

Autor / Author

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás

Pontificia Universidad Católica Argentina,
Facultad de Derecho

nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

<https://doi.org/10.32466/eufv-rel.2022.9.752.127-143>

RECIBIDO / RECEIVED 24 de octubre de 2022

ACEPTADO / ACCEPTED 27 de octubre de 2022

PÁGINAS / PAGES De la 127 a la 143

ISSN / ISSN 2386-2912

Transhumanismo y libertad procreativa: desafíos jurídicos

Transhumanism and procreative freedom: legal challenges

Entre los medios elegidos para el logro de los objetivos transhumanistas (TH) se encuentra el recurso a biotecnologías para incidir en la dotación genética de la descendencia. Ahora bien, el temor a una utilización desmesurada de las biotecnologías no puede significar una negación de los indudables avances para el bien de la vida humana que ellas han traído. Así, desde una perspectiva jurídica, es decisiva la cuestión de determinar los alcances de la libertad procreativa, es decir, cuáles son las opciones legítimas que pueden adoptarse en relación con la transmisión de la vida humana. Esta comunicación se propone analizar este interrogante y enunciar los desafíos jurídicos implicados en esta cuestión. En tal sentido, mientras algunos sostienen una libertad procreativa absoluta y sin límites, otras posturas tienden a anular la libertad procreativa y a obligar a los padres a buscar «el mejor hijo posible» (beneficencia procreativa). Entre esas dos visiones extremas, esta comunicación propone una libertad procreativa respetuosa de la originalidad de la transmisión de la vida y enraizada en una concepción ontológica de la dignidad. Por otra parte, para que esa libertad procreativa realice los bienes propiamente humanos, se enuncian seis tópicos que el derecho debe afrontar para responder a los desafíos del TH en esta dimensión vinculada con la procreación: a) el comienzo de la existencia de la persona; b) la inviolabilidad de la vida humana; c) los límites jurídicos que deben ponerse a las técnicas de procreación artificial y sus finalidades de uso; d) si es admisible o no el uso de gametos de terceros en esas técnicas; e) el problema del diagnóstico preimplantatorio; f) los alcances de la edición genética humana aplicada a la línea germinal y la distinción entre terapia y mejora (*enhancement*).

#transhumanismo, #libertad procreativa, #beneficencia procreativa, #bioderecho.

Among the means chosen to achieve the transhumanist (TH) objectives is the use of biotechnologies to influence the genetic endowment of the offspring. Now, the fear of an excessive use of biotechnologies cannot mean a denial of the undoubted advances for

the good of human life that they have brought. Thus, from a legal perspective, the question of determining the scope of procreative freedom is decisive, that is, what are the legitimate options that can be adopted in relation to the transmission of human life. This communication aims to analyze this question and state the legal challenges involved in this issue. In this sense, while some support absolute and unlimited procreative freedom, other positions tend to annul procreative freedom and force parents to look for «the best possible child» (procreative charity). Between these two extreme visions, this communication proposes a procreative freedom respectful of the originality of the transmission of life and rooted in an ontological conception of dignity. On the other hand, for this procreative freedom to realize properly human goods, six topics are stated that the law must address in order to respond to the challenges of HT in this dimension linked to procreation: a) the beginning of the existence of the person; b) the inviolability of human life; c) the legal limits that must be placed on artificial procreation techniques and their purposes of use; d) whether or not the use of third party gametes in these techniques is admissible; e) the problem of preimplantation diagnosis; f) the scope of human gene editing applied to the germ line and the distinction between therapy and enhancement.

#transhumanism, #procreative freedom, #procreative beneficence, #biolaw.

1. Introducción

Entre los medios elegidos para el logro de los objetivos transhumanistas se encuentra el recurso a biotecnologías para incidir en la dotación genética de la descendencia. Si el transhumanismo (en adelante TH) tiene como objetivo «mejorar fundamentalmente la condición humana a través de una razón aplicada, especialmente desarrollando y haciendo ampliamente accesibles las tecnologías para eliminar el envejecimiento y para potenciar (*enhance*) de la mayor manera posible las capacidades intelectuales, físicas y psicológicas humanas» (Bostrom, 2003), entre las modalidades concretas a través de las cuales se proponen actuar los transhumanistas se encuentra «la eugénica embrional y prenatal, es decir, la selección de los seres humanos «sin defectos ni patologías» y la eliminación de los enfermos por vía técnica» (Postigo Solana, 2010, p. 73). En un esclarecedor análisis de los objetivos del TH, Asla sistematiza cuatro liberaciones que busca el TH, entre las que se cuenta aquella que se vincula con la sexualidad y la reproducción de modo que este movimiento buscaría que solo nazcan «los niños deseados y elegidos por sus padres, liberados además de las enfermedades o características indeseables de origen genético o congénito que los podrían afectar» (Asla, 2020).

Para lograr estos objetivos, el TH aboga por la utilización de distintas biotecnologías en el campo reproductivo, especialmente la selección de gametos, incluso con métodos algorítmicos, y la selección de embriones, con el diagnóstico genético preimplantatorio. También pode-

mos mencionar el aborto selectivo luego de un diagnóstico prenatal como un medio que serviría al logro de los objetivos del TH. Finalmente, aunque todavía no están en aplicación, hay que incluir a la clonación humana y la edición genética humana como mecanismos destinados a modelar genéticamente a la descendencia.

Desde una perspectiva ético-jurídica, una de las cuestiones decisivas para valorar estos objetivos del TH es la de la libertad procreativa, cuestión que podría formularse así: ¿cuáles son los alcances de la libertad de las personas al momento de transmitir la vida humana? ¿Cuáles son los límites de esa libertad? El objetivo de este trabajo es responder a estos interrogantes, con particular acento en las dimensiones jurídicas implicadas, en la convicción de que se trata de una de las claves para poder valorar adecuadamente los medios tecnológicos a los que pretende recurrir el TH para el logro de sus objetivos.

Para ello, el trabajo se divide en dos grandes partes. En la primera, se analizará la noción misma de libertad procreativa y sus alcances, ante la tensión que se verifica entre quienes propugnan una libertad procreativa absoluta, sin límites, y quienes sostienen posturas que anulan esta libertad. En la segunda parte, se considerarán las cuestiones jurídicas decisivas para que la libertad procreativa responda a las exigencias de justicia derivadas de la dignidad humana.

