

ADMISIBILIDAD JURIDICA DE LAS TECNICAS DE PROCREACION ARTIFICIAL*

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil

"Ya es un hombre aquél que lo será"

(Tertuliano)

1. BREVE DESCRIPCION DE LAS TECNICAS DE PROCREACION ARTIFICIAL Y SUS PROCEDIMIENTOS AFINES

Bajo el nombre de técnicas de procreación artificial, pueden englobarse una cantidad de prácticas biomédicas de variada estructura. Las más conocidas son la inseminación artificial (IA), que consiste en introducir en los órganos genitales femeninos el semen del varón por medio distinto del contacto sexual, y la fecundación *in vitro* (FIV), por la cual se extrae un óvulo de los ovarios de la mujer para proceder luego a su fertilización con espermios del varón, en un medio extracorpóreo (cápsula de Petri). Como complemento de la FIV se presenta la transferencia de embriones (TE), consistente en trasladar uno o más huevos fecundados en medio extracorpóreo al útero de la mujer para que se inicie en dicho lugar la gestación.

De más reciente aparición es la transferencia intratubaria de gametos (TIG o GIFT, *Gametes Intra Fallopian Transfer*). Mediante esta técnica se insertan mecánicamente en una cánula, el óvulo y los espermatozoides y se los introduce en las trompas de falopio de la mujer, para que en dicho lugar acontezca naturalmente la fecundación. Como combinación entre la FIV y la TIG, algunos médicos hablan también de la ZIFT, o sea, transferencia intratubaria de cigotos (también llamada TET, *Tubal Embryon Transfer*), para designar el método que consiste en lograr la fecundación *in vitro*, para luego transferir el huevo fecundado (cigoto), no al útero de la mujer, sino a sus trompas.

* El presente trabajo es el resultado de la reelaboración posterior de la ponencia presentada por el autor a las XII Jornadas de Ciencia General del Derecho, (octubre de 1990), realizadas en la Universidad de Valparaíso, sobre el tema "Las nuevas técnicas biomédicas ante los estudios generales del Derecho".

Para la reelaboración se han utilizado algunos datos y observaciones que gentilmente nos proporcionara el Dr. Alejandro Serani Merlo, Jefe del Departamento de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Chile, al cual agradecemos muy sinceramente.

Finalmente, debe mencionarse como procedimiento anexo a estas técnicas el congelamiento tanto de gametos como de embriones, llamado crioconservación¹.

Esta es la clasificación usual de las técnicas reproductivas de acuerdo a su estructura terapéutica. Sin embargo, el panorama para el analista jurídico debe completarse con las diferentes modalidades en las que socialmente pueden llevarse a efecto. De este modo, es posible distinguir:

1º) Procreación artificial homóloga y heteróloga: la distinción proviene de si la procreación es el resultado del aporte de material reproductor de la misma pareja que desea procrear, o de si en ella intervienen células reproductoras de un tercero extraño, quien asume el papel de "donante" de gametos o incluso de huevos ya fecundados;

2º) Maternidad de sustitución, (llamada también alquiler o arriendo de úteros): esta técnica consiste en que la madre que gesta el niño lo hace por cuenta de otra mujer que espera asumir la maternidad; la madre gestante puede ser también biológica (si es suyo el óvulo fecundado) o no (si el óvulo proviene de la madre sustituida o de una tercera "donante").

3º) Procreación artificial de mujer sola: en algunos países se tiende a reconocer como una nueva práctica de las técnicas reproductivas su aplicación a mujeres que no reconocen vínculo alguno, ni matrimonial ni extramatrimonial, con un varón determinado. En tales casos, los espermios son siempre de "donantes".

4º) Procreación artificial *post mortem*: El caso más característico es aquél en que, con semen congelado del varón fallecido, se fecunda a la viuda, pretendiendo ésta atribuir la paternidad del hijo resultante al difunto. Se trata así de hijos, no póstumos, sino postumísimos (procreados después de la muerte).

También puede plantearse el problema de la procreación artificial *post mortem* cuando se han crioconservados embriones, y antes de su implantación fallece alguno de los miembros de la pareja de la cual proceden. En tal caso, el sobreviviente puede reclamar la implantación de los embriones y su gestación, sea por sí (en caso de tratarse de la mujer) o por otro (si el que sobrevive es el varón, y se hace necesario buscar una mujer que se haga cargo de la gestación).

2. ESTADO DE LOS PLANTEAMIENTOS JURIDICOS SOBRE LA CUESTION

Los resultados de la moderna medicina reproductiva alcanzaron resonancia pública internacional en 1978 con el nacimiento de la primera mal llamada "bebé profeta", Louise Brown, producto de una fecundación *in vitro* que con

¹ Una descripción médica de las técnicas de procreación artificial puede verse en SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Astrea, B. Aires, 1990, pp. 19 y ss. También puede consultarse al respecto a BARRI, PEDRO, "Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en reproducción humana", en *La fecundación artificial, Ciencia y Técnica*, PS Edit., Madrid, 1985, pp. 25 y ss.

éxito realizó en Inglaterra el equipo de los Drs. Steptoe y Edwards. No obstante, la novedad era relativa: la inseminación artificial era conocida y practicada, incluso en seres humanos, desde mucho antes².

Expuestos a la luz pública y alcanzando una rapidísima difusión, pronto se advirtió que estos nuevos procedimientos biomédicos requerían un tratamiento y un análisis no sólo ético o moral, sino también jurídico, puesto que estaban dando lugar a hechos enteramente nuevos que no tenían previsión legal alguna: fecundaciones *in vitro* con desecho de embriones sobrantes, bancos de depósito de semen, congelamiento de embriones, arriendos de úteros, comercialización de estas técnicas, etc.

El modo preferido para abordar las múltiples cuestiones suscitadas, ha consistido en designar comisiones de expertos de las más variadas disciplinas (biólogos, médicos, juristas, filósofos, sociólogos, teólogos, etc.) cuya misión es seleccionar criterios éticos sobre la base de los cuales puedan actuar más tarde los órganos legislativos. La más connotada de estas comisiones de estudio ha sido la Comisión "Warnock", llamada así por la profesora de Cambridge que la presidió. Esta comisión dio vida a un importante informe que fue presentado al Parlamento británico en julio de 1984, y que hasta el día de hoy constituye la "normativa" que rige la materia en dicho país³. Es también punto de referencia obligado de todos quienes se han visto en la necesidad de encarar los problemas derivados de las nuevas técnicas reproductivas.

En Alemania e Italia han existido también importantes estudios e informes de comisiones de alto nivel, pero los proyectos de ley que se han elabora-

² Hay quienes remontan la antigüedad de la inseminación artificial al medievo, pero lo cierto es que se la practica con regularidad en humanos, al menos, desde comienzos de siglo. En 1941, los médicos americanos Seymour y Koerner apoyaron sus conclusiones en 9.580 casos (Cfr. GOMEZ PIEDRAHITA, HERNAN, *Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extraterina en seres humanos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, pp. 1 y ss).

Louise Brown fue la primera "bebé probeta"; nació el 25 de julio de 1978 en el Oldham General Hospital de Inglaterra. Desde entonces, muchos niños le han seguido. La prensa ha retenido el nombre de los niños "pioneros": Amandine, en Francia (1982); Victoria Ana, en España (1984); los mellizos Pablo y Eliana, en Argentina (1986).

En Chile, como resultado de una FIVTE realizada en el Hospital Militar, nació el 25 de enero de 1985, Aliro. Desde esa fecha al año 1990, se contaban 67 niños nacidos en el país por técnicas de procreación artificial (Cfr. reportaje de Pedro Alvarez, "nacer con ayuda", en El Mercurio, Revista del Domingo, 19 de agosto de 1990). Hoy estas técnicas se realizan en varios centros como la Clínica Las Condes, el Instituto Medicina de la Reproducción, IMER, Centromed (de Viña del Mar) y el Hospital Clínico San Borja-Arriarán (ex Paula Jaraquemada). Recientemente, se ha firmado un convenio entre el Ministerio de Salud y la Universidad de Chile (Facultad de Medicina) para desarrollar un programa para extender la fecundación *in vitro* a parejas infértiles que por sus escasos recursos no puedan costear el tratamiento (Cfr. El Mercurio, 6 de mayo de 1992).

³ Cfr. *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology*, 1984. Sobre el informe véase WARNOCK, Mary, *A question of life*, Whistable, 1985. Un resumen de sus conclusiones puede leerse en castellano, en LEON, AUGUSTO y LOPEZ HERRERA, FRANCISCO, *Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela*, Academia Nacional de Medicina-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1989, pp. 21 a 23.

do no han conseguido prosperar aún.⁴ En Francia se han seguido similares caminos⁵.

También organismos eurocomunitarios como el Consejo de Europa y el Parlamento Europeo han desplegado una ingente actividad para redactar recomendaciones o resoluciones que orienten la legislación de los países miembros en lo referente a éstos y otros tópicos relacionados con la biogenética⁶.

Por su parte, la Iglesia Católica, a través de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, se ha pronunciado explícitamente sobre la temática mediante la "Instrucción sobre el Respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" (*Donum vitae*), de 22 de febrero de 1987. En este documento, la Iglesia, junto con defender la vida y la dignidad del embrión humano desde el momento de la concepción, promueve una visión integral del acto sexual que incluye necesariamente unión y procreación, lo que implica un rechazo a la fecundación *in vitro* y a la inseminación artificial, en cuanto tales procedimientos disocian el aspecto procreativo del aspecto unitivo de la relación conyugal.

