

"LA FILIACION DE REFERENCIA BIOLOGICA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO + LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL - LAS NUEVAS POSIBILIDADES DE LA INGENIERIA GENETICA"(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

Entre los diversos aspectos que tiene el tema de la filiación de referencia biológica en Derecho Internacional Privado, nos referiremos a dos que se vinculan, respectivamente, con las influencias de la filosofía y la ciencia (1) sobre nuestra materia. El primero es el de la filiación extramatrimonial, el segundo, el punto de vista de la filiación relacionada con las nuevas posibilidades de la ingeniería genética.

I. La filiación extramatrimonial

El Derecho Positivo argentino correspondiente a nuestra materia ha considerado el tema de la filiación extramatrimonial con cierto menosprecio: los Tratados de Montevideo guardan silencio sobre la filiación en sí y someten los derechos y las obligaciones concernientes a la filiación "ilegítima" a la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos (2); el Derecho de fuente in

terna omite el tratamiento de la cuestión (3).

Con el avance de la jerarquía del hombre como individuo, sobre todo a partir de la Edad Moderna (4), se han ido abandonando muchos de los "títulos" por los que se fraccionaban los requerimientos de su propio desarrollo en aras de instituciones. Esto es lo que ha ocurrido con el Estado y la Iglesia. A diferencia de la Edad Antigua, cuando el hombre valía como súbdito del "Estado" y de la Edad Media, cuando valía como súbdito del "Estado" o como fiel de la Iglesia, a partir de la Edad Moderna el hombre también vale como tal, y algo análogo ha sucedido al fin en relación con la familia (5). Cada vez más, el Estado, de cierto modo la Iglesia y también la familia valen para el hombre. De aquí que las soluciones que sa crificaban al hombre con miras a las instituciones, como sucedía con los hijos extramatrimoniales respecto de la familia matrimonial, van siendo abandonadas.

Sin negar la gran influencia beneficiosa que para el desarrollo del individuo suelen tener las instituciones mencionadas y, en nuestro caso, la familia (que es normalmente el marco más "acogedor" para la personalidad), creemos que en general (salvo ciertos excesos) la tenden cia referida es justa, precisamente porque centra la aten ción en la personalización del ser humano (6). Por lo me nos en nuestra circunstancia, el individuo se desarrolla más plenamente en el marco de la familia integral, que es de carácter matrimonial, pero -siendo el hombre un fin y no un medio- en modo alguno puede resultar sacrifi car a quienes no pueden alcanzar -incluso sin culpa algu na, como en el caso de los hijos- a tener una familia integral.

La filiación es una "causa" personal profunda, donde la dignidad de lo humano, por sobre todos los otros valores, exige un desfraccionamiento de las influencias del "porvenir" representadas por la nueva vida, con prescindencia de las influencias del pasado, cuando los progenitores pueden haber desafiado una institución legítima como el matrimonio. Al hijo extramatrimonial le va en esta filiación la posibilidad de tener una familia y esta posibilidad es uno de los derechos fundamentales del ser humano. La vida nunca puede ser "ilegítima", porque se legitima por sí misma, y la filiación la sigue en ese carácter.

La "correspondencia por afinidad" entre "causa" y "punto de conexión" (7) exige responder a la causa filiatoria con un punto de conexión personal profundo, que en el caso del hijo suele ser, en lugar del domicilio que puede adquirir de su padre, el de su propia ubicación espacial inicial, o sea el de su concepción o el de su nacimiento. El primero tiene normalmente a su favor el carácter compartido de la ubicación espacial de los progenitores; es el marco de la relación donde el hijo comenzó a existir y puede serle más favorable por una mayor tolerancia en las costumbres. El segundo posee a su favor la mayor certeza y ser el ámbito donde comienzan a producirse las experiencias más conscientes. Sin embargo, parece que la gran trascendencia de la relación filiatoria, sobre todo para el hijo, permite sostener -aunque sea por "derivación"- la imitación de la ley razonablemente vinculada al caso más favorable al establecimiento del vínculo.

Pese a las dificultades que puede encontrar la atri-

bución de efectos a una filiación extramatrimonial ex tranjera, por la proximidad que puede tener con el propio marco de orden público, creemos que si bien puede ser legítimo "cortar" la "causa", distinguiendo el vín culo y sus efectos, no lo es el territorialismo de Mon tevideo (8). Tampoco nos parece acertado considerar el reconocimiento del vínculo como cuestión de orden público, porque no es legítimo pasar por alto las particula ridades vitales de los protagonistas. Sólo cuando la fi liación extramatrimonial entre razonablemente en su estilo de vida, debe optarse por el Derecho más favorable.