2. La cuestión de la libertad procreativa

El TH se apoya en las biotecnologías para procurar incidir en la constitución genética de la descendencia. Este objetivo plantea problemas inquietantes por la posibilidad de afectación de la dignidad humana y la conexión que existe con la eugenesia. Ahora bien, para su abordaje adecuado desde la perspectiva ético-jurídico, es requisito indispensable determinar cuáles son los alcances de la libertad procreativa. En efecto, el temor a una utilización desmesurada de las biotecnologías no puede significar una negación de los indudables avances para el bien de la vida humana que ellas han traído. En este sentido, se produce una cierta confusión entre la discusión sobre los alcances del TH y los alcances de la libertad procreativa. En este trabajo, queremos dejar claro lo relativo a la libertad procreativa, como presupuesto necesario que marca límites para la discusión sobre TH. Así, desde una perspectiva jurídica, es decisiva la cuestión de determinar los alcances de la libertad procreativa, es decir, cuáles son las opciones legítimas que pueden adoptarse en relación con la transmisión de la vida humana.

La libertad procreativa es una exigencia básica de la dignidad humana que se vincula con esa extraordinaria capacidad que tiene el ser humano de transmitir la vida humana por la unión sexual. En el ser humano, la transmisión de la vida no es un simple acto material y biológico, sino que involucra valores humanos profundos, asociados a la donación mutua de varón y mujer, que se abre a que la nueva vida sea un don. Ahora bien, con la intermediación técnica en la procreación, esta libertad se ha visto atravesada por nuevos y ambivalentes desafíos. En este apartado consideraremos, en primer lugar, la postura que tiende a la anulación de esa libertad, expresada

en el principio de beneficencia procreativa. Luego, analizaremos las posturas que sostienen una libertad procreativa absoluta y, seguidamente, haremos una consideración de las posturas intermedias, para ofrecer finalmente una visión entroncada en la escuela de derecho natural.

2.1. El principio de beneficencia procreativa y la anulación de la libertad reproductiva

Uno de los principales desafíos a la libertad reproductiva proviene de quienes señalan que los padres tienen un deber de tener el mejor hijo posible en función de un pretendido principio de beneficencia procreativa (Savulescu, 2001; Savulescu y Kahane, 2009, 2016). Esta visión de la beneficencia procreativa conduce, paradójicamente, a una anulación de la misma libertad procreativa, que se convierte ahora en un deber de tener el mejor hijo posible.

Es cierto que Savulescu y Kahane alegan que ellos no están en contra de la libertad procreativa. Para fundamentar su postura, sostienen que la beneficencia procreativa es simplemente una obligación moral y ello no necesariamente implica que sea una obligación jurídica. Así, ponen como ejemplo el hecho de que los padres tienen la obligación de que sus hijos aprendan a lavarse los dientes, pero fracasar en tal obligación no es un crimen ni se les puede obligar a hacerlo (Savulescu y Kahane, 2016, p. 596). Para estos autores, medidas más coercitivas podrían tomarse solo si estuvieran en juego cuestiones de interés público, como problemas de justicia distributiva o daño directo a otras personas, y citan como ejemplo que alguien elija un embrión con genes que predisponen hacia una psicopatología (Savulescu y Kahane, 2016, p. 597).

En tal sentido, posturas como la de Savulescu y Kahane, que pretenden distinguir entre obligación moral y obligación jurídica, ignoran que, aun cuando no haya normas jurídicas que sean vinculantes o que impongan sanciones penales por una procreación que no sea «óptima», por imperio de distintos mecanismos jurídicos en los hechos hay una tendencia hacia una creciente exigibilidad jurídica de las mejoras biotecnológicas. Esto ocurre por varias vías y ha sido bien señalado por autores como Suter (2002, 2018), quien advierte sobre problemas tales como la sed de información de los padres, la presión que ellos sufren por el *marketing*, los incentivos de las compañías de seguros y de los programas de bienestar para tener el mejor hijo posible y las presiones competitivas sobre los futuros padres y los intentos de las clínicas de eludir acciones de responsabilidad (Suter, 2018, p. 278). Aunque diferimos de algunas de las posiciones que asume Suter sobre el fondo del problema de las tecnologías reproductivas, sus trabajos tienen la virtud de llamar la atención sobre problemas que habitualmente pasan desapercibidos y constituyen innegables presiones sobre los padres en el momento de tomar decisiones reproductivas.

Si bien las normas que regulan estas prácticas aparecen como neutras y no coercitivas de la libertad procreativa, en la práctica opera lo que se suele denominar una discriminación «indirecta» que lleva a una eliminación sistemática de personas con características percibidas. Como ejemplo, podemos mencionar que esto sucede con la alianza entre el aborto legal y la difusión de los estudios prenatales, que llevan a que se eliminen al 90 % de las personas con discapacidad

cuando se detecta una condición no deseada (Hill *et al.*, 2017). Este descarte no ocurre solo porque es el resultado de una opción cultural utilitarista, sino que hay mecanismos jurídicos que inciden sobre la libertad de los padres, que sufren una presión difícil de resistir. Estos mecanismos son, por un lado, el temor a los juicios de daños y perjuicios por el nacimiento de una persona con discapacidad, que presiona a los profesionales de la salud hacia la realización de estudios diagnósticos de forma rutinaria y luego hacia el descarte de embriones en las técnicas de procreación artificial o durante el embarazo por medio del aborto. Por otro, los padres son presionados por los sistemas de cobertura de la salud, que pretenden reprocharles que no han sido diligentes para evitar el nacimiento de la persona con discapacidad y así han generado un aumento de los costos en el sistema. Tales presiones constituyen mecanismos sutiles pero poderosos que afectan la libertad procreativa y la dignidad de la persona. Un factor importante en tal sentido lo constituyen los lineamientos o guías que ofrecen las sociedades profesionales cuando adoptan criterios sobre los estándares que van a cumplirse en las prácticas médicas. Esos estándares operan para medir la negligencia o no del profesional de la salud y terminan configurando la «*lex artis*» que es exigible jurídicamente a ese profesional.