Después de sopesar los estudios realizados por comisiones, organismos públicos, organizaciones internacionales, etc., algunos países se han decidido a legislar, siquiera parcialmente, en relación con los problemas jurídicos provocados por la práctica de las técnicas. El primer intento lo encontramos en Suecia, donde en 1984 entró en vigencia la Ley N° 1.140, de 20 de diciembre, sobre inseminación artificial. Esta ley permite la fertilización artificial de la pareja

⁴ En Alemania, la llamada Comisión Benda dio a la luz el informe *Bericht der Arbeitsgruppe In vitro Fertilisation, Genomanalyse und Genterapie*, 1985 (existe traducción francesa en *La documentation française*, 1986). El 29 de abril de 1986, además, el Ministerio de Justicia de Alemania Federal presentó un proyecto de ley sobre protección del embrión.

En Italia existe el informe de la Comisión ministerial presidida por el profesor Santosuosso (1985), que concluyó con dos propuestas de ley: "*Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito*" y "*Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento de gameti ed embrioni*". También se han presentado diversas iniciativas legales, como la proposición de ley de 13 de marzo de 1985, "*Disciplina dell'inseminazione artificiale umana*", y la proposición de ley de 22 de diciembre de 1988, "*Norme a tutela dell'embrione umano*".

⁵ Últimamente, en 1989, en el seno del Consejo de Estado, se ha elaborado un anteproyecto de ley sobre "*les sciences de la vie et les droits de l'homme*", que incluye un informe y proposiciones de reforma a Códigos vigentes (Cfr. KAYSER, PIERRE, "*Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée*", en *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, N° 29, chr., p. 193). Y según nos informa la prensa, la Asamblea Nacional habría aprobado finalmente el 26 de noviembre de 1992 una ley sobre procreación médicamente asistida (Cfr. *La Epoca*, 27 de noviembre de 1992, p. 2 y *El Mercurio*, 2 de enero de 1993, C, p. 6).

⁶ El Consejo de Europa se ha preocupado largamente de estas cuestiones, y así pueden citarse las recomendaciones 934/1982, "sobre ingeniería genética"; la 1046/86 "sobre la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales", y finalmente la recomendación aprobada el 2 de febrero de 1989, 1.100/89 "sobre investigación científica relativa a los embriones y a los fetos humanos". En coincidencia con estas inquietudes, el Parlamento Europeo ha dado origen a varios documentos de estudio, y, finalmente, con fecha 16 de marzo de 1989 ha aprobado dos resoluciones de extraordinario interés: una sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (doc. A 2-327/88) y otra concerniente a la fecundación artificial "in vivo" e "*in vitro*" (doc. A 2-372/88).

Sobre esta documentación europea, es de útil consulta la obra *Il Parlamento europeo per uno statuto giuridico dell'embrione umano*, Edizione Cinque Lune, Collana a cura dei Gruppi Parlamentari D.C., Roma, 1989.

heterosexual casada o unida establemente, pero no se refiere ni a la fecundación *in vitro* ni a sus procedimientos conexos⁷.

Más adelante, varias naciones han modificado sus Códigos Civiles para impedir la impugnación de la paternidad del marido que consiente que su mujer sea sometida a una técnica de reproducción asistida utilizando gametos de un tercero⁸. Asimismo, en los Estados Unidos de Norteamérica son numerosos los Estados que han aprobado *statutes* relativos a los conflictos jurídicos más apremiantes suscitados por las nuevas técnicas reproductivas⁹.

El primer país europeo que ha diseñado una normativa legal amplia sobre toda la problemática relacionada con la biogenética, es España. Siguiendo el *modus operandi* tradicional, en el seno del Congreso de los Diputados se nombró una comisión de estudio presidida por el doctor Marcelo Palacios, la que dio a la luz un informe que fue presentado oficialmente el 10 de abril de 1986¹⁰. Posteriormente, sobre la base de este informe, el Grupo Socialista del Congreso de los Diputados presentó dos proyectos de ley, uno referido a la reproducción asistida y otro a la donación y manipulación de los embriones. Ambos fueron aprobados en 1988, y se encuentran en vigencia: se trata de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", (BOE 24 noviembre 1988) y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre "Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos", (BOE 31 diciembre 1988). En términos generales, puede decirse que se trata de una regulación sumamente permisiva, que en muchos puntos está en contraste con los criterios aprobados por el Parlamento Europeo¹¹.

Aún más extensiva parece ser la regulación aprobada recientemente en Francia, pues según las pocas informaciones de prensa de que disponemos ella

⁷ Como es habitual, la ley fue precedida de un informe redactado por una Comisión de estudio: *Insemination Comittee Sweden: Children conceived by artificial insemination*, 1983. El texto de la ley puede leerse en italiano en ASCONE y ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettiva di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1986, pp. 190-192.

⁸ Así, en Europa puede mencionarse el Código Civil de Bélgica: art. 318.4, el Código Civil suizo: art. 256.3; el Código Civil Holandés: art. 201.1; el Código Civil portugués: art. 1839.3. (Cfr. MEULDERS-KLEIN, MARIE THERESE, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1988, p. 651). En América, similar disposición contienen el Código Civil de Quebec: art. 586, y el Código de la Familia de Bolivia: art. 187.

⁹ Son 35 los Estados que han legislado reconociendo la legitimidad del niño concebido por inseminación artificial en una pareja casada. Muchos de estos estatutos abordan otras cuestiones, como los relativos a la donación de gametos y las relaciones entre la pareja y el tercero aportante. Sobre la situación norteamericana, véase "Medical Technology and the Law", en *Harvard Law Review*, vol. 103, (1990), Nº 7, pp. 1519 y ss., en especial pp. 1533 y 1534.

¹⁰ Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación "in vitro" y de la inseminación artificial humanas. Cámara de los Diputados. Gabinete de Publicaciones, 1987.

¹¹ Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida, el Partido Popular interpuso, el 24 de febrero de 1989, un recurso de inconstitucionalidad. Sobre esta legislación, puede consultarse LLEDO YAGUE, FRANCISCO, "La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida", en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 1241 y ss.; LOPEZ, ANGELES, "Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la ley española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", en *Persona y Derecho*, t. XXIII, 1990, pp. 131 y ss.; y nuestro trabajo "La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini", en *Rivista di Diritto Civile*, 1989, pp. 79 y ss (versión en español en la Revista de Derecho Privado, España, marzo 1992, pp. 195 a 207).

trata de una gran variedad de temas de bioética, incluidas las técnicas de procreación artificial¹².

En nuestro país, la cuestión no ha sido abordada, sino muy someramente. El Reglamento del libro IX del Código Sanitario, aprobado en 1983, permite la donación de espermios u óvulos (art. 17). Por otra parte, el 28 de junio de 1985, el Ministerio de Salud por Resolución exenta, Nº 1.072 dictó una directiva ministerial en la que se establecen normas aplicables a la fertilización *in vitro* y la transferencia embrionaria; pero éstas tienen un carácter más orientador que preceptivo.

En el último tiempo se ha anunciado el envío de un proyecto de la ley sobre el tema al Congreso Nacional¹³, pero no tenemos noticia de que ello se haya materializado.

3. EL JURISTA FRENTE AL PROBLEMA: ACTITUD POSITIVA, CON PERSPECTIVA ETICA

¿Qué actitud debe asumir el estudioso del Derecho frente a los nuevos y variados problemas suscitados por la aparición de las técnicas de procreación artificial?

En primer lugar, pensamos, es conveniente distinguir con precisión dos ángulos posibles de estudio de la cuestión: uno es el de la admisibilidad o la licitud jurídica que se reconocerá a estas prácticas, total o parcialmente; y otro —diferente— se refiere a la determinación de las consecuencias jurídicas (civiles, penales, administrativas) que son atribuibles a la realización de estas técnicas, sea en el supuesto de que ellas se consideren legales, sea en el supuesto de que se prohíban y se lleven a cabo en contra de la prohibición legal¹⁴. Am-

¹² Según Lilian Duery, ("La Bioética pasa a ser una preocupación actual y mundial", en *El Mercurio*, 2 de enero de 1993, C, p. 6), la ley se inicia con reglas generales sobre la dignidad del cuerpo humano y establece criterios sobre donación y utilización de órganos humanos y de manipulación del código genético. En su segunda parte, trata de las técnicas de procreación artificial y de la experimentación en embriones.

¹³ La iniciativa sería patrocinada por los senadores Sebastián Piñera, Ignacio Pérez y Sergio Diez (Cfr. *El Mercurio*, 21 de julio de 1992).

