

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL. UNA GRAVÍSIMA VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Fernando López de Zavalía

I. - INTRODUCCIÓN*

El tema sugerido por los organizadores para esta disertación, lleva este ambicioso título: «Los principios generales del Derecho Civil en el Proyecto de Reforma»

Es un título impactante, cargado de cierta pompa, y casi se podría decir que “jactancioso”, porque sugiere mucho más de lo que es posible decir en la reducida medida de tiempo de esta exposición.

Por ello, no esperen de mí, que cumpla con el “programa” anunciado en ese título, porque mi intervención será mucho más modesta.

Sin embargo, para no defraudar del todo a los organizadores de estas jornadas y al público asistente, voy a ocuparme muy superficialmente de algunos de esos principios, que tienen un alto grado de generalidad, y que por ello entroncan con la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho.

Voy a centrarme en aquellos principios que tienen que ver con la Teoría de la persona física, aunque, tangencialmente y a propósito de ello, voy a hacer alguna mención al principio de autonomía de la voluntad, y por lo tanto a la teoría del negocio jurídico.

II. – UNA IGUALDAD FALSAMENTE PROCLAMADA

Los fundamentos del anteproyecto “Lorenzetti y otros”¹, proclaman que el texto presentado al PEN pretende ser un Código de la igualdad², un Código basado en un paradigma no discriminatorio³, y un Código de la constitucionalización del Derecho Privado, y en particular de los tratados de derechos humanos⁴.

En el reducido tiempo de que dispongo, voy a tratar de demostrar brevemente la falsedad de dichas afirmaciones, para probar que, de sancionarse el proyecto, ha de ser un Código de la desigualdad, de la discriminación, y de la violación de derechos humanos fundamentales.

· Como se desprende de su texto, las presentes reflexiones parten del preparado para una disertación pronunciada el día 22 de Junio 2006 en el marco de una Jornada de Análisis Crítico del Proyecto de reforma de la legislación civil y comercial organizado en Tucumán por Libertad y Progreso, centro de investigación en políticas públicas.

¹ Durante el acto de apertura de Sesiones ordinarias, nuestra Presidente afirmó ante el Congreso de la Nación "medio en serio medio en broma", que se sentía un poco como Napoleón. Personalmente, pienso que la Presidente yerra en su apreciación. En mi humilde opinión, de sancionarse, ese papel le ha de caer más al Dr Ricardo LORENZETTI, pues – a diferencia de Francia y debido a peculiaridades de nuestra idiosincrasia- en nuestro país nadie habla del Código de Sarmiento, sino del de don Dalmacio VÉLEZ SARFIELD

² Dicen los Fundamentos: «Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables»

³ Dicen los Fundamentos: «En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza»

⁴ Dicen los Fundamentos: «La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales....»

1.- Como la igualdad, lo mismo que los derechos humanos, son ideales de realización progresiva, para facilitar ese examen voy a hacer uso a un recurso lingüístico: el de la intertextualidad, y voy a poner en parangón textos del proyecto, con otros textos del primitivo Código de Vélez, que fueran derogados justamente por no respetar ese ideal de igualdad.

2.- Los textos de Vélez, luego derogados por la ley 23.264, que me interesan a los fines de esta exposición son los arts. 341, 342, y 344 que respectivamente prescribían⁵:

Art. 341.- Es prohibida toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega.

Art. 342.- Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen, por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad.

Art. 344.- Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen ningún derecho en la sucesión del padre o de la madre, y recíprocamente, los padres no tienen ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores.

Del juego de esos textos surgía que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos carecían de derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos. Tales categorías de hijos se encontraban en una situación de “desigualdad” respecto de las restantes, que vino a suprimir la ley 23.264.

3.- Por una de esas extrañas paradojas de la historia, el proyecto ha vuelto a establecer categorías distintas de hijos, con diferentes derechos, como lo demuestran sus arts. 561, 562, 565, 575, y 577

ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

ARTÍCULO 565.- Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

ARTÍCULO 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena

ARTÍCULO 577.- Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de

⁵ Cuya fuente es K.-S. ZACHARIÆ: *Le droit civil français* (Paris, 1854), § 172.

quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

El proyecto distingue claramente entre dos categorías de filiación: la filiación “por naturaleza”, y la filiación derivada de “las técnicas de reproducción humana asistida”.

Los hijos derivados de esta segunda categoría, lo mismo que los adulterinos, incestuosos o sacrílegos del antiguo derecho, carecen de derecho a la identidad biológica, a los vínculos de paternidad y filiación biológica, y a la sucesión en la herencia de sus padres biológicos.

Es decir, lo mismo que los hijos sacrílegos de antaño que venían al mundo con una marca de nacimiento (pues, en palabras del dicho popular, en sentido biológico no tenían ni padre, ni madre, ni perro que les ladre), hogaño los hijos derivados de “las técnicas de reproducción humana asistida”, también habrán de venir al mundo con una marca de nacimiento; serán hijos producidos en laboratorio, de “industria nacional” – como si se tratara de meros electrodomésticos, “fabricados en Tierra del fuego”- y que no habrán de gozar de los mismos derechos de quienes cuenten con una “filiación por naturaleza.

Y no se diga que ello se hace teniendo en miras la protección de la “familia”, a la que dicho niño adviene, pues se trataría de una justificación análoga a la que en su hora se utilizara para fundar textos como el del primitivo Código de Vélez⁶, proteger de “escándalos” a la familia “bien constituida”, en detrimento del interés del menor.

III. – BREVE RELEXION SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Aquí corresponde hacer un brevísimo excursu, a propósito de la voluntad procreacional, que viene a invertir peligrosamente el juego de la autonomía de la voluntad, tal como tradicionalmente lo veníamos conociendo.

En efecto, tradicionalmente el juego de la autonomía de la voluntad era muy limitado, y prácticamente nulo en materia de derecho de familia, pues por más “voluntad” que se empeñara, ella no podía alterar la realidad biológica. En cambio, esa autonomía era bastante amplia en materia patrimonial, como lo demuestra el art. 1197 C. Civil.

En el proyecto hay una tendencia a ampliar el campo de acción de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia, y a restringirlo en materia patrimonial, como lo pone de manifiesto el texto de su art. 765⁷.

IV. – GRAVÍSIMA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Sin embargo, esos niños, pese a constituir una categoría con menos derechos que los derivados de una filiación natural, desde cierto punto de vista puede decirse que podrán

⁶ En ZACHARIÆ: *Le droit civil français* (Paris, 1854), § 172, puede leerse: «elle répond le mieux au sens littéral de l' art. 335 et a l' esprit de la loi, qui est empêcher le scandale et la discorde dans les familles». Desde luego que la situación sería análoga, pero no idéntica; allí se trataba de proteger de escándalo, fundamentalmente a la familia «biológica», y aquí principalmente a la «encomendada».

⁷ **Concepto.** La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal"

sentirse “afortunados”, pues al menos les habrán permitido nacer, mientras que otros no tendrán siquiera ese derecho.

