

## PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI \*

### I. IDEAS BÁSICAS

J. El complejo de problemas jurídicos que presenta la fecundación asistida en seres humanos es muy rico y trascendente, constituyendo parte de las cuestiones características de la nueva era histórica que comienza en nuestros días <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Pueden verse nuestros *Estudios de historia del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; también "El derecho y la humanidad en el siglo XXI", en *Congreso de Académicos Americanistas de Derecho*, Córdoba, 1999, p. 905/910.

Un panorama bibliográfico de Bioética y Bioderecho puede obtenerse, en Enlaces de Bioética y Biocología, <http://www.ugr.es/~siamep/Biocologia/Bioetica/index.htm> (22/7/2001); <http://www.bioetica.org/programa...publicaciones.htm> (19/7/2001). También (cf., p.ej.), *Plenario*, edición electrónica, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, septiembre de 2000, <http://www.caba.org.ar/plenario9999.htm> (22/7/2001); *Ética en distancia y presencial. Aportes en Bioética y Derecho: problemas de salud y biotecnología*, Barcelona, 2000-2001, <http://www.ub.edu/AlejandroRodríguez/Am.htm> (22/7/2001); HOGPE, Pedro F., *Bioética y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1999; REMDORFF, Jacob - KEMP, Peter (ed.), *From ethics to biology. De l'Éthique au biologie*, Centre for Ethics & Law, Copenhagen, 1998. Asimismo cabe cit. LÓPEZ CALERA, Nicolás, "La vida y la muerte ante la ética y el derecho. Paternismo médico y desarrollo científico", *Derech.*, 15-16, vol. II, p. 715 y ss.; WILLIAMSON, Carl, "Old Rights and New Medical Technology", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 17<sup>th</sup> IVR World Congress, III, cap. p. 326/7; TRIVULZIO ETCHEVERRÍA, Manuel, *¿Qué es la Bioética?*, Sigame, Salamanca, 1998; BRACAPANE DE CUTOÑO, María, *Bioética*, Lumen, Buenos Aires, 1997.

Acerca del Bioderecho pueden (cf., p.ej.), nuestros estudios "Introducción general al Bioderecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, no. 22, p. 19 y ss. (y en *Bioética y Bioderecho*, no. 2, p. 11 y ss.); "El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana", *Bioética...*, cit., no. 2, p. 43 y ss.; "La Bioética y la necesidad de genitalidad y herencia en el hombre del porvenir", *Bioética...*, cit., no. 2, p. 11/72; "Notas sobre el significado jurídico del lenguaje biológico", *Bioética...*, cit., no. 2, p. 73 y ss.; "Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho", *Boletín del Centro de Investigaciones...*, cit., no. 21, p. 16 y ss.; "Interrogantes bioéticos básicos respecto de la 'reproducción asistida'", *Bioética...*, cit., no. 1, p. 39 y ss.; "Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la ciencia actual entre economía y vida 'total'", *Bioética...*, cit., no. 1, p. 41/42; "La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo", *Investigación y Derecho*, no. 29, p. 29 y ss. (y en *Deus*, 27/10/1997, t. 76, p. 71/73); "Una perspectiva bioética: vida y globalización", *Bioética...*, cit., no. 1, p. 43 y ss.; "Panorama de los fundamentos de la Bioética", *Boletín del Centro de Investigaciones...*, cit., no. 18, p. 33 y ss.; "Perspectivas para una comprensión física, lógica y axiológica de la Bioética", *Boletín del Centro de Investigaciones...*

\* Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Investigador del Conicet.

Para reconocer mejor el ámbito de la fecundación asistida, es útil tener en cuenta que “fecundación” significa de cierto modo hacer “fértil”, “feraz”, que se produzcan frutos, y “asistir” indica hacer salir, nacer<sup>2</sup>. Cabe preguntarse, por ejemplo, cuáles han de ser esos “frutos” y qué relación debe existir entre la fecundación y el nacer. En el vasto plexo problemático de la fecundación asistida en sentido amplio están, por ejemplo, cuestiones más simples, como la inseminación artificial, y otras particularmente complejas, como los interrogantes acerca de si la fecundación sólo ha de realizarse con miras a la reproducción de nuevos hombres o también es legítimo hacerla con otros fines; si ha de realizarse la clonación, si es legítimo modificar el patrimonio genético, etc.<sup>3</sup>.

cit., no. 20, ps. 113 y ss.; “Las disciplinas filosóficas, la Bioética y el Bioderecho”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 11 y ss.; “Filosofía Jurídica Menor, Bioética y Bioderecho”, *Bioética...*, cit., no. 3, pp. 45 y ss.; “Líneas filosóficas-filosóficas para la comprensión de la Bioética y el Bioderecho”, *Bioética...*, cit., no. 3, pp. 49 y ss.; “La elaboración de las normas del Bioderecho”, JA, 1998-IV-704/712; “Análisis cultural de la problemática bioética y biojurídica de nuestro tiempo”, *Bioética...*, cit., no. 4, p. 913; “El Bioderecho y la teoría finalista del mundo jurídico”, *Bioética...*, cit., no. 4, p. 1723; “Perspectivas filosóficas-jurídicas de la salud”, *Bioética...*, cit., no. 4, p. 2572; “Ideas básicas respecto del Bioderecho de la familia internacional en la actualidad”, *Bioética...*, cit., no. 3, pp. 37 y ss.; “La Bioética y la preservación creadora, de consciencia y consciencia de la cultura de Occidente”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 65/66; “Verdad y ética después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la posmodernidad”, *Bioética...*, cit., no. 3, pp. 83 y ss.; “Globalización/marginalización: Implicación demográfica”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 914; “Las bases de la cultura occidental y la bioética en una nueva era histórica”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 1571; “Un tema para debatir: la aplicación de la especie humana en una nueva era histórica”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 2325; “Apogeo para la ubicación filosófica del conocimiento del genoma humano”, JA, 2006-IV-1012/9, también “Lineamientos teóricos para una Filosofía de la Medicina”, *Bioética...*, cit., no. 3, pp. 67 y ss.

<sup>2</sup> Es posible o *CONVENIR*, *Idem*, con la colaboración de PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. II, Gredos, Madrid, 1980, p. 878 (“fecundo”) y p. 824 (“conir”). Según la Real Academia de la Lengua Española, Fecundación: “es la acción y efecto de fecundar”, y Fecundar: “fertilizar, hacer productiva una cosa” (1). también “Unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser” (3) (Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, t. I, Madrid, 1992, pp. 936/937). Si se tomara el tercer significado de la Academia, la fecundación tendría alcances más limitados que los señalados en el texto. Para la Academia “asistido” significa “Que se hace con ayuda de medios mecánicos” (Real Academia, *Diccionario...*, cit., t. I, p. 237).

En el polo opuesto de la fecundación está la esterilización, también problemática en la Bioética y en el Bioderecho de nuestro tiempo.