¹⁴ La doctrina jurídica chilena no siempre ha hecho esta separación metodológica. En algunos estudios se da primacía al problema de los efectos jurídicos: así, por ejemplo, CURY, ENRIQUE, "Consideraciones de algunas cuestiones jurídicas propuestas por el experimento de los Dres. Steptoe y R. Edwards", en *Boletín de Investigaciones*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Nº 42, 1979, pp. 61 y ss.; PANATT, NATACHA, "Problemática jurídica que originan los 'Bebés de Probeta'", en *Gaceta Jurídica*, 1985, Nº 58, pp. 21 y ss.; SILVA SILVA, HERNAN, *Medicina legal y psiquiatría forense. Medicina legal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, t. I, pp. 73 y ss. Otros trabajos enfocan preferentemente el problema de la admisibilidad: TAGLE, HUGO, "La Fecundación *in vitro* ante la Moral", en *Boletín de Investigaciones*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, nº 43, 1979, pp. 72 y ss.; ZIPORYN, TERRA, "Inquietudes médico-sociales sobre la reproducción humana artificial", en *Revista Chilena de Derecho*, 1986, pp. 289 y ss.; PANATT, NATACHA, "La inseminación artificial y su posible reglamentación a través de un instrumento internacional", en *Revista Chilena de Derecho*, 1989, pp. 523 y ss. Finalmente, hay autores que intentan dar una visión de ambos planos: NAQUIRA, JAIME, "Algunas consideraciones jurídicas sobre fecundación artificial y fertilización 'in vitro'", en *Teología y Vida*, vol. XXIX, 1988, pp. 13 y ss.; ROZAS VIAL, FERNANDO, en "Problemas jurídicos y morales que plantean la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*", en *Revista Chilena de Derecho*, 1989, pp. 725 y ss. y DONOSO, CRESCENTE, "El derecho positivo frente a las nuevas posibilidades de reproducción humana", en *Problemas contemporáneos en Bioética*, Lavado, Manuel y otros editores, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990, pp. 225 y ss.

bos enfoques son importantes y dignos de ser abordados, pero vale la pena no confundirlos para no complicar aún más esta ya de por sí compleja materia.

Resulta obvio, no obstante, que el primer aspecto, esto es, la decisión sobre la admisibilidad, condiciona en cierta medida el estudio del segundo, relativo a las consecuencias atribuibles a la realización de las prácticas. Parece claro también que la primera determinación reviste mayor importancia y urgencia de cara a la sociedad y que, por tanto, a ella debieran dedicarse los mejores esfuerzos de los cultores de la ciencia jurídica. Tratar y discurrir sobre los efectos jurídicos de tal o cual hipótesis de reproducción artificial en el estado actual o futuro de la legislación, si bien será siempre útil, no puede conducir a descuidar el problema de la admisibilidad, menos con la excusa de que ésta es materia de determinaciones extrajurídicas, que competen mejor a teólogos, deontólogos o políticos, que a juristas.

El presente trabajo tiene como objetivo precisamente aportar algunas reflexiones sobre este primer aspecto del problema: la cuestión de la admisibilidad jurídica de las técnicas, que —pensamos— permanece como cuestión abierta en nuestro Derecho¹⁵; y por ello no abordaremos aquí los efectos jurídicos particulares que debieran reconocerse a cada una de ellas.

Ahora bien, ¿cómo debe encarar la ciencia del Derecho la delicada cuestión de la admisibilidad de las nuevas técnicas de reproducción humana?

Es manifiesto que el jurista, enfrentado a los nuevos progresos científicos, no puede hacer vista gorda e ignorarlos. Tampoco es plausible adoptar en esta materia —como en ninguna otra— una postura negativista, consistente en rechazar todo lo nuevo, por el mero hecho de ser tal y cambiar los esquemas jurídicos que resultan conocidos y familiares. Por el contrario, es menester permanecer abierto a todas las nuevas posibilidades ofrecidas por los avances científicos, en la medida en que éstos buscan abrir horizontes hacia la solución de múltiples necesidades y angustias que aquejan al hombre en la sociedad contemporánea.

Sin embargo, esta actitud positiva no puede ser ingenua ni obsecuente, sino prudente y cauta. El jurista, acostumbrado a observar de cerca las debilidades y las miserias morales del hombre real, sabe también que, en más de una ocasión, lo que se pensaba iba a fortificar, acaba minando y destruyendo la estructura social. Por ello estará a favor de los progresos que realmente se comprueben tales, esto es, de aquéllos que consistan en verdaderas soluciones, y no en espejismos que a la larga terminarán por volverse en contra del mismo género

¹⁵ Ciertamente es que en nuestro país existen algunos rudimentos normativos, como los que ya mencionamos: el Reglamento del título IX del Código Sanitario y la Directiva del Ministerio de Salud. Pero tales elementos normativos no parece que puedan dar pie para estimar que el problema de la admisibilidad jurídica de las técnicas está zanjado afirmativamente en nuestro ordenamiento (lo que parece sugerir, muy a su pesar, por cierto, ROZAS VIAL, F., *ob. cit.*, p. 734). Pensamos que la directiva ministerial tiene una jerarquía jurídica muy escasa para tomarla en consideración, y que las disposiciones del Código Sanitario y su reglamento al autorizar la donación de gametos no disponen nada sobre su utilización, por lo que perfectamente podría entenderse que dicha enajenación está prevista, no para facilitar la Inseminación artificial o la Fecundación in vitro con intervención de terceros donantes (como piensa NAQUIRA, J., *ob. cit.*, p. 13), sino sólo para permitir el análisis científico y la experimentación sobre óvulos y espermios.

humano, produciendo conflictos aún más graves y lacerantes que los que se pretendía remediar¹⁶.

Para hacer este discernimiento el analista jurídico deberá mirar su propia forma de concebir la realidad que llamamos Derecho. Y en este punto se encontrará ante una disyuntiva, a nuestro juicio, insoslayable: o reconoce que el Derecho debe reflejar un conjunto de valores y principios que trascienden la voluntad de los individuos que son regulados por él; o piensa en el Derecho como una mera técnica funcional apta para impedir resultados lesivos que se estiman inconvenientes para la organización social que en ese momento sus integrantes quieran darse. En caso de asumirse la segunda alternativa, es bien poco lo que puede hacerse para contribuir a dar respuesta a los problemas planteados.

No obstante, en nuestra materia la opción viene simplificada. La necesidad de que el ordenamiento jurídico refleje una valoración superior, moral o ética, tiene en estos temas biomédicos una claridad tal que raya en la evidencia. En efecto, cualquiera comprende que no todo lo que mediante la ciencia y el avance tecnológico es posible hacer, resulta conveniente y útil para la humanidad, menos en lo que se refiere al mismo proceso generador que permite que ésta se perpetúe y mantenga en el tiempo. De tanta intensidad es la evidencia de la necesidad de recurrir al plano axiológico en esta materia, que incluso quienes propician criterios abiertamente permisivistas, (y que en nuestro concepto adoptan una posición de corte voluntarista en lo jurídico), con frecuencia invocan, empero, el apoyo de fundamentos de carácter moral: se habla así de una ética "cívica" o "laica" que permitiría establecer normativas que sean factibles de imponer socialmente. La admisibilidad de las nuevas técnicas reproductivas se deduciría del conjunto de valores que encuentran su origen y validez en el consenso social existente en una comunidad o cultura determinada. Sobre esto, es muy significativa la Exposición de Motivos de la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que invoca expresamente la ética civil o cívica, como sustituto de la moral tradicional¹⁷.

Discrepamos de este enfoque porque nos parece que implica la negación del rol orientador del Derecho y la implantación de regulaciones de acuerdo a la voluntad política predominante en el conglomerado social, voluntad que, en definitiva, se identificará con las ideologías o partidos que ejerzan el control del poder político.

¹⁶ El doctor R. G. EDWARDS, pionero de la fecundación *in vitro*, en "La reproduction humaine", Responsabilité biologique, 1974, citado por LEON, A., en ob. cit., p. 48, advierte, ahora, sobre los peligros de una aceptación indiscriminada de las posibilidades abiertas por la ciencia médica. Ha dicho que "cada fase de la investigación clínica debe ser cuestionada hasta asegurarse que es útil en cuanto a las necesidades sociales y no solamente para satisfacer necesidades individuales". Algo similar ha sucedido con el biólogo francés Jacques Testart, que en su tiempo contribuyó a desarrollar la FIV en Francia, y que hoy denuncia los excesos a los que ha conducido esta técnica (Cfr. El Mercurio, 11 de noviembre de 1990, E, p. 6).

¹⁷ En dicha Exposición puede leerse en relación con estas técnicas: "Su aceptación o rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una *ética de carácter cívico o civil*, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; *una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría* y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa" (el subrayado es nuestro).

Pensamos que un planteamiento como el referido no contribuye a destacar la tarea del Derecho en la materia, más bien instrumentaliza el aporte jurídico y rebaja a un grado ínfimo la importancia del rol del jurista; la ciencia de lo justo y de lo injusto, se reduce a mera técnica sociológica.

4. ELEMENTOS JURIDICOS UTILIZABLES

En la labor de dar respuestas jurídicas a las nuevas técnicas reproductivas, el jurista no se encuentra frente a un vacío total, en el cual no tenga más que dedicarse a crear de la nada criterios o soportes sobre los que tomar decisiones. Ello no sucede nunca en la ciencia del Derecho, y, como ya muchos han puesto de relieve, las lagunas jurídicas son siempre superables¹⁸.

En efecto, es siempre posible identificar dentro del sistema normativo variados elementos, de diversa amplitud, que pueden hacer las veces de herramientas a través de las cuales sea posible llegar al establecimiento de soluciones jurídicas a los problemas o hechos no previstos en los textos. Es aquí donde pensamos entran en juego aquellos valores fundamentales que son reconocibles en nuestro ordenamiento, y que se reflejan en sus normas positivas, si bien no se agotan ni reconocen su fuente última en ellas. Nos referimos a aquellos principios jurídicos que pueden ser identificados como esenciales en el ordenamiento, y sobre los cuales no es posible prescindir, condescender o transar, so pena de desarticular desde su base todo el sistema normativo¹⁹.

