

UNIVERSIDAD DE AUSTRAL DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho



Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad
civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida

Profesor Patrocinante: Susan Turner Saelzer.

Memorista: Patricia Gallardo Maldonado.

Valdivia Chile 2002

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

"Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida"

Patricia Gallardo Maldonado

En conformidad con el artículo 41 del Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, me corresponde informar la memoria de prueba presentada por la egresada de Derecho doña Patricia Gallardo Maldonado.

El trabajo se dividió en tres capítulos: el primero, referido a la naturaleza jurídica del embrión y a los derechos que a éste se le reconocen en nuestra legislación, conforma el marco conceptual para abordar en los capítulos siguientes la problemática de la manipulación genética y experimentación en embriones humanos y la responsabilidad civil que pueden generar estas prácticas. Esta estructura facilita la comprensión de las distintas partes de la memoria y guía al lector en un examen ordenado de las materias.

En el capítulo primero, la Sra. Gallardo aborda el tema del régimen jurídico aplicable al embrión humano. Con notable claridad, desarrolla el concepto de preembrión y plantea las consecuencias de calificar jurídicamente al embrión como cosa o como persona, profundizando en el aspecto de su comerciabilidad (p.12) y en el momento en que, de aplicársele el estatuto jurídico de las personas, comenzaría su condición de tal (p. 15).

A continuación, la memorista estudia el estatuto jurídico del embrión a la luz de las disposiciones constitucionales y legales nacionales, defendiendo fundadamente, la posición consistente en que el embrión es un sujeto de derechos desde el mismo momento de la concepción, desde el primer instante de la unión de las células reproductoras masculina y femenina(p.19).

Siguiendo expresamente dicha tesis (p. 27), la memorista desarrolla a continuación, los derechos que el ordenamiento jurídico chileno le reconocería al embrión.

En el capítulo segundo, y después de definir los conceptos de manipulación genética y experimentación humana, el trabajo se concentra en la descripción de la argumentación a favor y en contra de la experimentación en embriones (p. 34). Allí se encuentra una completa y ordenada síntesis de las distintas visiones que existen sobre el tema que, además, deja de manifiesto, como ellas engarzan con corrientes religioso-morales diversas. En cuanto a las técnicas de manipulación genética, la postulante analiza aquellas relacionadas con las técnicas de reproducción asistida (p.39). Incorpora un interesante análisis de derecho comparado referido a la regulación española sobre investigación y experimentación embrionaria (p.47), como referencias a las leyes respectivas de Inglaterra y Alemania, (pp.49 y 50).

El capítulo tercero, relativo a la responsabilidad civil derivada de las técnicas de reproducción asistida, presenta una sistematización original y valiosa. Se analiza en primer término, la responsabilidad generada por daños ocasionados directamente en la persona del paciente (p. 54). Considerando los avances en las técnicas de diagnóstico prenatal, se estudia a continuación, la responsabilidad por transmisión de enfermedades genéticas previsibles (p.55), distinguiendo entre la responsabilidad del médico, de los padres y del donante de gametos. Especial interés merece, a mi parecer, la eventual responsabilidad de los padres frente al hijo nacido con taras hereditarias, en donde se enfrentan los argumentos de la vida como lucro compensable y la vida como máximo valor (p. 59). Por último, se aborda la responsabilidad derivada de la inadecuada selección del material genético (p. 63).

Las conclusiones de la memoria dan cuenta de un estudio meditado de los diversos temas tratados. La postulante se inclina por una posición en la discusión sobre el estatuto jurídico aplicable al embrión humano y coherentemente con ella, extrae conclusiones en el plano de la experimentación y manipulación sobre los mismos y en el de la responsabilidad derivada de las dichas prácticas.

El mayor mérito de esta memoria radica, en mi concepto, en el esfuerzo de sistematización realizado en un ámbito en el que la argumentación jurídica tiende a confundirse con consideraciones de otra índole, religiosas, morales o éticas. La Srta

Gallardo mantiene su perspectiva jurídica a lo largo del trabajo y logra presentar, siempre en forma lógica y ordenada, los aspectos más relevantes de la cuestión. En ello demuestra una alta capacidad de comprensión y de criterio jurídico. Sus aportes personales siempre están fundados y resulta loable la coherencia entre sus tesis y sus conclusiones.

El tratamiento de los temas es amplio y en general, bien respaldado. La bibliografía utilizada resulta ampliamente suficiente y actual y el vocabulario técnico aparece correctamente empleado.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, califico la presente memoria de prueba con nota siete (7,0).

Profesora de Derecho Civil

Valdivia, 14 de agosto del 2002

Indice

Tema	Página
Introducción	1
I. Capítulo I: Formación y Naturaleza Jurídica del Embrión Humano	3
1. Concepto de Embrión Humano	3
2. Concepto de Preembrión	4
3. Críticas al concepto de Preembrión	6
4. Naturaleza Jurídica del Embrión Humano	8
4.1 El Embrión Humano en cuanto cosa	10
4.1.1 El Embrión considerado cosa corporal	11
4.1.2 La comerciabilidad del Embrión	12
4.2 El Embrión Humano en cuanto persona	14
4.2.1 Teoría de la aparición de la cresta neural	14
4.2.2 Teoría de la anidación	15
4.2.3 Teoría de la segmentación	15
4.2.4 Teoría de la potencialidad del Preembrión	16
4.2.5 Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo	16
5. Derechos del Embrión Humano en nuestra Legislación	26
5.1 Derecho a la Vida	26
5.2 Derecho a la Integridad Física	28
5.3 Derecho a la Intimidad	29
5.4 Derecho a Ser Tratado como Persona	29
II. Capítulo II: Manipulación Genética y Experimentación en Embriones Humanos	29
1. Experimentación terapéutica y no terapéutica en embriones humanos	32
2. Fundamentos a favor y en contra de la experimentación en embriones humanos	33

2.1 Fundamentos a favor de la experimentación en embriones	33
2.2 Fundamentos en contra de la experimentación en embriones	34
3. Técnicas Experimentales de Desviaciones en embriones humanos	37
3.1 Ectogenesis	37
3.2 Elección de Sexos	38
3.3 Fecundación Inter-Especies	39
3.4 Fusión de Preembriones o Quimeras	39
3.5 Clonación	39
4. Congelamiento o Crioconservación de Embriones Humanos	42
4.1 Tiempo de Conservación. Su regulación	44
5. Tratamiento Legal de la Ingeniería Genética	45
5.1 Tratamiento legal de la ingeniería genética en nuestro país	49
III. Capítulo III: Responsabilidad Civil por Daños Derivados de la Técnicas de Reproducción Asistida	51
1. Daños Causados Directamente al Paciente	52
2. Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades Genéticas Previsibles	53
2.1 Responsabilidad del Médico	53
2.1.1 Frente a los padres del nacido con enfermedades o malformaciones	54
2.1.2 Frente al nacido con taras o malformaciones	55
2.2 Responsabilidad de los Padres frente al Nacido	57
2.3 Responsabilidad del Donante de Gametos	59
3. Responsabilidad Civil derivada de la Inadecuada Selección del Material Genético	60
IV. Conclusiones	63
V. Bibliografía	66

Introducción.

Uno de los objetivos del Derecho es crear los medios y garantías suficientes para que el individuo no sea privado o lesionado en sus derechos esenciales. Para ello, debe entregar reglas claras y precisas respecto de las obligaciones y derechos que les asisten y de como solucionar los conflictos que se verifiquen. Así, el estamento jurídico debe ir evolucionando conjuntamente con los cambios sociales, especialmente con el avance tecnológico y más aún cuando este mayor desarrollo puede influir o intervenir directamente en el desarrollo de la vida humana.

Si bien es cierto que nuestra legislación contiene normas que indudablemente apuntan a la inequívoca protección “del que está por nacer” desde el momento mismo de la concepción, cuestión que se desarrolla en las páginas siguientes, no es menos cierto que ella no se ha venido adecuando conceptualmente al vertiginoso avance científico y tecnológico que ha conseguido identificar, hace bastante tiempo, estados diferentes de desarrollo del ser humano, desde el momento mismo en que el óvulo es penetrado por el espermatozoide hasta antes del alumbramiento, pudiendo además, intervenir (interrumpiendo o prolongando), ya sea para fines científicos o terapéuticos, en el desarrollo de la vida humana, experimentando con ella tanto dentro como fuera del vientre materno.

Este sorprendente desarrollo si bien ya no es causa de asombro, sí concita enorme preocupación el poder definir acertadamente los límites que debiera tener la manipulación de la vida de las personas, es decir, ¿Cuándo y Hasta dónde debe considerarse lícita la manipulación genética e intervención en el desarrollo de la vida humana? ¿Qué es ética, moral y jurídicamente aceptable en esta controversia?

Sorprende entonces, pese al conocimiento que se tiene sobre esta materia, no encontrar aún en nuestra legislación un pronunciamiento claro acerca de las diferentes etapas de desarrollo prenatal del ser humano, científicamente identificadas y donde el Derecho tiene mucho que decir, ya que al intervenir el hombre en ellas, emergen, claramente, responsabilidades y conflictos que la ley no ha reconocido expresamente.

Toda esta nueva conceptualización, necesaria para definir un marco legal aplicable al embrión humano, considerando las diversas situaciones que a éste pudieran afectarle, como

consecuencia de reconocerle o no la personalidad jurídica a partir del momento mismo de la concepción, son analizadas en la presente tesis.

Del mismo modo, se efectúa un estudio de la responsabilidad civil por daños derivados de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Para el desarrollo del presente tema, dada la escasa literatura jurídica existente, se efectúa una distinción de los posibles daños que su uso puede originar, como así también, de los posibles responsables y afectados de los mismos; todo ello sobre la base del análisis efectuado, fundamentalmente, a las responsabilidades surgida en materia de procreación natural y que en el derecho comparado se han reconocido.

I. Capítulo I: Formación y Naturaleza Jurídica del Embrión Humano.

1.- Concepto De Embrión Humano.

Desde un punto de vista estrictamente biológico, entre el momento de la concepción y el del nacimiento se pueden distinguir varios estadios de desarrollo: cigoto, embrión y feto.

El cigoto es la célula formada por la fusión de dos gametos: óvulo y espermatozoide, y que contiene la información genética que constituye el programa de desarrollo del huevo.¹

Respecto del embrión, en la actualidad existen distintos conceptos, los cuales en rasgos generales no difieren sustancialmente el uno del otro:

El embrión se ha definido como el organismo originado durante los primeros estadios de desarrollo del cigoto, considerándose en la especie humana que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas, pasando desde entonces y hasta el momento del nacimiento a denominarse feto.²

Por embrión humano, del mismo modo, se entiende el producto de la concepción durante los tres primeros meses, a partir de los cuales toma el nombre de feto.³

Desde un punto de vista jurídico, existe una definición legal de embrión en la ley alemana de protección del embrión, del 13 de diciembre de 1990, que señala en su artículo 8 párrafo 1 “que para el efecto de la presente ley se entiende por embrión el óvulo humano desde que hay fecundación y susceptible de desarrollarse, a partir de la fusión de los núcleos celulares, así como toda célula totipotente extraída de un embrión, que dados todos los demás presupuestos necesarios al efecto, es susceptible de dividirse y desarrollarse hasta llegar a formar un individuo.”⁴

En Chile, por su parte, sólo existe una definición de embrión en el proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida

¹ Cárcaba Fernández María, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995, Pág. 147.

² Ibid.

³ Diccionario de Terminología de Ciencias Médicas, duodécima edición, Ediciones Salvat, 1984, Pág. 507.

⁴ Ley Nro.745/90 Publicada en el Bundesgesetzblatt, 1º parte, del 19 de diciembre de 1990, traducida por María José Villalobos, Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 nro.2 1994, Pág.417-422.

y establece sanciones para los infractores de sus normas, presentado al Senado el 6 de julio de 1993 y que en la actualidad se encuentra en trámite. Dicho proyecto, en su primera formulación, definía al embrión de la siguiente manera: “artículo primero: Llámese embrión al ser humano desde el momento de la fecundación hasta su nacimiento.” El artículo, que si bien tenía el mérito de zanjar nítidamente la discusión sobre el comienzo del ser humano, definía incorrectamente el período de término del embrión, porque lo fijaba al momento del nacimiento omitiendo el período fetal.⁵ Luego de diversas modificaciones dicho artículo fue sustituido por el siguiente: “Para el sólo efecto de esta ley, el embrión humano existe desde la concepción. Se entiende por concepción el momento de la singamia, esto es, cuando el material genético del varón y la mujer se integran y complementan en un núcleo único. La ley protege la vida que está por nacer”⁶

Por último, se ha entendido por feto “la descendencia nonata en el período posembriionario, después que se han bosquejado las estructuras principales, en el ser humano desde la séptima u octava semana después de la fecundación hasta el nacimiento”⁷

2.- Concepto De Preembrión.