1.- En efecto, según predicen las ciencias biológicas⁸, el embrión es verdadero individuo de la especie humana⁹.

Pues ellas enseñan que, a partir de la fecundación, o unión de dos gametos, existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres, porque a partir de entonces hay un "quid", o entidad con ADN propio, código genético distinto, y capacidad para desarrollar por sí mismo todo el programa contenido en dicha información genética¹⁰.

Esto ya fue señalado por LEJEUNE (descubridor de la trisomía del cromosoma 21, que origina el síndrome de Down), es decir que desde el momento mismo de la concepción hay un individuo de la especie humana, pues, en sus palabras:

« [...] cada individuo tiene un inicio exacto: el momento de la fecundación. La fecundación artificial lo demuestra. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el embrión de Luisa Brown primera niña probeta del mundo- en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal, sino un ser humano en su extrema juventud. Después de más de mil casos de fecundación extracorpórea realizados en el mundo, una doble evidencia se impone: el embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad».

2.- Y esto, que configura una verdad biológica, también constituye una verdad constitucional, a partir del juego de los arts 29 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional¹¹, 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica – conjugado con los arts. 3 y 24 del mismo Tratado- y 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, textos incorporados a nuestra Constitución por el art. 75, inc. 22.

Por el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica: **«Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica»**; por el art. 4.1. **«Toda persona tiene derecho a**

⁸ Ver, entre otros: PARDO, Antonio: *La determinación del comienzo de la vida humana: Cuestiones de método*, en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007/3ª, p. 335; del mismo autor: *Embrión y preembrión*, en Cuadernos de Bioética, 1997;8(4):1416-31; también: *Bioética y tecnología del fecundación humana*, en AA. VV. Bioética en las Ciencias de la Salud. Alcalá la Real, Asociación Alcalá, 2001: 203-220; RHONHEIMER, Martin: *“Ética de la procreación”*, RIALP, Madrid 2004, caps. III y IV, p. 175 a 222; OLLEROS, Andrés: *Dignità e statuto giuridico dell' embrione humano*, en *Colloqui sulla dignità humana. Atti del Convegno internazionale Palermo, ottobre 2007 (págs. 113-149)*; HONNEFELDER, L: *Naturaleza y estatus del Embrión. Aspectos filosóficos*, Cuadernos de Bioética. 1997 VIII (31):1034-47; ANDORNO, Roberto: *El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?*, Cuadernos de Bioética, 15, 3º 93, pp. 39-48; BALLESTEROS, Jesús: *El estatuto del embrión* en <http://www.bioeticaweb.com>; HERRANZ, Gonzalo: *El mito del preembrión*, en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4177/40/>; LOPEZ MORATALLA Natalia, *El embrión humano como individuo: una visión epigenética*, en La humanidad in vitro, Jesús Ballesteros, coordinador, Editorial Comares, Granada 2002, La visión científica de un fallo, Provida press, nº381, 15/11/2011; NÚÑEZ LADEVÉZE: *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007; del mismo autor: “De la propiedad del cuerpo y la ética de la especie” en *Persona y Derecho*, nº 52. Julio-agosto, 2005; TOMAS Y GARRIDO Gloria María: *El estatuto científico del embrión*, en Bioética personalista, ciencia y controversias, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007; WALDSTEIN, W: *Natural law and the defence of life in Evangelium Vitae*, incluido en el volumen: "Evangelium Vitae": Five Years of Confrontation with the Society, *Proceedings of the VI Assembly of the PAV (11-14 February, 2000)*, Libreria Editrice Vaticana, Vatican City, 2001;

⁹ En ese sentido, se ha dicho que “lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana.” (TOMAS Y GARRIDO Gloria María: *El estatuto científico del embrión*, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007)

¹⁰ Como enseña una Catedrática de Biología molecular de la Universidad de Granada “La dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser” (LOPEZ MORATALLA Natalia, *El embrión humano como individuo: una visión epigenética*)

¹¹ Por el art. 75, inc. 23 de la CN, corresponde al Congreso: **«Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad [...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia»**

que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»; por el art. 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley»

A su turno, el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Ley 23.849, establece: "*Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*"; el art. 2 de la ley 23.849, dispone expresamente: "*Con relación al art.1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*"¹².

3.- Sin embargo, el proyecto prescribe contra el tenor de esos textos de rango constitucional:

ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

Las soluciones dadas para tales individuos de la especie humana antes de la implantación (art. 19), no solamente violan textos de rango constitucional, sino que también afectan los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado:

«La legitimidad del Estado moderno se basa ante todo en su función de protector de la vida. Esa protección no es el resultado de una decisión mayoritaria, sino que es la condición para que se pueda exigir a las minorías que se sometan a las decisiones de la mayoría. Allí donde se priva de derechos a la minoría, ni siquiera la mayoría puede legitimar»¹³.

Como bien escribiera para Alemania el diputado socialdemócrata Adolf ARNDT, la interpretación constitucionalmente relevante del principio general de igualdad de la Constitución alemana, significa que al Estado le ha sido sustraída toda capacidad de determinar quién es persona, porque conforme al artículo 3, a todo ser vivo que haya sido engendrado por hombres le corresponde la misma dignidad¹⁴. Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, **“significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho”**¹⁵.

¹² En cuanto al valor de dicha declaración, y en particular si este es igual al de una reserva, desde 1993 la Comisión Internacional de Derecho se ha abocado a tratar como tópico "*The law and practice relating to reservations to treaties*", conforme decisión aprobada por la Asamblea General, en la resolución 48/31 del 9-12-93, y en cuyas conclusiones de 1998, se quiso dejar en claro, que reservas y declaraciones tenían el mismo valor, en relación con las tres convenciones de Viena, y se encontraban sujetas a un mismo régimen jurídico, de allí «que las declaraciones interpretativas, así como están mentadas en la ley aprobatoria, integran la validez del Tratado para la Argentina. Tienen el mismo régimen jurídico de vigencia que las reservas y un régimen más amplio de validez» (BASSET).

¹³ SPAEMANN: "*Limites acerca de la dimensión ética del actuar*", EIUNSA, Madrid 2003, cap. 28

¹⁴ Citado por SPAEMANN, op. cit. cap. 29.

¹⁵ SPAEMANN, op. cit. cap. 28.