II. Las nuevas posibilidades de la ingeniería genética

La ingeniería genética ha abierto nuevas posibili dades que han puesto en crisis la noción de filiación y esa crisis afecta también a los despliegues internaciona les del tema (9). Entre los diferentes problemas nuevos así planteados, se destacan la posibilidad de "paternidad" en divergencia (por la "descomposición" de los papeles pa terno y materno) y el régimen del embrión no incorporado al seno materno (v.gr. si tiene derecho a serlo, quiénes y en qué sentidos pueden disponer de él, etc.) (10). En cada caso, se trata de "causas" personales profundas, a las que corresponde por "afinidad" el punto de conexión personal profundo del domicilio de la persona o posible persona de que se trate, o, subsidiariamente, cuando ha ya un domicilio derivado, del lugar de ubicación perma nente de la misma (11). Sin embargo, por razones análo gas a lo señalado en el punto I, de cierto modo extensi vas a la condición de los posibles progenitores, creemos

que debe elegirse, en el primer aspecto, la ley más favorable al reconocimiento del vínculo filiatorio, solucionando las posibles discrepancias con miras a la compatibilidad con el orden público de la ley "personal" del posible hijo y utilizando, a la luz de este régimen, el método "sintético judicial". Por otra parte, cabe subrayar que en el respeto al embrión está en juego la condición humana con alcance universal, de manera que el tema se vincula por su profundidad con el orden público (y el poder de disposición sobre su vida es limitado).

III. Conclusiones

En base a lo señalado en los puntos I y II, creemos que en los temas referidos existen diferentes "carencias" de normas (12). En materia de filiación extramatrimonial, hay una carencia dikológica en los Tratados de Montevideo y una carencia histórica por olvido en el Derecho de fuente interna; en cuanto a las nuevas posibilidades abiertas por la ingeniería genética, hay una carencia histórica por novedad científico-técnica (13).

En consecuencia, creemos que las jornadas deberían prounciarse:

1°. Por la necesidad de elaborar normas de fuente interna en cuanto a régimen internacional de la filiación extramatrimonial y de reformar los Tratados de Montevideo para salvar su discordancia con las actuales exigencias de justicia.

2°. Por el sometimiento del vínculo filiatorio extramatrimonial al régimen que le resulte más favorable, eli-

giendo entre los Derechos del lugar de concepción, del lugar de nacimiento y del domicilio del posible progenitor en los momentos referidos (14).

3°. Recomendando los estudios jusprivatistas internacionales acerca de los problemas filiatorios y de existencia y estado de las personas surgidos en relación con las nuevas posibilidades de la ingeniería genética (15) (***) .

- (*) Ideas básicas de la comunicación enviada a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en San Carlos de Bariloche del 26 al 29 de abril de 1989 (Comisión 7° "La filiación de referencia biológica en el Derecho Internacional Privado").
- (**) Profesor de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.
- (1) Creemos que en cuanto a filiación extramatrimonial la filosofía ya ha elaborado los aportes de la ciencia (desde las perspectivas antropológica, psicológica, sociológica, etc.), en tanto respecto a las nuevas posibilidades de la ingeniería genética es mucho lo que aún debe plantearse filosóficamente (en relación con este tema puede v. por ej. INSTITUT INTERNATIONAL D'ETUDES DES DROITS DE L'HOMME, "Modificazioni genetiche e diritti dell'uomo"(a cura di Guido Gerin), Padova, Cedam, 1987).
- (2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La familia extramatrimonial en Derecho Internacional Privado", en "Juris", t. 54, págs. D.9 y ss.

- (3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La fi li aci ón ex tr am at ri mo n ia l en el Dere cho Int er na ci o na l Pr iv ad o ar ge n t in o no co n ve nc io na l", en "Revis ta de Dere cho Int er na ci o na l y Ci en ci as Dipl om á t i ca s", años XV/XVI. Nos. 29/32, págs. 14 y ss.; tam bi én n ue st ra no ta en "Revista..." cit., año XXI, Nos 41/42, págs. 369 y ss.