El término preembrión designa al embrión en los primeros 14 días de su desarrollo. Fue introducido por el Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, establecido por el Gobierno Británico, conocido como el Informe Warnock; en este informe de 18 de julio de 1984, se lleva a cabo la creación del concepto por la bióloga inglesa Jeanne McLare, que establecía la fecha del día 14 desde la concepción como plazo para la licitud de la experimentación con embriones. El Comité si bien declina dar una respuesta explícita a la fundamental cuestión de cuándo llega a ser una persona el embrión, claramente sostiene que la vida humana no empieza cuando se inicia la vida embrionaria. En definitiva se limitó a dar normas administrativas, rehuendo entrar en discusiones metafísicas. El enfrentamiento en el seno del Comité entre los que

⁵ Gumucio Schonthaler Juan Cristóbal, Procreación Asistida. Un análisis a la Luz de la Legislación Chilena, Editorial Jurídica Conosur, Chile, 1997, Pág. 95.

⁶ Boletín nro. 01026-07 de fecha 6 de Julio de 1993.

⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland, 26 Edición, Ed. Emalsa S.A., España, 1985, Vol. 2 Pág. 618. Citado por Gumucio Juan Cristóbal, Op. cit. en nota 5, Pág. 97.

consideraban al embrión humano como un ser al que hay que respetar plenamente en su humanidad desde la gestación y los que tenían una idea evolutiva de la adquisición progresiva de derechos y de respeto, a partir de un punto de partida prehumano, llevó al Comité al borde de la ruptura. Para apaciguar la situación, Mary Warnock ofreció la solución de fijar en 14 días postfecundación el plazo en el que podría autorizarse la investigación que comprende la destrucción de embriones, cosa que fue aceptada por ambas posiciones. Para justificarla, el informe aporta dos tipos de argumentos: uno utilitarista, por el que hay que aceptar el carácter prehumano del embrión hasta los 14 días pues “debemos tener en cuenta el hecho de que los progresos en el tratamiento de la esterilidad(...)no habrían sido posibles sin la investigación” (parágrafo 11 nro. 18 del Informe)⁸ y otro de justificación científica para la elección del límite de 14 días para la investigación embrionaria, según el cual la aparición de la línea primitiva es señal del inicio del desarrollo individual del embrión.⁹ Se argumenta que el día 14 es decisivo para el desarrollo embrionario, porque se dan los hechos determinantes para la vida del embrión: la implantación en la mucosa uterina y el cese de la posibilidad de división del embrión para dar lugar a gemelos. Suponen la condición no humana del preembrión, basándose en la inviabilidad del embrión que no se implanta, la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha, y en la posibilidad de originar gemelos monocigóticos. De acuerdo con este concepto, hasta el día 14 postfecundación no se podrá afirmar que el embrión sea un hombre-embriionario-individual,¹⁰ y de esta forma se le podría tratar sólo como un simple acúmulo de células germinales con gran potencial de desarrollo, postura que legitima la destrucción de embriones humanos. Así la recomendación nro. 12 señala: “Ningún embrión humano derivado de fecundación in vitro (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es trasladado al cuerpo de una mujer; tampoco se le puede utilizar como objeto de investigación más allá de los catorce días a partir de la

⁸ Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana. www.comunidad.derecho.org/dergenetico/ComisiónWarnock.html.

⁹ Ibid.

¹⁰ Término empleado por Vega M, Vega J., Martínez P., Estatuto del Embrión Humano. Bioética y Ciencias de la Salud, 1994. www.aebioetica.org.

fecundación. Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión esté congelado”¹¹

Con posterioridad al Informe Warnock, el término preembrión ha sido adoptado en las legislaciones sobre reproducción asistida y embriología humana en algunos países y por diversos organismos. Así, en un informe publicado en 1990 por el Comité Ético de la Sociedad Americana de Fertilidad, se define preembrión como “aquella entidad viva, única desde el punto de vista genético, estadísticamente con potencial para implantarse, si es expuesto a un útero receptivo, y ser alumbrado como un niño recién nacido. Comprende los estadios de cigoto, mórula, y blastocito.” Reservan el término embrión para “el rudimento del ser en su totalidad, que aparece por primera vez en la segunda semana después de la fertilización.”¹²

En Inglaterra se aceptó la definición de preembrión de forma expresa en 1986, en el primer informe publicado por la Voluntary Licensing Authority. En dicho informe se considera preembrión a las células en división (tras la fecundación) hasta la formación de la línea embrionaria primitiva, lo que señala el comienzo de la organogénesis.¹³

En el preámbulo de la ley española 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción se define al preembrión como: “el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva”.

3.- Críticas al Concepto de Preembrión.

Ferrer Colomer y Pastor García señalan que la utilización del término preembrión resulta ser un neologismo inútil. Inútil científicamente porque, antes del embrión, sólo hay un óvulo y espermatozoides y, hasta que alguno de estos no ha fecundado al primero, no existe un ser nuevo. No se puede hablar, por tanto, de preembrión.¹⁴

Esta contorsión semántica es grave y da lugar a malos entendidos, ya que, denominar preembriones a los embriones de hasta catorce días, conduce a pensar que no les

¹¹ Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, Op. cit. en nota 8.

¹² Citado por Vega M., Vega J., Martínez P., Op. cit. en nota 10.

¹³ Ibid.

corresponden los derechos atribuidos a los embriones reconocidos como tales. En este sentido, se podría concluir que un preembrión no tiene el mismo estatus jurídico que un embrión.

Se ha impuesto el término preembrión no porque sea en sí mismo significativo de alguna realidad biológica, sino porque sirve para convalidar o neutralizar ética y jurídicamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a algunos de los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones. La noción de preembrión está despojada de dignidad y de derechos humanos.¹⁵

Resulta pertinente citar al respecto la opinión que sobre el término preembrión posee el Dr. Herranz al señalar: “Es una palabra engañosa mediante la cual la ética secularista pretende escamotear muchos problemas morales. No fue introducido para designar una realidad biológica, sino para evaporar una realidad moral. La palabra preembrión es un truco semántico para expropiar al embrión no sólo de su condición humana, sino de su entidad biológica. Este término es un producto típico de la ideología cientifista, una ideología materialista que se caracteriza por ignorar deliberadamente una parte importante de la realidad. Se queda con la apariencia visual del embrión humano joven y renuncia a ver su realidad profunda. Con esa apariencia humilde empezamos cada uno de nosotros nuestra propia existencia. Nadie llega a ser hombre sin empezar por ahí. Si se suprimieran esos 14 días de existencia no humana, nadie llegaría a ser hombre. Entre otras cosas, porque en esos días el embrión humano toma las decisiones biológicas de mayor porte.”¹⁶

Siguiendo la tesis anterior, considero que el término preembrión es ambiguo y arbitrario, no designa nada nuevo. Se trata de una cuestión terminológica que pretende suplantar los términos de cigoto, mórula y blastocisto, quitándoles toda connotación humana. El avance científico con la creación de este término no pretende designar algo que no existía y que ahora aparece como fruto de una investigación, sino todo lo contrario, se trata de introducir un término ambiguo para manipular deliberadamente la vida humana.

¹⁴ M. Ferrer Colomer y L.M. Pastor García, Génesis y Uso del Término Preembrión en la Literatura Científica Actual, Departamento de Biología Celular, Facultad de Medicina, Universidad de Murcia, Centro de Investigación y Formación en Bioética de Murcia. www.sibi.org.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

Desde el punto de vista de la biología, preembrión, feto, niño, adolescente, adulto, viejo, designan simplemente los diferentes períodos del desarrollo de un mismo individuo de la especie humana. Es incorrecto afirmar que el embrión uni o pluricelular es un individuo potencial, pues un embrión es ya en sí un individuo de una especie precisa en los primeros estadios de su desarrollo. Es, efectivamente, un adulto en potencia, pero un individuo en acto.¹⁷

4.- Naturaleza Jurídica del Embrión Humano.

El derecho como toda disciplina tiene un método propio, método que, a su vez, posee categorías, nomenclaturas y clasificaciones. Como indica el profesor Niklas Luhmann¹⁸ el derecho, más específicamente la dogmática jurídica, trabaja con categorías binarias. La primera gran distinción, una clasificación básica y fundamental en el mundo del derecho es la diferenciación entre persona y cosa. Para el derecho sólo hay personas o cosas, no hay categorías intermedias. Muestra patente de ello lo constituyen los dos primeros libros de nuestro Código Civil.

Conectado con lo anterior, la cuestión del estatus del embrión tiene dos posibles respuestas, mutuamente excluyentes: o el embrión humano es persona y por tanto, sujeto de derechos; o es cosa, y en consecuencia sería objeto de relaciones jurídicas.

Se ha intentado establecer un “tertius gens”¹⁹ a este problema, y en este sentido, se señala que el embrión no tendría subjetividad jurídica (no es persona), pero que sería una expresión del valor “vida humana” que debe ser protegido como un bien jurídico especialmente importante.²⁰ Incluso se ha planteado que el embrión humano debería gozar de una protección similar a la otorgada a los bienes declarados “patrimonio de la humanidad”, para que de esta manera, se prohíban y castiguen los abusos en su manejo y tratamiento.²¹ No obstante, por buenas que sean las intenciones de explicar y otorgar una protección al embrión sobre la base de estas teorías, ellas siguen reteniendo al embrión en el

¹⁷ Vega M., Vega J., Martínez P., Op. cit. nota 10.

¹⁸ Citado por Ian Henríquez Herrera, “Estatuto biojurídico sobre el inicio de la vida humana. Comentario crítico a cinco tesis”, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, 2000, Pág. 41.

¹⁹ Corral Talciani Hernán, El derecho a la autodeterminación reproductiva y el estatus del nasciturus en el derecho constitucional chileno. www.derecho.org.

²⁰ Corral Talciani Hernán, “El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 1997, Pág. 54.

²¹ Ibid.

ámbito de las cosas, valiosas jurídicamente si se quiere, pero cosas al fin. De esta manera, el embrión humano o es cosa o es persona. No puede ser una cosa en proceso de personificación ni una persona en estado cosificado.

En este punto, es conveniente citar un caso que fue objeto de pronunciamiento judicial en Estados Unidos y en donde se pone de relieve la importancia del tema: Mary Sue Davis, se presenta ante el Juez Dale Young de Maryville, Estado de Tennessee, en 1988, a efectos de solicitar la implantación de los embriones que se encontraban crioconservados en el centro de Tennessee Este, producto de una inseminación artificial que había realizado con su esposo, del que en el momento de la solicitud se encontraba divorciada, durante seis años, sin haber obtenido resultado satisfactorio. Su ex marido sostiene que no quiere tener un hijo con ella y tampoco que nazca un hijo en un hogar desmembrado, y alega también que no puede verse obligado a mantener un hijo que no deseó. Sostuvo también que se violaría su derecho a la reproducción, si a su ex esposa se le permitiera embarazarse con los embriones.²²

El Juez del Circuito del condado, decidió en primera instancia que los embriones “no son cosas”, ya que la vida humana comienza desde el momento de la concepción y que si los cónyuges han concebidos seres humanos “in vitro” son sus hijos merecedores de protección legal, por lo cual otorgó la tenencia a la peticionante, dándole también el derecho a la implantación. La sentencia fue apelada, con efecto suspensivo, ante la Corte de Apelaciones de Tennessee, en septiembre de 1990. La Corte la revocó sosteniendo que los embriones no son seres humanos sino simplemente cosas, otorgándole la razón al Sr. Davis.

La demandante volvió a apelar ante la Corte Suprema de Tennessee proponiendo que se donaran los embriones a un matrimonio infértil, manifestando que renunciaba a ser madre si esto podía salvar a sus hijos. La Corte, en 1992 rechazó la petición, sosteniendo que los embriones no son todavía personas, pero tampoco son cosas. Declaró que el marido

²² Jurisprudencia citada por Garzón de Milano Iris, “Status Jurídico del Embrión Humano”, Primeras Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Argentina. www.aaba.org.ar.

tenía derecho a rehusar de su paternidad, y dejó el destino de los embriones en manos de la clínica que los conservaba, siendo libre la institución de desecharlos.²³

Así se puede pensar, como lo sostiene el profesor Herranz²⁴ que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta que se obtenga a la pregunta de si el embrión humano es una cosa, un ser humano o una entidad intermedia todavía por definir. La noción que termine imponiéndose muy probablemente fijará el tono ético de la sociedad del futuro. Determinará, a fin de cuentas, cómo serán las relaciones interhumanas.

4.1.- El Embrión Humano En Cuanto Cosa.

Cuestionable y difícil es el tema respecto del estatus jurídico del embrión no implantado y específicamente, cuando éste se encuentra en una placa de laboratorio, es decir, in vitro. Es a éste al que se hará referencia en esta parte del capítulo.

Si se construye una hipótesis, fundada en una de las teorías que niegan al embrión el carácter de persona, se tendría que concluir que es una cosa y en tal sentido que le sería aplicable el estatuto jurídico referido a ellas. El Dr. Soto Lamadrid señala: “estamos profundamente convencidos que el cigoto producido por la vía extracorpórea, merece protección efectiva, más allá de los límites difusos de la moral y de las buenas costumbres; lo que no podemos admitir es que no sea objeto, ni tampoco sujeto de Derecho”²⁵

El Dr. Peter Singer, director del “Centro de Bioética Humana” (Monash University, Melbourne, Australia), sostiene que “el embrión de los primeros días no posee ninguna de las propiedades mentales que permiten distinguir en general los miembros de nuestra especie de los de otras especies.”²⁶ Por otro lado, al no ser considerado persona ni tampoco estar cubierto por la denominación de nasciturus hasta su implantación, la mínima protección jurídica que se le puede otorgar es considerarlo cosa, mientras no se aclare su

²³ Ibid.