<sup>3</sup> Cabe recordar p.ej. *Intera International d’Études des Droits de l’Homme, Modifications génétique et droits dell’ uomo*, Milano, Padova, 1987; FERRER RISA, Josep, “Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación”, *Revista de Occidente*, no. 214, pp. 69 y ss.; también SAMBARTIN, José, “La biología hoy, entre el infierno y el paraíso”, *Revista de Occidente*, no. 214, pp. 47 y ss.

Todas estas posibilidades abiertas por los avances técnicos en el terreno de la vida humana, que implican la construcción de la Bioética y el Bioderecho, tienen en su horizonte una de las líneas problemáticas también muy importantes en nuestros días, en los que la Edad de la Ciencia ha sido seguida por la Edad de la Técnica, la “Filosofía de la Técnica” (es posible ver por ej. MITCHAM, Carl, *¿Qué es la filosofía de la tecnología?*, trad. César Cuervo Niño - Roberto Méndez Sáenz, Anthropos, Barcelona, 1989; GÓMEZ GARCÍA, Pedro, “Génesis y apogeo de la técnica”, *Persepolis*, vol. 31, no. 200, pp. 257/267 y nuestros artículos: “Notas de filosofía de la tecnología”, en *Boletín del Centro de Investigaciones...*, cit., no. 20, pp. 95 y ss.; “Aspectos filosóficos de la procreación humana: énfasis en la asistida”, en *Investigación...*, cit., no. 20, pp. 25 y ss.).

El nuevo tiempo, denominado a menudo de la "posmodernidad", en parte porque se sabe a qué época sucede pero no hacia dónde va, está signado en gran medida por el dominio de la especie humana sobre su propia existencia, evidenciado ya en la explosión de la primera bomba atómica en Hiroshima, el 6 de agosto de 1945. La fecundación asistida en sentido amplio es uno de los despliegues de ese dominio.

Al tratarse de la caracterización de una problemática "jurídica", nos encontramos con el desafío de establecer los alcances de la *ciencia del derecho*. Creemos que no existe un título que permita fijar el objeto de la ciencia jurídica si no es el interés de quien la cultiva. A nuestro parecer, la propuesta más interesante para la "construcción" del objeto de la ciencia jurídica es la que, dentro de la concepción tridimensional, referida a hechos, normas y valores, efectúa la *teoría trinitaria del mundo jurídico*<sup>4</sup>.

Retomando las nociones de uno de los fundadores del tridimensionalismo, François Gény, es posible decir que en el Derecho vale atender a la *crítica* y a la *técnica*, y en el caso de la fecundación asistida una y otra resultan requeridas por nuevos desafíos<sup>5</sup>.

2. Aunque durante largo tiempo el pensamiento de los hombres de Derecho ha venido ejercitándose en especial en el pensamiento deductivo y la analogía, que lo han conducido a planteos "microjurídicos", también son relevantes los despliegues "macrojurídicos", que consideran el conjunto de la vida del Derecho. En ese sentido, además de la Microbioética y la Macrobioética, como niveles complementarios en el desarrollo de la Bioética, son interesantes el *microbioderecho* y el *macrobioderecho* para una perspectiva más integral del bioderecho. Es conveniente que el planteo de la fecundación asistida atienda no sólo a los enfoques microbiojurídicos, sino también a los despliegues macrobiojurídicos.

3. Parece evidente que todas las cuestiones que se suscitan en el ámbito de la fecundación asistida son profundamente discutibles, de modo que el principal objetivo de este trabajo es señalar *líneas de reflexión y debate* que puedan resultar esclarecedoras.

<sup>4</sup> Respecto de la teoría trinitaria del mundo jurídico pueden verse p.ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción a la filosofía del derecho*, 6ª ed., 3ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, Miguel A., *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1970; *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/1984; *La complejidad del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

<sup>5</sup> Es posible consultar por ej. Gény, François, *Science et technique en droit privé positif* [G. Gény, París,

## II. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL MUNDO JURÍDICO

### I. El mundo jurídico en general

#### a) *Dimensión sociológica*

1. La consideración triárista de la realidad social abarca temas que estimamos de gran interés para comprender los significados de las distintas manifestaciones de la fecundación asistida.

Las técnicas de fecundación asistida introducen la conducción humana en una realidad que desde tiempo inmemorial se consideraba "natural" e incluso "sobrenatural", promoviendo un fenómeno de "desmitificación". Introducir la conducción humana significa instalarse de modo más pleno en el campo del Derecho. La fecundación asistida intensifica la "juridicidad" de un área importantísima de la vida.

En términos más estrictamente triáristas, puede decirse que la conducción de la fecundación asistida, que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida, es decir adjudica "potencia" e "impotencia", produce "repartos", que constituyen la base de la expresión sociológica del mundo jurídico. Sin embargo, esos repartos ocurren en un marco de adjudicaciones de potencia e impotencia no sólo de la naturaleza sino de las "influencias humanas difusas" y el "azar", que ahora son claramente reconocibles más allá de la conducción y constituyen "distribuciones".

La fecundación asistida repercute en el área problemática central del Derecho, pero a su vez muestra la honda vinculación con las influencias humanas difusas de la cultura en general, y de un modo destacado, con la economía, incluso aún, con el propio ámbito último de la naturaleza. Es más: como sucede siempre en los repartos, se puede reconocer que, quizás en profundidad, la libertad (en este caso la libertad "repartidora") sea una mera construcción hecha para salvar las nociones jurídicas tradicionales y, en realidad, todo es un sistema que se va desarrollando sin que podamos decidir.

2. Los repartos han de analizarse en relación con la estructura que forman sus repartidores (conductores), recipientarios, objetos, forma y razones. En primer término, cabe preguntarse quiénes son los repartidores de la fecundación asistida. En general cabe reconocer a los padres que la piden, los médicos y los laboratoristas, pero es posible apreciar que también pueden intervenir, aunque sea de manera velada, conductores de la sociedad en general, sobre todo en la medida que manejan el desenvolvimiento económico.

Parece evidente que la conducción repartidora de la fecundación asistida, en todos sus niveles problemáticos, se produce en estrecha relación con la economía, que al menos la condiciona, no sólo mediante repartos sino a través de influencias humanas difusas. Al llegar a áreas muy comprometedoras, como la de la clonación o el cambio genético, resulta clara la posibilidad de que con estas prácticas la eco-

nomía vaya imponiendo sus criterios e incluso resolviendo las grandes tensiones de la globalización/marginación que se plantean en nuestros días.