En relación con el tema, v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 345 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t. II, 1973, págs. 390 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit Internatio na l Pr iv é", 5a. ed., con el concurso de Paul Lagar de, Paris, Librairie Générale de Droit et de Juris pr ud en ce, t. II, 1971, págs. 96 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon-BOUREL, Pierre, "Droit international privé", Paris, Dalloz, 1978, págs. 441 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Prof.), "Direito Internacional Privado", 2a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, t. II, 1977, págs. 135 y ss.; FOYER, Jacques, "Filiation", en "Répertoire de Droit International", Paris, Dalloz, t. II, 1969, págs. 24 y ss., "Mise à jour" 1979, págs. 164 y ss., 1981, págs. 190 y ss.

Según el art. 72 de la Ley federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, el reconocimiento en Suiza puede ser hecho conforme al Derecho del Estado de la residencia ha bi tu al del h i jo, al Derecho de su Estado nacional, al Derecho de su domicilio o al Derecho del Estado nacional de la madre o del padre. La fecha del reco no ci mi en to es determinante (v. "Revue critique de

droit international privé", tomo 77, pág. 422; también c. VON OVERBECK, Alfred E., "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé", en *id.*, págs. 237 y ss.).

- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perpectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
- (5) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 477.
- (6) V. *id.*, págs. 417 y ss.
- (7) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Acercas de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298 y ss.
- (8) Dada la larga duración de la relación filiatoria puede ser legítimo el "corte objetivo" que diferencie el vínculo de sus efectos. En el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 puede llegar a sostenerse que el vínculo filiatorio extramatrimonial, como cuestión de estado, se rige por la ley del domicilio (art. 1).
- (9) Podrá v. nuestro trabajo "El negocio jurídico personalísimo y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", N° 9 (en prensa) (y atender, asimismo, a la bibliografía allí referida).
- (10) Si en la filiación está siempre en juego la referencia al porvenir, esto sucede de una manera especialmente potenciada cuando la filiación se apoya en las posibilidades abiertas por la ingeniería genética.

La reproducción es un proceso inherente a la existencia de la especie y la senda individualizadora desarrollada en la filiación que impera actualmente (donde el nexo entre las generaciones se produce entre personas determinadas) es, en la presente situación, no sólo la más viable sino la más legítima (porque es la más personalizante). Sin embargo, la ingeniería genética origina posibilidades para que la filiación sea sustituida por un desarrollo más anónimo y comunitario del proceso reproductivo, que pondría en cuestión no sólo su carácter matrimonial, sino la noción misma de filiación, y -a través de la "clonización"- permite también que, por el contrario, se desarrolle una extrema individualización, al punto tal de comenzar a cumplirse el sueño divinizante de la reproducción sin el aporte de otro ser.

La expansión de las posibilidades del ser son, en mucho, incontenibles y ante semejantes posibilidades entran en crisis los conceptos tradicionales. Urge una meditación profunda para ir encontrando -también desde las diversas especialidades- el camino que lleve a aprovechar todas las oportunidades para la dignificación de la vida y el universo.

- (11) Se trata de un juego de puntos de conexión "límite" entre la subsidiariedad y la "alternatividad" (o "alternación"). Usamos el concepto "ubicación" y no la noción de residencia para poder abarcar casos donde no hay residencia (así sucede con el embrión no implantado).

En el marco del Tratado de Montevideo de 1940, cabría tener en cuenta, para ambas "causas", el art. 1



minable; b) el lugar de nacimiento y c) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos".

3°) "La indagación de la filiación de los expósitos se regula por la ley del lugar donde han sido expuestos".

4°) "Los derechos y obligaciones correspondientes a la filiación extramatrimonial se rige por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos".

En base a sugerencia de la doctora Mariel Mulet, durante las deliberaciones de la Comisión se consideraron también las posibilidades consagradas por la Ley federal suiza del 18 de diciembre de 1987 (v. nota 3).

En relación con el punto 3°, corresponde aclarar que debe jugar cuando no se cuenta con los datos para el funcionamiento de lo establecido en el punto 2°). Creemos que la regla del punto 4° puede ser mejorada según lo indicado en la nota 14.

Respecto de las posibilidades abiertas por la ingeniería genética, el despacho mayoritario de la Comisión dice, también de lege ferenda:

"En virtud del espíritu que inspira la Ley N° 23.264, tanto la inseminación artificial, como la fecundación in vitro y el desarrollo del embrión en el útero de una mujer distinta de la que aportó el óvulo, realizados en otros países, en principio, no conculca el orden público argentino".

El trabajo indicado en la nota 9 apareció en "Investigación y Docencia", N° 9, págs. 29 y ss.