Entre estos principios identificamos tres que dicen relación con la materia que nos preocupa:

1º La protección de la vida y de la dignidad de la persona humana

2º La consideración preferente de los intereses y derechos del niño; y

3º La protección de la familia, cuyo cauce de constitución, social, jurídica y éticamente deseable, se encuentra en el matrimonio.

Cierto es que tales principios reconocen su fundamento último en consideraciones morales, (entendidas no a la manera voluntarista), pero al mismo tiempo debe reivindicarse su total y plena juridicidad, así como su vigencia en nuestro ordenamiento positivo. Con ellos es posible configurar criterios que resuelvan el problema de la admisibilidad *jurídica* de las nuevas técnicas, y nos permitan ir más allá de la valoración puramente ética²⁰.

¹⁸ Y ello no tanto porque el ordenamiento se baste así mismo por una plenitud de lógica immanente (como pretende KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, Edit. Universitaria de Buenos Aires, trad. Moisés Nilve, Argentina, 1960, pp. 172 y ss.); sino más bien porque aspira a una plenitud de carácter teleológico, esto es, a ser "un conjunto completo y estable de soluciones justas..."; labor en la que tiene especial relevancia el recurso a los llamados principios generales inducibles del mismo ordenamiento (LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1982, Nº 96 y 97, pp. 258 y 259).

¹⁹ Cfr. GORDILLO CAÑAS, ANTONIO, *Ley, principios generales y constitución*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1990, pp. 67 y ss.

²⁰ Es conveniente recalcar la distinción, puesto que el Derecho, siendo un orden de raíz moral, no se identifica íntegramente con la regulación ética. Su objeto es más limitado y no cubre todo el universo de virtudes reguladas o exigidas por el orden moral. Luego, la conclusión de que una conducta es reprochable desde un punto de vista ético, no implica necesariamente la afirmación de su antijuridicidad.

Como signos reveladores de la existencia de los referidos principios pueden citarse textos normativos expresos²¹. Así, respecto a la dignidad de la persona humana, pueden mencionarse las declaraciones constitucionales de que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1º Const.), "El estado está al servicio de la persona humana" (art. 1º Const.), o que "la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (art. 5 Const.). Lo mismo puede decirse, tal vez con mayor intensidad, sobre la protección de la vida de todo ser humano: la Constitución se encarga de garantizar "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica", disponiendo una especial protección para la vida naciente (art. 19, Nº 1 Const.). Asimismo, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, (publicado D. Of. 29 abril 1989), "Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente" (art. 6), ni "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos" (art. 7). Por su lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (D. Of. 5 de enero de 1991), declara que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción" (art. 4.1)

En relación con la protección de los derechos e intereses del infante, no puede dejar de mencionarse la Declaración de Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1959, según la cual "el niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" (considerando). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asimismo, determina que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna..., a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado" (art. 24). El Pacto de San José de Costa Rica contiene idéntica disposición (art. 19).

En forma categórica este principio se encuentra formulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y ratificada recientemente por Chile, (D. Of. de 27 septiembre de 1990). En dicho documento, se dispone que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen

²¹ La identificación de normas positivas que dan forma al principio constituyen un indicio de su existencia, mas no una condición de su vigencia, pues se trata, en verdad, de valores superiores al ordenamiento positivo. No parece, por otra parte, que criterios como "la naturaleza de las cosas" o la "dignidad del ser humano", que en definitiva remiten al Derecho natural, puedan descartarse por no ser "demostrables racionalmente, de modo tal de poder resultar capaces de producir consenso a nivel intersubjetivo", como escribe KAUFMANN, ARTHUR, "Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millennio", en *Rivista di Diritto Civile*, 1988, p. 214. Si la elección de los criterios a valorar depende del grado de consenso social, resulta en definitiva que el auténtico criterio regulador es éste último. Hay que convenir con LARENZ, en que "Los principios jurídico-éticos son criterios regulativos para el establecimiento jurídico de normas, a los que su fuerza interna de convicción les convierte en factores conformadores del desarrollo jurídico. A diferencia de los principios jurídico-técnicos, basados en motivos de oportunidad, son 'ideas': no sólo en sentido de una imagen subjetiva de representación, sino en sentido de 'verdades jurídicas' objetivas, evidentes por sí mismas... Los principios jurídico-éticos no son 'establecidos', sino que son 'hallados' o 'descubiertos'" (LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. E. Gimbernat, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, p. 326).

las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*" (art. 3.1).

Por último sobre la protección jurídica del matrimonio y la familia, también es posible invocar textos normativos que revelan la vigencia del principio. Así, la Constitución expresa que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad", y que constituye un deber del Estado el protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 23). Lo propio declara el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17).

La referencia a instrumentos jurídicos de carácter internacional está plenamente justificada, ya que ellos tienen en nuestro ordenamiento una influencia y obligatoriedad directas. El art. 5 de nuestra Constitución (reformado en 1989) consagra su recepción en el orden jurídico interno al disponer: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [aquellos que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los *tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*"²².

5. TECNICAS DE PROCREACION ARTIFICIAL Y PRINCIPIOS JURIDICOS

Una vez determinados los principios jurídicos que vertebran el ordenamiento chileno y que pueden incidir sobre nuestra materia, es posible examinar las diversas técnicas relacionadas con la reproducción humana para intentar determinar criterios de admisibilidad o inadmisibilidad jurídica para cada una de ellas.

a) *Destrucción y manipulación del embrión humano*

El principio de protección a la vida humana y a la dignidad del hombre impide toda destrucción voluntaria o deliberada de embriones humanos, así como la manipulación para efectos de investigación o experimentación científica, o para el aprovechamiento de sus tejidos, órganos o células, y, en general, para cualquier otro objetivo que no sea el mismo bienestar del *nasciturus*²³.

Tampoco parece compatible con dicho principio jurídico, la crioconservación (congelamiento) ni la "donación" de embriones, pues, aparte de que con

²² Puede verse sobre esta importante norma, el trabajo de FERNANDEZ GONZALEZ, MIGUEL ANGEL, "La reforma al artículo 5º de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XVI, 1989 (3), pp. 809 y ss.

²³ Igualmente, deben calificarse de contrarias al principio todas las alteraciones del patrimonio genético del huevo fecundado que no tengan por fin preservar su vida o salud, y, en especial, procedimientos tales como la clonación y la producción de quimeras o híbridos. La Recomendación 934 (1982), "sobre ingeniería genética", del Consejo de Europa, postula que "los derechos a la vida y a la dignidad del hombre sancionados en los arts. 2 y 3 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre implican el derecho de heredar caracteres genéticos que no hayan sufrido manipulación alguna".

dichos procedimientos se les expone a un serio riesgo de muerte²⁴, se atenta contra su dignidad de seres humanos, que en ningún caso consiente en que se les trate como cosas susceptibles de almacenamiento e intercambio²⁵.

Cierto es que la vida intrauterina presenta diversas fases de desarrollo progresivo: así los biólogos hablan de varias etapas (cigoto, mórula, blástula, embrión, feto), pero no es razonable sostener que la tutela jurídica del embrión deba ser más intensa en algunos de estadios y menos en otros; pues lo que está en juego es el bien jurídico "vida humana", la cual —es algo hoy por hoy indiscutido— existe desde la misma concepción y se mantiene cualitativamente igual en el desarrollo posterior de la criatura concebida²⁶.

No obstante lo anterior, en diversas instancias se ha propuesto hacer una diferencia de tratamiento entre el embrión antes de los catorce días posteriores a la fecundación y el embrión pasado dicho plazo²⁷. Se pretende así, consentir en la manipulación y uso experimental de embriones de dos semanas. La legislación española llega a calificar de *preembriones* a estos últimos, autorizando que sean crioconservados (congelados) en las mismas condiciones que el semen (art. 11.3, Ley 35/1988), y permitiendo, en caso de ser calificados como "no viables", su utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos (art. 17.2, Ley 35/1988).

Por otro lado, recientemente, la prensa ha dado noticia de que la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico ha aprobado un proyecto de ley por la cual se admite la experimentación en embriones de menos de catorce días²⁸.

La distinción parece ser el producto de una transacción, más que una valoración científicamente fundada. En primer lugar, es conveniente señalar que los

²⁴ Se ha admitido que la viabilidad de los embriones después del proceso de crioconservación es muy baja: 13-15 por ciento de supervivencia si se aplica el proceso rápido de congelamiento y 46 a 57 por ciento en el proceso lento. No hay estudios serios sobre la inducción de anomalías congénitas en los niños nacidos mediante esta técnica (Cfr. SOTO LAMADRID, M. A., ob. cit., p. 231).

²⁵ La crioconservación de embriones ha dado lugar a casos francamente espeluznantes, como el del matrimonio de residentes en Australia que murió en un accidente aéreo ocurrido en Chile y dejó dos embriones congelados en el Hospital Reina Victoria de Melbourne. En Estados Unidos, se ha debatido intensamente el caso de siete embriones crioconservados, procedentes de un matrimonio que antes de consumar la técnica se divorció; la mujer desea que los embriones le sean implantados, mientras que el marido reclama su destrucción; el juez de la Corte de Tennessee, por sentencia de septiembre de 1989, reconoció que los embriones son seres humanos y los entregó en custodia a la madre para que tenga la posibilidad de llevarlos a término por la implantación (cfr. "Morir de frío, vivir de frío", reportaje de Juan Cruz Cruz aparecido en *Nuestro Tiempo*, 1992, N° 453, pp. 107-105).

