

ASPECTOS JUSFILOSOFICOS DE LA PROCREACION ASISTIDA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Ideas fundamentales

1. Aunque hay importantes discusiones al respecto, quizás las posibilidades abiertas por la ingeniería genética en general, sobre todo respecto de la genética humana y su vertiente de la procreación asistida, constituyen el más grande desafío que el Derecho y el hombre debieron enfrentar jamás. Tal vez por primera vez el hombre estará en condiciones de decidir cómo serán los hombres y las especies que vendrán. Las posibilidades generales de la ingeniería genética son una de las características que contribuyen a identificar la nueva edad de la historia que ya vivimos en la actualidad.

2. Entre los desafíos que significa la ingeniería genética respecto de la vida humana para las teorías jurídicas, se encuentra el que provoca a las doctrinas jusfilosóficas. Muy poco es, a nuestro entender, lo que pueden decir acerca de las cuestiones de la ingeniería genética las posiciones que consideran que el Derecho es sólo normas, únicamente realidad social o solamente una problemática abstracta de justicia, pero mucho es lo que puede esclarecerse desde las concepciones tridimensionales, que consideran que el Derecho es realidad social, normas y valores, sobre todo cuando toman el camino de la teoría trialista del mundo jurídico, según la cual éste se compone con repartos de potencia e impotencia, captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (1).

II. La procreación asistida en el mundo jurídico

a) Dimensión sociológica

3. En la dimensión sociológica del mundo jurídico la teoría trialista distingue adjudicaciones

(*) Bases de la exposición del autor en las Jornadas Nacionales de Bioética sobre Proyectos Legislativos acerca de la Procreación Asistida organizadas por la Fundación Fraternitas de Rosario.

(**) Coordinador de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas y profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Pueden v., en relación con las dimensiones jurídicas y la teoría trialista del mundo jurídico, por ejemplo GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a ed., 5a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma., 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

de lo que favorece o perjudica al ser, y en los seres vivos a la vida, o sea adjudicaciones de potencia e impotencia. Esas adjudicaciones pueden ser **repartos**, cuando provienen de la conducta de seres humanos determinables, realizando el valor **conducción**, o **distribuciones**, originadas en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y satisfactorias del valor **espontaneidad**. En cuanto a las posibilidades de la procreación asistida, vale resolver conscientemente cuánto se puede y se debe conducir a través de repartos y cuánto hay que dejar juego a la espontaneidad de la naturaleza, las influencias humanas difusas (por ejemplo del juego espontáneo de la economía, la ciencia, etc.) o el azar.

En el marco de los **repartos**, provenientes de nuestra conducta, hay que diferenciar quiénes son repartidores, o sea conducen; quiénes reciben, es decir, son beneficiarios; qué se reparte; por qué sendero o forma se decide lo repartido y cuáles son los móviles de los repartidores, las razones alegadas por éstos para fundamentar sus repartos y las razones que atribuye la sociedad a los repartos cuando los considera valiosos. Vale tener en cuenta que los repartidores no son siempre los que aparecen en las formalizaciones, y conducciones ocultas, por ejemplo, de grandes empresarios de laboratorios, pueden intervenir en las decisiones de la procreación asistida. También es relevante advertir, por ejemplo, que estas adjudicaciones se extienden mucho más allá de los embriones, sus padres, etc., para adjudicar al fin potencia e impotencia de manera significativa a toda la vida y al universo en su conjunto.

4. Los repartos pueden ordenarse al hilo del **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto y realiza el valor previsibilidad -formalizándose v.gr. a través de constituciones y leyes- y de la **ejemplaridad**, desenvuelta según el modelo y el seguimiento y satisfactoria del valor solidaridad. También en cuanto a la procreación asistida hay que resolver cuánto se planificará desde los gobiernos y cuánto se dejará a la marcha de la razonabilidad social de la ejemplaridad, sin desconocer que con frecuencia bajo la apariencia de ésta hay una planificación empresarial (por ej. de los laboratorios).