²⁴ Citado por M. Ferrer Colomer y L. M. Pastor García, Op. cit. nota 14.

²⁵ Soto Lamadrid Miguel, Biogenética filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación ante el Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990, Pág.270.

²⁶ Peter Singer, Nacer y Morir con Dignidad Bioética, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina 1991 Pág. 110. Citado por Curia Castro Eva, “Estatuto Jurídico del Embrión y del Feto Humanos”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 2000, Pág.23.

calidad y derechos.²⁷ Tomando estos argumentos puede fundamentarse el carácter de cosa y con ello permitir que sea objeto de relaciones jurídicas como también de investigación científica.

4.1.1 El Embrión Considerado Cosa Corporal.

En nuestro derecho civil las cosas se dividen en cosas corporales e incorpóreas. Así lo señala el art. 565 del Código Civil. Atendiendo a ésta clasificación, el embrión objeto de este estudio cabría dentro de la calificación de cosa corporal, debido a que tiene un ser real y es posible percibirlo por los sentidos.

Dentro de las cosas corporales se debiera entender mueble por naturaleza, pues puede transportarse de un lugar a otro, en este caso auxiliado por fuerza externa.

Para el presente estudio es de fundamental importancia preguntarse ¿qué sucede con el derecho de dominio sobre ellos?

El art. 577 del Código Civil señala que el derecho real “es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. Esta relación directa entre el titular y la cosa puede ser aplicada respecto del embrión in vitro.

En las Recomendaciones de la Comisión Palacios²⁸ se ha propuesto establecer un derecho de dominio sobre los embriones congelados cuya titularidad recaería en la pareja que los produjo. Es así como en la recomendación 72 se señala: “Los embriones congelados y almacenados en el banco de embriones, que no hayan sido donados a éste, o se encuentren en el plazo de congelación establecido, serán patrimonio de la pareja que los produjo para tener descendencia, la cual podrá disponer de ellos durante todo el tiempo reglamentado, para una nueva gestación.”²⁹ En el mismo informe se señala que las parejas con embriones sobrantes de las técnicas de reproducción humana asistida y congelados, deberán expresar su voluntad por escrito sobre aquellos, para el caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, de divorcio, de contratación de enfermedades concretas o cuando deseen donarlos. Si hubieren fallecido, los embriones sobrantes pasarán a

²⁷ Soto Lamadrid Miguel, Op. cit. en nota 25, Pág. 269 y 270.

²⁸ Comisión que se formó en España para el estudio de la reglamentación legal sobre las Técnicas de Fertilización Asistida.

²⁹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana. www.comunidad.derecho.org/dergenetico/Comision Palacios.html.

disposición del banco de embriones. Como consecuencia de lo anterior, los padres podrían autorizar la destrucción de los embriones no utilizados, donarlos o dar dichos embriones supernumerarios a otra pareja, en el fondo implica considerarlos como un objeto.

Lo planteado anteriormente como una hipótesis, en la actualidad no se encuentra tan lejos de la realidad. En efecto, las diversas técnicas de reproducción asistida requieren de la producción de un número elevado de embriones para luego implantarlos en las paredes del útero de la futura madre, pero no todos los embriones que se generan en ese proceso son implantados, surgiendo así los embriones supernumerarios o sobrantes, los cuales son congelados y almacenados con el objeto de que la pareja se someta nuevamente a la asistencia médica para la procreación, sea porque la primera intervención no tuvo éxito o deseen otro hijo.

Miles de embriones congelados se encuentran actualmente en laboratorios esperando su destino, porque las parejas que les dieron origen ya no viven, se han separado o simplemente no han decidido que hacer con ellos. En ese contexto se plantea el problema de la propiedad de los embriones, de la posibilidad de venderlos, donarlos e incluso de destruirlos.³⁰

4.1.2 La Comercialidad del Embrión.

El problema se plantea en la posibilidad de que el embrión pueda estar en el comercio, es decir, que se encuentre en la eventualidad de pasar de un patrimonio a otro, y en tal sentido pueda ser transferido a título gratuito u oneroso e incluso ser objeto de disposiciones testamentarias.

Miguel Soto Lamadrid³¹ señala que respecto de los embriones humanos separados del cuerpo de la madre, no existe ningún inconveniente físico para que los particulares puedan apropiarse de ellos. La naturaleza de éstos no es obstáculo para que estén en el comercio, sin embargo, concluye que: “es el Estado el que se opone a que sean materia de transacciones jurídicas, a que formen parte o emigren de un patrimonio a otro, pero esta

³⁰ El 28 de marzo de 1998 fue publicado en El Mercurio el artículo: “Embriones caducados esperan su destino”, allí se plantea el problema de las legislaciones que no contemplan que hacer con los embriones sobrantes de la fecundación in vitro que permanecen congelados. Citado por Curia Castro Eva, Op. cit. en nota 26, Pág. 26.

³¹ Soto Lamadrid Miguel, Op. cit. en nota 25, Pág. 288.

prohibición debe ser expresada y constar en una ley ...”³² Este autor considera que es insuficiente la sola existencia de declaraciones eclesiásticas y moralistas para marginar a los embriones del comercio. Continuando con lo expresado por este autor, si bien el ser humano no es cosa y por lo mismo no se encuentra en el comercio, pues la esclavitud y trata de personas está proscrita, no podemos decir lo mismo respecto de las partes del cuerpo como órganos, tejidos e incluso la sangre. Este autor indica que las legislaciones sobre trasplantes al permitir la cesión gratuita de dichos elementos y pese a que prohíben su venta, están facultando el comercio jurídico sobre estos bienes, aunque restringidamente, pues la donación es una manera de transferir las cosas de un patrimonio a otro. Deja en claro que la prohibición de la venta no implica dejar fuera del comercio a estos elementos y si fuese así, “esta restricción debe existir como condición ineludible y, ¿dónde está escrita una prohibición de este tipo, por lo que respecta a los gametos y embriones humanos?”³³

Si bien este autor acepta la comerciabilidad de los embriones humanos, considera que esta disponibilidad no es absoluta e ilimitada, por consiguiente, deben tenerse en cuenta consideraciones de índole moral, de orden público y buenas costumbres, pudiendo ser declarado nulo todo acto contrario a ellas.³⁴

Por su parte, la Comisión Palacios se ha referido específicamente a la comercialización de los embriones, no permitiendo que ésta se produzca, de manera que en la recomendación 72 bis se señala: “Los embriones que queden a disposición del banco correspondiente sólo podrán ser utilizados para transferencia cuando sean implantables, en las condiciones que legalmente se establezcan, que en ningún caso podrán suponer comercialización de los mismos, o para investigación autorizada.”³⁵

Así también la ley española 35/1988, del 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, dentro del capítulo de las infracciones y sanciones contempla como infracciones muy graves: “e) Comercializar con preembriones o con sus células, así como importación y exportación”

³² Ibid.

³³ Id. Pág. 289.

³⁴ Id. Pág. 290.

Respecto a la posibilidad de admitir la comercialización de embriones en nuestro país, se puede mencionar al respecto el artículo 17 del Reglamento del Código Sanitario el cual dispone que, respecto de las donaciones de espermios, óvulo, sangre, médula ósea, huesos, piel, faneras, así como a todo producto de la concepción, que no llegue a nacer vivo, se perfeccionarán por la sola voluntad del donante, manifestada sin formalidad alguna. El decreto se refiere expresamente a embriones o fetos muertos, lo que permite interpretar que no se podrían donar embriones vivos.³⁶

Siguiendo la misma línea argumentativa en orden a considerar que el embrión tiene el carácter de cosa, respecto a la posibilidad de su comercialización, podría afirmarse que éste, como cosa corporal mueble, puede ser objeto de un contrato de compraventa.

La compraventa de embriones ha sido prohibida directa o indirectamente por la gran mayoría de las legislaciones que han tratado el tema, a modo de ejemplo, se pueden mencionar los artículos 5.3 y 20B letra “e” de la ley 35/88 de España y el artículo 2 de la ley 42/88 también española. Un caso contrario se encuentra en el Informe Warnock, el cual en su recomendación 17 establece que la compraventa de embriones o gametos humanos debe ser permitida sólo con autorización del organismo concesionario de licencias y estar sujeta a las condiciones que él fije.

4.2.- El Embrión Humano en Cuanto Persona.

Frente a la pregunta ¿A partir de qué momento el embrión es considerado persona y merece la tutela del derecho? Para dar respuesta a esta interrogante, se han esgrimido algunas de las siguientes teorías:

4.2.1 Teoría de la Aparición de la Cresta Neural.

Para los sostenedores de esta teoría, el preembrión pasa a su etapa de embrión con la aparición de la cresta neural que constituye el primer paso para la constitución del tejido nervioso. A partir de este momento se marca la línea divisoria de aquel embrión que devendrá hombre y aquel que nunca lo será, ya que el tejido neural permite suponer el posterior desarrollo del cerebro y la consiguiente humanización del hombre mediante el progreso de su capacidad intelectual.

³⁵ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, Op. cit. en nota 29.

Dentro de esta teoría hay quienes afirman que el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central es el punto determinante para la protección del individuo, que tiene lugar dentro del día 15 y el día 40 de la evolución embrionaria. En este momento aparecen los rudimentos de lo que posteriormente será la corteza cerebral. Los fracasos importantes en la formación de esta corteza cerebral suelen verse acompañados de abortos espontáneos, en los cuales el cuerpo de la madre actúa como si no reconociera al embrión.

Existe otra tesis, promovida por Jacques Monod,³⁷ que lleva a negar la calidad de vida humana al embrión y admitirla recién en el estadio de feto (más de 3 meses). Su argumento se basa en que la actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrable recién transcurridas 8 semanas de la fecundación. Es decir, recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables, puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana.

4.2.2 Teoría de la Anidación.

El segundo argumento con que se quiere justificar un estatuto diferente al de persona para el embrión, es el que sostiene que la anidación (entre los 14/16 días desde la fecundación natural), define el inicio de la “vida” en relación del hijo con la madre. Aseguran (entre otros Mc Cormick, F. Bockle, E. Chiavacci, y J. Fuchs) que el embrión implantado “ha prendido” (es decir, que se asegura en mayor medida que el embarazo prospere) y no será eliminado por la naturaleza en su proceso normal de selección; en el que ella podría realizar un descarte embrionario. Datos estadísticos sustentan esta tesis: sólo el 50% de los cigotos se adhiere al útero materno, perdiéndose el resto.³⁸

4.2.3 Teoría de la Segmentación.

Sólo el día 14/16 se sabe que de un embrión no saldrán dos (gemelos monocigóticos) ni que de dos saldrá uno (quimera). Ese postulado pretende otorgarle al preembrión el status jurídico de persona a partir del momento en que se definen sus caracteres de unidad y

³⁶ Gumucio Schonhaler Juan Cristóbal, Op. cit. en nota 5, Pág. 117.

³⁷ Citado por Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Seminario II Fecundación In Vitro. www.derecho.org/comunidad/acamon/

³⁸ Ibid.

de unicidad, momento en que se individualiza el nuevo ser. La unicidad, hace referencia a la calidad de ser único e irrepetible, en cambio la unidad a ser uno solo.³⁹

4.2.4 La Potencialidad del Preembrión.

Hay quienes, como el Dr. Marcelo Palacios, sostienen una minusvalía del preembrión, para justificar una diferencia de status jurídico con el embrión propiamente dicho. Al decir del mencionado autor, el preembrión no tiene entidad suficiente para ser protegido, y el derecho no puede ni debe legislar potencialidades, sino realidades, porque antes que potencialmente vivo, dice, el hombre es potencialmente muerto.

Para esta teoría, en la fecundación existe un ser en potencia a humanizarse, no es acto todavía, por esta misma causa, no es una realidad. En su obra, Reproducción Asistida, Discurso y Recurso,⁴⁰ Marcelo Palacios, esboza su teoría partiendo de la base de que la potencialidad es un concepto que hace referencia a un futuro, mientras que lo que el jurista debe regular es lo referente al inicio de la vida, no el futuro sino el presente, es decir, cuando el hecho tenga lugar y sea actual. De no hacerlo, dice, nos llevaría a valorar en el hombre vivo, su propio futuro, considerando que es potencialmente un muerto. La persona nace y muere. Antes de nacer no es persona, es potencialmente y con seguridad un muerto.

4.2.5 Teoría de la Fecundación o de la Formación del Genotipo.

Son numerosos los autores quienes ligados a orientaciones religiosas reclaman pleno status de ser humano para el embrión, desde el inicio mismo de su proceso evolutivo, repudiando toda maniobra directa o indirecta que conlleve a su destrucción. Sostienen que una vez penetrado el óvulo con el espermatozoide ya existe una nueva vida, diferente de la de sus progenitores, con un patrimonio genético único, inédito y hasta ahora irrepetible. Desde el momento mismo de la fecundación, entonces, se inicia un proceso uniforme que no reconoce en su evolución, posteriores saltos cualitativos que habiliten a postergar la protección de este ser como persona.⁴¹

³⁹ Tesis expuesta por Andorno Roberto, El Embrión Humano ¿merece ser protegido por el derecho? www.bioeticaweb.com

⁴⁰ Citado por Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

⁴¹ Díaz Justina María, "El Embrión y sus Derechos Personalísimos", Primeras Jornadas de Bioética y Derecho, Argentina. www.aaba.org.ar.