²⁶ De allí que el argumento basado en la falta de personalidad legal del embrión no tenga demasiada fuerza. En el peor de los casos, desde la fecundación hay un ser humano cuya vida debe ser resguardada y protegida. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que está en fase de desarrollo una revisión de la categoría jurídica del concebido, que tiende a reconocerle calidad de persona, o al menos de sujeto de derecho. Véase a ZAPATA, PATRICIO, "Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el Derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, 1988, pp. 375 y ss. y nuestro trabajo "Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), XIII, 1989-1990, pp. 33 y ss.

²⁷ El criterio de los "catorce días" aparece ya en el informe Warnock (Inglaterra) (rec. 43); es recogido también en el informe "Palacios" (España) (rec. 81 y 82), y en la Recomendación N° 1046/1986 del Consejo de Europa.

²⁸ Cfr. El Mercurio, 25 abril 1990, A, p. 7

catorce días pueden convertirse en meses, años o décadas, puesto que quienes propician el plazo de catorce días, se cuidan de advertir que no se cuenta en él el tiempo que los embriones permanecen congelados en crioconservación. En definitiva, la decisión sobre si dichos seres trasponen la barrera de la tutela jurídica de la vida queda en manos de los investigadores que los manipulan.

Por otra parte, ninguno de los fundamentos biológicos que se proponen para justificar el plazo resultan apreciables en terminos jurídicos. Así, por ejemplo, el más recurrido de la "implantación" (sólo al 14º día el huevo fecundado se implantaría en el útero), no es más que una diferencia accidental de lugar: ¿por qué cambiaría la naturaleza jurídica del sujeto a proteger, por el hecho de no estar ya en las trompas de la mujer si no, unos centímetros más abajo, en su matriz?²⁹

Tampoco la formación de la línea primitiva o de la cresta neural, que también se ha invocado a este respecto, dice mucho al jurista. El hecho de que el embrión en ese primer estadio pueda no ser apto para sentir dolor, no autoriza a disminuir la tutela sobre su vida. Asimismo, el que no esté completo el proceso de individualización del cigoto (por la posibilidad de fusión o división gemelar), debiera llevar, en el peor de los casos, al reforzamiento de la protección jurídica en esa fase, si se atiende al hecho de que no una, sino dos vidas de seres humanos podrían estar en juego.³⁰

En definitiva, parece más coherente afirmar que, cualquiera sea la fase de su desarrollo y el juicio que se formule acerca de su viabilidad, el embrión humano debe ser tutelado de manera afín a como el ordenamiento protege a la persona nacida, lo cual excluye toda manipulación que vulnere su derecho a desarrollarse y nacer. La disminución o atenuación de esta protección, conduce inevitablemente a rebajar el embrión a la categoría de "cosa" u "objeto" y a calificarle de simple "medio" apto para permitir la realización de aspiraciones o finalidades de otros.³¹

²⁹ Por otra parte, la evidencia biológica sugiere que la implantación se produce antes de ese plazo (entre el 6º y el 11º día). Cfr. LANGMAN, J., *Medical embryology*, Williams & Williams, 4º edic., Baltimore, 1981; y ZATTI, M., "La prospettiva del biologo (statuto biologico dell'embrione)", en *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana. Atti del Convegno di Verona, 2-3-4 e 25 ottobre 1986*, Padova, 1987, p. 182. La Exposición de Motivos de la ley española 35/1988, parece reconocer esto, pues habla de que la implantación se produce "alrededor" de los catorce días. Nos preguntamos, ¿cómo pueden extraerse consecuencias tan graves de un término tan difuso y por ende a todas luces arbitrario?...

³⁰ Escribe SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, "Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española" en *II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana"*, Trivium, Madrid, 1988, p. 105: "Mas, aun admitiendo las tesis biológicas del preembrión o embrión preimplantatorio, sustentadoras de la permisividad legal de manipulación; la ausencia, en fin, de unidad y de unicidad en él, que le privaría de individualización, resulta que la destrucción de un preembrión supondría la aniquilación de un ser humano con vida; esto nadie lo niega, a partir de lo cual, quedaría la duda de si se había destruido un individuo humano, o dos, o medio..."

³¹ Por otra parte, muchas veces no hay evidencias de la supuesta utilidad que reportaría el manipular embriones. El profesor JEROME LEJEUNE, en un artículo de prensa publicado en *Le Figaro* (17-IX-1990) desmiente que sea necesario utilizar embriones humanos para el estudio de enfermedades como la debilidad mental, la hemofilia, la miopatía o la mucoviscidosis, y termina con una conclusión estremecedora: "¿Por qué entonces se está intentando legalizar la experimentación con material humano? Por una razón que apenas nadie se atreve a decir: un embrión de chimpancé cuesta muy caro..." (El Mercurio, 21 de octubre de 1990, E, 15).

Por el contrario, todas aquellas técnicas biogenéticas, incluido el diagnóstico prenatal, que tengan por fin prevenir o solucionar patologías del embrión o que contribuyan a su más pleno desarrollo, resultan perfectamente admisibles jurídicamente, ya que, lejos de vulnerar el principio de protección a la vida y dignidad humanas, le dan efectivo cumplimiento³².

b) Procreación artificial en parejas unidas en matrimonio

Se hace necesario determinar si las nuevas técnicas de reproducción humana artificial pueden ser admisibles jurídicamente en sí mismas, es decir, sin que entren en juego otros factores externos derivados del contexto en el que se utilizan (pareja extramatrimonial, con intervención de terceros, mujer sola). En consecuencia, debemos analizar su compatibilidad con los principios jurídicos antes mencionados, en el caso de que ellas se practiquen en un matrimonio, y con gametos que proceden de ambos cónyuges (homólogo).

Principiemos por la fecundación *in vitro*. El principio de la protección de la vida y dignidad del ser humano, lleva a negar la legitimidad de su ejecución si ésta implica la destrucción premeditada de embriones ya concebidos y no implantados en el seno de la madre (los llamados embriones sobrantes). En efecto, la Fecundación *in vitro* en su modalidad habitual incluye la fertilización de un grupo de óvulos, de los cuales son seleccionados sólo algunos para su implantación en el útero materno, con la esperanza de que al menos en alguno de ellos el embarazo prenda. La ley española alude a esta hipótesis un poco eufemísticamente: "se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo" (art. 4, Ley 35/1988).

El mismo reparo cabe efectuar en el caso de que la técnica consista en la trasferecia de los embriones obtenidos *in vitro* a las trompas de falopio (ZIFT), en la medida en que se proceda a la destrucción de huevos fecundados no transferidos.

La ilicitud jurídica no desaparece por el hecho de que los embriones sobrantes no sean destruidos inmediatamente, sino que sean sometidos a crioconservación. Como queda dicho, este procedimiento constituye un atentado contra

Hoy, no obstante, se plantea la utilización de tejidos, células y órganos de embriones con fines terapéuticos. Actualmente, en Estados Unidos se están realizando a título experimental implantes de tejidos provenientes de fetos humanos para el tratamiento del Parkinson: en la revista *The New England Journal of Medicine*, de noviembre de 1992, (vol. 327, Nº 22, pp. 1541, 1549 y 1556), aparecen tres artículos que revelan experiencias en este sentido. Se sostiene, además, que el procedimiento también podría emplearse para la cura de la distrofia muscular o el mal de Huntington (Cfr. *El Mercurio*, 17 de octubre de 1992).

³² Señala la Instrucción Vaticana *Donum Vitae* que tales prácticas son admisibles también en el plano moral: "son lícitas las intervenciones sobre el embrión humano siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual". En particular, debe señalarse que todas las técnicas de diagnóstico fetal prenatal que se han desarrollado últimamente: amniocentesis, fetoscopia, muestreo de vellosidades crónicas, etc., son admisibles sólo en cuanto su finalidad sea la prevención o curación de enfermedades o malformaciones del embrión, y nunca cuando contemplan la posterior eliminación de los fetos no deseados. La Instrucción Vaticana *Donum Vitae* precisa que es menester, además, que estas técnicas no expongan a la criatura a "riesgos desproporcionados".

la vida del *nasciturus* (dados los escasos índices de resultados exitosos post-descongelamiento) e implica un grado de manipulación inadmisible atendida su dignidad de ser humano.

¿Qué decir del caso en que todos los embriones fecundados *in vitro* pudieran implantarse en el seno materno, aceptando la madre la posibilidad de un parto múltiple?³³ Evidentemente, la lesión del valor "vida humana" parece ser menor; no obstante, aún en este caso las dudas sobre la vulneración del principio persisten, puesto que tal procedimiento implicaría colocar deliberadamente a varios seres humanos en una situación de extremado peligro para su vida (es más, con la explícita pretensión de que mueran los más posibles, y en definitiva nazca uno sólo). Las estadísticas que se poseen muestran que el rango de embarazos exitosos en esta técnica es extraordinariamente bajo³⁴.