Los repartos suelen tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, que pueden considerarse mejor desde el punto de vista de los individuos, sean los obstáculos físicos, psíquicos, lógicos o axiológicos, o desde la perspectiva de la sociedad, sean los límites socio-políticos o socio-económicos. En cuanto a la procreación asistida se han de tomar en consideración, por ejemplo, que las consecuencias en gran medida imprevisibles pueden resultar contrarias a los objetivos procurados y que las tendencias psíquicas de los hombres a tener hijos o a temer a lo desconocido pueden vencer las limitaciones puestas en las leyes o imponer restricciones ilegítimas.

b) Dimensión normológica

5. Las normatividades describen y al propio tiempo integran la realidad de los repartos. Si describen con acierto la voluntad de los autores son **fieles**; si describen correctamente su cumplimiento son **exactas** y si integran la realidad utilizando conceptos y produciendo

“materializaciones” (2) que sirven a los fines de los autores son **adecuadas**. En caso de legislar sobre procreación asistida hay que tener muy en cuenta que las normas respectivas sean fieles, exactas y adecuadas. En mucho hay que cuidar que se cumplan, superando las tendencias de la realidad que pueden ser incontenibles y hay que procurar que sean adecuadas de modo que, por ejemplo, si se desea jerarquizar el fenómeno habrá que hablar de “procreación asistida” y no de fecundación asistida, ingeniería genética, etc.

Las posibilidades de la procreación asistida colocan ante grandes **carencias normológicas** (lagunas del ordenamiento normativo) por novedades históricas científico-técnicas que abarcan múltiples aspectos del ordenamiento normativo. Es muy difícil que esas carencias, que se refieren a cuestiones como el comienzo de la existencia de las personas, las relaciones filiatorias, matrimoniales, sucesorias, etc., puedan resolverse de manera amplia por “autointegración”, con elementos tomados de los propios ordenamientos normativos elaborados para realidades del pasado, y suele ser necesaria la “**heterointegración**”, que recurre directamente a las exigencias de justicia.

Las normatividades pueden tener mayores cargas **institucionales** (o sea de ideas -y valores- que se realizan en el tiempo) o **negociales** (con más participación libre de los protagonistas). Así, en el caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto se dará espacio a la institucionalidad tradicional del matrimonio y cuánto se abrirán otros cauces para la generación de la vida.

6. El ordenamiento normativo se constituye **vertical y horizontalmente** según relaciones respectivas de **producción y de contenido**. Las vinculaciones verticales de producción satisfacen el valor subordinación; las relaciones verticales de contenido realizan el valor ilación; las vinculaciones horizontales de producción cumplen con el valor infalibilidad y las relaciones horizontales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. En nuestro caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto a través de **controles y sanciones** se procurará que las normas resulten infalibles.

c) Dimensión dikelógica

7. La procreación asistida pone en cuestión las relaciones entre los valores particulares, como la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, la santidad, etc. y el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), cuya satisfacción mínima es característica de todo hombre. Hay que lograr que los valores contribuyan entre sí y evitar que unos secuestren el espacio correspondiente a los otros. A nuestro entender, más allá de la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, etc., el embrión siempre realiza por lo menos en alguna medida el valor humanidad. Todas las soluciones de procreación asistida se iluminan en este sentido.

La justicia puede descubrirse por diversas vías, por ejemplo, de carácter **consensual o extraconsensual; simétrica** (con fácil comparabilidad de las potencias e impotencias, v. gr. a través de la moneda) o **asimétrica; particular o general** (tendiente al bien común). En nuestro tiempo predominan exageradamente la justicia consensual, simétrica y particular, pero en materias

(2) Las materializaciones son personas, cosas u organismos con sentidos especiales incorporados por las normas

como la procreación asistida es importante enriquecer esas perspectivas con la justicia extraconsensual, asimétrica y general. Importa tener en cuenta, por ejemplo, que la justicia consensual y simétrica no suele alcanzar para legitimar la locación de vientres. Además del bien particular hay que tomar en profunda consideración el bien común.

Las posibilidades de la procreación asistida ponen en **crisis** los criterios generales orientadores tradicionales, requiriendo que se realicen **valoraciones completas**. Los criterios descubiertos en el pasado no orientan de manera satisfactoria. El material estimativo de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, y requiere tener en cuenta todo el **complejo** temporal, personal y real. Por eso la justicia es una categoría "**pantónoma**" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), pero como no somos ni omniscientes ni omnipotentes hay que fraccionarla cuando no se puede saber o hacer más, con cortes que producen seguridad. La procreación asistida pone en cuestión todo el pasado, el presente y el porvenir y cuestiona asimismo el complejo temporal, v. gr. para saber cuándo comienza la existencia de la persona, el complejo personal de la familia, y el complejo real de los despliegues del ser humano. Ese desafío mueve a algunos a fraccionar apresuradamente, en tanto que otros tienden a no cortar cuando es debido. Es cierto que en parte nuestra ignorancia nos lleva a depender de actitudes básicas **optimistas o pesimistas** (3), pero debemos esforzarnos en no fraccionar apresuradamente, con el imperio avasallante de la preocupación por la seguridad, o desfraccionar de modo exagerado, corriendo riesgos ilegítimos.

