, si se trata de un acto libre de coerción directa,

⁶ Allí se consagra: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (Naciones Unidas, 1948).

⁷ El artículo 17.2 establece: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (Organización de Estados Americanos, 2016 [1969]).

las partes intervinientes deben expresar su consentimiento libre e informado. Esto implica la configuración de las condiciones en las que se adhiere al contrato⁸ y la contemplación de las consecuencias futuras que puedan ser concebidas. En consecuencia, estaremos de acuerdo en que, al menos desde el punto de vista formal, cada una de las partes (padres incluidos) han tenido la oportunidad de optar. Esto no puede ser obviado a la hora de ponderar cómo cada una de las personas implicadas se ven afectadas por los resultados finales.

En comparación con el resto de las personas, el niño nacido se encuentra en una posición asimétrica con respecto al resto. En efecto, la persona resultante posee el carácter de ser humano sintiente y ello le otorga el derecho a reclamar el perjuicio que el resultado del proceso pueda causarle. Nótese que, a diferencia de lo que puede esgrimirse a la hora de analizar la moralidad de la interrupción del embarazo, en el caso que nos ocupa no hay duda de que la condición de persona del niño nacido o por nacer es incuestionable. A diferencia del otro, nuestro debate es independiente de la consideración del inicio de la vida y no lo es respecto de la determinación del momento en el que algo (una célula, un espermatozoide, un óvulo, un cigoto, etc.) se convierte en un ser sintiente capaz de ser afectado por las acciones de otros.

Así delimitada la cuestión, podemos afirmar que, desde nuestro punto de vista, si bien la afectación de todos resulta relevante, se vuelve imprescindible darle prioridad a la persona resultante. Por ello, nos proponemos estudiar las implicancias éticas que afloran de las prácticas de maternidad subrogada y fecundación *in vitro* a la luz de su impacto en la futura vida.

⁸ El uso del término “contrato” no es específico del lenguaje jurídico. Pretende una sinonimia con “acuerdo” y “pacto”. De todos modos, como explicaremos más adelante, el sistema normativo de los países que aceptan la maternidad subrogada suele establecer un contrato entre partes para la regulación de esta práctica.

El “problema de no identidad” en la disquisición de las técnicas de fecundación

Ahora bien, nuestra tarea exige llevar el análisis hacia una cuestión que Parfit (2004a) ha denominado el “problema de no identidad” (*non-identity problem*) o el dilema de las generaciones futuras. Este planteo surge del hecho incuestionable de que la identidad personal es el resultado de un instante específico en el que se produce la fecundación de un óvulo por parte de un espermatozoide.

Parfit plantea una tesis central sobre la relación entre la concepción humana y la identidad personal. Se trata de la denominada *tesis de la dependencia temporal*. La misma sostiene la relación indisociable entre el momento de la concepción y el hecho de que ese individuo particular (y no otro) haya sido concebido. Define Parfit: “Si una persona particular no hubiese sido concebida cuando de hecho fue concebida, es de hecho verdadero que nunca habría existido” (Parfit, 2004a, p.607). De manera que, como sostiene el autor, de esta tesis se desprende una conclusión necesaria: *de no haber sido quienes somos, no hubiéramos sido nadie*.

Desde este supuesto, deberíamos asumir que si una madre no hubiese concebido un hijo en el momento en el que lo hizo y, en cambio, hubiese esperado quizá algunos días, a pesar de tratarse del mismo óvulo, probablemente sería otro el espermatozoide y las circunstancias de la fecundación. Esto implicaría que la identidad del ser naciente sería enteramente otra, a pesar de que la carga genética de uno y de otro puede haber sido similar. Esto le permite a Parfit preguntarse: “Este niño habría tenido algunos de mis genes, pero no todos ¿Habría sido yo?” (Parfit, 2004a, p.608).