La inseminación artificial (IA), en cambio, no parece vulnerar, por sí misma, el principio jurídico de protección a la vida, por lo que no cabría hacer objeciones a su admisibilidad legal fundadas en esta razón. Y lo mismo podría decirse, aunque con mayores reservas, respecto de la transferencia intratubaria de gametos (GIFT)³⁵. No puede olvidarse empero que, incluso tratándose de una

³³ La Directiva Ministerial 1072, de 1985, exige que se implanten todos los óvulos fecundados: "debe establecerse que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida de embriones ni menos con fines de investigación". Llama la atención que se hable de implantar los cigotos "normales", expresión ambigua que puede servir para desechar embriones que el equipo médico califique de "anormales".

³⁴ Escasas son las estadísticas rigurosas y confiables que existen en la materia. Tanto que se ha hablado de que una falta de transparencia y opacidad en la aplicación de las técnicas. Los médicos que se dedican a la realización de estas prácticas hablan, sin hacer mayores precisiones de un 30 y 40, por ciento de éxitos. En Chile, el equipo de la Clínica de las Condes ha declarado a la prensa que entre mayo de 1989 y mayo de 1990, se aspiraron óvulos a 132 mujeres, teniendo un resultado, después de la realización de FIVTE ó ZIFT, de 31 niños nacidos y 23 embarazos (El Mercurio, Revista del Domingo, 19 de agosto de 1990). Es decir, suponiendo muy optimistamente que los 23 embarazos hayan llegado a buen término, obtendríamos un porcentaje de alrededor de un 40 por ciento de éxito, lo que parece francamente exagerado si se observan los resultados obtenidos por los equipos médicos de mayor renombre mundial. No obstante, aún haciendo fe en este "porcentaje" habría que concluir que, según las propias declaraciones de sus auspiciadores, en el 60 por ciento de los casos el embrión no llega a existir o nacer. Más realista parece ser otra crónica de prensa, que nos revela que el programa de Fertilización Asistida del Hospital Clínico San Borja-Arriarán (centro asistencial estatal), desde enero de 1989 a febrero de 1991, "de las más 40 pacientes tratadas, sólo se lograron 6 embarazos, todos los cuales terminaron en aborto"; sólo un embarazo, al final de ese período, llegó a buen término (justamente el que motiva la crónica) (Cfr. La Epoca, 14 de febrero de 1991).

Estudios imparciales llegan a la conclusión de que el buen éxito de la FIV, es decir, el nacimiento de un niño vivo constituye menos que el 5 por ciento de los casos. Así lo afirma el informado estudio de MARCUS-STEIFF, JOACHIM, "Les taux de 'succès' de la FIV. Fausses transparences et vrais mensonges", dossier publicado en *La recherche*, vol. 21, 1990, (225), pp. 1299-1312.

³⁵ Las reservas provienen del relativo porcentaje de éxito que alcanza esta técnica (30 a 35 por ciento según declaraciones del Dr. César Cafati, Coordinador General del III Congreso Latinoamericano de Esterilidad y Fertilidad, cfr. La Tercera de la Hora, suplemento "De mujer a mujer", 9 de octubre de 1990), y, además, de que se ha señalado de que el riesgo de malformaciones en los fetos obtenidos por GIFT parece ser bastante elevado (Cfr. SCHEPENS, PHILIPPE, "Fecundación *in vitro* y procreación artificial: ¿un paso hacia atrás para la humanidad?", en *Respeto a la vida naciente. Procreación artificial y experimentación fetal*, Actas del ciclo de conferencias de Caracas, 23-25 de mayo de 1989, Provive, Caracas, 1989, p. 84).

pareja casada, ambos procedimientos pueden considerarse contrarios a imperativos de carácter puramente moral (por romperse en ellos los presupuestos naturales de la sexualidad: los aspectos unitivo y procreativo del acto sexual³⁶); imperativos que, si bien pueden no ser recogidos directamente por el ordenamiento positivo, alcanzan una incidencia refleja en él: así, podría sostenerse que los contratos o actos jurídicos relativos a tales prácticas (IA o GIFT homólogos) presentan siempre un objeto o causa ilícita, por ser contrarios a la moral y las buenas costumbres (arts. 1461.3 y 1467.2 Código Civil).

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de una pareja casada, deben considerarse lícitas, tanto jurídica como moralmente, aquellas acciones terapéuticas que tengan como finalidad ayudar a que el acto sexual realizado naturalmente alcance su objetivo último, sin sustituirlo ni manipularlo³⁷.

c) *Procreación artificial en parejas no casadas*

Aparte de las inquietudes que surgen por la aplicación de las nuevas técnicas a parejas matrimoniales, se ha discutido si ha de autorizarse su uso a parejas que, no estando legalmente casadas, mantienen una convivencia extramatrimonial análoga al matrimonio.

Entendemos que no debiera haber mayor problema para contestar negativamente esta cuestión. En efecto, no se tienen en cuenta los intereses del niño y, además, se menoscaba la protección debida a la familia, si se autoriza el uso de estas prácticas a parejas extramatrimoniales, por mucha estabilidad que pueda atribuírseles. A pesar de los embates que sufre hoy la institución matrimonial como acto jurídico obligatorio, parece claro todavía que el entorno afectivo ideal para que el niño nazca, crezca y desarrolle sus potencialidades, sigue siendo el seno de una familia fundada en el matrimonio. En ésta el niño no encontrará esa supuesta "estabilidad" de quienes, si no han querido formalizar su unión ante el Derecho ha sido justamente para escapar a sus dictados y mantener la posibilidad de romper su convivencia en cualquier momento y sin

³⁶ La cuestión es debatida respecto del método GIFT. La Instrucción Vaticana "*Donum vitae*" no se pronuncia explícitamente sobre esta técnica, en razón de ser poco conocida aún a la fecha de publicación del texto pontificio. Según la opinión de algunos el método sería lícito si se lo entiende como una ayuda al proceso natural para que la fecundación se produzca dentro del vientre de la mujer. Sin embargo, la tesis que tiende a prevalecer es que en este caso más que ayuda hay una manipulación y una sustitución, siquiera parcial, del acto sexual, por lo cual no sería moralmente admisible (Cfr. MONGE FERNANDO, *Persona humana y procreación artificial*, Palabra, Madrid, 1988, pp. 85-87). El Cardenal Edouard Gagnon, Presidente del Consejo Pontificio para la Familia, ha dicho sobre este método: "en el momento actual la cosa está tan dudosa, tan incierta y con tantos peligros, desde el punto de vista médico, que yo no lo aconsejaría" (en *Respeto a la vida naciente. Procreación artificial y experimentación fetal*, Actas del ciclo de conferencias de Caracas, 23-25 de mayo de 1989, Provive, Caracas, 1989, p. 84).

³⁷ Según la Instrucción Vaticana "*Donum Vitae*", "la inseminación artificial homóloga no se puede admitir, salvo el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural". Así, parece que en el contexto del documento sería moralmente admisible la utilización de un condón perforado o de Milex que permite recoger los espermios de una relación sexual normal y abierta a la vida, para luego depositarlos en el cuello uterino o en el útero de la mujer (Cfr. PEREZ SANCHEZ, ALFREDO, Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad", en *Teología y Vida*, vol. XXIX, 1988, pp. 10-11).

invocar motivos; encontrará, en cambio, la estabilidad basada en un amor reconocido como compromiso jurídicamente obligatorio y con vocación de permanencia.

d) *Procreación artificial con intervención de terceros (donación de gametos y maternidad de sustitución)*

La necesidad de impedir la aparición de poderosos conflictos en el seno de la familia hace desaconsejable que un individuo extraño a la pareja conyugal entre a desempeñar un rol tan esencial en el proceso de la generación como la aportación genética o la gestación. De allí que estos tipos de aplicación de las técnicas se revelen, a nuestro juicio, como incompatibles con el principio de protección a la familia y de resguardo del interés superior del niño³⁸.

Conviene aclarar que la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, con intervención de donante de gametos o de madre gestante o portadora, no pueden considerarse remedios para subsanar la esterilidad, puesto que ésta no desaparece al emplearse aquéllas.

Es curioso observar, por otro lado, que ante los dramáticos conflictos suscitados con ocasión de estas prácticas, ha ganado fuerza la posición contraria sólo a una de las formas de procreación artificial con intervención de terceros: la llamada maternidad de sustitución o por subrogación³⁹. En verdad, resulta claro que los contratos o pactos en los que se conviene el servicio de llevar a término una gestación para luego entregar el hijo resultante, adolecen de ilicitud, pues, en definitiva, transforman en objeto de comercio la misma persona humana⁴⁰.

³⁸ No puede dejar de llamar la atención el daño que deliberadamente se infiere al niño, al duplicarse o triplicarse el vínculo parental: el niño tendrá padres biológicos, distintos de los afectivos, distintos de los legales o sociales, etc. Por eso se ha constatado que esta "disociación" de la paternidad o maternidad es un verdadero mal que debe ser evitado (Cfr. SERANI, ALEJANDRO, en Texto de estudio N° 13, (apuntes mecanografiados), Nociones Fundamentales y aplicadas de Ética Clínica, A. Serani y M. Lavado, Facultad de Medicina PUCCH, 1992).