Este punto es central en nuestra argumentación y será retomado en el próximo capítulo, al analizar cuáles son las cuestiones jurídicas decisivas para que la libertad procreativa encuentre su cauce adecuado.

2.2. Concepciones que absolutizan la libertad procreativa

Frente a este principio de beneficencia procreativa y su consecuente afectación de la libertad, se suele oponer una visión que exalta la libertad procreativa como absoluta, lo que significaría que los padres tienen el poder de decidir completamente las características de su descendencia.

La oposición entre ambas concepciones suele producirse en torno a la cuestión de las personas con discapacidad y los alcances de su libertad procreativa. Así, como respuesta a la pretensión que tendrían algunos de impedir que las personas con discapacidad se reproduzcan o nazcan, se alega que la solución es una visión de la libertad procreativa absoluta, sin límites, que incluiría la posibilidad misma de concebir deliberadamente, por medio de las técnicas de procreación artificial, un hijo con discapacidad. El caso de las dos mujeres sordas que buscaron un dador de gametos sordo y concibieron y dieron a luz hijos sordos es una de las expresiones de esta visión absoluta y de los equívocos que la rodean.

Si bien el TH es un movimiento de variados contornos, podemos decir que muchos de sus promotores defienden una visión radical de la libertad procreativa.

Al respecto, entendemos que tal libertad no puede ser absoluta, si por ello se entiende un poder de los padres de determinar cuáles serán las características genéticas de la descendencia. Ello no significa, a su vez, negar a las personas con discapacidad su libertad de procrear. Tampoco significa que si se concibe a una persona con discapacidad, ella deba ser descartada o abortada. En realidad, como veremos enseguida, la clave se encuentra en delimitar qué

alcance tiene la libertad procreativa y cuáles son las opciones que responden a las exigencias de la dignidad humana y cuáles no.

2.3. Posiciones intermedias sobre la libertad procreativa

Entre estos dos extremos, encontramos algunas posturas intermedias que reconocen la libertad procreativa, pero ensayan distintos límites para su ejercicio. En esta posición podemos ubicar a John Robertson, quien es, probablemente, uno de los autores que más ha escrito sobre el tema. En sus trabajos, critica la postura que llama estrictamente tradicionalista (a la que me referiré luego) y también la postura radical, asumiendo una posición que denomina «tradicionalismo moderado», que es moderna en tanto acepta las nuevas tecnologías, pero tradicional al exigir que esas técnicas sirvan para los fines reproductivos tradicionales de tener hijos biológicamente vinculados a los padres (Robertson, 2003, p. 446). Según este autor, lo decisivo es determinar qué usos de la libertad procreativa pueden considerarse reproductivos y cuáles exceden ese fin y son una forma de «daño» (Robertson, 2003, p. 446).

Para Robertson, la libertad procreativa es una libertad que involucra el derecho de decidir si reproducirse o no reproducirse y comprende dos aspectos (Robertson, 2003, p. 447):

- a) La libertad de evitar tener descendencia, que incluye la libertad de evitar relaciones sexuales, usar anticonceptivos, rechazar la transferencia de embriones al útero materno, descartar embriones, realizar abortos y acceder a la esterilización.
- b) La libertad de tener descendencia incluye la libertad de realizar acciones que resulten en el nacimiento de un hijo, como tener relaciones sexuales, aportar los gametos para la concepción en técnicas artificiales, transferir los embriones al útero, crioconservar embriones o gametos para usos posteriores y evitar el uso de la anticoncepción, el aborto y la esterilización.

Al igual que sucede con la postura de la beneficencia procreativa, Robertson descarta que exista una obligación jurídica de engendrar o tener hijos y soslaya la problemática de las presiones para tener el mejor hijo posible.

Su análisis también señala que la libertad procreativa es, principalmente, una libertad de tipo negativa, es decir, que exige que la persona se vea libre de toda presión o coerción en esta materia. En cuanto a la dimensión positiva de la libertad, que para Robertson exigiría la posibilidad de reclamar del Estado la asistencia para realizar la procreación, refiere que algunas personas adhieren a esta posibilidad sin dar mayores precisiones (Robertson, 2003, p. 448).

Este autor enfatiza que sostener que la libertad procreativa es inalienable no significa que sea absoluta y entiende que los límites surgirían cuando algún ejercicio de esta libertad resulta en un daño a los demás (Robertson, 2003, p. 448). En un trabajo anterior sobre la clonación, entre los ejemplos de aplicaciones que no formarían parte de la libertad procreativa Robertson ubica el caso de quien clone personas sin la intención de luego criarlas (Robertson, 1998, p. 1399).

Este autor subraya que es importante determinar los alcances de la libertad procreativa, lo que significa establecer «qué actividades relacionadas con evitar o procurar la reproducción están incluidas en una concepción coherente de libertad procreativa»¹. Volveremos sobre este punto que consideramos crucial para nuestro trabajo.

El análisis de Robertson es agudo y novedoso. En cuanto a sus presupuestos filosóficos, Robertson afirma que es un enfoque pragmático que se adapta a cada contexto específico en el que las técnicas serán utilizadas. Para este autor, la libertad procreativa es algo valioso porque así es intuitivo por la mayoría de la sociedad. Más allá de esa dimensión intuitiva del valor de la libertad procreativa, Robertson entiende que debe buscarse la explicación de ese valor en la biología y psicología evolutivas (Robertson, 2003, p. 451). Pero en última instancia, las decisiones sobre cómo usar o no usar la genética en la reproducción humana se determinan por la forma en que esos usos encajan en el conjunto de derechos e intereses que son reconocidos por una sociedad en particular (Robertson, 2003, p. 452).

El enfoque que adoptamos en este trabajo coincide con Robertson en señalar la importancia de valorar cada actividad o técnica que incide en la procreación para ver si resulta congruente con un sistema de valores. Sin embargo, existen grandes diferencias con este autor porque su postura no escapa al problema del relativismo y no alcanza a ofrecer un fundamento fuerte para los criterios éticos aplicables a esta delicada materia. Además, existe una diferencia fundamental en ese sistema de valores de fondo que se aplica a estas actividades. En el próximo apartado presentamos nuestra posición sobre los alcances de la libertad procreativa.