2.1. El marco de los *recipiendarios* beneficiados o gravados por la fecundación asistida es no sólo más amplio que el de los repartidores, sino muy significativamente distinto. En primer término están los propios repartidores que acabamos de señalar, pero hay que decidir en qué medida se ha de tener en cuenta al posible *hijo por nacer*, en los distintos momentos de su formación. Incluso el marco de los *recipiendarios* puede llegar a abarcar a todos los individuos pasados, presentes y, sobre todo, futuros de nuestra especie; y con un poco de imaginación, de otras especies, quizás nuevas<sup>6</sup>. La decisión acerca de considerar o no a todos estos posibles sujetos como *recipiendarios* es un eje de enorme importancia en el análisis del tema<sup>7</sup>.

2.2. Las potencias e impotencias, o sea los despliegues favorables o contrarios al ser y en especial a la vida, que constituyen el *objeto* del reparto, tienen distintos alcances según se trate de la posibilidad de los padres de acceder a su reproducción, del beneficio económico y el trabajo de los médicos y laboratoristas, de las posibilidades de salud de quienes reciban tratamientos médicos basados en los embriones o fetos, o de la vida de los eventuales seres por nacer.

Los objetos repartibles en la fecundación asistida poseen una importancia enorme, sobre todo cuando es entendida en sentido amplio, incluyendo la clonación y el cambio genético. Es posible que, ante el enorme cambio cualitativo en la duración de la vida humana, las actuales generaciones sean llamadas las últimas de "vida corta". En la medida que esas técnicas estén condicionadas por cauces culturales especialmente económicos, la estructura de *clases* puede ir transformándose en una estructura de *castas*<sup>8</sup>.

2.3. La *forma* del reparto, o sea el camino elegido para llegar a su comienzo, permite ciertas posibilidades de audiencia, por ejemplo por vía de acuerdos logrados por negociación, pero la fuerza de la técnica conduce a manifestaciones de *mera adhesión*. Es notorio que, respecto de la vida por nacer y de los hombres futuros o incluso pasados, en general no cabe audiencia y se produce, sean cuales fueran los criterios que se adopten, una *mera imposición*.

<sup>6</sup> En cuanto a la polémica acerca del papel de la genética en la evolución ver p.ej. GRANTING, P. E. - GRAY, R. D., "Developmental systems and evolutionary explanation", *The Journal of Philosophy*, vol. XCI, no. 6 (1984); GRANTING, Paul E., "The historical turn in the study of adaptation", *Brit. J. Phil. Sci.*, 47, p. 511-532; "Darwinism, process structuralism, and material kinds", *Philosophy of Science*, 63, pt. 3 (1996); GARIBAYTA, Richard A. L., "Genetic evolution, technological advancement, and the foundations and fate of the law", *Emergen Journal*, ..., cit., t. III, p. 282 y ss.

<sup>7</sup> Desde el punto de vista del cambio de los repartidores y de los *recipiendarios* puede reconocerse la "transmutación" de los repartos.

<sup>8</sup> El cambio de los objetos del reparto permite reconocer su "insustanciación".

3.4. Las razones del reparto abarcan los móviles de los repartidores, las razones afegadas y las razones sociales, que pueden coincidir o no. En cuanto a los padres, los móviles pueden ser de afirmación de la propia personalidad, aunque es posible que se aleguen razones más altruistas; en los sectores más vinculados a la técnica es factible que móviles de lucro sean vestidos de razones alegadas de promoción de la vida.

Es importante investigar la medida en que las diversas prácticas resultan razonables para los distintos sectores de la sociedad. Algunos esgrimen que en la defensa de la fecundación asistida, sobre todo cuando ésta llega a las técnicas más poderosas, se esconden móviles de formación de una "raza superior", de tendencias totalitarias.

3. En cuanto al origen de los repartos, la toma de decisiones repartidoras en materia de fecundación asistida suele ser sumamente difícil, por el relativo desconocimiento de la realidad y la desorientación valorativa al respecto. Asimismo, puede ser muy difícil la efectivización de las decisiones de control.

4. Aunque muchas veces se desenvuelve mediante el acuerdo de los padres con los médicos y laboratoristas, que produce repartos al menos parcialmente *arbitrarios*, con la consiguiente realización del valor *cooperación*, la fecundación asistida genera posibilidades de desenvolvimiento de la imposición, que produce repartos *autoritarios* en los que se satisface el valor *poder*. La limitación de las posibilidades de formas con audiencia de todos los interesados incrementa los cauces de la autoridad.

La fecundación asistida llega a ser una importante manifestación del poder sobre la vida, con todas las consecuencias beneficiosas y perjudiciales que corresponde valorar en la dimensión axiológica. Este poder se muestra mayor si se opta por tener en cuenta como recipiendaria a la vida por nacer.

Sin embargo, creemos que siempre hay que considerar en principio *preferible* al reparto autónomo sobre el autoritario, y cuando no se muestra que es necesario ejercer autoridad no hay que ejercerla.

4.1. Los repartos pueden agruparse en un *orden* (régimen) en el que se realiza el valor homónimo, que puede constituirse por planificación en marcha o por ejemplaridad. En la planificación en marcha se realiza el valor *previsibilidad* y en la ejemplaridad se satisface el valor *solidaridad*. La fecundación asistida aumenta las posibilidades de la planificación, gubernamental, familiar, de los poderes económicos, etc. Asimismo puede generar distintos grados de *ejemplaridad* a través de la razonabilidad social.

Es importante considerar, por ejemplo, si en la ejemplaridad se trata de una razonabilidad dirigida a la expansión de la vida, al cumplimiento de las exigencias del mercado, etc. Quizás, al menos en el presente, la razonabilidad varíe mucho según se trate, v.gr., de la inseminación artificial homóloga o de la

clonación. Parece que la primera cuenta con un importante apoyo social, en tanto la segunda suscita resistencias.

Para reconocer la ejemplaridad que las normas de fecundación asistida pueden tener en países como el nuestro, vale atender a la complejidad de nuestra *composición cultural*. Para el sector “*hispánico tradicional*” reforzado por áreas italianas meridionales, en general comunitarista, paternalista y católico-de referencias medievales (más adherido a lo que se considera naturaleza quizás de obra divina de las cosas), las prácticas pueden suscitar un más generalizado rechazo. En el sector “*anglofrancesado*”, nutrido con elementos norteamericanos, en general individualista, abstencionista y vinculado en ciertos niveles profundos al calvinismo, resultaría posible que algunos grupos acepten dichas prácticas<sup>9</sup>.

4.2. La fecundación asistida está promoviendo lo que quizás sea la *revolución jurídica*, y cultural en general, más grande de la historia. A través de ella pueden variar los conductores de la sociedad y es posible que entren en crisis criterios y conceptos básicos inmemoriales, como los de *padre, madre, hijo y persona*. Parece evidente que tal cambio genera cierto desorden, es decir, cierta “*anarquía*”.

4.3. También las *distribuciones* pueden presentarse, desde una óptica humana, en orden o desorden, de modo que es posible hablar de *cosmos* y de *caos*. La fecundación asistida significa el avance del ámbito de los repartos en el cosmos, con posibilidades pertinentes de mejoramiento de dicho cosmos y de riesgo de caos.