Correctamente apuntaba ya Sergio COTTA, «En el centro de la reflexión antropológica debe estar la noción de *individuo real*. Esta es preferible a la en el fondo ambigua de persona»¹⁶. En el mismo sentido expresa NÚÑEZ LADEVÉZE:

« [...] lo que se entiende como *igualdad de la naturaleza humana* o de *todos los hombres* es distinto de lo que se entiende por *igualdad* de todos ante la ley. La palabra “todos” en “*igualdad de todos ante la ley*” es discriminatoria, y no puede aplicarse a *todos* los hombres; pero la palabra *todos* en “*todos los hombres*”, o “*todas las personas*”, no puede ser decidida por la ley, ya que su contenido no puede ser acordado por transacción o compromiso político. Si se decidiera así no tendrían sentido los Derechos Humanos, porque, o bien tienen un fundamento en algo previo e incuestionable, a lo que llamamos “*naturaleza humana*”, que es anterior a los sentimientos sobre lo que ha de ser esa naturaleza, o bien los Derechos Humanos son convenciones relativas, susceptibles de modificación o de pacto y adaptables a las necesidades políticas de cada Estado particular. El “*todos*” de “*todos los hombres*” se define con relación a “*la naturaleza humana*”. Pero si hay algo así como una “*naturaleza humana*”, ha de ser trascendente a lo que la ley, los pactos, las convenciones o las decisiones asamblearias digan sobre qué es o no ha de ser, sobre qué ha de protegerse o qué ha de quedar excluido de la protección legal relativa a esa presunta “*naturaleza*”. Y si no hay una naturaleza humana que incluya en el *input* cromosómico el ingrediente de la racionalidad, el “*todos*” de la Declaración es aleatorio, arbitrario y equívoco, cualquier cosa menos Universal»¹⁷

Pero incluso hay algo más, aunque quizás pueda parecer un exceso de sutileza: desde nuestras concepciones sobre como debe entenderse el fenómeno político, “las técnicas de reproducción humana asistida” conllevan otro riesgo que pone en tela de juicio su legitimidad desde una perspectiva democrática, pues esas técnicas seleccionan algunos embriones para su implantación, y desechan los restantes. Pero al seleccionar algunos individuos de la especie humana, y suprimir otros, queda inmediatamente sobrevolando la sospecha de un “consenso” manipulado, y por ello ilegítimo, pues de ese modo se estaría cooptando algunos seres e impidiendo que otros se sumen en el futuro al espacio público de múltiples voces que supone el diálogo democrático; se estaría manipulando *hic et nunc* un consenso democrático que por definición debiera quedar abierto a la espera de la articulación espontánea y libre de nuevas voces¹⁸, las voces inocentes de quienes serían aplastados por un verdadero genocidio.

V. – PRETENDIDA JUSTIFICACIÓN BIOLÓGICA

El intento de justificar soluciones como las del art. 19 del Proyecto, ha recorrido distintos caminos.

Un primero, sobre el que paso a formular algunas breves observaciones, puede encontrarse en textos como el publicado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva¹⁹:

¹⁶ *Sei tesi per una riflessione politica sulla societa attuale. Oltre l'egemonia della politica*. La Scuola, Brescia, 1980. p. 36

¹⁷ NÚÑEZ LADEVÉZE: *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid, 2007 p. 17 y 18

¹⁸ En idéntico sentido, dice HONNEFELDER (*Naturaleza y estatus del Embrión. Aspectos filosóficos, Cuadernos de Bioética*. 1997 VIII (31):1034-47): «Quien restrinja la índole de persona a aquellos que son actualmente capaces de reconocimiento recíproco, a decir verdad puede aducir una ética de la equidad entre los igualmente fuertes, pero traicionando el sentido de la doctrina de los derechos humanos, a saber, el de una ética de la solidaridad con todos. Para cumplir este requisito, el reconocimiento ha de tener en cuenta sólo aquello que distingue al ser humano como tal, es decir, el hecho de ser un individuo de la especie natural “ser humano”» En la misma línea de pensamiento que se viene de exponer, ha dicho con razón SPAEMANN, al referirse al aborto (*Límites ...* cap. 29, p. 351): «Ningún consenso fundamental político o social vale de una vez para siempre. Quienes vayan llegando mostrarán si se adhieren al consenso o no. La legalización del aborto es un intento de prevenir eso. Hace de la sociedad una *closed shop*. El *establishment* coopta miembros o los excluye»; en parecidos términos, más adelante (*Límites ...* cap. 30, p. 365), expresa: «La despenalización del aborto, especialmente la prescripción por razones sociales, hace de la sociedad una *closed shop* en la que la entrada depende del consentimiento de quienes ya están dentro. Pero esta es una forma totalitaria de malentender la sociedad [...] La transformación de una sociedad en una asociación cuyos miembros son cooptados sería el final de una sociedad libre».

¹⁹ Ver: http://www.samer.org.ar/publicaciones_normativas_preambriones.php. Contra ese enfoque, entre otros, ver: <http://www.unav.es/humbiomedicas/apardo/preembrion.pdf>; <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/875/87506401.pf>;

«**Status biológico del pre-embrión** Aspectos técnicos y científicos actuales. Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona. La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva considera que existe en Argentina una gran confusión en la nomenclatura y que debe definirse específicamente los diferentes estadios evolutivos en la etapa pre-embriónica. Según el conocimiento actual se considera: **Fecundación**: Se denomina fecundación al proceso que se inicia con la entrada del espermatozoide al óvulo. En caso de ser normal dará lugar al cigoto. **Pre-embrión**: Desde un punto de vista biológico, se denomina pre-embrión al estadio evolutivo que se inicia con el oocito fecundado o cigoto y finaliza con la implantación del mismo en el útero materno. [...] Si bien el pre-embrión no es persona actual, es un conjunto celular indiferenciado, con una probable potencialidad de serlo en un bajo porcentaje de casos. De esa potencialidad deriva un status diferente o un nuevo status que desde la perspectiva bioética merece el máximo respeto, protección y cuidado»

Hay aquí, una serie de falacias:

1.- En primer lugar, el pasaje contiene una insalvable falla lógica, pues comienza afirmando que «Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona», para más adelante disparar esta desconcertante afirmación: «Si bien el pre-embrión no es persona actual...». La contradicción es tan evidente que golpea la vista, pues si por hipótesis «desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona» (lo cual es, según se ha de ver, correcto bajo el actual paradigma científico), la afirmación según la cual, en ese proceso dinámico y continuo «el pre-embrión no es persona actual», se presenta como manifiestamente vertida fuera de la esfera de competencia rigurosamente científica, para configurar un mero prejuicio u opinión ajeno al campo estricto de la ciencia.

En realidad, la biología no nos puede decir mucho acerca de la "persona" humana, porque ese es un concepto primero filosófico, y luego jurídico; lo que sí nos puede contestar, y de hecho lo hace, es a partir de qué momento existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres; ese momento es la "fecundación", o unión de dos gametos, porque a partir de entonces hay un "quid", o entidad con ADN propio, código genético distinto, y capacidad para desarrollar por sí mismo todo el programa contenido en dicha información genética²⁰.