2.4. Una visión iusnaturalista sobre la libertad procreativa

Para una valoración de la libertad procreativa se requiere tomar posición sobre los valores inherentes a la procreación humana. Todos los autores, de hecho, asumen algún sistema de valores. Así, Robertson reposa en un esquema que se basa en la biología y la psicología evolutivas y en el consenso de una sociedad determinada.

Esta comunicación propone una libertad procreativa respetuosa de la originalidad de la transmisión de la vida y enraizada en una concepción ontológica de la dignidad. En primer lugar, parto de una idea de libertad orientada a fines buenos, siguiendo a Tomás Melendo: «el ser humano es libre no en virtud de una especie de indiferencia constitutiva, de una suerte de apatía abúlica e inapetente respecto a lo bueno (y lo malo); sino, muy al contrario, a causa de su finalización radical hacia el bien en cuanto tal (y, de manera todavía más drástica, hacia el Bien sumo e infinito)» (Melendo, 1994, p. 69).

En nuestro enfoque, la procreación es una de las más nobles expresiones de la dignidad humana, en tanto encierra la posibilidad de cooperar con los actos que dan origen a un nuevo ser. Y como cada ser es único e irrepetible, dotado de una dignidad intrínseca que le es propia

¹ «what activities related to avoiding or engaging in reproduction a coherent conception of procreative liberty includes» (Robertson, 2003, p. 448).

desde el primer momento de su existencia, entendemos que, en justicia, la libertad debe orientarse hacia el bien en esta materia teniendo en cuenta dos grandes principios.

El primer principio es el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión sexual de varón y mujer. En efecto, si bien la especie humana comparte con otras especies la estructura sexuada de su forma reproductiva, por su dignidad y por los valores asociados a ella, la transmisión de la vida no consiste en una simple reproducción sexuada biológica, sino que lleva en sí una dimensión de apertura y donación mutua de las personas en la relación sexual. Justamente esa originalidad de la transmisión de la vida ha dado siempre una protección especial a la libertad procreativa, que se plasma no solo en la libertad de tener o no tener relaciones sexuales, sino también en la protección contra medidas restrictivas de esa dimensión tan íntima de las personas.

Aplicando este principio a los temas que estamos analizando, se advierte que tal protección de la libertad estuvo siempre asociada a la procreación por la unión sexual de varón y mujer. Sin embargo, con la irrupción de las técnicas que intermedian en la procreación, se produjo un desplazamiento conceptual y se intenta extender esa protección a las biotecnologías que sustituyen a las personas en su donación mutua y despliegan distintos mecanismos de control sobre el proceso procreativo.

La procreación por vía sexual ha tenido una indiscutible e inveterada protección jurídica que responde a los principios más básicos de la dignidad humana. El punto es que la intermediación técnica en la procreación pretende para sí las mismas tutelas jurídicas que la procreación por vía sexual sin realizar ninguna distinción. Robertson, comentando la protección constitucional que en Estados Unidos se brinda a la libertad procreativa, enfatiza que es razonable interpretar que las decisiones de la Corte Suprema que protegen ampliamente un principio de libertad de reproducirse o no hacerlo, libre de intromisión estatal, se extienden al uso de las tecnologías de asistencia a la reproducción, lo que incluiría un derecho a no transferir embriones o gametos, al aborto selectivo, a la selección de embriones, entre otras técnicas (Robertson, 2003, p. 453). Creemos que tal extensión de la protección jurídica desde la reproducción por la unión sexual a las técnicas de procreación artificial no es correcta porque soslaya que la intermediación técnica introduce elementos de control sobre el proceso procreativo que afectan precisamente a la lógica propia de la transmisión de la vida humana y su índole particular. En tal sentido, la dignidad de cada ser humano exige que su origen quede abierto a la perspectiva del don y no sometido a procesos que importen una inadmisibles forma de subordinación y sometimiento al control de quienes engendran la nueva vida.

Estos mecanismos de control sobre el proceso procreativo pueden asumir distintos matices y, por tanto, involucrar distintos grados de aptitud para fijar las características al que viene a la existencia. En tal sentido, no es lo mismo una técnica en que la fecundación ocurre en forma intracorpórea que una extracorpórea, en que se genera una ventana de tiempo entre la fecundación y la transferencia que abre la posibilidad de selección de embriones humanos según sus características genéticas o morfológicas. Tampoco es lo mismo que para la concepción del embrión se usen los gametos propios de los requirentes o que se recurra a gametos de terceros, que pueden ser seleccionados para intentar determinar las características de la descen-

dencia. Igualmente, concebir las técnicas de procreación artificial como un último recurso para casos de comprobada infertilidad, como un componente del derecho a la salud, es distinto a que se pretenda utilizar las técnicas por personas fértiles que quieren controlar el proceso de generación del nuevo ser humano. Se advierte así que existen una variedad de mecanismos de control del proceso que terminan incidiendo en el acto procreativo y que tienen que ser valorados de forma distinta a la valoración que se hace de la procreación por vía sexual. Por supuesto, una vez concebido el nuevo individuo de la especie humana, posee la dignidad inherente a la persona, y por tanto debe ser respetado en su derecho a la vida.