Para no empantanar la discusión ante la posibilidad de que la concepción se haya producido en un espacio temporal cercano en uno y otro caso, el autor propone ampliar la *tesis de dependencia temporal* incluyendo una cláusula de restricción. Así, el nuevo parámetro establecería: “Si una persona particular no hubiese sido concebida

en el espacio de un mes alrededor del momento en que de hecho fue concebida, de hecho nunca habría existido” (Parfit, 2004a, p.609). Este es el terreno para poder formular la llamada *tesis del origen*. Esta pretende determinar, no las características que vuelven genéricamente persona a alguien, sino las propiedades distintivas que le dan identidad y lo vuelven esa persona. Parfit sostiene que cada uno de nosotros tiene la propiedad distintiva de haberse originado del par concreto de células del que nos originamos. Dicho de otro modo, lo distintivo de ser quienes somos es no poder haber sido originados a partir de un par de células diferentes. Por ello, es importante distinguir que la *tesis de dependencia temporal* no se trata de pensar la identidad a través del tiempo⁹ sino a través de distintos mundos posibles. Esto permite

⁹ Para comprender lo que se entiende por identidad personal a través del tiempo, debemos repasar la concepción de identidad en la que se sustenta el pensamiento de Parfit. Como explica Quintana García (2018), el desarrollo argumental del filósofo inglés sobre la identidad se inscribe en el debate entre las posturas deterministas y las reduccionistas. Según Quintana García, Parfit concibe una teoría de la identidad a partir de dos criterios. El primero, se trata de un criterio psicológico. Quintana García lo define de la siguiente manera:

(1) hay continuidad psicológica si y solo si hay cadenas parcialmente superpuestas de conectividad fuerte. X hoy es la misma persona que Y en algún momento pasado si y solo si (2) X es psicológicamente continuo con Y, (3) esta continuidad tiene la clase correcta de causa, y (4) no ha tomado una forma ramificada. (5) La identidad personal a través del tiempo consiste justamente en darse los hechos como los que van de (2) a (4). (Quintana García, 2018, p.164)

Ahora bien, esta posición psicologista presentaría una seria dificultad y, por eso, es necesario postular la cuarta premisa, dado que si no se evita la ramificación, ante un escenario en el que los sujetos podrían ser replicados, la identidad personal no se mantendría. En este sentido, Parfit incluye un segundo criterio complementario derivado de autores que defienden el fisicalismo (animalistas). El criterio físico presentado por Parfit es descrito por Quintana García como:

(1) lo que resulta necesario no es la existencia continua del cuerpo entero, sino la existencia continua de bastante cerebro como para ser el cerebro de una persona viva. X hoy es una y la misma persona que Y en un momento pasado si y solo si (2) suficiente cerebro de Y sigue existiendo, y es ahora el cerebro de X, y (3) esta continuidad física no ha tomado una forma ramificada. (4) La identidad personal a través del tiempo consiste justamente en que se den hechos como (2) y (3). (Quintana García, 2018, p.166)

abordar la cuestión de las personas futuras y analizar la obligación moral que, para con estas, se sigue de nuestros actos.

Este es el punto en el que estamos en condiciones de presentar el “problema de no identidad”. Para poder completar su desarrollo es necesario ver las implicaciones de asumir dos premisas diferentes. La primera (A) se expresa en la siguiente formulación: “Si un acto nuestro, por remoto que fuere, es una causa necesaria de una vida futura que merece ser vivida, causar que exista supone beneficiar a esa persona”; de un modo divergente, la segunda (B) señala: “Se beneficia a alguien con una acción cuando de no hacerla hubiese sido peor para esa persona. Como en este caso, de no hacerla, ese alguien no hubiese existido, no hubiera sido peor para ella”.

Para analizar ambos presupuestos, Parfit propone un ejemplo al que denomina *La muchacha de 14 años* (Parfit, 2004b, p.620). En el planteo se presenta el caso de una chica adolescente que decide tener un hijo. Dado que es muy joven, su inexperiencia le dará un mal comienzo de vida a su hijo. Esto tendrá efectos negativos pero supongamos que su vida será digna de ser vivida. Si ella posterga unos años su maternidad, podría tener un hijo diferente que tendría un mejor comienzo en la vida.