Habiendo terminado la exposición de las teorías que pretenden determinar el momento a partir del cual el embrión es considerado persona, conviene precisar que el término persona se presenta como un concepto importante y a la vez complejo de definir, puede ser analizado desde una perspectiva filosófica y también desde un punto de vista jurídico. Para los fines de la presente tesis sólo se abordará el concepto de persona desde la perspectiva jurídica y específicamente enfocado al tratamiento que recibe en nuestra legislación, por considerar que escapa de las pretensiones del presente trabajo su análisis desde la perspectiva filosófica.

En derecho es posible distinguir: por un lado aquel a quien se le debe algo y aquel que debe darlo (los sujetos del derecho) y por otro lado, aquello que se debe (el objeto del derecho). Sobre estos elementos, el derecho construye un universo de obligaciones y facultades. Sujeto de derecho y objeto de derecho no son conceptos de los que un ordenamiento haga uso y de los que otro prescinda, sino que son conceptos necesarios para todo derecho que pueda pensarse.⁴²

En nuestro derecho positivo sólo son sujetos de derecho las personas, sean éstas naturales o jurídicas, de conformidad con el artículo 54 del Código Civil. Es sujeto o persona todo ser capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones. La calidad de persona supone la capacidad de querer y obrar, cualidades que sólo se manifiestan en el hombre (persona natural) o en las asociaciones humanas (personas jurídicas)⁴³

Para nuestro Código Civil son personas naturales “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, según el artículo 55. La persona jurídica es, en cambio, “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” de acuerdo con el artículo 545 del mismo Código.

Respecto de las personas naturales, la doctrina tradicional chilena⁴⁴ distingue entre la existencia natural y la existencia legal, fundándose en el artículo 74 del Código Civil que dispone: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse

⁴²Zapata Larraín Patricio, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 15 Nros. 2 –3 año 1988 citando a Radbruch Gustavo, Filosofía del Derecho, Revista de Derecho Privado, Cuarta Edición, 1959, Pág. 377.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Fuenzalida Carmen Gloria, “Protección Jurídica del Embrión en la Legislación Chilena”, Memoria de Prueba, Universidad Católica de Chile, 1998, Pág. 16.

completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

La existencia natural se inicia con la concepción y se prolonga hasta el nacimiento. De este modo el parto marca la existencia legal de la persona natural. Este sería el principio de la personalidad del ser humano. Desde entonces sería sujeto de derechos. Sobre esta base, Arturo Alessandri distingue claramente la existencia legal de la persona de la existencia natural de la misma, siendo persona sólo el ser nacido. A una conclusión similar llegan Claro Solar, Barros Errázuriz y más recientemente Vial y Lyon.⁴⁵

Para el profesor Gonzalo Figueroa la determinación de la protección jurídica del que esta por nacer requiere previamente, en nuestra legislación, de una distinción: antes y después de la implantación del embrión en las paredes del útero. Señala que “El que está por nacer”, cuya vida protege el artículo 75 del Código Civil, no puede ser otro que el embrión implantado en las paredes del útero, dicho artículo se refiera a él como la criatura que su madre “tiene en su seno”, así también el artículo 77, del mismo Código, habla de “la criatura que está en el vientre materno”. Sobre esta base Figueroa distingue entre el estatuto jurídico del embrión preimplantatorio y el estatuto jurídico del embrión ya implantado.⁴⁶

Respecto de los embriones in vitro como de aquellos que después de descender de las trompas de Falopio no logran anidarse o implantarse en el útero de la mujer, Figueroa señala que, no obstante su naturaleza jurídica de cosa y pertenecer en consecuencia a la clase de los objetos de derecho, ellos son portadores de un valor intrínseco que impide darle el trato ordinario del resto de los objetos del derecho. La ley debe considerarlo de manera especial para otorgarle un trato privilegiado, mediante un estatuto específico.⁴⁷

Por su parte, una vez que el embrión se implanta en las paredes del útero, afirma, estamos en presencia del que “está por nacer” como lo denominan la Constitución Política y el Código Civil. Ese es el momento en que se inician a su respecto los resguardos

⁴⁵ Zapata Larraín Patricio, Op. cit. en nota 42, Pág.381.

⁴⁶ Figueroa Yañez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona: Del Genoma al Nacimiento, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, Pág. 132.

⁴⁷ Id. Pág. 135.

constitucionales, penales, civiles y laborales.⁴⁸ Agrega que el embrión ya implantado es titular de derechos y es sujeto de derechos, a pesar de no ser técnicamente todavía una persona. Esos derechos pueden pertenecerle pura y simplemente por no estar sometidos a condición o a plazo alguno ni a otra modalidad. También puede ser titular de derechos sometidos a modalidades, como son los que le reconoce el artículo 77 del Código Civil.

Considero que el reconocimiento que nuestra legislación otorga al embrión es claro y firme y se inicia desde el mismo momento en que es concebido, desde el primer instante de la unión de las células reproductoras masculina y femenina, incluyendo por consiguiente todas aquellas etapas previas a la anidación de este nuevo ser en el útero femenino. Desde ese momento adquirirá tutela jurídica.

El estipular que el nacimiento es el principio de existencia legal, no significa que el ser humano antes de nacer no sea persona, sólo se hace referencia al inicio de los derechos civiles y su ejercicio, no al punto de partida de derechos esenciales, puesto que ellos comienzan con la existencia misma, por el sólo hecho de ser humano.⁴⁹ Los derechos naturales y esenciales de las personas, son inherentes a ella misma, la cual es anterior y superior al Estado y a la legislación. Por esto, es fundamental que el derecho reconozca a la persona como tal, para legitimar el respeto a su dignidad.

A mi entender, diversas disposiciones en todo nuestro ordenamiento jurídico dan cuenta de la personalidad que se le reconoce al que está por nacer.

En primer lugar, nuestra Constitución Política de la República comienza señalando en el inciso primero del artículo 1 que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, precepto modificado por una reciente reforma constitucional (ley Nro. 19.611 de 1999) cuya finalidad fue consagrar la igualdad de sexos, en este sentido, ante la aprensión que se tenía de que pudiera prestarse a interpretaciones incorrectas la sustitución del vocablo “hombres” por “personas”, ya que podría dar pie a sostener que las personas son libres y dignas sólo en virtud de haber nacido, hubo una manifestación masiva tanto en la Comisión de Constitución del Senado como en el Congreso Pleno en el sentido de que esa reforma no pretendía en caso alguno desconocer la personalidad de la criatura no nacida.

⁴⁸ Figueroa Yañez Gonzalo, Persona, Pareja y Familia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, Pág. 57.

En el Congreso Pleno varios senadores hicieron uso de la palabra para hacer hincapié en que la reforma al hablar de que las personas nacen libres no podría entenderse como un debilitamiento del derecho a la vida del que está por nacer (Diputada Cristi, Diputado Elgueta, Senador Diez, Diputado José García, Diputado Krauss, Senador Urenda, Senador Zaldívar) ni en el sentido de “ignorar, suprimir o atenuar el reconocimiento de la personalidad constitucional que corresponde tanto a hombres como mujeres desde el mismo momento de la concepción” (Diputada Guzmán, Senador Larraín, Diputado Luksic, Diputado Pérez)⁵⁰

Por su parte, el artículo 19 en su encabezado, dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas” un conjunto de derechos y libertades que va enunciando y describiendo en veintiséis números. A todas las “personas”, incluso respecto de los extranjeros que residan en Chile. Por tanto, la Constitución asegura los derechos de todas las personas, sin hacer distinciones o excepciones respecto del embrión.

En el número 1 de dicho artículo su inciso primero asegura “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas” y en su inciso segundo, agrega “la ley protege la vida del que está por nacer.” Este artículo ha dado lugar a dos interpretaciones respecto del estatuto jurídico del embrión:

Por una parte, la mayoría de la doctrina señala que dicho artículo está resguardando la vida desde la concepción, es decir, considera al embrión persona desde que se produce la fecundación. En esta postura encontramos a Eduardo Soto Kloss, quién sostiene que el que está por nacer es persona. La Constitución le asegura el derecho a la vida, como también lo asegura a quien ya ha nacido. No hay diferencia de tratamiento entre uno y otro ya que ambos son individuos de la especie humana, y sería una diferencia arbitraria, sin justificación racional pretender discriminar en cuanto al derecho a vivir, al derecho a la vida; discriminación que veda expresamente el constituyente al legislador y a toda autoridad, de acuerdo con el artículo 19 nro. 2 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental.⁵¹

⁴⁹ Fuenzalida Carmen Gloria, Op. cit. en nota 44, Pág. 19.

⁵⁰ Sesión del Congreso Pleno del 15 de mayo de 1999, Diario de Sesiones del Senado pág. 4037-4066 citado por Corral Talciani Hernán, Op. cit. en nota 19.

⁵¹ Soto Kloss Eduardo, “El Derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII Nro. 3 año 1991, Pág. 58.

En este mismo sentido, don Enrique Evans de la Cuadra señala que: “La vida por ser el don primario que Dios le ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad legal desde que se inicia la gestación.”⁵²

Existe otra postura que al analizar en forma civilista y exegética el tema llega a la conclusión contraria. Señala que la Constitución no modificó mayormente lo ya establecido en el Código Civil respecto al estatuto jurídico del no nacido. La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. En consecuencia, en el artículo 74 del Código Civil, la persona principia al nacer y por tanto no goza de estos derechos el embrión.⁵³

Al respecto, el profesor Patricio Zapata Larraín⁵⁴, ha sostenido que la referencia específica que hace la Constitución no tiene otro objeto que reafirmar explícitamente el reconocimiento al embrión como persona sujeto de derechos, con la finalidad de evitar dudas interpretativas que pudieran surgir en el futuro.

Por otro lado, también se ha indicado que la norma constitucional sólo se referiría a las criaturas que están en el vientre materno (embriones implantados), y no a los huevos fecundados y desarrollados in vitro, en medio extracorpóreo. Respecto de estos últimos no podría decirse propiamente que “están por nacer”, esto es, en vías de nacer.⁵⁵ El profesor Hernán Corral Talciani⁵⁶ refutando este análisis señala que no cabe en esta materia una interpretación tan literalista que no admita que la fórmula del que está por nacer es una expresión semántica, hermosa y hasta poética, pero que se refiere a todas las criaturas humanas vivas no nacidas, independientemente del medio físico en el que se encuentren. Se trata, no del que esta en vías de nacer, sino del que está llamado, por su propia conformación natural, a nacer; (de lo contrario, y extremando las cosas, más de alguno llegaría a sostener que sólo el feto ya formado y viable sería una criatura que está realmente “por nacer”).

⁵² Evans de la Cuadra Enrique, Los Derechos Constitucionales, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Pág.18.

⁵³ Arenas Angela y Paredes Loreto, “Las Técnicas de Reproducción Asistida y el Comienzo de la Vida Humana: Discriminaciones que sufren los hijos concebidos y nacidos bajo técnicas de fertilización asistida”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2001, Pág. 42.

⁵⁴ Zapata Larraín Patricio, Op. cit. en nota 42, Pág.383.

⁵⁵ Al respecto ver Figueroa Yañez Gonzalo en Persona, Pareja y Familia y Derecho Civil de la Persona: Del Genoma al Nacimiento.

⁵⁶ Corral Talciani Hernán, Op. cit. en nota 20, Pág. 57.

Así también, no debe olvidarse que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es la promoción del bien común, lo cual ha de hacerlo con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece (artículo 1 inciso 4). Ahora bien, el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esos derechos esenciales de que se habla los tienen solamente los que poseen naturaleza humana, y a los humanos se ha reservado el nombre de personas, personas humanas. Como señala el profesor Soto Kloss⁵⁷, quien habita el claustro materno, qué duda cabe, es un individuo de la especie humana y por ende posee obviamente esos derechos esenciales que emanan de tal naturaleza. Y esos derechos son los que tienen, poseen y son reconocidos por la Constitución. El que está por nacer no es una especie, tipo o clase de índole extraterrestre, o animal: curioso sería, por decir lo menos, que la mujer y el hombre engendraran un ser que fuera animal nueve meses en el seno materno y por el hecho de salir de él se transformara por arte de magia en un ser humano.

Debe recordarse además, que el inciso 2 del artículo 5 de la Constitución establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, desde el punto de vista de los acuerdos internacionales, ha de recibir aplicación el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ambos ratificados por Chile y promulgados en los decretos 778 de 1989 y 873 de 1991 respectivamente y la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, diario oficial de 27 de septiembre de 1990.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es importante rescatar básicamente que se reconocen expresamente el derecho a la vida, como inherente a la persona humana y el derecho a la integridad de la persona, rechazando tratos crueles o degradantes (artículo 6 y 7).