Este es, precisamente, el segundo principio que marca un límite a las aplicaciones técnicas vinculadas con la procreación y permite determinar los alcances de la libertad procreativa. Se trata de la inviolabilidad del derecho a la vida desde el momento de la fecundación. En efecto, la libertad procreativa cumple su finalidad propia en el momento de la fecundación, cuando el nuevo ser humano ha sido engendrado y comienza su desarrollo vital. En tal sentido, las técnicas que rodean al proceso procreativo y que se basan en la eliminación de embriones y fetos, como el diagnóstico genético preimplantatorio, o el diagnóstico prenatal seguido de un aborto, no pueden quedar comprendidas dentro del concepto de libertad procreativa, pues la procreación ya se ha concretado en el surgimiento del nuevo ser y resta el proceso gestacional, que supone una diferencia esencial con el proceso de engendramiento del nuevo ser (Lafferriere, 2011). En este punto, como dice Spaemann, «todo el que crea que puede indicar un límite temporal para el comienzo de la existencia personal del hombre, un límite posterior al instante de la procreación, tiene que asumir la correspondiente carga de la prueba. Pero esa carga es demasiado pesada para él. Pues en vista de la estricta continuidad del desarrollo de la vida humana, no podemos fijar en modo alguno un comienzo del ser persona... Si quisiésemos suponer un comienzo de la persona posterior al momento de la procreación, tendríamos que equiparlo con el surgimiento de la conciencia del yo. Esto significaría que habría que despenalizar el acto de matar vida humana antes de que el niño haya aprendido a hablar y a decir “yo”... Pero la equiparación del surgimiento del hombre con el surgimiento de la conciencia del yo tropieza con la naturaleza misma de la conciencia del yo. La autoconciencia es algo que, por así decir, siempre existe antes que ella misma, siempre tiene un hacia atrás en el pasado, sin un comienzo precisable» (Spaemann, 2003, p. 354).

Así, entendemos que la libertad procreativa tiene que ser comprendida dentro de los alcances que ofrecen estos dos grandes principios, que a su vez se derivan de la inherente dignidad de la persona humana: la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión sexual de varón y mujer y la inviolabilidad de la vida del nuevo individuo desde el momento de la fecundación. Estos dos principios nos permiten valorar las distintas conductas implicadas en la utilización de técnicas de procreación humana. Seguimos en este punto el pensamiento de Benedicto XVI, expresado sobre todo en su discurso a la Congregación para la Doctrina de la Fe del 31 de enero de 20082.

² Benedicto XVI, «Discurso a los participantes en la Sesión Plenaria de la Congregación para la Doctrina de

Robertson denomina a esta posición como «estricto tradicionalismo» y considera que no puede servir como guía para elaborar una política pública para regular estas técnicas porque está basada en una visión religiosa o metafísica de la forma en que debe darse la reproducción y en que llevaría a condenar casi todas las formas de asistencia tecnológica a la reproducción (Robertson, 2003, p. 444). Disentimos con esta crítica, pues toda opción legislativa se basa en cierta concepción valorativa. En el enfoque que aquí presento, se trata de explicitar exigencias propias de la dignidad humana, derivadas de principios fundamentales. De hecho, la misma libertad procreativa a la que alude Robertson en su versión moderada sería, en su propia visión, una forma de metafísica y por tanto eso invalidaría su propia postura. Pretender excluir algunas posturas por atribuirles una raíz religiosa es una forma de cerrar el debate público que empobrece la convivencia.

Para Robertson, esta visión también contradice la intuición natural que tienen los padres de buscar siempre el bien de sus hijos y que sean sanos (2003, p. 444). Como vimos, Robertson critica también la visión que sostiene una libertad procreativa absoluta, a la que llama «libertad radical», reconociendo que hay límites, como el daño serio a los hijos o a otros, que ofrecen un interés sustantivo para adoptar restricciones a las técnicas reproductivas (2003, p. 444). En realidad, la postura que sostenemos no contradice esa idea. Lo que señala nuestra posición es que hay límites inherentes a la libertad procreativa, que tienen que ver con respetar la lógica de gratuidad propia de la procreación por vía de la unión sexual y con la inviolabilidad de la vida del nuevo ser. Estos dos principios ofrecen el cauce para valorar las distintas formas de intervención técnica en la procreación y en el inicio de la vida humana.

3. Transhumanismo y libertad procreativa: las cuestiones jurídicas en juego

En el apartado anterior hemos visto las distintas posturas existentes en torno a los alcances de la libertad procreativa. Se trata de una cuestión central para abordar las técnicas que inciden en la procreación humana y poder así valorar ética y jurídicamente los objetivos del TH. En efecto, el TH, en una de sus dimensiones, impulsa la mejora de la raza humana para lograr superar sus límites por medio de una procreación que fije las características de la descendencia, y para ello se vale de los distintos procedimientos técnicos existentes o que se diseñen a futuro. En este capítulo nos concentraremos en presentar sintéticamente las cuestiones jurídicas que están en juego.

Nuestro punto de partida, además, se encuentra en reconocer que este debate en torno a los alcances de la libertad procreativa en el contexto del TH no es ajeno al derecho, que es la ciencia que determina las exigencias de justicia en las relaciones humanas (Laing, 2013). Como

la Fe», 31 de enero de 2008, Vaticano, disponible en: https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2008/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20080131_dottrina-fede.html (último acceso: 17-8-2021).

dice Arias de Ronchietto: «por primera vez en la historia de la humanidad, el hombre dispone de los conocimientos científicos y de la tecnología necesaria, empeñosa y talentosamente procurados, y desde, y con ellos, está actuando y planificando dominar los procesos biológicos del origen y desarrollo de la propia vida humana y de la vida en general. Se trata de una inaugural y concreta realidad tecnocientífica que genera estruendosos planteamientos a las ciencias ético-filosóficas, óntico-antropológicas y socio-jurídicas» (2001, p. 16).

Por eso, es indudable que para enfrentar los desafíos que supone el TH son decisivas las opciones jurídicas que se adopten en una serie de temas vinculados con la libertad procreativa. En este sentido, a la luz de los dos principios presentados en el final del apartado anterior, para que esa libertad se encauce respetando los bienes propiamente humanos y se responda a los desafíos planteados por el TH, enunció seis tópicos jurídicos vinculados con la procreación humana que se requiere afrontar.

3.1. El comienzo de la existencia de la persona

Cuando se concibe una nueva vida, la libertad procreativa ha alcanzado su plenitud y comienza la etapa inicial de desarrollo embrionario hacia el nacimiento y la vida extrauterina. Así, entiendo que el primer gran tópico jurídico que debe ser abordado para brindar un adecuado cauce a la libertad procreativa es el del inicio de la vida humana que se produce en el momento mismo de la concepción.

La posibilidad de descartar embriones o fetos por sus características genéticas no debe considerarse como una de las opciones disponibles al amparo de la libertad procreativa, porque es una afectación del derecho a la vida de un ser humano.