5. La fecundación asistida se relaciona con *límites* necesarios muy diversos, surgidos de lo que suele denominarse “*naturaleza de las cosas*”.

Las prácticas en sí evidencian que han cedido límites físicos inmemoriales, pero a su vez es posible que se produzcan obstáculos, por ejemplo, en la calidad de la vida generada, v.gr. si se originaran en los seres concebidos los trastornos cardíacos o las afecciones inmunológicas que se invocan en ciertos casos.

Mediante la fecundación asistida se satisface la poderosísima *vocación reproductora* de los seres humanos, e incluso puede llegarse a la misma realización del deseo de “*autoreproducción*”, expresado en mitos religiosos muy antiguos, pero también han de vencerse obstáculos psíquicos por conceptos arraigados, tabúes y “*pre-juicios*” quizás anteriores a todos los tiempos históricos.

Es posible que las fuerzas opuestas a la fecundación asistida generen algunas prohibiciones, al menos en períodos inmediatos, pero también hay que reconocer que, tratándose de cuestiones donde están en juego intereses vitales, el cumplimiento de todas las reglas ha de ser replanteado en cada caso.

<sup>9</sup> Pueden verse nuestros *Bases jurídicas/físicas del derecho de la natura*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993.

Siempre hay que tener en cuenta los posibles límites políticos, surgidos de fuerzas sociales "prohíbilistas" o "permissivistas", a veces orientadas sólo a obtener el apoyo de las mayorías, y los obstáculos económicos que puede representar el costo de las prácticas. En sentido diverso, suele decirse que algunas de estas prácticas han producido el abandono de otras vías de investigación que podrían superarlas.

En temas como los de la fecundación asistida, donde en ciertos casos pueden mediar temores y "pre-juicios" ancestrales, la audiencia necesaria para que se cumplan las formas de los repartos de proceso y negociación puede hacerse a menudo imposible. Importa, además, no provocar reacciones que signifiquen pasos en contra en el camino que se desea recorrer. La renovación de las generaciones puede ser un factor de "descompresión" al respecto.

Parece que, a mediano y largo plazo, las prácticas encontrarán importantes cauces abiertos por el curso de la evolución histórica que viene evidenciando la humanidad, al menos en cuanto a la esfera de influencia creciente de Occidente, y las medidas restrictivas pueden requerir un gran empleo de la fuerza, quizás dirigido al fin al fracaso. Tal vez el hombre de la fecundación asistida sea correlativo del hombre de la energía eléctrica y atómica y del capitalismo avanzado.

Privadas de su función "productiva" actual, como generadoras de nuevos seres humanos, no sólo la estructura familiar sino las relaciones sexuales y de pareja pueden tener casi inimaginables manifestaciones.

#### *b) Dimensión normológica*

1. Con miras a reconocer la relación entre las normas y los repartos que ellas captan, importan las categorías de fidelidad (que se realiza cuando la norma describe con acierto el contenido de la voluntad de su autor), exactitud (realizada cuando la descripción del contenido de la voluntad se cumple) y adecuación (que se produce cuando los conceptos integran en la realidad sentidos que corresponden a los fines del autor y a las necesidades de la realización). Las normas gubernamentales de la fecundación asistida plantean importantes problemas de exactitud, dado que puede ser muy difícil obtener su cumplimiento en las reservadas relaciones de asistencia. Se producen además relevantes cuestiones de adecuación, sobre todo porque los conceptos tradicionales pueden no servir para captar las nuevas realidades.

2. Las normas pueden referirse a sectores sociales pasados, que son descriptos, o a sectores sociales futuros, que son supuestos. Las primeras son individuales, se refieren a lo concreto y realizan el valor inmediatez; las segundas son generales, se refieren a lo abstracto y satisfacen el valor predecibilidad. En definitiva, hay que resolver el grado de referencia abstracta, a casos futuros, que se ha de emplear para considerar estos problemas. A nuestro parecer, el em-

pleo de normas generales puede brindar cierta seguridad pero a cambio del riesgo de consagrar los contenidos culturales del presente. Como en principio somos partidarios de permitir estas prácticas hasta tanto no se demuestre, ante los casos, que resultan inadmisibles, pensamos que es mejor limitar el recurso a normas generales.

3. Las soluciones para la fecundación asistida pueden producir una diversidad de *fuentes formales* donde es dado incluir, por ejemplo, instrumentos de los actos personalísimos de los padres, que pueden no ser denominados "contratos", contratos propiamente dichos, leyes, resoluciones administrativas, etc.<sup>10</sup>

Es un tema de especial interés la discusión acerca de si son convenientes fuentes de alto nivel difíciles de modificar ("rígidas"), como suelen ser los tratados internacionales y las constituciones formales. Desde nuestro punto de vista, no vemos con simpatía esta posibilidad de cristalización de las soluciones; por el contrario, estimamos conveniente que los temas queden en la mayor medida posible librados a la evolución de la razonabilidad social<sup>11</sup>.

Los pronunciamientos de los comités de bioética pueden adquirir especial significación.

4. El funcionamiento de las normas, siempre necesario para que los proyectos proyectados en ellas alcancen su realización, plantea en el ámbito de la fecundación asistida situaciones muy tensas.

Los conflictos sociales resueltos en las normas hacen que su interpretación pueda suscitar siempre grandes discusiones. La novedad y diversidad de las cuestiones puede requerir que las normatividades sean *indeterminadas*. Quizás el problema mayor sea que la fecundación asistida presenta una enorme zona de *carencia histórica por novedad científico-técnica*, cuyos alcances resulta hoy difícil imaginar. Ante las carencias de normas, que constituyen "lagunas" del ordenamiento normativo, es necesario elaborar nuevas normas, sea por *autointegración*, recurriendo a bases que ya están en el ordenamiento normativo, o por *heterointegración*, incorporando criterios distintos. Como siempre, la autointegración asegura, pero genera el riesgo de no comprender los significados nuevos que pueden tener los casos. A nuestro parecer, importa recurrir a la *heterointegración*, acentuando la *creatividad cultural* para resolver casos tan nuevos con criterios también nuevos.

Una perspectiva siempre importante del funcionamiento de las normas es la *argumentación* que, en este ámbito, genera especiales tensiones dadas las diferencias culturales que pueden separar a quienes argumentan y los distintos

<sup>10</sup> Es posible cfr. NICOLAU, Henri L., *Vida humana y derecho civil*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1990.

<sup>11</sup> Ver no obstante por ej. DÍAZ-PUIGROS, Luis M., "Bioética y legitimidad", *Revista de Occidente*, no. 214, esp. pp. 8/9.

sectores de su auditorio. De acuerdo con lo antes expuesto, es posible que se susciten también problemas en la aplicación, sea en cuanto a la subsumción de los casos en las normas o la efectivización de las consecuencias jurídicas.