8. El principio supremo de justicia exige que cada individuo tenga la esfera de libertad necesaria para convertirse en **persona**, mas la procreación asistida nos obliga a preguntarnos con especial intensidad qué es ser persona y a interrogarnos incluso acerca de la justicia de otras posibles especies futuras.

El reparto justo ha de serlo en todos los aspectos que señalamos precedentemente. Importa, v. gr., que haya legitimidad en cuanto a los repartidores, sea **aristocrática**, por superioridad moral, científica o técnica, o **autónoma**, por acuerdo de los interesados. La problemática de la procreación asistida obliga a tener en cuenta que la aristocracia es muy débil, porque poco podemos decidir sobre la moral y las consecuencias de la ciencia y la técnica al respecto. También exige considerar que la autonomía es casi imposible, porque muy poco puede saberse de la voluntad de los embriones, de los hombres puramente futuros, etc.

En cuanto a la legitimidad respecto de los beneficiarios hay que tener en consideración que los méritos superiores corresponden a los hombres y no a los otros seres. Hombres no son sólo los que viven plenamente en la actualidad, sino también los embriones y los puramente futuros.

Respecto a los objetos a repartir, hay que considerar que además del derecho a tener hijos y al conocimiento científico son legítimos los **derechos a nacer** y a la **vida en plenitud**, y que ésta es en mucho diversidad, creación, etc.

La forma justa del reparto ha de ser más **procesal** que de mera imposición y más **negocial** que de mera adhesión. El proceso y la negociación se caracterizan por la audiencia de los interesados. Sin embargo, las posibilidades de la procreación asistida en cuanto a la vida humana

(3) La preservación de la vida que ha prevalecido frente a las incalculables posibilidades destructoras de las armas atómicas es un título para esperar que los hombres sabremos controlar el poder de la ingeniería genética.

nos colocan ante sujetos que no pueden ser escuchados, respecto de los cuales no puede hablarse no sólo de autonomía sino de un verdadero proceso. Nuestra crisis de legitimidad hace así muy cuestionables las posibilidades de decidir impotencias respecto de los embriones.

9. El régimen justo ha de ser **humanista**, tomando a cada hombre como fin y no como medio. Ha de rechazar el totalitarismo, que considera a los seres humanos como medios, sea en sentido estricto respecto del conjunto social o en sentido amplio en relación con otros hombres (4). El humanismo requiere a nuestro entender que cada embrión, como ser humano, sea tomado como un fin y no como un medio, por ejemplo, rechazando su empleo para fines terapéuticos, estéticos, etc. o de mera satisfacción de otros seres humanos. Una cuestión sumamente compleja es la legitimidad de aumentar el número de embriones a producir para que se incrementen las posibilidades de lograr embarazos, ya que hay que saber si resulta un avance humanista de las propias posibilidades de cada embrión o un despliegue totalitario del interés del conjunto en cuanto a producción de la procreación buscada.

Para que el régimen sea humanista ha de proteger al individuo contra los demás individuos como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Las posibilidades de la procreación asistida permiten amparar, por ejemplo, **contra “lo demás”** de la nada del no ser, la enfermedad y la soledad, pero requieren, de manera muy significativa, la protección **contra los demás individuos**.

III. La procreación asistida en el horizonte de política general

10. En el horizonte de la política general, las posibilidades de la procreación asistida requieren que junto a las consideraciones de política jurídica (o Derecho) y a las inevitables perspectivas de política científica y política económica se desenvuelvan las de política sanitaria, política religiosa, política erológica (referida al valor amor), etc., poniendo además en juego, por ejemplo, la política de seguridad, la política educacional y, al fin, toda la política cultural para que sea realidad la plena **convivencia humanista** (5).

(4) Pese al humanismo básico, hay que tener en cuenta que éste puede entenderse con más lealtades específicas antropocéntricas, teocéntricas, cosmocéntricas, etc.

(5) En cuanto a la bibliografía reciente acerca de la Bioética pueden v. por ej. GRODIN, Michael A. (ed.), “Meta Medical Ethics The Philosophical Foundations of Bioethics”, Dordrecht, Kluwer, 1995; DWORKIN, Ronald, “Il dominio della vita”, trad Carla Bagnoli, Milán, Comunità, 1994.

Es posible c. asimismo nuestro artículo “Panorama de los fundamentos de la Bioética”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 18, págs. 33 y ss.