Siguiendo el planteo de Parfit, supongamos que no es posible convencerla de que es conveniente para ella esperar para procrear ese niño y nos responde que no es asunto nuestro. Alguien podría proponer usar otro tipo de argumento y sostener que el hecho de no esperar sería poco beneficioso para ese hijo por nacer. En este punto, cabe cuestionarnos si este argumento es legítimo.

Es claro que, desde la perspectiva que sostiene que hacer que una persona exista supone beneficiarla (A), nuestra recomendación no tendría sustento. Recordemos que si la niña hubiese esperado, ese niño no hubiera sido procreado. Es decir que, en la medida en que su vida es digna de ser vivida, su mal comienzo es la única opción para existir. Por lo tanto, la decisión de la chica ha beneficiado a su hijo.

Ahora bien, desde la asunción contraria (B), en la que no se cree que hacer que alguien exista supone beneficiarla, ¿podemos llegar a una conclusión diferente? Para Parfit esto no sería así, puesto que, tampoco se puede afirmar que se lo ha perjudicado con darle una vida digna de ser vivida (Parfit, 2004a, p.621).

Este señalamiento tiene relevancia en nuestra investigación porque para analizar la afectación de cualquier generación futura debe tenerse en cuenta que se garantice su existencia específica. Como explicaremos más adelante, si la prácticas de fecundación asistida son impedidas, esos seres resultantes jamás existirán.

Esto es claro en los casos de parejas con dificultades procreativas, sin embargo, tal afirmación tendría el mismo valor de verdad aún si estos problemas no existieran. Supongamos la existencia de una pareja conformada por Marta y por Atilio. Pongamos por caso que, en el primer universo de análisis, Marta y Atilio no logran alcanzar la procreación por algún tipo de incompatibilidad. Sin embargo, bajo el recurso de la fecundación médicamente asistida, pueden concebir efectivamente a un niño llamado Norman. En este caso, queda muy claro que Norman no existiría sin el arbitrio de la técnica reproductiva. Contraponemos este ejemplo con un segundo universo en el que la incompatibilidad de Marta y Atilio queda excluida y se mantiene el deseo de procreación por parte de ambos. Imaginemos que aunque ellos pueden gestar de modo natural, deciden asegurarse el éxito y recurren a las mismas prácticas aplicadas en el primer universo aprovechando el mismo óvulo y el mismo espermatozoide, en el mismo instante. Alguien podría cuestionar el hecho de que esta pareja heterosexual no recurra al proceso natural, sin embargo, este cuestionamiento nunca podría ser efectuado por Norman (en ninguno de los mundos posibles dispuestos). La razón de ello radica en que si los padres no recurrieran a la fecundación, Norman no existiría.

Si analizamos esta situación a la luz de los parámetros establecidos por las *tesis del daño no comparativo*, notaremos que Norman no podría verse afectado negativamente en ninguno de los mundos posibles

presentados. Es más, bajo estos parámetros y en la medida en que concebamos la vida y la existencia como beneficios, Norman ha sido beneficiado por la apelación a un modo no natural de procreación, puesto que, de otro modo, él no hubiera sido concebido.

Aún si nos amparamos en el llamado *principio del daño* (*harm principle*), nada podría permitirnos afirmar que Norman ha sido desaventajado. Tal principio ha sido consagrado por Mill¹⁰ al estipular que la única acción legítima del Estado por sobre la libertad individual se respalda por el deber de evitar el perjuicio a otros. De este modo, los efectos de las acciones de cada una de las partes no implicarían ningún tipo de perjuicio para el principal afectado, por lo tanto, la legislación que intente censurar estas prácticas debe eludir la cuestión del daño como argumento.

Relacionado a ello, un hecho habitual en las legislaciones de diversos países radica en limitar las prácticas de fecundación asistida y maternidad subrogada bajo el amparo de la *tesis del interés superior del niño resultante* (*Best Interests of the Resulting Child*) (ISNR). Según Cohen (2011), se trata de una transposición del razonamiento del derecho de familia al derecho de la reproducción. En ambos casos el Estado puede intervenir bajo la justificación de la protección del bienestar del niño.