En el contexto global, asistimos a fuertes presiones biotecnológicas para regular legalmente el comienzo de la existencia de la persona de modo que se faciliten las actividades investigativas sobre el embrión humano sin límites éticos o jurídicos. Así, surgió el famoso día 14 o el término «preembrión» en atención a las problemáticas de la fecundación *in vitro*. A nivel internacional, hoy hay propuestas para llevar hasta los 28 días el límite vinculado con experimentaciones en embriones humanos (McCully, 2021). Esta visión supone ligar la noción de persona a la realidad ontológica del ser humano. Como dice Massini Correas: «el carácter de persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de sus consecuencias; por el contrario, la personalidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia. De este modo, no puede ponerse en duda el carácter personal de los embriones o fetos humanos, así como de los recién nacidos, débiles mentales, dementes o enfermos terminales» (2005, p. 129).

Entiendo que solo el reconocimiento de la dignidad personal del embrión desde la fecundación ofrece un fundamento fuerte a la respuesta jurídica a las biotecnologías. De otra manera, la vida humana pierde su centralidad y peso ontológico y queda reducida a mero material biológico disponible, en lo que constituye una grave ofensa a su dignidad inherente y personal (Lafferriere, 2018).

3.2. La inviolabilidad de la vida humana

Junto con la cuestión del reconocimiento del ser humano como persona desde la concepción, para un adecuado cauce de la libertad procreativa tenemos que considerar si el derecho a la vida admite o no excepciones. En este sentido, si jurídicamente se permite quitar la vida en la etapa prenatal, se abren las puertas para una serie de acciones de incidencia en la descendencia, que violentan la dignidad de la persona humana. En efecto, desde una perspectiva jurídica, el derecho a la vida reclama que no se prive arbitrariamente de la vida a la persona humana (Carlos I. Massini Correas, 1998). Y precisamente el descarte de embriones o fetos por diagnósticos preimplantatorios o prenatales adversos es una forma de afectación del derecho a la vida. En definitiva, la libertad procreativa no otorga título justo para privar de la vida al ser humano concebido.

3.3. La problemática de la intermediación técnica de la procreación y la analogía con la procreación por vía sexual

La aparición de las técnicas de procreación artificial plantea un desafío decisivo a la libertad procreativa. En este punto, mientras que tradicionalmente la procreación por vía sexual goza de una protección jurídica incuestionable, por su vinculación con los más altos valores espirituales y personales, la discusión se plantea en torno a si esa protección se extiende hacia la intermediación técnica que otorga distintas formas de control sobre el proceso reproductivo. Para responder a esta cuestión, a diferencia del método propuesto por Robertson que expliqué en el apartado anterior, entiendo que hay que analizar las distintas variantes que presentan las técnicas en función del control que ofrecen sobre el proceso reproductivo. El criterio decisivo para enmarcar la libertad procreativa es el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida, que ofrece las condiciones de gratuidad y de falta de control sobre el proceso procreativo que responde a la dignidad de la persona por nacer. Esa dignidad requiere que la existencia no venga programada por otros, lo que importaría una inadmisibles forma de subordinación.

Así, podemos desglosar el análisis de los tópicos implicados en las técnicas de procreación artificial para ir identificando en qué medida se generan objetivamente mayores controles sobre el proceso procreativo. Esto supondrá identificar las cuestiones que deben ser reguladas para determinar si las distintas posibilidades técnicas guardan o no adecuada analogía con esa procreación por vía sexual. En esta instancia se abren ejes para la consideración jurídica de los alcances de la libertad procreativa. Ante todo, hemos señalado que existe un problema ético de fondo cuando no se respeta la originalidad de la vida humana y hay mecanismos de intermediación técnica que sustituyen a la unión sexual.

Luego un eje que deberá abordar la regulación jurídica será, entonces, la diferencia entre las técnicas intracorpóreas y las extracorpóreas. Estas últimas abren una ventana de tiempo entre la fecundación y la transferencia que permite todo un conjunto de opciones de intervención manipuladoras que se alejan del proceso de procreación por vía sexual.

Un segundo eje considerará si se permite la fecundación de un alto número de óvulos, generando un mayor número de embriones, o solo se admite la fecundación de un óvulo. Al restringirse la técnica extracorpórea a fecundar un solo óvulo, sin perjuicio de los problemas inherentes a la técnica, al menos se limitan los daños y se evita instrumentalizar embriones que serán seleccionados para decidir cuál sigue adelante con su desarrollo.

En conexión con ello, un tercer eje estará relacionado con la posibilidad o no de crioconservar embriones y cómo se regulará tal proceso, que abre la puerta a distintas formas de manipulación y selección.

Un cuarto eje refiere a la intermediación técnica sobre el proceso mismo de la gestación, como ocurre con la maternidad subrogada. Aquí también hay un progresivo alejamiento de la procreación por vía sexual y la irrupción de una forma de control sobre el proceso procreativo que impone formas de control sobre la gestación y ello supone una afectación del vínculo entre la madre y el hijo.

En síntesis, la gran clave es considerar los distintos grados de intervención técnica que controlan el proceso procreativo y adoptar las decisiones jurídicas que eviten conceder a los padres poderes desmesurados sobre su descendencia, fuera del cauce que rige la procreación por vía sexual. De otra forma, como dice Andorno, «se tiene la impresión de que emergen nuevas formas de cosificación del niño, que deja de ser beneficiario y se convierte en deudor respecto de sus padres» (Andorno, 2014, p. 155).

3.4. Los límites jurídicos que deben ponerse a las técnicas de procreación artificial y sus finalidades de uso

Otra cuestión jurídica relevante para regular los alcances de la libertad procreativa de modo respetuoso de las exigencias de la dignidad humana refiere a las finalidades mismas con las que se autorizan o no las técnicas. Así, hay que distinguir las finalidades asociadas con situaciones de infertilidad de otras como la selección de las características genéticas de la descendencia para conseguir la persona que sea dadora de tejidos para un hermano vivo o por puro deseo de las personas requirentes. Ello supone un alejamiento de los alcances de la libertad procreativa que se reconoce a la procreación por vía sexual y un mayor control sobre el proceso reproductivo que impacta sobre la persona que será concebida.