<http://www.profesionalesetica.org/manifiesto.php>;

http://www.unav.es/humbiomedicas/apardo/bio0405/reproduccion_asistida.pdf; http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=lbTptNWc6DE;

<http://www.bioeticaweb.com/content/view/4177/40/>;

[http://www.cell.com/fulltext/S0092-8674\(05\)01180-3?large_figure=true](http://www.cell.com/fulltext/S0092-8674(05)01180-3?large_figure=true)

²⁰ «La célula, con el fenotipo cigoto, está dotada de una organización celular que la constituye en una realidad propia y diferente de la realidad de los gametos o materiales biológicos de partida. Difiere de cualquier célula pues posee polaridad y asimetría, ya que sus componentes se reordenan según el trazado de los ejes que establecerán, pasado el tiempo, la estructura corporal, mostrando así que se ha constituido mediante un proceso de autoorganización del material biológico resultante de la fusión de los gametos paterno y materno. La señal que dirige la constitución y estructura del cigoto es el cambio del nivel del calcio en el citoplasma de la célula. Con ello se origina nueva información, o información epigenética, que se emitirá a partir de entonces de forma armónicamente coordinada, tanto espacial como temporal. Su genoma posee el estado característico y propio de inicio de un programa de vida individual. El cigoto es la única realidad unicelular totipotencial capaz de desarrollarse a organismo siguiendo la trayectoria vital generada. Es precisamente el estado cigoto, por poseer una organización polarizada y asimétrica de sus componentes, lo que permite un crecimiento como organismo: un crecimiento diferencial y ordenado en el que las multiplicaciones celulares se acompañan de diferenciación celular [...] El cigoto posee más información genética que el genoma resultante de la mera fusión de los pro-núcleos de los gametos de sus progenitores. En este sentido, se afirma que tiene realidad de viviente de su especie; realidad que no se confunde con la de una célula viva en un medio que le permite crecer, ni con un conjunto de células vivas. El cigoto es, por tanto, un viviente con las características propias del tiempo cero de vida. Es un cuerpo con los ejes corporales incoados, y no una simple célula. Su genoma se ha formado y activado en la fecundación. Se ha producido un encendido, una puesta en acto de la expresión de la información de los genes, que son el patrimonio del nuevo individuo [...] En el centro de los fenómenos vitales está la transmisión de una información genética. El ser concebido de nuestra especie está vivo; es una nueva unidad de información en acto, "encendida", y que irá actualizando paso a paso las potencialidades que posee» (LOPEZ MORATELLA Natalia: *El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano*, Universidad de La Sabana)

2.- No se detienen allí las fallas de razonamiento, pues otro tanto acontece con la categoría misma del “pre-embrión”, pues un proceso dinámico y continuo que comienza con los primeros signos de vida biológica y culmina con la desaparición de dichos signos, se puede ciertamente describir científicamente como tal, pero toda distinción en fases o etapas en que se lo quiera dividir, tendrá forzosamente el signo de la arbitrariedad, pues requerirá acudir a “criterios” distintivos que no es posible encontrar en la observación de los hechos, sino en categorías conceptuales ajenas a dichos hechos.

Por ello, el valor de dichas distinciones será meramente didáctico y descriptivo (es necesario “unir sin confundir, distinguir sin separar”, rezaba un viejo principio filosófico), y sumamente relativo; pero pretender extraer algo más que el mero valor didáctico de dichas distinciones, para darle proyecciones ontológicas y metafísicas, es traicionar al método científico mismo²¹. De hecho, cualquier genetista o biólogo molecular sabe perfectamente que durante el día 14, convencionalmente fijado como del paso de la etapa del pre-embrión a la de embrión por quienes aceptan el distingo, no ocurre nada de extraordinario.

3.- En efecto, por un lado, si la ciencia no nos puede decir cuando “comienza la persona”, tampoco nos puede decir que el “pre-embrión”, por hipótesis una parte o etapa de ese «proceso dinámico y continuo», no ha alcanzado dicho status.

Por el otro, hoy configura un axioma suficientemente reconocido en epistemología de las ciencias, que no es posible separar enteramente los hechos de la teoría; y solamente desde un positivismo ingenuo pudo pretenderse lo contrario, pues toda descripción supuestamente objetivante de los fenómenos, deberá – previamente- recortar una porción del universo en base a categorías puramente mentales, o parámetros subjetivos. Ese positivismo ingenuo se preciaba de ser capaz de formular leyes exactas en base a la observación empírica de los fenómenos, por ejemplo, que «el calor dilata los gases», hasta que un espíritu inquieto como el de Karl POPPER formulara la perversa pregunta: «¿Qué es un gas?». Tal es, en definitiva, lo que se conoce como problema de la *‘Theory Ladenness’*²² en la epistemología contemporánea²³.

²¹ «El embrión temprano no es un simple tejido homogéneo e indiferenciado. El cigoto (o fase unicelular del individuo) se constituye, a partir del material heredado de los progenitores, como una célula con organización polarizada y con una propiedad peculiar que la distingue de cualquier otra célula: contiene el plano de las primeras divisiones celulares y se organiza en una unidad vital, tanto en sus estructuras espaciales como en sus funciones. Es un organismo en su fase inicial más sencilla y no una mera célula. El concepto de preembrión (aplicado al embrión preimplantatorio), como una fase del desarrollo en que no ha alcanzado el carácter de individuo de la especie, por la posibilidad de dar origen por división a gemelos monocigóticos, carece de fundamento biológico. Un embrión no se parte en dos mitades porque es asimétrico y las diversas células que lo componen son diferentes entre sí, desde el estado de dos células. El estatus del embrión preimplantatorio (generado naturalmente o creado in vitro) es el mismo: individuo de la especie humana» (LOPEZ MORATALLA Natalia: *La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida*, en *Persona y Bioética* • Septiembre-Diciembre 2003 • Enero-Abril 2004 • Años 7 Y 8 • N°s. 20-21)

²² ver: ZANOTTI, Gabriel, “El problema de la *‘Theory Ladenness’* de los juicios singulares en la epistemología contemporánea”, en *Acta Philosophica*, vol. 5 (1996), fasc. 2, pp. 339-352.

²³ A título ilustrativo sobre este estado de cosas, vaya el siguiente extracto de la célebre *Teoría de la acción comunicativa* de HABERMAS (Taurus, Madrid, 1998, T I, p. 156): «Mary Hesse hace hincapié en que a la habitual oposición entre ciencias naturales y ciencias sociales le subyace un concepto de ciencias de la naturaleza, y en general de ciencia empírico-analítica, que mientras tanto habría quedado superado. El debate suscitado por Kuhn, Popper, Lakatos y Feyerabend acerca de la historia de la Física moderna habría demostrado que: 1) los datos con que hay que contrastar la teoría no pueden ser descritos con independencia del lenguaje teórico de cada caso, y 2) que las teorías no se eligen normalmente según los principios de falsacionismo, sino en la perspectiva de paradigmas que, como se ve cuando se intentan precisar las relaciones interteóricas, se comportan entre sí de forma parecida a como lo hacen las formas particulares de vida: “Doy por suficientemente demostrado que los datos no son separables de la teoría y que su formulación está impregnada de categorías teóricas; que el lenguaje de la ciencia teórica es irreductiblemente metafórico e informalizable, y que la lógica de las ciencias es interpretación circular, reinterpretación y autocorrección de datos en términos de teoría y de teoría en términos de datos”. Mary Hesse concluye de ahí que la formación de teorías en las ciencias de la naturaleza depende no menos que en las ciencias sociales de interpretaciones que pueden analizarse según el modelo hermenéutico de la comprensión». Este es el camino que iniciara Karl POPPER, y el siguiente pasaje suyo es suficientemente elocuente: «todo enunciado descriptivo emplea nombres (o símbolos, o ideas) *universales*, y tiene el carácter de una teoría, de una hipótesis. No es posible verificar el enunciado “aquí hay un vaso de agua” por ninguna experiencia con carácter de observación, por la mera razón de que los *universales* que

Como resultado de la polémica que abriera POPPER, es bien sabido²⁴ que el debate epistemológico contemporáneo se mueve signado por un desencantamiento acerca de la pretendida infalibilidad de las ciencias positivas, y por lo tanto en el marco de cierto escepticismo apriorístico que se niega a dar preeminencia a las conclusiones de ciertas áreas del saber sobre otras, y llega a considerar a todas como distintas tradiciones dentro de la cultura occidental.