Cohen advierte que las intervenciones estatales pueden ser directas o indirectas. Las más intrusivas implican la alteración física y la prohibición penal, mientras que las de menor intromisión, la financiación selectiva y el manejo de la información. Es cierto que el ISNR no es la única justificación de la intervención estatal (puede apelarse a daños a terceros, a patrones paternalistas en relación con

¹⁰ Mill describe el *principio del daño* al decir: “Dicho principio establece que el único fin por el que los hombres están legitimados, individual o colectivamente, para interferir en la libertad de acción de cualquiera de ellos, es la protección de sí mismos. Esto es, que el único propósito por el que puede ser ejercido legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir del daño a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es una justificación suficiente” (Mill, 2017, p.35).

los padres o a cuestiones de moral, entre otras), sin embargo, está claro que apelar al interés del menor tiene una impronta destacada.

Ahora bien, cabe preguntarse si este recurso argumentativo que parece anclarse en el “requerimiento de afectación personal” es pertinente a la luz del “problema de no identidad”. La respuesta de Cohen es negativa. Para justificar su punto, pasa revista a una serie de casos recurrentes en los que se pretende sostener la tesis ISNR sin advertir que violan el beneficio máximo para el niño resultante: su identidad y existencia. Entre estos ejemplos se destaca la penalización del incesto entre hermanos y primos hermanos (bajo la justificación de que de relaciones incestuosas pueden nacer hijos con problemas genéticos), los programas de educación para la abstinencia y el rechazo a concebir fuera del marco del matrimonio (amparados en que ello traerá consecuencias perjudiciales para el niño) y la restricción de acceso a la tecnología reproductiva por edad, estado civil y orientación sexual (buscando evitar daños psicosociales a los niños). Este señalamiento no procura estimar o desestimar la intervención del Estado sino advertir que sería incoherente hacerlo por el bien del niño resultante.

Cohen propone un ejemplo claro para ilustrar el problema lógico de esta postura. Invita a imaginar el caso de una mujer posmenopáutica que quiere tener un hijo mediante tecnología reproductiva. Supongamos que ese hijo estará en peores condiciones (fisiológicas, psicológicas, etc.) en comparación con el hijo promedio de una mujer de veinte años. Sin embargo, ello no permite decir que la ley le debe impedir el acceso a la tecnología reproductiva para no desfavorecer al niño. Está claro que si el Estado bloquea ese acceso él nunca existirá. Sostiene Cohen:

(...) mientras tenga una vida digna de ser vivida, el hecho de que nazca no le perjudica. Por lo tanto, cualquier intervención estatal que influya en si los individuos se reproducen (en ausencia de vidas que no merezcan la pena ser vividas) no puede justificarse mediante el razonamiento ISNR¹¹. (Cohen, 2012, p. 1209)

¹¹ “(...) so long as he has a life worth living, coming into existence does not harm

Para Cohen, esta mala interpretación no es casual, sino que tiene la intención de disimular una búsqueda de planificación social y una cierta forma de eugenesia. De este modo, la apelación al interés superior del niño no es más que un enmascaramiento (Cohen, 2012, p.1208).

Cohen pone de manifiesto el problema lógico que resulta de aplicar el ISNR en la disquisición sobre las generaciones futuras. Se trata de observar que en la expresión “interés superior del niño” aplicada al derecho de familia, el término “niño” se entiende “niño existente”; mientras que, en el ámbito de los derechos reproductivos, suple por “niño resultante”. En otras palabras, el derecho de familia estructura su prerrogativa *a posteriori* de la existencia de los sujetos; en cambio, el derecho reproductivo se ve obligado a hacerlo *a priori*.

En definitiva, el “problema de no identidad” se vuelve útil para analizar la afectación del niño por nacer. Se revela como una demostración de que el resultado de los procesos de subrogación no desaventajan al niño resultante. En otras palabras, no le implican un estatus de vida inferior.