Por su parte, el Pacto de San José, establece en su artículo 1 nro. 2 que “persona es todo ser humano” y consagra en su artículo 4 nro. 1 su derecho a la vida desde la concepción. Señala que existe el derecho de cada uno a que sea reconocida su dignidad y se

⁵⁷ Soto Kloss Eduardo, Op. cit. en nota 51, Pág. 59.

respete la integridad moral del individuo, además de la física y psíquica. En este pacto, el niño tiene derecho a resguardo específicamente por su calidad de menor, y lógicamente si se interpreta de acuerdo al contenido global del tratado, se entiende que el embrión también queda incluido.

Finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño declara enfáticamente que, para sus efectos, se “entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...” (artículo 1). Esta definición comprende al nasciturus ya que, según la misma Convención, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”(preámbulo)

Siguiendo el análisis desde una perspectiva legal, en primer término, se debe señalar que el embrión queda incluido claramente en la definición de persona que el Código Civil formula en el ya citado artículo 55 “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad...” El embrión es individuo y pertenece a la especie humana, por lo cual, con prescindencia de su desarrollo cronológico (edad), debe ser considerado como persona.

En relación con lo anterior, se declara expresamente que “la ley protege la vida del que está por nacer” de acuerdo con el artículo 75 del Código Civil. Adviértase que la expresión “el que está por nacer” evoca claramente la personalidad: se trata de “alguien”, no de algo”⁵⁸

Del mismo precepto legal se desprende que se atribuyen facultades amplísimas al juez para adoptar, de oficio o a petición de cualquiera persona, “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

Se determina que todo castigo a la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después de su nacimiento (artículo 75 inc. 2 Código Civil).

Por su parte, nuestro Código Penal trata el aborto como un delito contra el orden de la familia y la moralidad pública. Sin embargo, es claro que este delito atenta contra la vida

⁵⁸ Corral Talciani Hernán, Op. cit. en nota 20, Pág. 55.

del embrión. Por consiguiente, en las disposiciones de dicho Código arts. 342 a 345 se encuentra la protección penal de la vida del que está por nacer. Aquí cabe hacer notar que del análisis de estos preceptos se desprende que procede el aborto sólo si la criatura se encuentra en el útero de la madre. Esto se deduce del artículo 345 nro. 1 de este Código, el que usa la expresión “violencia en la persona de la mujer embarazada”. La misma exigencia establece el artículo 343, al señalar que en el aborto no malicioso se requiere conocer el estado de embarazo de la mujer. Lo anterior lo expone en los siguientes términos: “con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”. A mayor abundamiento, el mismo artículo 342 pero en su nro. 3 establece sanción en caso que la mujer consintiera en el aborto.

De lo anterior se deriva una conclusión prácticamente obvia, ésta es que ella debe estar embarazada y conocer su estado. Por lo que todos los tipos de aborto de nuestra legislación penal presuponen una mujer embarazada, en estas circunstancias, el profesor Gonzalo Figueroa⁵⁹ estima que la protección penal del que “está por nacer”, conforme a la literalidad de las disposiciones se inicia sólo en el momento de la implantación del embrión en las paredes del útero. Desde entonces, los actos positivos destinados a obtener su destrucción constituirán el delito de aborto, el que consiste, por consiguiente, en la destrucción de un embrión o feto dentro del cuerpo de una mujer embarazada y de aquí se deduce la desprotección penal de los embriones que se encuentran fuera del claustro materno, en el caso de la fertilización in vitro, o de aquellos que no han anidado todavía en las paredes del útero.⁶⁰ No obstante, se puede considerar que nuestro Código Penal no imaginó siquiera, por la época en que se dictó, la posibilidad de fertilizar un óvulo fuera del cuerpo de la mujer que lo produjo, lo que nuestro legislador quiso fue reconocer y proteger la vida antes del nacimiento. Por lo que se hace necesario una legislación acorde con las actuales realidades científicas.

También figura una protección a la vida y la salud del embrión, aunque en forma indirecta, en las normas de nuestro Código del Trabajo. Es así como dichas disposiciones (artículos 194 y siguientes), se encuentran encaminadas a proteger a la mujer embarazada,

⁵⁹ Figueroa Yáñez Gonzalo, Op. cit. en nota 48, Pág. 49.

⁶⁰ Un análisis más profundo sobre las discriminaciones que sufren los hijos concebidos bajo Técnicas de Fertilización Asistida, ver al respecto Arenas M. Angela y Paredes C. Loreto, Op. cit. en nota 53.

lo cual se puede interpretar como un amparo indirecto a la vida e integridad del embrión. De este modo el artículo 195 dispone un descanso prenatal para la mujer embarazada, el cual tiene por objeto conservar la vida y salud de la mujer y de su hijo. Se consolida este derecho en el inciso segundo del mismo artículo al disponer la irrenunciabilidad de éste y la prohibición, durante dicho período, del trabajo de aquella. Por su parte, el artículo 202 se ocupa directamente de la salud de la mujer embarazada y como se señaló, por consiguiente, del embrión, dispone que: “durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, debe ser trasladada ... a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.”

Así mismo, se declara la protección que el Estado debe proporcionar al hijo que está por nacer. El Código Sanitario dispone que “Toda mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan”, de modo que, la tuición del Estado comprenderá la higiene y asistencia social tanto de la madre como del hijo (artículo 16). Este mismo cuerpo legal en su artículo 119 prohíbe toda acción que tenga como fin directo el aborto.

Se protegen igualmente los derechos patrimoniales del embrión, todos los derechos que se le defieren a la criatura permanecen en suspenso, y si llega a nacer entra en el goce de ellos como si hubiese estado ya nacido al momento en que se le defirieron, de acuerdo al artículo 77 del Código Civil.

Por último, aunque el artículo 74 del Código Civil señala para la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, su inexistencia, al emplear la expresión “se reputará no haber existido jamás.” La ley de Registro Civil contempla la necesidad de dar sepultura a los restos de la criatura no nacida en los cementerios destinados a cadáveres humanos, y ordena el otorgamiento del respectivo pase de sepultación (artículo 49 de dicha ley).

En conclusión, tanto desde el punto de vista constitucional, como de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, como en el plano de la simple regulación legal, en nuestro sistema jurídico el embrión humano, desde el origen de su vida, goza de la

calidad y estatuto jurídico de persona, y como tal es acreedor de protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico y de los órganos del Estado.

5.- Derechos del Embrión Humano en nuestra Legislación.

Aceptada la tesis de reconocer al embrión humano como persona desde el momento mismo de su concepción, entonces, éste goza de un conjunto de derechos:

5.1 Derecho a la Vida.

Éste se tiene, como es lógico, desde que hay vida, vale decir desde la fecundación, y se refiere al primer derecho que tienen los seres humanos: la posibilidad de existir.

Para definir la vida, pueden darse tres nociones. La primera, una noción empírica, que nace de la observación, enfoca el concepto desde el punto de vista del movimiento espontáneo que caracteriza a lo viviente. El movimiento intrínseco de un ente es signo de vida. La segunda, una noción científica, dice relación con las operaciones propias que se observan en todo ser vivo: organización, nutrición, reproducción, evolución. Y por último la tercera noción de vida es metafísica, que conceptualiza la vida en la espontaneidad e inmanencia del movimiento. El paso de potencia al acto en el ser vivo no sólo es intrínseco, sino que además el ser actúa sobre sí mismo, el término de la acción es el mismo sujeto.⁶¹ Con estas tres nociones se tiene una idea de lo que alcanza el concepto vida, el cual implica la opción de existir, de ser, por medio de las operaciones básicas de todo ser vivo.

Nuestra Constitución asegura al embrión humano el derecho a la vida y encomienda a la ley la protección de la vida del que está por nacer (artículo 19, nro.1). Artículo que como se mencionó anteriormente ha dado lugar a dos posibles interpretaciones.⁶²

La protección a la vida del embrión es constitucional y no legal, toda vez que se entiende incorporado al embrión en el precepto constitucional del artículo 19 nro.1 inciso primero, por tratarse de una persona. En este sentido el derecho del embrión está garantizado por el recurso de protección, consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución, así, los Tribunales de Justicia deben acoger aquellas acciones de protección

⁶¹ Fuenzalida Carmen Gloria, Op. cit. en nota 44, Pág. 21.

que tengan por objeto cautelar la vida del que está por nacer, adoptando de inmediato todas las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Hay jurisprudencia en relación con el derecho a la vida del concebido. En tal sentido, es dable destacar los dos siguientes fallos:

- Fallo Carabantes/Cárcamo,⁶³ en este caso, la amenaza al derecho a vivir y nacer se daba aquí por la negativa de sus padres a transfundir sangre en la criatura, la cual podía necesitarla al nacer como terapia por problemas que sobrevinieran en razón de incompatibilidades sanguíneas. Esa negativa se fundamentaba en creencias religiosas de dichos padres. En este caso, es el Director del Servicio de Salud en cuyo hospital se presentaba la situación quien recurre al tribunal para que sea éste quien dirima esa disyuntiva, para así, de acogerse la protección, actuar el personal médico amparado por una decisión de la justicia y evitar, consiguientemente, posibles responsabilidades de sobrepasar la voluntad del paciente. El tribunal ampara al médico autorizándolo “para que se adopten todas las medidas que tiendan a preservar y resguardar la vida del que está por nacer y su madre”, y con gran amplitud puesto que se señala “en caso necesario y de peligro de muerte o complicación grave”. Y lo hace como medida previa al conocimiento del recurso.

- Fallo Aída Monje/ Isapre Promepart, aquí la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección deducido por una profesora de Estado en contra de la institución de salud previsional correspondiente por haber devuelto sin tramitar una licencia médica, con la consecuencia de privarla del pago del subsidio de maternidad, lo que según la recurrente vulneraba la garantía reglada en el artículo 19 nro. 1, esto es, el derecho a su integridad física y psíquica y a la vida de su hijo por nacer. La Corte sentenció que “en presencia de ambos derechos, con origen en una fuente común, y en íntima relación, el legislador privilegia la vida del que está por nacer sobre el derecho a la salud que le asiste a su madre, la recurrente, al cual desplaza”. La Corte fue de opinión que la falta de percepción del subsidio afectó la salud de la madre, porque la alimentación se hizo deficitaria y porque la incertidumbre la afectó en lo psíquico, no pudiendo guardar el reposo indicado, lesionando “principalmente el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro,

⁶² Ver al respecto análisis efectuado en páginas nros. 20 y siguientes del presente trabajo.

⁶³ Comentado por Soto Kloss Eduardo, Op. cit. en nota 51, Págs. 55 y siguientes.

por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afecten al organismo de su madre”. (Corte de Apelaciones de Santiago. Rec. Prot. Aída Monje /Isapre Promepart 1982)⁶⁴

5.2 Derecho a la Integridad Física.

El derecho a la integridad física es una consecuencia necesaria del derecho a la vida, toda vez que esta debe ser garantizada dentro de un ámbito de desarrollo normal que permita al embrión llegar a nacer en forma íntegra y saludable, lo cual está íntimamente ligado a proporcionarle un desarrollo adecuado, permitiendo otorgarle tratamiento médico en el caso que sea necesario y evitar así enfermedades que pudiesen provocar la muerte de éste o de la madre.

Juan Cristóbal Gumucio S. sostiene que cuando la Constitución asegura la integridad física y psíquica de las personas en el artículo 19 nro.1, sólo se refiere a personas ya nacidas, lo que no significa que el embrión no goce de este derecho. Agrega que la protección a la vida del embrión, constituye una protección indirecta a su integridad, porque muchas veces no será posible determinar si la amenaza contra el embrión es de tal entidad que pueda afectar su vida o solamente su integridad.⁶⁵

5.3 Derecho a la Intimidad.

El embrión como persona tiene derecho a la intimidad, entendida como el derecho que tiene toda persona para impedir que aspectos de su vida que le son propios y se encuentran fuera del conocimiento e intervención de extraños, se difundan a otras personas.

Merece especial mención el tema del conocimiento de la información genética del embrión, que pudiera dar origen a posteriores discriminaciones por algunas enfermedades que pueda desarrollar en el futuro. En atención a la incapacidad del embrión humano para ejercer este derecho, son sus padres quienes deben ejercerlo en representación de su hijo. Éstos son los indicados para impedir la intromisión y vulneración, lo cual los obliga a no

⁶⁴ Doyharcabal Casse Solange, “El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 21 nro. 2. 1994, Pág. 315.

⁶⁵ Gumucio Schonhaler Juan Cristóbal, Op. cit. en nota 5, Pág. 109.

prestar su consentimiento para que la información íntima del embrión llegue a conocimiento de terceras personas y menos que sea publicada en perjuicio del embrión.

5.4 Derecho a Ser Tratado como Persona.

Como bien lo señala Patricio Zapata⁶⁶, dada su especial dignidad, el embrión tiene el derecho a una concepción, una evolución intrauterina y un nacimiento acordes y congruentes con su naturaleza de persona humana. Así como el hombre adulto tiene derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a no ser tratado como esclavo o cosa y a un trabajo digno y no degradante, el embrión también es merecedor de un trato respetuoso de su dignidad.