4.- Desde esta perspectiva propia del escepticismo relativista postmoderno, podría afirmarse que el óvulo fecundado, ya desde su primera fase o etapa es un individuo de la especie humana según la definición de la ciencia médica, pues posee un ADN propio y un Código genético distinto del de sus progenitores, pero que no se puede predicar nada acerca de su carácter de persona. Pero, llegados a ese punto ya no podríamos conceder más a dicha postura, y le reclamaríamos que guardara un mínimo de coherencia con sus propios postulados, y a su turno reconociera que tampoco puede probar lo contrario, es decir, que el óvulo fecundado no es una persona.

A un relativismo escéptico que duda de toda certeza, no se le han de tolerar incoherencias a la hora de decidir nada menos que sobre la vida humana; por el contrario, se le ha de exigir la congruencia en la duda hasta sus últimas instancias.

En consecuencia, todo lo más que podríamos extraer de dichos postulados, es una situación sembrada de dudas o incertidumbre, pues en definitiva no podríamos saber si la acción de interrumpir dicho «proceso dinámico y continuo biológico» antes de su término natural, importaría – o no- matar un ser humano, o si la acción de criopreservarlo, conllevaría un inaceptable atentado contra su dignidad, y una flagrante violación a los derechos humanos más fundamentales.

Ahora bien, esa clase de duda sería fatal para la tesis que comento, pues impondría la abstención del hecho, tanto desde un punto de vista ético, como jurídico. Desde la primera perspectiva, porque como bien enseñara Sebastián SOLER, apelando incluso a la sabiduría popular²⁵, «si alguien tiene dudas acerca de la ilicitud de su hecho y a pesar de ello actúa, su obrar es culpable y no de buena fe». Y desde la segunda, porque como bien enseñara ROXIN²⁶: «Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo», razón por la cual páginas más adelante, dará los siguientes ejemplos: «si el cazador furtivo duda si el objeto divisado entre la maleza es una pieza de caza o un paseante, posee dolo del § 292 y de los §§211 [asesinato], 212 [homicidio]»²⁷; «A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un

aparecen en aquél no pueden ser coordinados a ninguna experiencia sensorial concreta (toda “experiencia inmediata” está “dada inmediatamente” una sola vez, es única) [...] Los universales no pueden ser reducidos a clases de experiencias, no pueden ser constituidos» (*La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 90). A ese debate, iniciado por POPPER se suman luego KUHN (*La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, Bs As. 2004), LAKATOS Y FEYERABEND (*Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 1986), autor este último para quien la Ciencia es una tradición más, entre muchas.

²⁴ Y, por lo demás, lo señala HABERMAS en el párrafo citado en nota anterior

²⁵ SOLER: *Derecho Penal Argentino*, T II, § 34, V

²⁶ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1997, § 12, I, 3, p. 425

²⁷ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, § 12, I, 5, p. 455

espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso según el § 212, si el objeto era una persona y resulta muerta»²⁸.

En otras palabras, aún bajo el actual paradigma científico, la única consecuencia ética y jurídica válidamente predicable sería la abstención de tales hechos, porque un cambio de paradigma podría traernos la desgraciada – y sumamente trágica- confirmación de haber perpetrado un verdadero genocidio. El imperativo ético que corresponde aquí aplicar, arranca, para usar palabras de Hans JONAS, de la "heurística del temor". (*Heuristik der Furcht*) - respeto mezclado con miedo- Es el miedo a las consecuencias irreversibles del progreso (manipulación genética, aniquilación en masa de seres humanos), lo que nos obliga a actuar imperativamente prohibiendo tales comportamientos, para cumplir con la nueva formulación del imperativo categórico, pero aplicado con mayor rigor todavía, que propone Hans JONAS: «*Incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre*»²⁹.

Tal es la formulación del “principio de responsabilidad, que jurídicamente se traduce en el principio precautorio”³⁰.

VI. – PRETENDIDA FUNDAMENTACIÓN UTILITARISTA

Una segunda vía para intentar fundamentar soluciones como la del art. 19 del proyecto, pasa por argumentaciones del siguiente tipo:

« [...] no existe posibilidad científica de que el embrión se desarrolle fuera del cuerpo de la mujer y tampoco lo hay de que el procedimiento de reproducción extracorpórea se realice sin crear varios embriones. De entre ellos, no pueden implantarse varios en el cuerpo de la mujer, por los peligros que ello implica y desarrollado uno, los demás no son usados. Por lo que reconocer personalidad humana al embrión implicaría darle todos los derechos civiles que corresponden y además la imposibilidad de darles un destino diferente a la implantación. Con lo cual, el resultado, sería que se debiera prohibir la reproducción humana asistida y, con ello, privar a parejas heterosexuales y homosexuales a formar una familia. Esto, en el estado de la ciencia actual»³¹

Aquí se olvida otro aspecto fundamental: no hay, estrictamente y en sentido propio, un “derecho al hijo”. Por un principio filosófico muy caro a los kantianos, pero que hoy es universalmente aceptado, toda persona (en sentido filosófico, lo que equivale a decir, todo individuo de la especie humana) es un fin en sí mismo, un verdadero autofin³², que no puede convertirse en medio para la felicidad de otra.

²⁸ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, § 12, II, 1, p. 458

²⁹ JONAS, Hans: *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995 Cap. I, V, pág 40

³⁰ El primero de estos principios, puede expresarse así: obra de tal manera, que las consecuencias de tu acción no destruyan, amenacen, o disminuyan las posibilidades de la vida humana, o de su medio cultural, social, o ambiental hoy y en el futuro, pues como enseña JONAS, “Los errores mecánicos son reversibles; los errores biogenéticos, irreversibles”; “los errores mecánicos afectan al objeto, los biogenéticos se extienden fuera de él” (JONAS, Hans: *Technik, Medizin und Ethik; Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, 1985, pág. 216, citado por KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho*, cap. Vigésimo, IV, 4, pág. 535). El segundo de ellos, al decir de BERGEL (*Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil*”, en *Derecho Privado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p.1012), tiene dos componentes fundamentales: 1). La necesidad de actuar ante la amenaza de un riesgo real o potencial, cuya efectivización puede conducir a la generación de daños graves e irreparables, 2). La falta de evidencia científica con respecto a la existencia del propio riesgo. Dicho principio se diferencia de la tutela preventiva en que la precaución aconseja actuar aún ante la incerteza de los daños que se estarían por producir, pero que de ser ciertos los temores sus efectos podrían ser devastadores.