³⁹ Es ya famoso el caso norteamericano de la madre que dio a luz un hijo por encargo y se negó a entregarlo al matrimonio que le había pagado por el embarazo; lo cual obligó a los cónyuges "arrendadores" a exigir judicialmente la entrega del niño. En definitiva, la Corte, soslayando el problema de la maternidad, dio la tuición al marido de la mujer encargante, quien era el padre biológico de la criatura (Superior Court of New Jersey, 31- III- 1987, press. H.R. Sorkow *Guardiam ad litem L.A. Abrahm, Stern v. Whitehead*; véase el texto en italiano en *Il Diritto della famiglia e delle persone*, 1987, pp. 1515-1563).

⁴⁰ En Inglaterra, existe una ley que penaliza la comercialización de esta práctica: la *Surrogacy Arrangements Act* 1985, chapter 49, cuyo texto en italiano puede verse en ASCONE y ROSSI CARLEO, ob. cit., pp. 193-197. La ley española, si bien no establece sanciones penales, determina que en cualquier caso la maternidad será atribuida a la mujer gestante (art. 10.3 Ley 35/1988). En Francia, la Corte de Casación ha juzgado recientemente que es nula una asociación organizada para prestar el servicio de "madres sustitutas" (S. 13 de diciembre de 1989, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, p. 273), así como que no corresponde autorizar la adopción plena respecto de la madre sustituida si tiene por objeto culminar el acuerdo de maternidad subrogada: "Esta adopción - dijo la Corte- no era más que la última fase de un proceso de conjunto destinado a permitir a una pareja el acogimiento en su hogar de un niño, concebido en ejecución de un contrato destinado al abandono de éste a su nacimiento por su madre, y que, conteniendo un atentado contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, este proceso constituye una desviación de la institución de la adopción" (*Recueil Dalloz-Sirey*, 1991, p. 417).

En Chile, ROZAS VIAL, F., ob. cit. p. 737, se pronuncia claramente por la nulidad de los pactos de maternidad subrogada, por adolecer de causa u objeto ilícito.

En cambio, la intervención de terceros a través de la donación de gametos (especialmente de semen), está aún en abierta discusión y algunas legislaciones, como la sueca y la española, la aceptan sin problemas. No obstante, persisten las dudas sobre la conveniencia de su utilización. El Parlamento Europeo se muestra reacio a aceptar la fecundación heteróloga, por donación de semen o de óvulos (la Resolución de 16 marzo 1989, doc. A 2-372/88, la admite sólo como "*extrema ratio*" en casos de esterilidad irresoluble o de riesgo de malformaciones).

En verdad, la donación de gametos no puede ser parangonable a la donación de otro tipo de órganos del cuerpo que se desvinculan plenamente de la persona de la cual son extraídos. Las células germinales proyectan una dimensión única e inescindible de la persona humana; ellas conllevan el ejercicio de las facultades generativas, y éstas no pueden concebirse como desligadas del individuo humano que las posee⁴¹.

e) Anonimato del tercero interviniente

El anonimato del tercero que interviene en la procreación artificial heteróloga, particularmente del donante de semen, ha sido uno de los puntos más fuertemente defendidos en los comienzos de la aplicación de estas prácticas. Se temía que sin esa reserva no sería posible contar con un suficiente número de "donantes" bien dispuestos. A este factor práctico se agregan hoy otras razones más de fondo: se señala que el anonimato tendería a impedir el surgimiento de pretensiones de carácter económico en contra del donante y mantendría el equilibrio psíquico del niño ya inserto en un hogar, que por el descubrimiento de la verdad podría sufrir una grave alteración⁴².

Pero debe notarse que la protección del anonimato del progenitor biológico se plantea en contra de la tendencia internacional en materia de filiación, que es el reconocimiento cada vez más amplio de la libertad para investigar la paternidad. Así se da en este punto la paradoja de que autores que hasta hace poco tiempo se empeñaban en hacer posible la determinación de la filiación en todos los casos, hoy resulten aceptando que en el supuesto de procreación artificial ese derecho del hijo no tenga aplicación. La experiencia española es muy ilustradora a este respecto⁴³.

⁴¹ El Parlamento Europeo ha señalado, además, que si bien el deseo de maternidad puede ser satisfecho con la donación de semen heterólogo, no puede decirse lo mismo del deseo de paternidad, y que la diversa relación de los cónyuges con el hijo puede causar conflictos en el arco de toda su vida (doc. A 2-372/1988, de 16 de marzo de 1989).

Por otra parte, también se ha puesto de relieve que si se considera inadmisibles la maternidad de sustitución, tampoco puede justificarse la donación de gametos, pues "la donación de esperma es una donación de paternidad, la donación de óvulos lo es de una maternidad genética. Tienen objeto ilícito, porque una paternidad o una maternidad no es cosa que esté en el comercio" (KAYSER, P., ob. cit., p. 198).

⁴² Cfr. PATTI, SALVATORE, "*Verità e stato giuridico della persona*", en *Rivista di Diritto Civile*, 1988, I, p. 239.

⁴³ Después de un fatigoso camino, se plasmó en la Constitución de 1978 la libertad de investigación de la paternidad. Según el art. 39.3 de dicha Constitución, la ley debe posibilitar la investigación de la paternidad, y esta norma ha obligado a modificar el Código Civil para suprimir las restricciones que existían sobre la materia (reforma de 1981). Con la ley 35/88, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en cambio, se contradice el principio constitucional, y se establece que, salvo

Por nuestra parte, pensamos que el principio que considera la superioridad del interés del niño conduce a concluir que, si de hecho se llega a realizar una inseminación artificial (IA) o fecundación *in vitro* (FIV) con gametos aportados por un tercero, la ley debe respetar y facilitar el derecho a conocer, no sólo las características generales (fenotípicas), sino la misma identidad personal del padre o madre biológicos; de lo contrario se incurriría en la negación arbitraria de una de las más legítimas aspiraciones de todo ser humano, cual es la de conocer sus raíces. Las razones que se aducen para mantener el anonimato absoluto no pueden ser preferidas por sobre el ejercicio de este derecho fundamental, que cada vez va siendo más percibido y apreciado desde la perspectiva jurídica⁴⁴.

Si bien la postura que favorece el anonimato del tercero ha comenzado siendo muy fuerte, hoy puede apreciarse un franco retroceso en favor de la doctrina de la "verdad biológica". De hecho, la ley sueca ha terminado por reconocer el derecho al hijo mayor de edad de conocer la identidad del "donante", y la misma ley española permite su revelación cuando exista peligro para la vida del hijo (art. 5.5 Ley 35/1988).

f) Procreación artificial *post mortem* y de mujer sola

La conveniencia de que el niño se desarrolle en el seno de un hogar compuesto de padre y madre, en el cual pueda identificar claramente los roles masculino y femenino, es destacada por una variedad de estudios psicológicos; y es reconocida por los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de la infancia.

De allí que no pareciera haber demasiadas dudas para afirmar que la procreación artificial *post mortem* y la de mujer sola, al privar al hijo de la posibilidad de ser acogido en un hogar familiar compuesto de padre y madre, se presentan en contradicción con el interés superior del niño, y por tanto no debieran ser consideradas admisibles jurídicamente⁴⁵.

casos extraordinarios, el hijo no puede conocer la identidad del donante; sino que sólo le es posible acceder a los datos inmunológicos o fenotípicos, sin que se incluya su identidad (arts. 5.3, 7 y 8).

⁴⁴ En nuestro país, la tendencia a permitir el conocimiento de la filiación real ha tenido un importante avance con la ley 18.703 (D. Of. 10 de mayo de 1988) que sustituyó la antigua legitimación adoptiva por la llamada adopción plena, modificando las normas anteriores que disponían la destrucción del expediente de adopción. Según el art. 34 de la nueva ley, los autos no son destruidos, sino conservados en el Archivo General del Registro Civil, de donde pueden salir por resolución judicial. Además, el mismo artículo concede el derecho para pedir copia de la sentencia de adopción, previa resolución judicial, al adoptado y sus descendientes legítimos.

La Convención sobre Derechos del Niño (ratificada por Chile, D. Of. del 29 de abril de 1989) dispone expresamente que "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres..." (art. 7).

⁴⁵ Como bien señala NAQUIRA, J., ob. cit., p. 20, "Es deber de la sociedad toda velar no sólo por el reconocimiento y protección de los derechos humanos de todos sus miembros existentes, sino además de todos aquellos que algún día lleguen a ser tales. En consecuencia, no puede permitirse que alguien pueda poner a un ser humano que pueda llegar a existir, en forma deliberada, consciente y anticipada, en una situación vital irregular que atente contra sus derechos fundamentales (naturales y preexistentes)". En particular, sobre la procreación *post mortem*, puede verse nuestro trabajo "La procreación artificial *post mortem* ante el derecho", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pp. 5 y ss.

Además, no debe olvidarse que la autorización de tales técnicas puede llevar a resultados realmente aberrantes, como por ejemplo, el llamado "salto generacional" (la gestación de un niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes), en la procreación *post mortem*⁴⁶; o la inclusión de un hijo en el seno parejas homosexuales, utilizando la procreación en mujer sola⁴⁷.

Por último, cabe destacar que ya a estas alturas la justificación invocada para la realización de estas técnicas, vale decir, que ellas constituyen un medio de subsanar y remediar la esterilidad de la pareja humana, queda totalmente relegada al olvido. En efecto, tanto en la procreación *post mortem* como en la de mujer sola no hay propiamente ninguna esterilidad que remediar.