Con todo, sostengo que el embrión, desde el mismo momento en que es concebido, es un individuo que pertenece a la especie humana, en este sentido debe ser tratado jurídicamente como son tratadas las personas ya nacidas, con la misma dignidad. No resulta admisible ninguna forma de “cosificación” del embrión que rebaje o menosprecie esa condición, cualesquiera sea la calidad moral o utilidad de los fines que se invoque para privarlo de su existencia o distorsionar su desarrollo natural.

Al considerar al embrión humano como persona desde el momento mismo de la concepción, no será susceptible realizar sobre él, ningún acto de naturaleza contractual.

En consecuencia, deberá reconocerse el derecho del embrión a ser implantado en el seno materno y condenar toda práctica que prolongue su estadía fuera del mismo, declarando ampliamente la protección que el embrión merece por el solo hecho de ser considerado persona.

II. Capítulo II: Manipulación Genética y Experimentación en Embriones Humanos.

La fecundación in vitro, culminada con un nacimiento por primera vez en Inglaterra en 1978, constituyó una vía de solución para las parejas que sufren de infertilidad. Se plantea así, como una técnica esencialmente terapéutica, esto es, indicada médicamente para dar descendencia a una pareja que no puede procrear. Se trata, en consecuencia, de una

⁶⁶ Zapata Larraín Patricio, Op. cit. en nota 42, Pág. 388.

acción sanitaria que no sólo respeta el derecho a la salud y a la vida de los involucrados, sino que permite un más cabal e íntegro cumplimiento de esos derechos. Pero, con el correr del tiempo, simultáneamente ha traído consigo el interés científico por manipular embriones humanos, lo que no siempre se presenta como justificable ni éticamente aceptable. De este modo, la fecundación in vitro pronto se orientó hacia la investigación. R.G. Edwards en 1982 preveía: “Pronto la estimulación del ovario permitirá obtener tres, cuatro o más embriones: dos serán transferidos a la madre y los otros dos podrán estudiarse “in vitro”... No hay duda de que en un futuro próximo muchos se podrán hacer crecer hasta el estadio post-implantatorio.”⁶⁷

Esta declaración fue justificada por una Comisión Especial, convocada por el Medical Research Council: “Una investigación científicamente válida que implicase experimentos en los procesos y en los resultados de la fecundación in vitro entre gametos humanos sería éticamente aceptable, y debería admitirse su prosecución a condición de que no se tenga la intención de trasladar a un útero el embrión que resultase de, o fuese ya utilizado en tales experimentos.”⁶⁸

Posteriormente, el mismo R.G. Edwards en 1984 afirmaba abiertamente: “En algunos laboratorios oocitos pre-ovulatorios son recogidos de mujeres no estériles que consienten a ello. Estos oocitos son recogidos y fecundados “in vitro” sin intención alguna de transferir esos embriones al útero; son usados exclusivamente con fines de investigación, para estudios de observación y experimentación. Estos no son embriones de reserva como los que se obtienen en las clínicas para el tratamiento de la infertilidad mediante la fecundación “in vitro”, sino que son utilizados de una manera semejante a los embriones empleados para la investigación” y lo justificaba del modo siguiente: “Yo pienso que la necesidad de conocer es superior al respeto que se debe a un embrión precoz”⁶⁹

De este modo, la fecundación in vitro no se emplea solamente para dar un hijo a una pareja estéril, también es el medio por excelencia para obtener embriones con fines de

⁶⁷ Serra Angelo, “El embrión humano, ciencia y medicina. En torno a un reciente documento”, La Vida Humana: Origen y Desarrollo. Reflexiones Bioéticas de Científicos y Moralistas, Universidad Pontificia Comillas, Editorial Sae Térrea, Madrid, 1989, Pág. 52.

⁶⁸ Serra Angelo, “La ley del desarrollo del embrión humano revela cuándo “yo” soy “yo”, El Inicio de la Vida. Identidad y Estatuto del Embrión Humano, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, Pág. 18.

⁶⁹ Serra Angelo, Op. cit. en nota 67, Pág. 52.

experimentación, ya sea porque éstos han sido generados expresamente con ese objeto o porque se trata de embriones sobrantes de una pareja infértil.

Para el desarrollo del presente capítulo parece pertinente comenzar por realizar un acercamiento conceptual respecto a los términos que aquí se tratarán.

Respecto de la manipulación genética cabe precisar que el término manipular puede entenderse en un doble significado, uno equivalente a “un tratamiento experto o diestro con las manos” y otro en el sentido de “intervenir con medios hábiles en la política, en la sociedad, en el mercado u otro ámbito con fines propios o ajenos”. El adjetivo “genética” delimita el campo de su intervención, se refiere a la aplicación sobre el hombre de los conocimientos genéticos.⁷⁰ También se presentan dos concepciones de manipulación genética, desde el punto de vista de su contenido:

En un sentido amplio, como toda relación de la biotecnología con el patrimonio hereditario humano, incluyendo la fecundación in vitro, la inseminación artificial, el diagnóstico prenatal, el análisis de los genes y las demás intervenciones sobre los mismos, como su recombinación o la clonación.

En un sentido más estricto, se trata de la tecnología que permite aislar los genes, recodificar el mensaje genético celular, duplicarlos y transferirlos al mismo o a otro organismo.⁷¹ En adelante la expresión manipular deberá entenderse referida a su concepción amplia.

Por su parte, procedente del vocablo latino “experimentum”, comprobación por la experiencia, se puede definir la experimentación como la observación provocada de un hecho o fenómeno para la investigación de sus propiedades y sus causas. Cuando este procedimiento tendiente a descubrir algún hecho o alguna verdad generales se realiza tomando al hombre, sus células, tejidos u órganos, como objeto de la investigación se hablará de la experimentación humana.⁷²

El conocimiento que tenemos de la humanidad, ha demostrado que el progreso científico se ha apoyado, cada vez más, en el experimento para lograr avances en las

⁷⁰ Benítez Ortuzar Ignacio, Aspectos Jurídicos Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Pág. 30.

⁷¹ Id. Pág. 31.

diferentes ramas de la ciencia. Es debido al mismo que la medicina requiere de ella para alcanzar progresos en el campo curativo. Sin embargo, las posibilidades actuales de acceso a la vida embrionaria provocan graves problemas éticos que se enfrentan con el principio de la dignidad del embrión humano. Si bien es verdad que la experimentación es necesaria para el avance de la humanidad, “no todo lo que es técnicamente posible puede decirse que es éticamente admisible”.⁷³ En materia de experimentación, el problema no es determinar hasta donde puede llegar la ciencia, va de suyo que lo hará hasta donde se lo permita el desarrollo y el avance tecnológico en constante evolución, sino que, lo que se debe determinar es qué tipo de experimentación es éticamente admisible y jurídicamente lícita.⁷⁴

1.- Experimentación Terapéutica y No Terapéutica en Embriones Humanos.

Considerada en sí misma, la experimentación deriva su moralidad de las finalidades que persigue, en este ámbito de cosas, se presenta la experimentación con fines terapéuticos y la experimentación con fines no terapéuticos.

La experimentación es de tipo terapéutica cuando tiene por finalidad la curación, mejora o supervivencia del feto o embrión, ésta se considera lícita, siempre que respete la integridad y la vida del embrión y no lo exponga a riesgos desproporcionados. Al igual que ocurre en situaciones extremas con adultos, a falta de otros remedios es lícita para salvarlo de la muerte la utilización de terapias experimentales con intención terapéutica, aunque no sean enteramente seguras en cuanto a su eficacia, siempre y cuando falten otras terapias eficaces alternativas para ello.⁷⁵

En tanto que la experimentación humana no terapéutica consiste en la aplicación de las reglas objetivo-experimentales de la investigación sobre el ser humano, sus células, tejidos u órganos, sin fines curativos. O sea la experimentación dirigida a intereses única o principalmente científicos.⁷⁶

⁷² Id. Pág. 41.

⁷³ Cozzoli Mauro, “El embrión humano: aspectos éticos-normativos” Identidad y Estatuto del Embrión Humano, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, Pág. 243.

⁷⁴ Casas María Cecilia y Guerrero Mariana Cecilia, “El Respeto a la Vida Humana Temprana”, Primeras Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho – Argentina. www.aaba.org.ar

⁷⁵ Pastor García Luis, Etica de la Investigación y Experimentación en el Hombre. Reflexiones Sobre la Vida. www.vidahumana.org/index.html

⁷⁶ Benítez Ortuzar Ignacio, Op. cit. en nota 70, Pág. 45.

2.- Fundamentos a favor y en contra de la Experimentación en Embriones Humanos.

2.1 Fundamentos a favor de la experimentación en embriones.

En primer lugar, es necesario referirse al concepto de totipotencialidad, que indica la capacidad del cigoto, y de las células que proceden de las primeras divisiones del cigoto, para desarrollarse cada una en una dirección idéntica de acuerdo con un determinismo intrínseco, supuestas condiciones particulares.⁷⁷

Se sostiene⁷⁸ que la totipotencialidad se opone al concepto de individualidad y sobre ello se fundamenta la posible experimentación en embriones. El argumento es el siguiente: dado que el embrión antes de terminar este estadio inicial de totipotencialidad no tiene aún individualidad somática, la cual es un presupuesto indispensable de la identidad personal, se puede decir que se halla en una fase prepersonal: posee la potencialidad de llegar a ser persona, no tiene derecho estricto a la vida. El salto cualitativo tendría lugar con la nidación en el útero, dado que en este momento la individualidad somática se halla definitivamente determinada y se inicia la fase de su ulterior desarrollo.

Esta postura permitiría utilizar embriones al servicio del progreso científico, ya que puede interpretarse como una disposición razonable de la vida prehumana, como gesto de solidaridad con la humanidad.⁷⁹

A favor de la experimentación con embriones se sostiene además la elevada proporción de abortos espontáneos, no inducidos, que se producen en el proceso de fecundación. De esta manera la naturaleza no protege al hombre de una manera absoluta, por consiguiente, por qué debe el hombre ser más natural de lo que es la misma naturaleza. Por lo tanto, esta posibilidad de abortos espontáneos es un riesgo más que tiene la vida humana, en su desarrollo natural.⁸⁰

Así mismo, tomando como punto de partida la elevada proporción de abortos espontáneos, se señala que para el embrión existe solamente una probabilidad reducida de supervivencia. Por lo tanto teniendo en cuenta las elevadas posibilidades de muerte del

⁷⁷ Lacadena Juan Ramón, Genética y Bioética. www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/2001_02.html

⁷⁸ Entre otros Norman Ford de la Universidad de Melbourne, negando el carácter individual del embrión.

Citado por Jesús Ballester, El Estatuto del Embrión. www.bioetica.org

⁷⁹ Engelhardt Tristram. www.med.uva.es/mlf/areas/derecho/estatutoembrión.htm.

⁸⁰ Ibid.

embrión y siendo el progreso científico un bien cierto y favorable al desarrollo de toda la humanidad, se permite la experimentación.⁸¹

Para la Dra. María Casado,⁸² directora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, el período embrionario puede ser no sólo un paso hacia la reproducción, sino también fuente de vida para los ya vivientes, puesto que las células totipotentes de la masa celular interna del embrión en fase de blastocisto posibilitarán la regeneración de tejidos, lo que hace patente la importancia del uso, investigación y experimentación con embriones. Señala que en España existen unos 28.000 embriones crioconservados que no forman parte de ningún proyecto reproductivo, por ello se les denominan sobrantes, su destino es la investigación o la destrucción. Si de su uso pueden derivarse bienes (como terapias para enfermedades humanas) no hay argumentos racionales para sostener que su destrucción es preferible. La investigación con embriones humanos no es rechazable si los donantes de los gametos han dado su consentimiento informado, si el protocolo es científicamente correcto y si la finalidad de la investigación es aceptable. La primera condición hace referencia a la autonomía de las personas y, siendo necesaria, no es suficiente si no se cumple el requisito de validez científica.

Por su parte, algunos medios científicos apoyan el empleo de embriones humanos para la experimentación, por los conocimientos que ello aportaría sobre: 1) las anomalías del genoma, gracias al estudio de los cromosomas del embrión; 2) sobre la calidad de los gametos empleados y el proceso de fecundación; 3) sobre las causas de la esterilidad.⁸³

2.2 Fundamentos en contra de la experimentación en embriones.

Entre los argumentos esgrimidos al respecto, cabe citar la opinión de la Iglesia Católica, la cual ha manifestado a través de varios documentos su postura contraria a cualquier forma de experimentación embrionaria. En este sentido, el Papa Juan Pablo II condena del modo más explícito y formal las manipulaciones experimentales en el embrión

⁸¹ Anneca Dolores, García Mérida María, Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

⁸² www.ub.es/fildt/bioetica.htm

⁸³ Informe del Comité de Ética de la American Fertility Society, en *Fertility and Sterility*, vol. 46 nro. 3, 1986 Supl. 1, citado por Adorno Roberto. *Bioética y Dignidad de la Persona*, Editorial Tecnos, 1998, Pág. 57.

humano, ya que el ser humano, desde su concepción hasta la muerte, no puede ser instrumentalizado para ningún fin.⁸⁴

Entre los documentos emitidos por algunos Episcopados que han tomado posición sobre la problemática de las nuevas técnicas reproductoras humanas y, en concreto, sobre los problemas de la experimentación en embriones humanos, se pueden mencionar los siguientes:⁸⁵

- Obispos del Estado de Victoria (Australia), 1982 y 1984.
- Conferencia Episcopal de Portugal, 1983.
- Episcopado de Gran Bretaña, 1983.
- Conferencia Episcopal de Ontario (Canadá), 1983.
- Cardenal G. B. Hume, Arzobispo de Westminster, 1984.
- Comisión de la Familia del Episcopado de Francia, 1984.
- Declaración de la Asamblea de Obispos de Alemania Federal, 1985.
- Declaración de la Asamblea de Obispos de Austria, 1985.
- Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, 1987.