5. En el campo de los *conceptos*, que no sólo contribuyen a describir sino integran la realidad de los repartos, es relevante decidir si se ha de utilizar el quizás más "neutro" concepto de "fecundación" o el más posiblemente cargado de cultura religiosa concepto de "pro-creación". Incluso cabe tener en cuenta el sentido relativamente comprometedor con el pasado que tiene la expresión "reproducción".

Según hemos señalado, los conceptos de que se valen las normas de la fecundación asistida se van haciendo novedosos, resultando posibles niveles de cambio hasta hace poco quizás inimaginables. Como en todos los ámbitos conceptuales, es importante decidir el grado de institucionalidad, con más carga cultural y dificultad de modificación por los particulares, o de negociabilidad, con menos carga cultural y más facilidad de modificación por los particulares, que ha de darse a los conceptos empleados. Es evidente que, como hemos indicado, en algunos niveles de la fecundación asistida se afectan incluso cargas institucionales inmemoriales, pero creemos que conviene dar cierta posibilidad de negociabilidad conceptual. Los contenidos de los conceptos "persona" y "cosa" y sus límites y los de padre, madre, hijo, etc. pueden ser replanteados<sup>12</sup>.

6. El *ordenamiento normativo* puede contar con diferentes grados de *fidelidad*, que en este caso se refiere a la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos captado. De acuerdo con lo expuesto precedentemente, según la orientación que se adopte ese grado de fidelidad puede variar en relación con el sector cultural que se considere.

6.1. El ordenamiento normativo puede ejercer distintos grados de "presión" lógica sobre cada norma, sea por relaciones en sentidos verticales u horizontales, tanto de producción como de contenido. Las relaciones verticales de producción realizan el valor subordinación, las vinculaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación, las relaciones horizontales de producción cumplen con el valor infalibilidad y las vinculaciones horizontales de contenido realizan el valor concordancia. Los lazos horizontales de producción instalan en el tema de la "vigilancia del vigilante". En este marco, es importante determinar qué grado de "presión" se ha de ejercer sobre las normas de la fecundación asistida, sea porque se las oriente desde las normas superiores o desde las de

<sup>12</sup> En relación con el debate biológico y biojurídico respecto de Derecho y persona humana: MARNETT, José A., *Biología*, Quirón, La Plata, 1997, ps. 30 y ss.; AMATO, Giuliano, "Los derechos del embrión", en *Revista de Derecho*, no. 214, ps. 87 y ss. Acerca de los alcances de la noción de vida cf. DWORZAK, Ronald, *Italienismo della vita*, trad. Carlo Bagnoletti, di Comunità, Milano, 1994, esp. ps. 3 y ss.

su mismo nivel. Es relevante, por ejemplo, saber qué niveles de inspección se han de organizar para vigilar su cumplimiento. Estimamos que es conveniente que esa presión no pretenda bloquear la dinámica que debe permitirse al sector.

### c) Dimensión axiológica

1. En la dimensión axiológica o "crítica" del mundo jurídico (que Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, prefería considerar "dialéctica"<sup>13</sup>) intervienen valores cuya existencia y contenidos pueden recibir a nuestro parecer consideración científica sobre bases "construidas". En este caso, es necesario determinar qué valores se encuentran en juego en la fecundación asistida. Aunque reconocemos que se trata de valores respecto de los que no es fácil obtener consenso, entendemos que intervienen consideraciones de *verdad, salud, utilidad, justicia, amor y Humanidad*<sup>14</sup>. Creemos que es difícil, por ejemplo, saber qué es tener salud, reconocemos que no es fácil generalizar, v. gr., la acepción que la refiere al estado de bienestar pleno de la persona, pero no podemos renunciar a pensar científicamente en ello. En algunas áreas problemáticas, como la de la clonación terapéutica, las fronteras de la salud y su relación con la humanidad resultan de gran interés, pero al propio tiempo intensamente discutibles.

Pese a que su lugar sea variable, a nuestro parecer incluso porque su jerarquía deha ser construida, los valores pueden guardar entre sí relaciones de coadyuvancia o de oposición, a veces legítima y en otros casos ilegítima. La fecundación asistida ha de asegurar la coadyuvancia entre los valores que hemos señalado, evitando que unos se atribuyan ilegítimamente el espacio de otros (por ejemplo: que los desbordes utilitarios desplacen a la justicia, la humanidad, etc.).

2. El pensamiento de la justicia puede recorrer diversos caminos que vienen denominándose "*clases de justicia*". Entre ellas se hallan la justicia conmutativa (con "contraprestación") y la justicia espontánea (sin "contraprestación"); la justicia sectorial (referida a una parte de la sociedad) y la justicia integral (remitida a toda la sociedad), y la justicia particular y la justicia general (dirigida al bien común). Los requerimientos de la justicia particular y la justicia general caracterizan respectivamente al derecho privado y al derecho público.

La fecundación asistida ha sido siempre más espontánea, pero la asistencia suele hacerla más *conmutativa*, con la diversidad problemática que esto significa. Si bien tiene perspectivas que se satisfacen desde lo sectorial, parece no-

<sup>13</sup> Con el término "dialéctica" denominó, con sentido objetivista, a la "ciencia de la justicia". Resaltando el papel de la justicia en la axiología jurídica prefería decir *axiología dialéctica*.

<sup>14</sup> Es posible ver Rawson, Resmond, "Love thy patient: justice, caring, and the doctor-patient relationship", *Canadian Quarterly of Medical Ethics*, 4, p. 434-443.

Pese al carácter muy discutible del concepto, entendemos por "humanidad" al "deber ser cabal de nuestro ser".

torio que excede estos marcos avanzando a lo integral. Es relevante saber si además de la relativa referencia a toda la sociedad la fecundación asistida se instala en el ámbito de consideración del bien común. Se plantea así el importante interrogante acerca del carácter *privado o público* con que han de resolverse estas cuestiones. Somos partidarios de mantener en principio una línea *privativa*, pero resulta claro que ciertos aspectos problemáticos se aproximan a los que pueden considerarse "intereses de la especie humana", con el consiguiente carácter relativamente publicista.

Entre las clases de justicia pueden diferenciarse, además, las "de partida" y "de llegada"<sup>15</sup>. Dado el carácter "futurizo" que tiene la fecundación, creemos que es valioso referirse en especial a la justicia *de llegada*. En esta línea de pensamiento, pero no sin cierta vacilación, estimamos que puede proponerse considerar con dignidad humana a todo elemento que, dejándolo desenvolverse en su actual condición, sería un hombre. Esto establece una diferencia muy grande entre el embrión no implantado y el implantado pero no excluye, por ejemplo, "derechos" del embrión no implantado, incluso a ser acogido en el seno materno en la medida en que las posibilidades lo permitan, para llegar a ser hombre<sup>16</sup>.