6. DEL "DERECHO A LA SALUD" AL "DERECHO A PROCREAR" Y AL "DERECHO AL HIJO"

Para justificar las nuevas técnicas de reproducción se ha invocado, sobre todo en los primeros años, el derecho que tendría la pareja aquejada por una esterilidad a demandar las acciones sanitarias que pudieran poner término a ese frustrante impedimento. Hasta el día de hoy se sigue señalando que la gran finalidad justificatoria de las técnicas residiría en que mediante ellas se pone remedio a la infertilidad humana⁴⁸.

No obstante, un poco más tarde, se comienza a pensar que lo que justifica estas técnicas es la existencia de un derecho a procrear que corresponde reconocer a todo individuo, derivado del derecho a la vida⁴⁹. Con ello, se sostiene que

⁴⁶ En carta dirigida al autor, el profesor austriaco Martin Schlag destaca este terrible problema y menciona un caso sucedido en Sudáfrica de una abuela-madre subrogada de los hijos de su propia hija (carta de 10 febrero de 1990).

⁴⁷ Respecto de la legislación española advierte LLEDO YAGUE, F., ob. cit., p. 1259, que de la exégesis in toto de la Ley de Reproducción Humana no se exige como *condictio iuris* el requisito de la heterosexualidad, "con lo cual una interpretación "generosa"... permitiría ser destinatario de las técnicas incluso a parejas de lesbianas...".

Esta no es una hipótesis de ciencia ficción: en 1986, en Bélgica habían 26 solicitudes aceptadas, procedentes de parejas de mujeres lesbianas, para la realización de una IA o FIV con semen de donante. Cfr. MEULDERS-KLEIN, M. T., ob. cit., p. 648, nota 8. En Francia, la Corte de Bordeaux ha debido resolver sobre la tuición y derecho de visita de un menor concebido por una mujer soltera lesbiana con semen de un donante voluntario también homosexual (S. 22 de abril de 1992, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, 3, p. 553).

⁴⁸ La Directiva Ministerial N° 1072, declara que "Estos procedimientos constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas en las cuales diversas afecciones y situaciones contrarias al natural desarrollo de la vida, impiden la concepción".

⁴⁹ La misma Directiva Ministerial N° 1072 señala en sus considerandos que "la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección del que está por nacer... incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción". Este mismo enfoque lleva a EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, t. I, pp. 101 y ss. a propiciar la legalización de estas técnicas, si bien limitadas a la pareja matrimonial infértil.

No obstante, este derecho fácilmente es extendido al simple deseo de procrear: "desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia - dice la Exposición de Motivos de la Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida- en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente".

no sólo deben autorizarse estas técnicas en casos de infertilidad comprobada, sino también cuando ellas sean el medio apropiado para dar cumplida satisfacción a este derecho a procrear.

Finalmente, se habla ya directamente de un "derecho al hijo", y se comienzan a ver estas técnicas como medios idóneos para deparar un hijo a toda persona que desee satisfacer sus ansias de paternidad o maternidad en cualquier circunstancia⁵⁰. Las técnicas de reproducción artificial no serían ya subsidiarias del ejercicio natural de la sexualidad, sino alternativas a éste, cuando los individuos deseen un hijo sin someterse al método natural: se plantea de esta forma la no discriminación en el empleo de estas técnicas y su apertura también a mujeres solas, viudas, parejas homosexuales, etc.

Ninguna de estas justificaciones nos parece que permiten legitimar la práctica de estas técnicas, en cuanto ellas afectan principios jurídicos superiores como lo son el derecho a la vida y a la dignidad de persona del embrión humano, la protección de los intereses del niño y la protección de la familia.

Es cierto que la esterilidad es un mal respecto del cual se tiene el derecho de buscar alivio; pero su superación no puede intentarse por cualquier medio y a cualquier costo. La fecundación *in vitro*, en sus distintas modalidades, que posibilita la procreación a costa de atentar directamente o poner en serio peligro la vida de muchos otros seres humanos, no puede considerarse legitimada jurídicamente por la bondad del fin perseguido. Un buen fin, no justifica un medio injusto. Por otro lado, hay que señalar que en muchas ocasiones con la fecundación *in vitro* y sus técnicas afines, las mujeres usuarias lejos de procurar satisfacción a su derecho a la salud, lo ven menoscabado⁵¹.

Sobre el derecho a procrear, entendemos que éste puede considerarse incluido en el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad, pero evidentemente dicho derecho debe enmarcarse en el contexto natural de la reproducción humana. Es decir, no puede ser un derecho absoluto e ilimitado. Se trata sólo del derecho a la realización de los actos propios de la generación, sin que quede comprendido dentro del contenido exigible del derecho el resultado positivo del acto reproductor.

Menos justificable nos parece el llamado "derecho al hijo". El hijo no puede ser considerado un objeto de derechos. El hijo es sujeto de derechos, y

⁵⁰ Se trata de la realización del slogan de mayo del 68: "un niño si es que quiero, y cuando quiera". En un artículo aparecido en *Le point*, Hervé Ponchelet y Marie-Thérèse Guichard, hablando de la "obstinación bebelógica" que la práctica de la fecundación *in vitro* ha dado lugar, escriben: "es tiempo lo que falta a algunas mujeres que han realizado estudios, programado una carrera y por lo tanto han postergado el momento de tener guagua. Tienen la intención de quedar embarazadas en el momento en que lo decidan. La medicina que les permitió con la píldora, bloquear sus ciclos ¿no sería capaz de desbloquearlas a gusto? De este modo nace el 'derecho al niño', una nueva exigencia consumista, a la cual los médicos desconcertados entre su ética y su deber de asistencia, deben desde ahora en adelante hacer frente" (El Mercurio, 27 de octubre de 1990, D, p. 16).

⁵¹ Aparte de los perjuicios físicos que pueden resultar de las intervenciones repetidas a las que se ven expuestas las mujeres usuarias de estas técnicas, recién se comienzan a estudiar las consecuencias psicológicas, sobre todo en aquellas que no obtienen un embarazo exitoso (Cfr. El Mercurio, 27 de octubre de 1990, D, p. 16).

Por otro lado, la experiencia revela que resulta muy difícil controlar la finalidad terapéutica de estas técnicas, así como su mismo carácter medicinal. En Estados Unidos se observa en la actualidad una creciente comercialización de las técnicas, que incluso ya no se practican sólo en Centros hospitalarios, sino en locales de empresas destinadas al rubro (Cfr. El Mercurio, 9 de agosto de 1992, E, p. 21)

como ya queda señalado lo que debería considerarse en primer lugar frente a estas nuevas técnicas biomédicas son justamente los derechos e intereses del niño (presente o futuro)⁵².

7. CONCLUSIONES

Sin ánimo de repetir los conceptos expuestos, puede ser útil recapitular aquellas ideas matrices que estructuran el trabajo y deducir algunas iniciativas que deberán ser abordadas en el futuro:

1) Es necesario que el jurista enfrente los problemas derivados de la realización de las técnicas de reproducción artificial con mentalidad positiva, pero intentando confrontar dichas técnicas con los principios que se deducen del ordenamiento y que recogen valores superiores, para así determinar, previamente, su admisibilidad o inadmisibilidad jurídica.

2) Los principios jurídicos que parecen directamente implicados y que deberían tenerse en cuenta en esta materia son: a) el de protección a la vida y a la dignidad humanas, b) el de protección al interés superior del niño, y c) el de protección a la familia y al matrimonio.

3) Al confrontar las nuevas técnicas reproductivas con estos principios, se deduce que la mayor parte de ellas, en las modalidades en que se las lleva a cabo en la actualidad, no pueden ser consideradas admisibles jurídicamente en nuestro sistema.

No obstante, el estudio aquí realizado es una mera aproximación al problema, puesto que éste amerita un análisis mucho más detenido, y quizás en un ámbito interdisciplinar. No puede olvidarse, por otra parte, que el desafío del jurista no se agota en encarar la cuestión de la prohibición o declaración de licitud, sino que se extiende a las consecuencias jurídicas de las técnicas que se lleven a cabo conforme y contra las prescripciones jurídicas.

Frente a las posibilidades de abuso y manipulación arbitraria del embrión humano, sería deseable estudiar la conveniencia de formular, como primer paso en la regulación de las nuevas técnicas biomédicas, un texto legal marco que se preocupe de establecer normas de *protección a la infancia embrionaria*, y que dé cumplimiento a la declaración constitucional de que "La ley protege la vida del que está por nacer" (19, N° 1, Const.); ya que esta fórmula constituye no sólo una garantía, sino un mandato enderezado al legislador para que adopte las medidas legales que den una cobertura protectora completa al niño no nacido.

Una amplia reflexión sobre la trascendencia de la dignidad del ser humano, de todo el hombre, y de todos los hombres, podrá permitirnos articular respuestas jurídicas coherentes y fructíferas a los desafíos planteados por las ciencias médicas en materia de reproducción humana. Donde falte el sentido de lo humano, y del valor intangible de la persona, no será posible evitar que los descubrimientos y los avances tecnológicos terminen avasallando al mismo ser que pretendían servir. El progreso de la humanidad debe marchar por caminos humanos.

⁵² Cfr. MEULDERS-KLEIN, M. T., ob. cit., pp. 663 y ss.