En todos estos documentos hay una unánime condena a la utilización de embriones con fines puramente científicos y de investigación.

Por ejemplo, la Carta de los Obispos de la Provincia de Victoria afirma que utilizar un embrión humano vivo únicamente como objeto de experimentación científica constituye una grosera violación de la dignidad humana, así mismo, utilizar un embrión humano únicamente como fuente de material terapéutico es una grosera violación del derecho del hombre, un rechazo explícito de la verdad, según la cual, toda vida humana tiene un valor intrínseco, objetivo. Se trata ahí de un caso en que se maneja directamente a un ser humano como un simple medio para conseguir fines y objetivos pretendidos por otras personas.⁸⁶

Por su parte, en la Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, que constituye el último pronunciamiento oficial de la Iglesia

⁸⁴ Gafo Javier, *Nuevas Técnicas de la Reproducción Humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, Pág. 80.

⁸⁵ Ibid.

Católica, se señala que el ser humano ha de ser respetado como persona desde el primer instante de su existencia. Citando la Carta de los Derechos de la Familia, publicada por la Santa Sede, agrega que “la vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de la concepción”. Coherentemente con estos principios, la investigación médica debe renunciar a intervenir sobre embriones vivos, a no ser que exista la certeza moral de que no se causará daño alguno a su vida y a su integridad ni a la de la madre, sólo en el caso de que los padres hayan otorgado su consentimiento, libre e informado, a la intervención sobre el embrión.⁸⁷ De esto se desprende que será ilícita cualquier investigación que a causa de los métodos empleados o de los efectos inducidos implique un riesgo para la integridad física o la vida del embrión.

Serían lícitas, en cambio, las intervenciones sobre embriones humanos siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no los expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia. Los embriones vivos, sean viables o no, deben ser respetados como todas las personas humanas; la experimentación no directamente terapéutica sobre embriones es ilícita.⁸⁸

Utilizar el embrión humano o el feto como objeto o instrumento de experimentación, es un delito contra su dignidad de ser humano, ya que tiene derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y al de toda persona humana. La praxis de mantener en vida embriones humanos, in vivo o in vitro, para fines experimentales o comerciales es completamente contraria a la dignidad humana.⁸⁹

Los embriones humanos obtenidos in vitro son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados, como “material biológico” disponible⁹⁰.

Finalmente, se señala que las técnicas de manipulación biológica (como son los intentos y proyectos de fecundación inter-especies y también la hipótesis de la ectogenesis,

⁸⁶ Carta de los Obispos de la Provincia de Victoria (Australia) Comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html.

⁸⁷ Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, Ediciones Paulinas, 1987, Pág. 16.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Id. Pág. 17.

etc.) son procedimientos contrarios a la dignidad del ser humano propia del embrión y, al mismo tiempo, lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio.⁹¹

Por tanto, si partimos de la base que el embrión merece respeto como todo ser humano, por el hecho de ser persona, como se concluyó en el primer capítulo, su empleo como simple material de ensayos científicos resulta inaceptable. Admitir esta práctica equivaldría a ver al embrión como un objeto sin valor intrínseco, olvidando que el embrión es un individuo humano dotado de su propia e irrepetible identidad genética.

Por su parte, los principios internacionales sobre experimentación con seres humanos, expuestos por el Código de Núremberg (1947), y la Declaración de Helsinki (1964), si bien no hacen referencia directa a la experimentación embrionaria, por aplicación de sus principios generales no permitirían tal práctica respecto del embrión. En efecto, entre las condiciones exigidas para la admisión de la experimentación, la Declaración de Helsinki exige el consentimiento libre e informado, y es evidente que tratándose de embriones, tal requisito no se cumple. Una experimentación que implicara necesariamente la muerte del sujeto, con más razón aún si es menor, sería claramente ilícita. En estos casos, el deber esencial del médico consiste en ser guardián de la vida y de la salud del sujeto del experimento. La Declaración de Helsinki consagra un verdadero principio de filosofía política cuando afirma que en la experimentación médica, los intereses de la ciencia y los de la sociedad jamás deben prevalecer por sobre el bien del sujeto.⁹²

3.- Técnicas Experimentales de Desviaciones en Embriones Humanos.

Entre las prácticas de manipulación genética que resultan posibles de realizar mediando alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, se pueden mencionar las siguientes:

3.1 Ectogenesis:

⁹⁰ Id. Pág. 18.

⁹¹ Id. Pág. 19.

⁹² Adorno Roberto, Op. cit. en nota 83, Pág. 121.

Es el intento de lograr el desarrollo de un ser humano fuera del útero materno, ya sea en uno artificial o ensayando reproducir el proceso de gestación en especies animales, particularmente en aquellas genéticamente más próximas al ser humano.

Las observaciones que hasta hoy día se han realizado, demuestran que destinar sustancia embrionaria a tal proyecto es garantizar su destrucción ya que el embrión no continúa su desarrollo, no muere pero tampoco prosigue el proceso evolutivo aunque siga creciendo.⁹³

3.2 Elección de Sexos:

Existen diversas modalidades por las que se puede elegir el sexo del futuro niño. Una de ellas, consiste en que se fusionen dos óvulos de diferentes mujeres y se implante el producto resultante en el útero de una de ellas. Para la fusión de los dos óvulos, el procedimiento consiste en la extracción de ambas membranas pelúcidas e inyectar, luego, el cigoto en una de ellas. El resultado obvio, es el sexo femenino del embrión.

Más difícil de realizar es el supuesto masculino, ya que además de requerirse la fusión de los dos espermatozoides, es inevitable la obtención de un óvulo receptor, así como de un posterior útero de alquiler donde se perfeccione la gestación.

Otra técnica a utilizar es la de recombinación de ADN, mediante manipulación en el cigoto propiamente dicho.

Otra posibilidad es que la selección del sexo de los hijos, no se haga manipulando genéticamente el cigoto, sino escogiendo esos espermatozoides que conforme a su dotación cromosómica, al fecundar el óvulo aseguren una progenie de determinado género.⁹⁴

La determinación inducida del sexo es extraordinariamente beneficiosa cuando es utilizada desde un punto de vista terapéutico, evitando la transmisión de enfermedades ligadas al sexo como la hemofilia. El problema surge cuando la determinación inducida del sexo se produce sin una finalidad terapéutica, por el simple deseo de tener un hijo varón o desear una niña.⁹⁵ Bajo este punto de vista, la utilización de este procedimiento es

⁹³ Aneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit en nota 37.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ LAUSANA, 6 de julio de 2001 Una clínica de reproducción asistida de Estados Unidos está atrayendo a parejas europeas que quieren elegir el sexo para sus hijos. Hasta ahora ya se han producidos al menos 200 gracias a una máquina para clasificar espermatozoides. La mayoría de las parejas que han acudido desean tener un niño o una niña por motivos personales.
www.zonapediatrica.com/Zonas/Bioética/embrionhumano.htm.

reprochable, dado que se está manipulando lo que la naturaleza, espontáneamente y por razones todavía desconocidas para el hombre, tiene predeterminado, con el evidente peligro de afectar a la especie humana si se fuerza el nacimiento de individuos de un solo sexo.⁹⁶

3.3 Fecundación Inter-Especies:

Consiste en la fecundación de óvulos de otras especies con esperma humano y viceversa.⁹⁷ Es unánime el rechazo a este tipo de manipulación ya que vulnera la dignidad humana y pone en riesgo el patrimonio genético de la humanidad, y por consiguiente, su supervivencia como especie.

Lo que se intenta prohibir en este caso, es la generación de híbridos de la especie humana con cualquier otra especie que sea animal.

3.4 Fusión de Preembriones o Quimeras:

La creación de quimeras consiste en la fusión de dos embriones distintos de la misma especie o de especies diferentes, pudiéndose originar un único individuo con fragmentos de los distintos embriones originarios. La quimera puede producirse de modo absolutamente natural, siendo reducida su viabilidad. Pero también puede producirse de manera artificial, fusionando embriones en tubos de ensayo para posteriormente ser implantado en úteros humanos.⁹⁸

La producción de quimeras se ha utilizado para fusionar embriones sanos con otros portadores de dolencias genéticas y así permitir a los investigadores definir la zona del tejido donde se produce la lesión inicial en los casos de síndromes complejos.

Resulta cuestionable la utilización de un embrión sano para beneficio de otro que padece de alguna anomalía genética. Además este tipo de manipulaciones afecta directamente al patrimonio genético de la humanidad, introduciendo mutaciones forzadas de consecuencias, hasta hoy impredecibles.

3.5 Clonación:

⁹⁶ Benítez Ortuzar Ignacio, Op. cit. en nota 70, Pág. 85.

⁹⁷ Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cita en nota 37.

⁹⁸ Benítez Ortuzar Ignacio, Op. cit. en nota 70, Pág. 88.

Domingo Basso, en *Nacer y Morir con Dignidad* define el método de clonación de la siguiente forma: “Consiste la clonación en la multiplicación biológica sin intervención de la sexualidad realizada artificialmente para conseguir individuos genéticamente homogéneos. Es una forma de reproducción asexuada que da como resultado una copia genética como si fuera una reproducción fotográfica. En esta técnica participa un solo progenitor, que aporta el núcleo de una o más células de su cuerpo. De este modo se realiza el trasplante nuclear de una célula somática a un óvulo. Cada célula somática contiene en su núcleo el código genético de todo el organismo. El método de clonación se realiza retirando el núcleo del óvulo y sustituyéndolo por el núcleo de una célula somática no sexual. El óvulo se comporta como si estuviera fecundado dando lugar a un individuo genéticamente homogéneo al que aportó el núcleo...”⁹⁹

Hay dos tipos de clonación humana según sean las finalidades perseguidas. Si se pretende la reproducción de un ser humano completo, tenemos la clonación reproductiva. Aquella que persigue una ayuda a fin de superar determinadas enfermedades, es la clonación terapéutica. En este caso no se trataría de realizar una clonación completa de un ser humano, sino únicamente de obtener, por replicación a partir de células madres, células humanas que reemplacen a otras para curar enfermedades como el Parkinson, el Alzheimer o la Diabetes.

La clonación con fines reproductivos es enérgicamente rechazada por gran parte de la comunidad científica.¹⁰⁰ Entre las razones que se esgrimen para condenar esta opción, se señala que si ésta llegara a producirse habrían consecuencias a nivel de mutaciones y reorganizaciones cromosómicas impredecibles que podrían surgir como consecuencia de la manipulación a la que hay que someter el ADN y los óvulos para obtener un ser clónico. También se expresa que la diversidad genética de la especie humana se vería claramente afectada, con el riesgo patológico que esto supone. Además, sería importante añadir el

⁹⁹ Casas María Cecilia y Guerrero Mariana Cecilia, Op. cit. en nota 74.

¹⁰⁰ López Barahona Mónica, “El Estatuto Genético del Embrión Humano.” En *El Inicio de la Vida. Identidad y Estatuto del Embrión Humano*, Op. cit. en nota 68, Pág. 53.

hecho de que en esta hipótesis el varón no sería ya necesario para perpetuar la especie.¹⁰¹

102

La clonación terapéutica por su parte resulta muy atractiva para la ciencia y no aparece, en principio, tan cuestionada como la clonación reproductiva por la finalidad que persigue. Sin embargo parece pertinente detallar como ella se realiza: el óvulo fecundado in vitro con el espermatozoide se cultiva en el laboratorio hasta el estadio de trofoblasto. En este punto del desarrollo embrionario, las células del embrión poseen todavía su capacidad totipotente. Es justamente en este punto donde los investigadores han intervenido en el desarrollo embrionario in vitro, tomando algunas de las células del embrión y cultivándolas en una placa Petri con la consiguiente muerte del embrión.¹⁰³

Hay que hacer notar que, para obtener estas células totipotentes in vitro para su posterior utilización, el embrión del que proceden las células muere.