3. El pensamiento de la justicia es "panóptico" (pan = todo; nomos = ley que gobierna), pues se dirige a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como esa totalidad nos es inabordable porque no somos omniscientes ni omnipotentes, es imprescindible recurrir a "fraccionamientos" que ha de hacerse cuando no es posible saber o hacer más, produciéndose así seguridad jurídica. Los avances de la fecundación asistida generan enormes influencias del *fasos* que a veces contribuyen a configurar una era nueva, cuya consideración produce gran *inseguridad*; de aquí que a menudo se piense en fraccionarlas con miras a la seguridad.

En el ámbito de la tecnología aplicada a la vida humana, las consideraciones *morales* adquieren gran significación y suelen hacerse imprescindibles para el Derecho que, en cambio, a veces por él mismo posee pocas posibilidades de brindar soluciones satisfactorias<sup>17</sup>.

4. Aunque no creemos que pueda defenderse la posibilidad de una referencia "objetiva" a los valores, entendemos que el debate al respecto puede desenvolverse, con rigor científico, entre quienes compartan ciertas bases "cons-

<sup>15</sup> Véase *cf.* nuestro artículo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", *IB*, 113-215 y ss.

<sup>16</sup> Otra línea de clasificación de la justicia siempre interesante, también en cuanto a la fecundación asistida, es la de la justicia absoluta y relativa. Esta última clase es sobre todo relevante cuando se pasa al enfoque de la asignación de recursos en que se interesa de manera particular el *Macrobioderecho*.

<sup>17</sup> Es posible ver, por ejemplo, "Recomendaciones de la Comisión Warnock (Reino Unido)", <http://comunidadderecho.org/ilegpublico/ComisionWarnock.html> (22/3/2011).

truidas". En tal sentido, nos parece satisfactorio el principio supremo de justicia que, desde raíces judeocristianas e incluso kantianas y con aspiración objetiva, propuso Werner Goldschmidt: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se convierta en persona. A partir de ese punto de referencia es posible analizar el deber ser axiológico respecto de las adjudicaciones aisladas y relacionadas.

4.1. En cuanto a la justicia de los elementos del reparto, la legitimidad de los repartidores tiene dos grandes bases: una es la autonomía de los propios interesados, la otra la aristocracia emergente de la superioridad moral, científica y técnica. En relación con ellas, la bioética viene reconociendo los principios de autonomía y beneficencia.

Como la autonomía, aunque sea relativamente plena, no siempre es posible, también se legitiman en relación con ella los repartidores *paraautónomos*, que cuentan con el consenso de todos los interesados en cuanto a su intervención como tales, según sucede con los árbitros; los repartidores *infraautónomos*, apoyados en el acuerdo de la mayoría, como ocurre en la democracia, e incluso los repartidores *criptoautónomos*, que contarían con el consenso de los interesados en caso que éstos pudiesen conocer y valorar lo que hacen, según sucede con los gestores de negocios ajenos *sin mandato*.

La aristocracia se diversifica, por ejemplo, según los diferentes valores que pueden servirle de referencia, de modo que, sobre todo en nuestro tiempo, es importante reconocer la diferencia que media entre la *sofocracia* en sentido amplio, más orientada a la verdad, y la *tecnocracia*, más dirigida a la utilidad.

A su vez, urge reconocer puntos de vista integrados en los que la autonomía busca la aristocracia y ésta se legitima por cierta referencia autónoma<sup>18</sup>. En tal sentido, a medida que las cuestiones son más complejas y la "distancia" con la capacidad de los recipiendarios es mayor, para que haya confluencia "aristo-democrática" es importante que pueda presumirse el obrar acertado de los repartidores aristocráticos por su superioridad moral<sup>19</sup>. Es relevante tener cierta seguridad de que los aristócratas son conscientes y sensibles respecto de las condiciones de las vidas que dirigen<sup>20</sup>.

Cuando un repartidor carece de todo título de legitimidad es considerado "antiautónomo", como sucede por ejemplo con los repartidores de la mera plutocracia tan difundida en nuestros días.

<sup>18</sup> Puede verse nuestro artículo "Integración triárquica de la aristocracia y la democracia", ED, 147-189 y ss.

<sup>19</sup> Éste es parte del apoyo de la exigencia ética en algunas profesiones, como la de médico.

<sup>20</sup> Puede señalarse una función indicativa democrática de la calidad moral de los aristócratas del saber que los interesados puedan considerar.

Esos rasgos de legitimidad e ilegitimidad pueden ser considerados en la problemática jurídica de la fecundación asistida. No sólo es relevante la legitimación por la autonomía de los propios interesados, que siempre lleva el interrogante respecto de los seres por nacer. Teniendo en cuenta la complejidad de las prácticas, es importante la aristocracia de los médicos y los laboratoristas, que pueden respaldarse en su calidad de científicos o técnicos, pero deberían contar con una superioridad moral que fuera indicio de decisiones sensibles a la condición de los individuos. Quizás con mayor intensidad que en ningún otro caso, se necesitaría, más que técnicos, "sabios" de mentes abiertas.

Atendiendo a la voluntad de los seres por nacer, vale referirse a su *criptoautonomía*, o sea a lo que ellos consentirían si supiesen y pudiesen valorar lo que se hace. En principio, estimamos que, pese a las dificultades de la vida, todo ser vivo optaría por nacer, sea cual fuere el procedimiento que se empleara para ello.

Incluso podría decirse que, estando en juego el patrimonio de la humanidad toda, habría que conjeturar también la voluntad de las generaciones pasadas y puramente futuras. Claro está que en cuanto a los hombres del pasado habría que saber no sólo cuál sería la "intención" que, concretamente, proyectarían sobre estos problemas, obviamente en principio de resultados mayoritariamente negativos, sino cuáles serían sus "fines" en las actuales circunstancias, enfoque éste en que el resultado podría ser muy diferente. Parece que los seres vivos apostamos, al fin, a la expansión de la vida.

Un desafío especialmente significativo es, sin embargo, el de que el consenso y el saber están limitados por el desconocimiento que en muchos casos de fecundación asistida se tiene de las consecuencias mediatas del obrar.

Otro reto importante es cómo controlar el despliegue "autónomo" de la *plutocracia* que puede apropiarse de las técnicas de fecundación asistida.

4.2. En cuanto a la legitimación de los *recipiendarios*, nuestro tiempo se caracteriza por un gran cambio desde lo que se aceptaba como "natural" a los "derechos". La condición de fecundidad era tenida en gran medida como un dato de la "naturalidad", ahora se reclama de modo creciente el "derecho" a la fecundidad <sup>21</sup>.