Conclusiones

A lo largo de nuestro trabajo, hemos planteado el problema ético y axiológico de la maternidad subrogada y los procedimientos de fecundación asistida a la luz de la afectación personal. Nuestra hipótesis central ha sido que la afectación personal no prohíbe estas prácticas, pero crea derechos para el niño resultante, especialmente en relación con su identidad. Nuestro objetivo ha sido aclarar un aspecto del problema y determinar sus implicaciones legales, éticas y axiológicas, sin concluir el debate debido a la existencia de múltiples posturas morales.

him. Thus, any state intervention influencing whether individuals reproduce (absent lives not worth living) cannot be justified by BIRC reasoning” (la traducción es nuestra).

En pos de ello, hemos establecido un argumento basado en la justificación de tres aspectos fundamentales. En primer lugar, expresamos la necesidad de reconocer la complejidad de la cuestión al asumir que el tema de la fecundación asistida abarca múltiples aspectos y problemas interrelacionados que influyen en su consideración. Luego, señalamos que una de esas aristas principales es evaluar cómo estas prácticas impactan en los individuos implicados. A partir de este análisis, asumimos que, entre las personas involucradas, se le da especial importancia y prioridad al niño que nacerá a través de estos procedimientos. Todo lo expuesto anteriormente conduce a concluir que, en base al concepto de “afectación personal” propuesto por Derek Parfit, la viabilidad ética de la fecundación asistida radica en asegurar que el niño resultante tenga preservado su derecho a la identidad.

Efectivamente, parece posible acordar con Cohen que el ISNR y el “requerimiento de afectación personal” no pueden ser efectivos a la hora de censurar estas prácticas por parte del Estado. Como él mismo aclara, eso no significa que negar su implementación suponga perjudicar al niño resultante. Esto es así porque si esto ocurriera este no existiría y, por lo tanto, no sería receptor de ningún tipo de afectación. Ahora bien, está claro que, una vez nacido el niño (es decir, con las prácticas instauradas), debe revisarse cómo ha sido afectado en relación con aspectos que no impliquen cuestionar su existencia.

Como hemos dicho, la vida del niño por nacer ha acontecido a partir de un acuerdo entre partes. Es común en muchos países, en los que la maternidad subrogada es legal, aceptar el anonimato de los donantes de espermatozoides o de óvulos. De la misma manera, en los casos en los que los gametos son aportados por los futuros padres, pero se requiere de un alquiler de vientre, también la persona gestante suele no volver a tener contacto luego del parto.

Resulta obvio que aquí aparece un desequilibrio de derechos. Los padres, los profesionales de la salud intervinientes y los eventuales donantes deben considerar cuidadosamente que los diversos factores

sobre los que toman decisiones influirán efectivamente en el bienestar del niño. A partir de ello, se sigue que tópicos como la salud genética (prevención de patologías), la identidad biológica o el derecho a conocer su origen son cuestiones que merecen ser reguladas.

Nuestro punto de vista no se centra en perseguir la prohibición de estas prácticas. Está claro que, al menos desde la afectación personal, las personas efectivamente nacidas bajo estos procesos son sujetos de derecho indistinguibles en relación con los nacidos por vía natural. Ese precedente vuelve confusa la ilegalidad. Sin embargo, esta misma razón de fondo deja sin efecto toda pretensión de deslindar responsabilidades futuras. Del mismo modo en que una persona que ha concebido por vía natural no puede desconocer su paternidad, los actores principales de esta actividad deben ser susceptibles de ser considerados padres, si el deseo del niño resultante así lo indica. De no ser así, existiría una asimetría de derechos entre las personas nacidas de parejas heterosexuales y aquellos nacidos por el arbitrio de la subrogación.

Esta postura va más allá de la cuestión genética y biológica. Se centra en concebir la paternidad, la maternidad y la familia como construcciones sociales y culturales que determinan y afectan a los sujetos reales. En ese sentido, incluso las mujeres que simplemente aporten el vientre o matriz para que el embarazo se vuelva viable deberán poder ser consideradas madres por el niño resultante. La gestación y el parto suponen un proceso de ligazón afectiva y cultural que no puede soslayarse sin vulnerar los derechos de este futuro ser humano.