³¹ Explicación que habría dado en Córdoba una de las autoras del proyecto, reproducida en un foro de debate; literalmente el proyecto expresa: «La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno»

³² Por ello RADBRUCH, siguiendo a STAMMLER, proporciona la siguiente definición de persona: «sujeto de derecho es un ser que un derecho históricamente dado, considera como un autofin» (RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, § 17.

Pues bien, aquello que es un fin en sí mismo, nunca podría configurar el objeto de un derecho para otro. Por ello, no puede existir, desde una perspectiva de Filosofía jurídica, un derecho al hijo. Prescindiendo de otras cuestiones, si las técnicas de reproducción extracorpórea no pueden realizarse hoy sin "crear" varios embriones... pues ¡peor para la ciencia....! porque eso significa que, por respeto a la dignidad de esos individuos de la especie humana, por ahora no podemos autorizar dichas técnicas que terminan desembocando en un asesinato masivo de todos esos embriones (en realidad, verdaderos seres humanos) sobrantes.

No es la ciencia médica quien nos debe imponer la agenda bioética, sino al revés, es la Ética la que debe dictar esa agenda, pues como ha dicho muchas veces Jürgen HABERMAS:

«La biología no conoce ninguna moral [...] Nosotros mismos tenemos que decidir [...] La biología no nos puede dispensar de consideraciones morales. Y la bioética no nos debería llevar a extravíos biológicos. Por otro lado, los puntos de vista morales son materia de discusión, y en especial la incorporación moral de nuevos fenómenos...»³³

En consecuencia, y contra lo que pretende la argumentación utilitarista que aquí se combate: si el embrión es un individuo de la especie humana, debe reconocérsele la personalidad y todos los derechos fundamentales, desde el momento mismo que da comienzo su vida, pues lo primero es un dato científico, en tanto lo segundo no pasa de ser un artificio técnico propio de nuestro modo de abordaje de la realidad, que reclama la delimitación de “centros de imputación” para la atribución de derechos, deberes, roles, y funciones. Si obráramos de otro modo, estaríamos haciendo lo mismo que todos aquellos totalitarismos que “concedían” (y no meramente “reconocían”) o denegaban graciosamente la personalidad en base a preferencias de raza, sexo, religión, o condición social, y quebrantando los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado, como ya fuera dicho.

Esta inseparabilidad de los conceptos de individuo y persona, es un tema que trabajó incansablemente Sergio COTTA anticipándose a su época, y con el resolvía el tema fundamental de la bioética de los años sucesivos, la pretensión – presente inicialmente en el ámbito anglosajón, y posteriormente también en el pensamiento europeo- de separar los conceptos de ser humano y persona, al exigir para la existencia de la segunda determinadas cualidades, como la capacidad de sentir o de pensar, lo que conducía a la negación de la condición de titular de derechos no solamente a embriones, sino también a gestantes, infantes, minusválidos, comatosos, o seniles³⁴; cosa esta última que explícitamente postularon HOERSTER y SINGER llevando, por la propia e implacable lógica de los principios, hasta sus últimos extremos la tesis que pretende separar ambos conceptos³⁵.

Ahora bien, por un mínimo de respeto a la dignidad humana del embrión – que filosóficamente es una verdadera persona, o autofin, y jurídicamente no podría ser más que eso- debemos pronunciarnos no solamente en contra de la fecundación heteróloga (contra la que están muchas legislaciones, y la mayoría de los filósofos del derecho³⁶), sino de toda técnica que genere ese problema de los embriones “excedentes”, por llamarlo de un modo más que elegante.

³³ HABERMAS, Jürgen: *La biología no conoce ninguna moral*, en Revista de la Universidad de Antioquía, nº 252

³⁴ BALLESTEROS, Jesús: *Sergio Cotta y los retos del Siglo XXI*, Persona y Derecho, 57 (2007**) 71-80

³⁵ Sobre el tema, ver RHONHEIMER, M: “*Ética de la procreación*”, cap. III, p. 176

³⁶ KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del Derecho*, cap. Vigésimo, IV, 4, pág. 544

Y es que, en realidad, ese es un problema de la técnica médica, pero desde el punto de vista ético es un falso problema que se genera por haber permitido que la ciencia dicte su agenda al Derecho, lo cual es inaceptable³⁷, como bien lo ha señalado nada menos que un neomarxista frankfurtiano al modo de HABERMAS, autor de una conocida obra cuyo título mismo ya abre un mundo de sugerencias: *Ciencia y técnica como ideología*.

Desde un punto de vista ético – que es el que debe adoptar el Derecho- la solución es bastante simple: hasta tanto la ciencia no evolucione a otro estadio, se debe prohibir todo uso de la técnica que genere estos falsos problemas que atentan contra la dignidad del ser humano, y prescribir, a título de condigna sanción, la solidaridad de todos aquellos que actúen contra la prohibición.

De ninguna manera podemos sentirnos autorizados – éticamente hablando- a “regular”, facilitando de ese modo la inmoral faena, lo que lisa y llanamente deberíamos prohibir.

VII. – EL SUBYACENTE ATENTADO A LA DIGNIDAD HUMANA COMÚN A TODAS LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Pero en realidad, la prohibición debería ir más allá, pues en todas estas técnicas, en último análisis, se encuentra afectada la dignidad humana.

1.- Nuestra dignidad humana deriva del simple hecho de haber sido libremente “recibidos” en la existencia, como fruto espontáneo, casual y contingente del don de la vida, y tal es el significado profundo del término “procreación”, sea que se la entienda como un mero hecho biológico natural, sea que se quiera ver una colaboración del hombre con una acción Divina.

Ese don – y misterio- de la vida humana consiste en un mero, simple, y sencillísimo hecho: el hecho de estar ahí fuera de la nada, participando de la existencia. Se trata de un hecho o acontecimiento que meramente “sucede” en forma ajena a toda determinación causal que pudiera venir de manos del hombre, y por lo tanto ajena a las relaciones instrumentales de poder que este pueda establecer con el mundo y las cosas.

2.- Muy diferente de la procreación, es la producción en laboratorio de seres humanos³⁸, y peor todavía cuando ella se efectúa en masa, para luego proceder a seleccionar algunos individuos, y congelar, o desechar a los restantes.

En efecto: el hecho de haber venido libre y espontáneamente a la existencia, nos coloca en un plano de igualdad con todos aquellos que advinieron al mundo de igual modo. Pero muy distinta es la situación que se genera, cuando lejos de esa libertad, unos determinan causalmente en la existencia a otros³⁹, pues eso termina atentando contra su identidad⁴⁰.

³⁷ SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, Madrid 2005, cap. 8, p. 203 denomina a este aspecto “función ideológica de la bioética”, una moralización en sentido nietzscheano que ha convertido en ético lo conveniente.