En este sentido, en los inicios de la técnica aplicada a la procreación, generalmente su aplicación estaba reservada a casos estrictos de infertilidad. Si bien las técnicas en sí mismas no apuntan a resolver las causas de esa infertilidad³ y se limitan a lograr la fecundación por una vía distinta a la unión sexual, en esos tiempos iniciales en general se planteaba la autorización legal para un uso acotado a esos casos. Pero, sobre todo a partir del descubrimiento de la secuencia completa del genoma humano, los usos se expanden hacia el puro deseo reproduc-

³ A diferencia de las técnicas que sustituyen la unión sexual, otros desarrollos como la nuprotecnología respetan los fines y originalidad de la transmisión de la vida humana y tienen finalidad terapéutica (Hilgers, 2011).

tivo. De ahí que se plantean nuevos desafíos para el derecho al momento de considerar los límites de la libertad procreativa. Cuando se regula la técnica limitada a usos vinculados con la infertilidad, la opción legal permanece más cercana a la procreación por vía sexual, si bien subsiste la observación referida a la intermediación técnica. Pero si se admiten otros usos, nos alejamos de esa procreación por vía sexual, que es el analogado principal al momento de considerar la libertad procreativa. Así, la regulación jurídica de las finalidades con las que se puede recurrir a las técnicas y, en el fondo, la adopción de criterios restrictivos para el uso de las técnicas en respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana, se vuelve un tema de decisiva importancia para abordar el problema del TH.

3.5. El uso de gametos de terceros en las técnicas de reproducción humana asistida

Otra cuestión que interesa a la regulación jurídica de las técnicas reproductivas es la que se conecta con la posibilidad de seleccionar los gametos que se utilizarán para concebir los embriones. Si se recurre a los gametos de los requirentes, se guarda mayor analogía con la procreación por vía sexual y se renuncia a mecanismos de control sobre el proceso de definición de la dotación genética del nuevo ser humano concebido. En efecto, si bien no existe un determinismo genético, sí sabemos bien que los gametos constituyen la base biológica que condiciona la dotación genética del nuevo ser humano. Así, elegir los gametos que se utilizarán abre un menú de opciones para intentar fijar las características de la descendencia, al menos con un mayor grado de probabilidad.

Por eso, si se admite legalmente la posibilidad de recurrir a gametos de terceros distintos a los requirentes, se generan condiciones jurídicas para que esa selección sea guiada por parámetros de mejora y búsqueda de la mejor dotación genética de la descendencia. Esto afecta no solo el derecho a la identidad (Basset, 2011; Laing, 2006), sino que supone una manipulación indebida de la dignidad humana. No puede ser parte de la «libertad» procreativa elegir qué gametos se utilizarán para concebir al nuevo ser humano. Por eso, este es otro de los tópicos jurídicos decisivos para afrontar los desafíos de la libertad procreativa y, en última instancia, del TH.

3.6. El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)

Entre las cuestiones que se discute si ingresan dentro de la libertad procreativa hay que mencionar el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP). Este estudio se realiza en el marco de las técnicas extracorpóreas una vez fecundado el embrión y abre la posibilidad técnica de conocer sus características genéticas y, consecuentemente, habilita el descarte de los no deseados o la transferencia de los que reúnen los rasgos buscados.

El DGP excede los alcances de la libertad procreativa tal como aquí la proponemos, porque significa un mecanismo de selección y descarte que afecta principios fundamentales, sobre

todo la igualdad y el derecho a la vida (Andorno, 1994). Por supuesto, el DGP es uno de los instrumentos que más favorece el logro de los objetivos TH, pero entendemos que es una técnica que no debe ser autorizada por el legislador pues supone un mecanismo discriminatorio que afecta la igualdad de los seres humanos y su dignidad. Además, como ya dijimos, una vez que está concebido el embrión, la libertad procreativa ha alcanzado su finalidad propia y la nueva vida en desarrollo no está disponible para su descarte o selección.

3.7. Los alcances de la edición genética humana aplicada a la línea germinal y la distinción entre terapia y mejora

Con el surgimiento de la técnica de edición genética humana que permite alterar la composición genética del embrión y lograr así, de forma incluso más precisa que el DGP, los objetivos de búsqueda del mejor hijo posible, se abre otra cuestión vinculada con la libertad procreativa. En definitiva, aquí ya no está en juego un descarte de embriones, sino una intervención que busca modificar el genoma del nuevo ser ya concebido.

Este tema excede en sentido estricto a la libertad procreativa, porque la persona ya está concebida, aunque la relación con este tema se verifica por tratarse de la etapa previa al nacimiento. En todo caso, para el derecho, regular la edición genética humana es una de las claves del debate jurídico de los próximos años en torno a las biotecnologías reproductivas. Y este punto nuevamente se presenta como clave para el TH, en tanto se pretende usar la edición genética humana para modelar a la descendencia.

En conexión con ello, será decisiva la forma en que el derecho logre plasmar la diferencia entre las intervenciones propiamente terapéuticas, que buscan el bien del ser humano en etapa embrionaria, de aquellas que sean orientadas a la mejora y la potenciación (*enhancement*) y que no responden a las finalidades inherentes a la dignidad humana, tanto en su dimensión corporal como espiritual (Padrón, 2017).

4. Conclusión

Los objetivos del TH en relación con la mejora de la descendencia por medios técnicos presuponen abordar jurídicamente el problema de los alcances de la libertad procreativa. Esta libertad básica y fundamental se ha visto desafiada por la irrupción de distintas tecnologías que intermedian en el proceso procreativo, sustituyendo a las personas en la mutua donación por vía sexual, e incluso desplegando una serie de posibilidades de control sobre todo el proceso de generación de la nueva vida. Eso permite que haya técnicas intra o extracorpóreas según el lugar en que se produce la fecundación. Así, las extracorpóreas aumentan la posibilidad de control sobre el proceso procreativo, pues abren una ventana de tiempo en que es posible seleccionar los embriones ya concebidos para determinar cuáles se transfieren y cuáles se descartan, o incluso sería posible aplicar a esos embriones nuevas técnicas de edición gené-

tica. Otra opción que está disponible para quienes encaran un proyecto procreativo asistido por las biotecnologías es la de seleccionar los gametos con los que se concebirá el embrión. El problema de la libertad procreativa también se vincula con las finalidades con las que se regulan las técnicas, que pueden usarse en casos de infertilidad, pero también en personas fértiles movidas por un puro deseo de seleccionar las características de su descendencia. También existe la posibilidad de realizar estudios durante la gestación y abortar luego a los concebidos que no reúnen los requisitos buscados. En todas estas instancias técnicas, hay distintos mecanismos de control que deben ser valorados para ver si encuadran o no dentro de los alcances de la libertad procreativa.