Hemos coincidido con Cohen en la imposibilidad de ajustar el ISNR a los casos de maternidad subrogada y de fecundación médicamente asistida. Como hemos explicado, la razón de fondo de ello radica en que este principio protector del niño solo puede ser aplicado *a posteriori*. Ahora bien, como puede verse, la exigencia de anonimato de los donantes que caracteriza este tipo de contratos tiene consecuencias en un niño efectivamente existente. Es decir, uno cuya identidad está garantizada. Por lo tanto, es plausible afirmar que en

este punto el interés superior del niño debe ser respetado asegurándose la viabilidad de una futura reclamación de filiación.

Es posible que se presenten dos contraargumentos a nuestra concepción de la afectación posterior al nacimiento que sostenemos. El primero se basa en la apelación al principio expuesto por Parfit que hemos mencionado. El segundo, al hecho notorio de que tales consecuencias legales desalentarán las prácticas de maternidad subrogada dificultando el acceso real de minorías al derecho de procreación.

En relación con lo primero, se nos puede decir que las cláusulas del contrato son la condición de posibilidad de la existencia de la vida futura. En otras palabras, sin estas cláusulas que le impiden conocer a sus progenitores el niño no hubiera nacido. Ello parece llevarnos nuevamente al “problema de no identidad”. Nótese que, llevado al extremo, podría justificar estipulaciones indeseables como la esclavitud. No obstante, se trata de un argumento débil. Estas prerrogativas a favor del niño futuro no niegan ni prohíben la práctica sino que la delimitan a la luz de los Derechos Humanos.

Desde nuestro punto de vista, nada fuera de la voluntad de cada uno de los actores intervendría en la concreción o no del niño por nacer. Pero esa voluntad, como ha explicado Mill, nunca puede ser absoluta.

Respecto al segundo cuestionamiento, que implica señalar la dificultad de mantener estas prácticas activas con las restricciones que proponemos, simplemente señalaremos que consideramos que el pragmatismo no puede superar los derechos del niño resultante. Debe resaltarse que bajo nuestra propuesta, siempre que se den las garantías para el niño, las parejas (cualquiera sea su configuración) podrán hacer uso de la potestad de ser padres o madres. Además, esto no implica que los contratos no sigan celebrándose como hasta ahora; simplemente, se debe tener en claro que sus parámetros pueden modificarse, en pos de garantizar los derechos del futuro individuo.

Referencias

- Cohen, I. G. (2011). Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests. *Minnesota Law Review*, 96, 423-519.
- Cohen, I. G. (2012). Beyond Best Interests. *Minnesota Law Review*, 96, 1187-1274.
- Organización de los Estados Americanos (2016) [1969]. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf
- Manifiesto (s.a./s.f). *No somos vasijas*. https://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153
- Marx, K. (2014). *El capital: crítica de la economía política*. Fondo de Cultura Económica.
- Mill, J. S. (2017). *Sobre la libertad*. Akal.
- Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos* <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Parfit, D. (1984). *Reasons and Persons*. Clarendon Press.
- Parfit, D. (1991). *Equality or Priority?* University of Kansas. <http://hdl.handle.net/1808/12405>
- Parfit, D. (1995). *Equality or Priority*. Department of Philosophy, University of Kansas.
- Parfit, D. (2004a). Capítulo 16. El problema de la no identidad. En *Razones y personas* (pp. 607-650). A. Machado Libros S. A.
- Parfit, D. (2004b). Lo que hace que la vida de alguien vaya mejor. En *Razones y personas* (pp. 832 - 846). A. Machado Libros S. A.
- Quintana García, A. (2018). El planteamiento de la identidad personal en la obra de Derek Parfit. *Eikasia. Revista de Filosofía*, (80), 154-178. <https://revistadefilosofia.org/80-06.pdf>

- Temkin, L. (2000). "Equality, Priority, and the Levelling-Down Objection". En *The Ideal of Equality* (pp. 126-161). Macmillan.
- Temkin, L. (2003). Egalitarianism Defended. *Ethics*, 113(4), 764-782. 10.1086/373955
- Truccone Borgogno, S. (2015). Daño al futuro: ¿puede el no comparativismo resolver el problema de la no-identidad? *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, (70), 83-96.