Los *recipiendarios* pueden tener títulos de necesidad, que se denominan merecimientos, y de conducta, que son llamados méritos. Hasta nuestros días, la fecundación "natural" significaba sobre todo títulos de "necesidad" reproductiva, a tal punto que todavía suele decirse que los hijos son "tesoros de los pobres" "enviados por Dios". A partir de la fecundación asistida, los títulos comienzan a estar en relación con la conducta de los padres, que pueden gestionarlos y de los médicos y laboratoristas, que encabezan la asistencia.

<sup>21</sup> VIDELA, Francesco, *De la naturaleza a los derechos*, trad. Victoria Bellver, Comares, Granada, 1998. También cabe cit. p.ej. GOLDBERGER, Warner, *Autoría y sexualidad*, La Ley, Buenos Aires, 1978, ps. 498 y sig.; ver no obstante BORGHO, Roberto, *Unión de almas*, Bataaf, Torino, 1992.

Es cierto que siempre los hijos de los pobres están sometidos a amenazas especiales antes de su gestación, durante ésta y, en particular, luego de su nacimiento, pero ahora la situación tiene un cambio de enorme importancia. El pasaje del "merecimiento" al "mérito" en la obtención de la reproducción puede traer una transformación social que acentúe los caracteres de primacía de la clase gobernante hasta llegar a convertirse en una casta.

4.2.1. Como la fecundación significa asignación de recursos privados y públicos, en el reparto respectivo hay que considerar también el equilibrio debido entre lo que se gaste en estas tareas y la enorme pobreza que existe en muchas áreas<sup>12</sup>. Aunque las prácticas de fecundación no sean siempre muy costosas, un tema especialmente integrado en el macrobioderecho es el de la medida en que es justo destinar recursos públicos a solucionar un problema de falta de fecundidad cuando muchos seres humanos mueren por desnutrición. Otro es, claro está, si lo que legítimamente pueden obtener los particulares con sus propios medios no influye en la justicia de lo que se debe brindar con recursos públicos a los más necesitados.

4.2.2. Es posible que para una mejor solución de la condición de los derechos del sujeto humano a la fecundidad se deba tener en cuenta la posibilidad de que el concepto de "sujeto de derecho", desenvuelto en la modernidad, sea enriquecido, por ejemplo, con la referencia a la dignidad de lo humano, que caracterizó, en cambio, al período específicamente renacentista<sup>13</sup>.

5. Todo reparto y todo régimen generan despliegues de responsabilidad. Es relevante determinar cuáles son los alcances de la responsabilidad que en cada caso y en el conjunto pueden corresponder no sólo a los médicos y laboratoristas sino a los padres y los gobernantes. Es posible que esa responsabilidad deba ser asumida mediante seguros muy especiales. En muchos supuestos la magnitud de los riesgos puede exceder las posibilidades privadas y públicas de responsabilidad y tal vez esto conduzca necesariamente a la no asignación de responsabilidad. Es factible que ante las dimensiones de las posibles consecuencias se llegue a una modificación muy importante de las relaciones actuales entre causalidad y responsabilidad.

5.1. La fecundación asistida brinda una enorme ampliación de las posibilidades de los objetos de los repartos, o sea de los objetos reparables, y genera para muchos una tensión de gran significado entre ese ámbito y el de los objetos que merecen ser repartidos, o sea, son "repartideros". El dar y quitar vida, la cesión de útero y de los elementos genéticos, la libertad de reproducción, las

<sup>12</sup> Ver p.ej. PovertyNet, "Información y apoyo para el estado y el alivio de la pobreza", <http://www.worldbank.org/povnet/povnet.htm> (23/7/2001).

<sup>13</sup> ZARBA, Yvet C., "La invención del sujeto de derecho", *Argentinia*, no. 20, ps. 34 y ss.

particularidades de la individualidad, las relaciones humanas consideradas más hondas y la libertad de investigación son objetos crecientemente repartibles que, pese a nuestra posición en principio permisiva, merecen gran consideración en el debate acerca de lo repartidero<sup>24</sup>.

La ciencia y la técnica actuales colocan al hombre mucho más cerca de los sueños occidentales de omnisciencia y omnipotencia, pero siempre vale el debate acerca de la invitación "seréis como dioses".

5.2. La dificultad para escuchar a muchos interesados, que todavía o ya no tienen "voz" para dar formas de audiencia a los repartos de la fecundación asistida, exige agudizar la sensibilidad "auditiva". Creemos que esa sensibilidad requiere abrirse a las diversas potencialidades humanas, pero la propia dificultad de conceputar la realidad da cuenta de la enorme dificultad de la tarea.

5.3. La *fundamentación* es un elemento importante de la legitimidad de todos los repartos, mas lo es de manera especial en casos como éstos, en los que los recipiendarios del discurso tienen en general tanto por ganar o perder. Importa tener en cuenta que toda fundamentación ha de ser inteligible para los diversos recipiendarios, y en estas circunstancias su enorme diversidad la hace particularmente difícil.

6. Continuando con la referencia al principio supremo de justicia que hemos propuesto como base, el régimen ha de ser humanista, es decir, debe tomar a cada individuo como fin y no como medio. Uno de los problemas grandes de algunas manifestaciones de la fecundación asistida es qué se ha de considerar *individuo*. ¿Es individuo y en su caso en qué medida el embrión no implantado? ¿Dónde están los límites del individuo cuya curación se pretende y dónde los del embrión a fabricar para su curación en la clonación terapéutica? No nos parecería legítimo negar que el poder de la técnica genera riesgos de mediatización innegables.

Es más: al llegar a este punto, la base de referencia a la personalización de cada individuo, que hemos adoptado, puede ser cuestionada por quienes, en cambio, con actitudes más "vitalistas" o cosmocéntricas pretendan que el principio supremo de justicia se refiera al desarrollo de la especie humana, de la vida en su conjunto o del cosmos.

El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista* (paternalista). Según el principio supremo al que nos remitimos, el primero tiene preferencia. Esto significa que básicamente las prácticas de fecundación asistida que deseen al menos algunos interesados deben ser admitidas, en tanto no haya consideraciones legítimas opuestas, referidas a otros individuos.

<sup>24</sup> Un tema de gran interés es el de la cesión de riensos (véase cit. por ej. ZAMORA BOMLLA, Jesús. "Úteros en alquiler", *Argentin*, no. 18, pp. 283 y ss.).

Para que el régimen sea humanista ha de respetar la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. Los tres despliegues pueden resultar desafiados por la fecundación asistida. Por ejemplo: los hombres pueden dejar de ser únicos con la unicidad relativamente radical de la "naturaliza"; pueden resultar extremadamente desiguales, no sólo por el despliegue de preferencias de raza, sexo, empleabilidad, etc., sino por la formación de castas y quizás especies nuevas, y puede fracturarse la actual comunidad humana. Tal vez la clonación reproductiva fuera del marco de una pareja sea un enorme triunfo de la unicidad del individuo reproducido, contra la igualdad y la comunidad. Extremando la hipótesis, ante seres planificados y fabricados en los laboratorios, los propios conceptos de unicidad e igualdad e incluso de comunidad cambiarían su actual significación. Sin embargo, también creemos que paradójicamente dejaríamos de ser únicos, iguales y comunitarios si, por la seguridad requerida por los temores de algunos, se prohibieran lisa y llanamente todos o algunos de los procedimientos de fecundación asistida.