En el trabajo, hemos presentado distintas visiones sobre la libertad procreativa. Por un lado, la postura que sostiene que los padres tienen el deber de buscar el mejor hijo posible (beneficencia procreativa) conduce, en los hechos, a la casi total anulación de esa libertad. En el otro extremo, la idea de una libertad procreativa absoluta tampoco resulta conforme a las exigencias de la dignidad de la persona humana. Entre las posturas intermedias analizamos la de Robertson, quien intenta esbozar criterios para valorar las distintas técnicas en función de su conexión con los elementos que componen la procreación. Sin embargo, su posición se basa en última instancia en el consenso social y admite un amplio campo a la voluntad en la determinación de las características de la descendencia, lo que afecta valores fundamentales. Todas estas posturas terminan siendo funcionales a los objetivos del TH y no ofrecen criterios ético-jurídicos sólidos para poder distinguir cuáles de estos mecanismos están a la altura de los altos valores que implica la procreación.

Así, nosotros sostenemos que para comprender los alcances de la libertad procreativa y poder valorar cada una de esas distintas opciones tecnológicas que hoy se ofrecen a las personas que buscan un proyecto procreativo, es decisivo el respeto a dos grandes principios: la inviolabilidad de la vida humana desde la fecundación y el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida por medio de la donación mutua a través de la unión sexual.

5. Bibliografía

- Andorno, R. (1994). El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones «in vitro». *Revista Chilena de Derecho*, 21(2), 321-328. <https://doi.org/10.2307/41609293>.
- Andorno, R. (2014). Técnicas de reproducción y nuevos poderes desmesurados sobre la descendencia. *Prudentia Iuris*, 78, 155-159. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2754/1/tecnicas-reproduccion-nuevos-poderes.pdf>.
- Arias de Ronchietto, C. E. (2001). Procreación humana, ingeniería genética y procreación artificial. En G. A. Borda (ed.), *La persona humana*. Editorial La Ley.
- Asla, M. (2020). Transhumanismo. En C. Vanney, I. Silva y J. F. Franck (eds.), *Diccionario Interdisciplinar Austral* (pp. 1-26). Universidad Austral. <http://dia.austral.edu.ar/index.php?title=Transhumanismo&action=mpdf>.
- Basset, U. C. (2011). Derecho del niño a la unidad de toda su identidad. *La Ley*, F, 1005.

- Bostrom, N. (2003). *The Transhumanist FAQ*. <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf>.
- Hilgers, T. W. (2011). The new women's health science of NaProTECHNOLOGY. *Archives of Perinatal Medicine*, 17(4), 191-198.
- Hill, M., Barrett, A., Choolani, M., Lewis, C., Fisher, J. y Chitty, L. S. (2017). Has noninvasive prenatal testing impacted termination of pregnancy and live birth rates of infants with Down syndrome? *Prenatal Diagnosis*, 37(13), 1281-1290. <https://doi.org/10.1002/pd.5182>.
- Lafferriere, J. N. (2011). *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*. EDUCA.
- Lafferriere, J. N. (2018). ¿Materia disponible o realidad personal? El cuerpo humano, las biotecnologías y las exigencias jurídicas de la dignidad. *Sociología y Tecnociencia*, 8(1), 60-84. <https://doi.org/10.24197/st.1.2018.60-84>.
- Laing, J. A. (2006). Artificial reproduction, blood relatedness, and human identity. *The Monist*, 89(4), 548-566.
- Laing, J. A. (2013). Natural Law Comparative Law and Eugenics. *Journal of Comparative Law*, 8(2), 209-236.
- Massini Correas, C. I. (1998). El derecho a la vida como derecho humano. *El Derecho*, 175, 802.
- Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho - I - El derecho, los derechos humanos y el derecho natural* (2da.). LexisNexis, Argentina.
- McCully, S. (2021). The time has come to extend the 14-day limit. *Journal of Medical Ethics*, medethics-2020-106406. <https://doi.org/10.1136/medethics-2020-106406>.
- Melendo, T. (1994). Dignidad humana y libertad en la bioética. *Cuadernos de Bioética*, 1-2, 63-79.
- Padrón, H. J. (2017). La edición genética humana. El enhancement y la intervención terapéutica. *Vida y Ética*, 18(2), 35-56. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/edicion-genetica-humana-enhancement.pdf>.
- Postigo Solana, E. (2010). Transhumanismo y posthumano: principios teóricos e implicaciones bioéticas. *Medicina y Ética: Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, 21(10), 65-83. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3648895>.
- Robertson (1998). Liberty, Identity, and Human Cloning. *Texas Law Review*, 76, 1371-1456.
- Robertson (2003). Procreative Liberty in the Era of Genomics. *American Journal of Law & Medicine*, 29(4), 439-487. <http://www.ornl.gov/TechResources/>.
- Savulescu, J. (2001). Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children. *Bioethics*, 15(5-6), 413-426. <https://doi.org/10.1111/1467-8519.00251>.
- Savulescu, J. y Kahane, G. (2009). The moral obligation to create children with the best chance of the best life. *Bioethics*, 23(5), 274-290. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2008.00687.x>.
- Savulescu, J. y Kahane, G. (2016). Understanding Procreative Beneficence. In *Oxford Handbook of Reproductive Ethics* (Issue February 2019). <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199981878.013.26>.
- Spaemann, R. (2003). *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (T. de J. F. R. y J. M. Sierra, ed.). Ediciones Internacionales Universitarias S.A.
- Suter, S. M. (2018). The tyranny of choice: Reproductive selection in the future. *Journal of Law and the Biosciences*, 5(2), 262-300. <https://doi.org/10.1093/jlb/lsy014>.