³⁸ Este punto ha sido correctamente señalado por varios autores, entre ellos : SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, cap. 8, p. 203; D’ AGOSTINO: *Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, EIUNSA, Madrid 2003, Segunda parte, capítulo VII, p. 152

³⁹ Dice Francesco D’ AGOSTINO (*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, Segunda parte, capítulo VII, p. 150): «Ningún sujeto tiene capacidad de *autonconstituirse* como tal. sino que siempre tiene necesidad de encontrar en el otro y a través del otro la medida de su propia identidad. La relacionalidad está, por tanto, sujeta a una intrínseca y específica ley, la de la *simetría*. Una relacionalidad que por principio (y no ocasionalmente) se manifiesta y se entiende como no simétrica no es constitutiva, sino destructiva, de la identidad del sujeto más débil: he aquí no sólo la raíz de todo comportamiento ilícito y el símbolo más inmediato de la *injusticia*, sino también la imposibilidad para el ser humano de afirmarse a sí mismo. Toda *alteración programada* de la racionalidad supone, pues una amenaza intolerable para la subjetividad: la amenaza no sólo de ver ofendidos y vilipendiados los propios valores, sino también de ver negada la propia identidad»

⁴⁰ Dice Francesco D’ AGOSTINO (*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, Segunda parte, capítulo VII, p. 151): «Lo que las nuevas posibilidades técnicas de la biomedicina llegan a cuestionar, antes incluso que la sacralidad o la dignidad de la

No es necesario cavilar demasiado para advertir que mientras la primera hipótesis nos sitúa en el plano de relaciones simétricas de igualdad, la segunda nos ubica en el terreno de vinculaciones asimétricas de poder, relaciones de dominio de unos seres humanos respecto de otros, a quienes pueden determinar causalmente en la existencia.

Mas, supuesta que fuera una “dignidad” humana a la que se quisiera rendir algún tributo, un hombre concreto nunca podría “deberle” su existencia a otro hombre en sentido propio; sin mengua alguna de su dignidad, podrá debérsela a las potencias creadoras de un Dios, si fuere creyente, o a la ciega inteligencia del juego de las fuerzas de la naturaleza, en caso contrario; pero nunca a la acción libre y dirigida a ese mismísimo fin, de una inteligencia humana. Y es que a un Dios – como sea que se lo quisiera concebir- o la naturaleza, resultaría absurdo exigirles que “pidieran permiso” y requirieran el consentimiento previo de aquél a quien determinaren llamar a la vida; pero ese consentimiento para operar de modo tan trascendente sobre la existencia de otro, sí que debería serle conminado a quien estuviere llamado a ocupar la posición de un igual.

Pues presuponiendo que quisiéramos “pedir cuentas” e interpelar de “tú a tú” al autor de nuestros días⁴¹, las respuestas obtenidas serían muy diferentes, en uno u otro caso. El «Yo te pensé así desde toda la Eternidad» pronunciado por un Dios Omnisciente, Infalible, y sin sospecha alguna de imperfección, invitaría naturalmente a la aceptación de sí mismo⁴²; no es necesario meditar largamente para advertir que bien distinta debiera ser la reacción que habría de despertar en la propia autocomprensión del sujeto interpelante, una respuesta obtenida de boca de sus “iguales”, que fuere del siguiente tenor: «llevados por nuestro deseo de ti, y nuestro derecho a la autorealización personal, te hicimos lo mejor que, conforme al estado de la técnica científica, en ese momento se podía... Deberías sentirte afortunado de haber sido escogido, y no directamente “congelado” o “desechado”, como los restantes embriones producidos junto al que “tú”, por entonces eras...»

Para decirlo en palabras de Francesco D' AGOSTINO:

«Lo que no se considera en este modo de argumentar es la imposibilidad de conectar manipulación y libertad. De la manipulación no se podrá obtener un resultado de libertad: si el sujeto manipulador es *libre*, el sujeto manipulado está *desde el principio* privado de libertad y, por ende, carente de identidad. La manipulación implica, pues, un *proyecto manipulador*, implica reconocer no sólo los instrumentos, sino sobre todo los objetivos. Una manipulación ciega, de la cual no se espera un resultado deseable, capaz de recompensar al manipulador por sus esfuerzos, carece totalmente de sentido. La manipulación es siempre una forma de *producción*; y la producción, por su reglamento implícito y necesario, tiende a ser tanto más ella misma cuanto más estructurada en serie. La producción no puede dar lugar a individuos, dotados de específica e irrepetible identidad, sino sólo a *productos*, tanto más apreciables cuanto similares, e indiscernibles de su prototipo. Bastan estas consideraciones para demostrar

vida, es la *identidad* misma del ser del hombre (primero como identidad biológica orgánica, y luego como identidad antropológica). Pero si cae nuestra identidad, cae toda posibilidad ulterior de problematización ética. Por tanto, la norma fundamental de la bioética es *la defensa de la identidad*». En parecidos términos, se expresa en la página 225.

⁴¹ Obviamente que ella presupone un “tú”, por lo que sería impensable dirigir dicha “interpelación” a la naturaleza, o a un Dios no personal, del mismo modo que ni siquiera sería proponible para un ateo; pero siempre sería legítimo plantearse a otro hombre, es decir a un igual, que por definición es otro “tú”.

⁴² Sobre el punto, ha escrito páginas verdaderamente preciosas Romano GUARDINI en su ensayo *La aceptación de si mismo* (Bs. As. 2011), quien llega a afirmar (p. 26) «Ese Dios es el que me ha creado. Quedándonos en nuestro tema: Es Aquel que me ha dado a mí mismo. Con eso llega a su fin la cuestión. No tiene sentido preguntar más allá, por ejemplo: ¿por qué me ha dado a mí, y me ha dado como éste que soy, y hoy y aquí?; pues eso mostraría solamente que no he valorado lo que se llama "Dios". Responder: me ha creado porque así el conjunto del mundo está bien; o porque tengo que realizar en el mundo tal o cual cosa; o porque tiene pleno sentido que haya existencia personal; todo eso no implica más sino menos que responder: porque El lo ha querido»

lo problemática que es la heteromanipulación (evidentemente porque sirve a los intereses del manipulador y no del manipulado)»⁴³

O para acudir nuevamente a la cita de un autor públicamente conocido por su ateísmo, y su adscripción a la escuela neomarxista de Frankfurt:

«En la controversia acerca de cómo habérselas con los embriones humanos, hay muchas voces que siguen apelando al libro de Moisés 1,27: Dios hizo al hombre a su imagen, lo hizo a imagen de Dios. Que el Dios que es amor, hizo a Adán y a Eva seres libres que se le parecen, esto no es algo que haya que creerlo para entender qué es lo que se quiere decir con eso de que el hombre está hecho a imagen de Dios. Amor no puede haberlo sin reconocerse en el otro, y libertad no puede haberla sin reconocimiento recíproco. Por eso aquello que se me presenta como teniendo forma humana ha de ser a su vez libre, si es que ha de estar siendo una respuesta a esa donación de Dios en la que consiste. Pero pese a ser una imagen de Dios, a ese otro nos lo representamos, sin embargo, a la vez, como siendo también creatura de Dios. Y este carácter de creatura de lo que por otra parte es imagen de Dios, expresa una intuición que en nuestro contexto puede decir todavía algo, incluso a aquéllos que son amusicales para la religión. Dios sólo puede ser un “Dios de hombres libres” mientras no eliminemos la absoluta diferencia entre creador y creatura. Pues sólo entonces, el que Dios dé forma al hombre deja de significar una determinación que ataje la autodeterminación del hombre y acabe con ella [...] Este creador, por ser a la vez un Dios creador y redentor, no necesita operar como un técnico que se atiene a leyes de la naturaleza o como un informático que actúa conforme a las reglas de un código o de un programa. La voz de Dios que llama al hombre a la vida, pone de antemano al hombre en un universo de comunicación transido de resonancias morales. Por eso Dios puede “determinar” al hombre en términos tales que simultáneamente lo capacita y lo obliga a la libertad. Pues bien, no hace falta creer en premisas teológicas para entender la consecuencia de que sería una dependencia muy distinta, una dependencia que habría que entender en términos causales, la que entrase en juego si desapareciese esa idea de diferencia infinita implicada por el concepto de creación divina, y el lugar de Dios (en lo que se refiere a creación del hombre) pasara a ocuparlo un hombre, es decir, si un hombre pudiese intervenir conforme a sus propias preferencias en la combinación azarosa de las dotaciones cromosómicas materna y paterna, sin tener que suponer para ello, por lo menos contrafacticamente, el consentimiento de ese otro al que esa intervención afecta. Esta lectura suscita la pregunta que me ha ocupado en otro lugar. El primer hombre que lograra fijar conforme a sus propios gustos las características que va a tener otro hombre, ¿no estaría destruyendo también aquellas iguales libertades que han de regir entre iguales para que esos iguales puedan mantener su diferencia»⁴⁴

3.- Ni siquiera un legítimo deseo al hijo, sirve para justificar y – menos aún para legitimar- el uso de estas técnicas, pues eso no pasaría de ser una mera instrumentalización de la vida humana de un “igual”, al servicio del deseo de otro “igual”.

Pero una instrumentalización del hijo al servicio de la satisfacción del deseo de tener hijos, y el deseo sólo condicionado de la vida humana engendrada de esa forma ahí implícito, representa una fundamental inhumanidad, un verdadero atentado a la dignidad humana⁴⁵

4.- Las técnicas de reproducción humana asistida, representan la explosión de la más pura racionalidad instrumental llevada hasta sus últimas consecuencias, perverso uso de la razón humana correctamente denunciado por la escuela de Frankfurt; es decir: la mera eficiencia de los medios respecto a los fines, sin importar qué valor ético⁴⁶ tengan medios, ni fines. Esto es, la razón humana utilizada con el fin de servir al dominio. Dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve

⁴³ D' AGOSTINO *Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho*, Segunda parte, capítulo VII, p. 152; en idéntico sentido: SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Retos jurídicos de la bioética*, cap. 8

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen: *Fe y Saber* (2001) [Discurso de agradecimiento pronunciado en la *Pauskirche* de Frankfurt el día 14 de Octubre de 2001, con motivo de la concesión del “premio de la paz” de los libreros alemanes

⁴⁵ RHONHEIMER, Martín: “*Ética de la procreación*”, RIALP, Madrid 2004, cap. II, nº 4, p. 155

⁴⁶ O qué valor “emancipatorio”, si se prefiere adoptar la misma terminología de estos autores.

fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial (y ahora también, de nuevos seres humanos en laboratorio) y la ganancia capitalista.

Desde la perspectiva de análisis de la teoría crítica, racionalidad instrumental, por oposición a racionalidad emancipadora, no es otra cosa que la razón humana misma, deliberadamente puesta al servicio del dominio, sea de la naturaleza, de la economía, o de los hombres.⁴⁷

Pues todo el problema biotecnológico no es otra cosa que racionalidad instrumental desplegada como medio al fin del “dominio” del misterio de la vida; y por ello muchos de los aparentes problemas que propone son “falsos problemas” desde una perspectiva ética y jurídica, por haber permitido que sea la técnica quien dictara la “agenda” al Derecho, y no a la inversa. Y ese problema de la “dominación tecnológica” se introduce claramente en el Proyecto con la cuestión del status del embrión – verdadero individuo de la especie humana, reducido a mera *res* biológica hasta la implantación en el útero- incluso para favorecer y proteger ese auténtico, despiadado, e inmoral “negocio” del dominio tecnológico – llevado a costa de la dignidad humana- con normas tales como el anonimato de los donantes de gametos, que violan el derecho a la identidad de aquellas personas “producidas en masa” mediante dichas técnicas de laboratorio.

Esto no es más ni menos que la dialéctica de la Ilustración, que "se invierte objetivamente hasta convertirse en locura", como expresaran Adorno y Horkheimer.....⁴⁸

Para ir finalizando, y meditar hasta donde ha llegado esa racionalidad instrumental, me gustaría invitarlos a la siguiente reflexión: Si un animal feroz -v.g., un lobo- devorara a un niño pequeño, el hecho configuraría una tragedia que seguramente nos habría de estremecer; pero fuera de la natural conmoción, no podría despertar nuestra indignación, pues el animal carece de conciencia de la dignidad humana, y es imposible encontrar culpa moral o jurídica en su comportamiento. Pero, por extraña paradoja, para justificar su actuación en el campo biotecnológico y atentar contra el niño por nacer, el hombre moderno - que, al decir de ADORNO y HORKHEIMER padece "la irracionalidad de la adaptación dócil y solícita a la realidad" que "llega a ser para el individuo más racional que la razón"⁴⁹- pretende revestir la piel del lobo..... y por supuesto, no puedo dejar de evocar al Leviatán, y al "Homo homini lupus", como llamativo final de este camino que ha recorrido la modernidad, con su sueño de la razón transformado en pesadilla

⁴⁷ En ese sentido, ha dicho ZANOTTI: «Modernidad es igual, para esta escuela, a control [...] La racionalidad de la modernidad es una racionalidad instrumental: la eficiencia de los medios respecto a los fines. Esto es, dominio. Dominio respecto de la naturaleza (la tecno-ciencia), dominio respecto de las personas, que esta escuela ve fundamentalmente en la racionalidad capitalista, donde los seres humanos son reducidos a medios con respecto a la producción industrial y la ganancia capitalista [...] En este sentido, se podría decir que para esta escuela la modernidad, al identificarse con la racionalidad instrumental, se identifica con la dominación, con la explotación y, en ese sentido, ha fracasado» ZANOTTI: *Crisis de la razón, y crisis de la democracia*, UCEMA, Febrero de 2008, nº 370, p. 26.

⁴⁸ HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248

⁴⁹ HORKHEIMER – ADORNO: *Dialéctica de la ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid 1998, p. 247-248