La realización del humanismo exige proteger al individuo contra todas las amenazas, sean de otros individuos como tales o como régimen, de sí mismo o de todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La fecundación asistida puede realizar avances sorprendentes contra "lo demás", pero es posible que incremente los riesgos de agresiones de unos individuos contra otros y del régimen respecto de los individuos.

## 2. Las diversidades materiales, temporales y espaciales del mundo jurídico

En cuanto a las diversidades materiales del mundo jurídico, que lo muestran diferenciado en distintas ramas, la fecundación asistida significa problemas en los que el *bioderecho*, como comprensión "transversal" llamada a enriquecer las ramas tradicionales, abarca la comprensión de las más diversas áreas del complejo<sup>21</sup>.

Las transformaciones principales se producirán en el *Derecho de Familia* y al fin en la *Parte General del Derecho Civil*, en cuanto a personas físicas, pero entrarán en cuestión los actos personalísimos, las obligaciones que nacen de la autonomía contractual y las que no surgen de los contratos, el derecho sucesorio respecto de la vocación hereditaria y la primogenitura, los seguros, las reglamentaciones administrativas de las prácticas, las seguridades que se busquen por vía penal, los despliegues procesales judiciales, los derechos constituciona-

<sup>21</sup> Consideramos que los ramos del mundo jurídico se diferencian por características especiales en las tres dimensiones del Derecho y, en última instancia, por particulares requerimientos de justicia (puede verse por ej. nuestro estudio *El derecho internacional privado, como el mundo jurídico*, Rosario, 1963). Las ramas "transversales" se refieren a áreas exigencias éticopolíticas distintas de las de las ramas "arraigadas" y nutren sus posibilidades.

les e internacionales, etc. No sería legítimo desconocer los peligros que, también para el bioderecho, puede significar la creciente "comercialización" de todo el Derecho.

La fecundación asistida tiene gran importancia en lo temporal, en relación con la historia del derecho y la historia general, por la configuración de una nueva era, y en lo espacial, en los campos del derecho comparado y el derecho universal, dadas la gran relación de estas prácticas con Occidente y las raíces de su cultura y la nueva realidad de globalización/marginación en la que se inscribe.

Se advierte aquí cómo Occidente combina el espíritu *prometeico* de la mitología griega con el sentido *práctico* de los romanos y la vocación de *creación*, *omnisciencia*, *omnipotencia* y *omnipresencia* de la tradición judeocristiana. En la fecundación asistida producida por Occidente se desarrollan en grado descomulgante las tensiones que tal vez querría señalar Nietzsche entre lo *prometeico* y lo *adánico* y entre lo *apolíneo* y lo *dionisiaco*.

### III. LOS HORIZONTES POLÍTICO Y FILOSÓFICO

En el horizonte del mundo *político*, que proponemos construir tridimensionalmente como conjunto de actos de coexistencia captados por normas y valorados por los valores de la convivencia, es posible reconocer distintas ramas individualizables por diferentes valores<sup>26</sup>. Todas ellas, y en lugares destacados la *política sanitaria*, reconocible por exigencias de salud; la *política económica*, apreciable por requerimientos de utilidad; la *política de ciencia y tecnología*, individualizable por reclamos de verdad; la *política religiosa*, reconocible por exigencias de santidad; la *política jurídica* (Derecho), individualizable por requerimientos de justicia; la *política "erótica"*, apreciable por exigencias de amor e incluso la *política educativa*, la *política de seguridad* y la perspectiva de conjunto de la *política cultural*, son áreas que pueden transformarse con la fecundación asistida.

Creemos relevante evitar que algunas consideraciones políticas, en especial las económicas o religiosas, se impongan (con sentidos quizás diversos) en las soluciones de estos grandes desafíos para el conjunto de la convivencia.

En el terreno *filosófico*, importa atender si los problemas de la fecundación asistida han de ser encarados con un sentido más *empírico* o *racional*. Tal vez no sea sólo por un equilibrio entre las diversas partes de una cultura, sino por una "secreta sabiduría de la historia", que el desarrollo tecnológico actual, con consecuencias quizás insospechadas, es encabezado por la cultura anglo-

<sup>26</sup> Puede verse nuestro libro cit. *Derecho y política*.

sajona, fuertemente empirista, menos apegada a conceptos que la vertiente "continental"<sup>27</sup>.

Es relevante saber cuál será el grado de referencia que se hará a la metafísica o a la ontología, niveles en los cuales la cultura establecida puede generar fuertes resistencias. Sin embargo, además es importante recordar que la vocación totalitaria, de cierto modo derrotada en las guerras mundiales del siglo que acaba de concluir, tiene raíces en el propio Occidente que las produjo.

Aunque no discutimos que quizás la libertad sea una mera construcción, creemos que al final son siempre decisivas las posiciones más o menos optimistas o pesimistas ante el mundo. Entendemos que en este ámbito ello sucede con particular intensidad. Con un criterio quizás de cierta manera todavía "moderno", somos prudentes pero profundamente optimistas<sup>28</sup>.

Todas las generaciones marchamos hacia la "tierra prometida", diríamos el "tiempo prometido", sin poder al fin alcanzarlo. Sin embargo, los que ahora parecen ir presentándose son especialmente inquietantes y quizás maravillosos. ¡Bienaventurados los que "lleguen" a ellos!

<sup>27</sup> Una vez más, los "universales" podrían servir de base para la preservación de la cultura establecida (en cuanto al debate cético de la Edad Media, cabe recordar OCKHAM, Guillermo de, *Suma de Lógica*, trad. Alfonso Flores Flores, Norma, Barcelona, 1994, cap. ps. 63 y ss. — caps. 14 y ss., ps. 48 y ss. —. También es posible cit. HELLER, Agnes - PETER, Ferenc, *Biopolítica*, trad. José Manuel Álvarez Pérez, Península, Barcelona, 1995, p.ej. ps. 61 y ss.).

<sup>28</sup> En relación con las posibilidades de la ciencia cabe cit. p.ej. SÁNCHEZ ROM, José Manuel, "Un nuevo mundo científico", en *Revista de Occidente*, no. 314, ps. 66 y ss. Porque fuimos audaces hemos recorrido el camino que nos distancia de los otros animales pero, según le agradaría indicarnos a Goethe, no debemos desconocer la experiencia, como le hizo su "aprendiz de brujo" (GOETHE, J. W., "El aprendiz de brujo", en *47 poemas*, trad. y selección de Adán Kóvacsics, Mondadori, Madrid, 1998, ps. 30 y ss.).