La postura de la Iglesia Católica es clara sobre el punto. Rechaza absolutamente la clonación humana, aún con fines médicos. Elio Sgreccia, Vicepresidente de la Academia Pontificia para la Vida afirma que la clonación hace del individuo un simple medio. La propuesta de la clonación humana sería, según la moral cristiana, intrínsecamente ilícita, prescindiendo de sus finalidades.¹⁰⁴

La duplicación deliberada de un ser humano debe suscitar un rechazo a nivel mundial, ya que reduce al hombre a la condición de cosa fabricada en serie, y en este sentido resulta groseramente contrario al derecho a la identidad de que goza todo ser humano. Por tanto, este tipo de prácticas vulnera el derecho de todo individuo humano a ser único e irrepetible. Sin dejar de lado el riesgo que corre la humanidad toda al ser privada de la diversidad genética que es el factor que le permite perpetuarse y sobrevivir. Por otra parte, no existe motivo alguno que justifique la creación de un ser humano genéticamente igual a otro.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² El 5 de Abril de 2002, el ginecólogo italiano Severino Antinori anunció que el primer ser humano clonado está a punto de nacer, ya que la mujer que lo porta en su seno se encuentra en la octava semana de gestación. www.emol.com/noticias

¹⁰³ López Barahona Mónica, Op. cit. en nota 100, Pág. 54.

¹⁰⁴ Inma Álvarez/J.C. www.crlp.org/pub-sp-religiosa.htm

4.- Congelamiento o Crioconservación de Embriones Humanos.

La técnica de crioconservación implica la conservación en frío del embrión hasta que se determina adecuada la transferencia uterina mediante la descongelación.

La congelación de embriones, consiste en recurrir a embriones de 4 a 8 células, que tras ser introducidos en el medio crioprotector se someten a una reducción de temperatura progresiva a razón de 2°C por minuto hasta alcanzar 6°C. En este punto se mantienen durante 20 a 30 minutos y a partir de entonces puede optarse por el procedimiento de congelación lenta o rápida (tanto en uno como en el otro se conservan en un medio de nitrógeno líquido).¹⁰⁵

Al practicarse la fecundación en laboratorio se presentan dos posibilidades: o se implantan de inmediato en el útero de la mujer la totalidad de los embriones, (lo que implica el riesgo de embarazos múltiples) o bien se congelan los embriones sobrantes para los efectos de utilizarlos en el futuro, si la primera implantación no deriva en un embarazo normal. Esta técnica evita que la mujer deba someterse en cada ciclo menstrual a una extracción de óvulos por celioscopia, que representa un acto quirúrgico previa estimulación del ovario.¹⁰⁶

Se rechaza la posibilidad de congelamiento de embriones afirmando como fundamento que se trata de un ser humano cuyo proceso de desarrollo no puede ser arbitrariamente suspendido. La situación se complica aún más si por alguna causa se tornase innecesaria la posterior utilización de los embriones congelados. Maurizio Faggioni,¹⁰⁷ sostiene que el punto ético-jurídico fundamental se encuentra en el reconocimiento de la cualidad humana del embrión y, por ende, en la convicción de que “el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la formación del cigoto, exige el respeto incondicional que moralmente se debe al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde su concepción y, por lo tanto, desde ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona, entre los cuales, ante todo, el derecho inviolable a la vida que tiene todo ser humano inocente”

¹⁰⁵ Gafo Javier, Op. cit. en nota 84, Pág. 36.

¹⁰⁶ Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

¹⁰⁷ Faggioni Maurizio, La cuestión de los embriones congelados. www.bioeticaweb.com

Contra la crioconservación también se ha sostenido que ésta coloca a las incipientes vidas humanas de algún modo “fuera del tiempo”.¹⁰⁸ Detener el ciclo vital de un embrión humano es expresión de “voluntad de poder”, con el que uno decide sobre otro, débil e indefenso. No “suspende” la vida: ésta está allí congelada, depositada como un producto de consumo, al lado de muchos otros, preparada para cuando haga falta.¹⁰⁹

La congelación de los embriones se presenta, además, como una ofensa sobreañadida, pues se le expone a graves riesgo de muerte o de daño a su integridad física. En este sentido, no es una técnica inofensiva; además ciertos estudios sobre modelos animales han mostrado, en adultos provenientes de embriones congelados, diferencias significativas en aspectos morfo-funcionales y del comportamiento.¹¹⁰ Por su parte, el Dr. Alan Trounson, admite que la viabilidad de los embriones después del proceso de congelación/descongelación es baja: de 13% a 15% de supervivencia si se aplica el proceso rápido de descongelación y de 46% a 57% en el caso del proceso lento de descongelación.¹¹¹

Los defensores de la crioconservación señalan que ésta salva a los embriones frescos de la destrucción, cuando no se los puede transferir por dificultades surgidas o por exceso de número¹¹². Esta técnica, asimismo, presenta la ventaja de hacer el procedimiento menos traumático para la mujer y menos costoso; en caso de fracaso de la primera tentativa, no es necesario proceder a una nueva estimulación hormonal en la mujer para obtener más óvulos. La técnica tiene también un motivo económico, porque el tratamiento hormonal es una de las etapas más costosas de la fecundación in vitro.

La Resolución de 16 de Marzo de 1989 del CABHI,¹¹³ señala algunos requisitos para la crioconservación de embriones:¹¹⁴

¹⁰⁸ Andorno Roberto, Op. cit. en nota 83, Pág. 118.

¹⁰⁹ Cozzoli Mauro, Op. cit. en nota 73, Pág. 250.

¹¹⁰ Faggioni Maurizio, Op. cit. en nota 107.

¹¹¹ Citado por Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37. En el procedimiento rápido, se descongelan mediante un baño de agua a 30°C y los embriones sometidos a un proceso lento de congelación se descongelan a razón de 10°C mínimo de elevación de las temperaturas entre -80 y +4°C de donde luego son transferidos a un baño de 30°. En ambos casos los embriones son posteriormente cultivados en estufa a 37° durante 4 a 12 hrs.

¹¹² Faggioni Maurizio, Op. cit. en nota 107.

¹¹³ Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, Institución del Consejo de Europa.

¹¹⁴ González Moran Luis, “Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida”, Procreación Humana Asistida, Aspectos Técnicos, Éticos y Legales, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, Pág. 166.

- Que sólo se pueda crioconservar embriones humanos para la implantación destinada al embarazo de la mujer a la que se han extraído los óvulos con esta finalidad.
- Que se limite la duración de la crioconservación.
- Que se prohíba y penalice el comercio con embriones crioconservados para fines científicos o industriales.
- Que se prohíba la clonación, la creación de híbridos y quimera.

4.1 Tiempo de Conservación. Su Regulación.

En cuanto al tiempo de conservación de los embriones, Martínez Calcerraba señala que el proceso de conservación permite que se puedan almacenar embriones durante años o quizás en forma indefinida si la sociedad lo permitiere. Un embrión almacenado en 1984 podría mantenerse congelado hasta el año 2084 y revivir en el útero de la sobrina bisnieta de la dadora.¹¹⁵

No obstante, las recomendaciones, informes y la legislación sobre la materia se han inclinado por limitar el tiempo de congelación de embriones. Así, la recomendación 68 del Informe Palacios propone un plazo de 5 años, plazo que fue recogido por la ley española 35/1998 que en su artículo 11 nro. 3 señala: “Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años.” Por su parte, en Inglaterra la “Human Fertilization and Embriology Act” de 1 de noviembre de 1990 permite claramente la congelación y almacenamiento de embriones, establece como plazo máximo para ello cinco años. El Informe Warnock establece en la recomendación 32 que el período máximo para almacenar embriones sea de 10 años.

Alemania, por medio de la ley penal 745/90, protege al embrión humano desde el momento mismo de su concepción y en tal sentido, no admite la constitución de “bancos de embriones”, siendo obligatoria la transferencia al útero materno, a saber madre biológica, de todos los embriones obtenidos por fecundación in vitro, los cuales en ningún caso podrán ser más de 3.

Finalmente, en nuestro país, la Resolución Exenta Nro. 1072 de 1985, respecto de la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria, en su artículo 8 inciso final establece

¹¹⁵ Citado por Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

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. La Directiva Ministerial sólo rige para el sistema de salud público, por lo que los organismos privados, vale decir, clínicas y centros sanitarios privados no están obligados a cumplirla. Sería para ellos simplemente una recomendación.¹¹⁶

Por último, la crioconservación plantea un problema aún mayor ¿Qué hacer con los embriones congelados que ya nadie desea? Frente al hecho consumado de la existencia de embriones congelados en estado de desamparo, abandono o huérfanos, originada por la muerte de uno u ambos cónyuges, divorcio o eventual desinterés o negativa del matrimonio o pareja a recibir el embrión, el derecho debe proporcionar la respuesta más adecuada en protección del interés del embrión, que es el más desamparado y desprotegido.

Ante las posibilidades que se plantean en orden a autorizarse su destrucción o su experimentación,¹¹⁷ considero que la solución más favorable en orden a respetar la vida humana viene dada por la posibilidad de transferir los embriones a otra mujer, se trataría de una adopción prenatal. Esta solución está basada en el interés del niño por nacer, protegiendo el derecho de todo ser humano a vivir.

5.- Tratamiento Legal de la Ingeniería Genética.

En materia de regulación jurídica en el plano internacional es fácil distinguir dos posturas: una permisiva y otra más restrictiva.

Dentro de la primera corriente cabe mencionar la legislación española y la inglesa.

Existen en España, en materia de investigación y experimentación embrionaria humana, dos normas legales que, si bien carentes de tipos penales, regulan el tema: la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la investigación y experimentación sobre gametos y embriones hasta el decimocuarto día de vida (lo que la ley llama preembriones) y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación

¹¹⁶ Gumucio S. Juan Cristóbal, Op. cit. en nota 5, Pág. 123.

¹¹⁷ Ian Willmut, profesor del Instituto Roslin en Edimburgo, Escocia, afirmó que la destrucción de los embriones humanos que quedan después de un tratamiento de fertilidad constituye un “desperdicio inmoral”, ya que podrían ser usados como fuente de células precursoras, aludiendo a la necesidad de utilizar para investigación los embriones que sobran de tratamientos de fertilización. Agosto 30,2000
www.cnnenespañol.com

y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos, que contempla la investigación y experimentación sobre embriones de más de catorce días y fetos. A partir de ellas, es posible realizar las siguientes distinciones:¹¹⁸

1.- Gametos: investigación y experimentación sin límites.

2.- Preembriones, es decir, embriones hasta el decimocuarto día:

- Si fueran viables:

a) Investigación de carácter diagnóstico y fines terapéuticos o preventivos y siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico (art. 15.2 Ley 35/88)

b) Experimentación prohibida.

- Si no fueran viables:

a) Investigación amplia, sin sujeción a los fines antes indicados, si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal. El artículo 16 de la Ley 35/88 enumera una relación de posibles investigaciones, pero dicho precepto se cierra con una fórmula general: “cualquier otra investigación que se estime oportuno autorizar por normativa o a falta de ésta, por la Comisión Nacional Multidisciplinar.”

b) Experimentación sin límites con tal que concurra autorización de la autoridad competente y se acredite científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismo fines (art. 16.2 Ley 35/88).

3.- Embriones y Fetos:

a) En el claustro materno, sólo se admiten actuaciones de carácter diagnóstico o terapéutico (art. 5.1 Ley 42/88).

b) Fuera del claustro materno, y sólo respecto de embriones, la autoridad competente podrá autorizar las investigaciones básicas, sobre la base de proyectos debidamente desarrollados, que deberán estar incluidos en la relación contenida en el artículo 8.2 d. de la Ley, aunque la amplitud de la relación tampoco significa constreñimiento alguno (art. 7.1 Ley 42/88).

c) Experimentación prohibida (art. 9.B.e Ley 42/88).

- Si no fueran viables:

a) Investigación en los términos anteriores.

¹¹⁸ González Morán Luis, Op. cit. en nota 114, Pág. 175 – 176.

b) Experimentación, permitida con tal de que exista un proyecto de experimentación aprobado por la autoridad competente (art. 9.B.e Ley 42/88).

4.- Sobre embriones y fetos muertos: investigación y experimentación.

Cabe destacar que la ley no especifica acabadamente cuáles son los embriones viables y cuales no, máxime si se considera que en la mayoría de los casos todo es una cuestión de grados. Desde el punto de vista estrictamente médico se consideran embriones viables a aquellos en los cuales más de la mitad de los blastómeros parecen morfológicamente normales.¹¹⁹

Algunos de los puntos más destacables de la ley 35/88 son: prohibición de fecundar óvulos humanos con un propósito distinto al de la reproducción humana asistida, prohibición de distintas formas ilegítimas de manipulación genética, a modo enunciativo se destacan las siguientes: fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana, mantener in vitro y vivos óvulos fecundados más allá del decimocuarto día, descontando el tiempo de congelamiento, comerciar con preembriones o sus células, así como su importación o exportación, utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes, crear seres humano idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, la selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, la creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros, la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa, la ectogenesis o la creación de un ser humano individualizado en el laboratorio, el intercambio genético humano o recombinado con otras especies, para producción de híbridos, entre otros.

En el ámbito penal, el Código Penal español de 1995, rubricando el Título “De los Delitos Relativos a la Manipulación Genética”, incrimina la manipulación genética no terapéutica en la línea germinal del individuo, así como la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana, la clonación y cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza, así como la práctica de reproducción asistida sin consentimiento de la

¹¹⁹ Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

mujer. Además, incluye la figura consistente en la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.¹²⁰

Inglaterra, por su parte, fue el país en el que se dispuso por primera vez la creación de un comité interdisciplinario, denominado Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology (Informe Warnock) con el fin de estudiar las repercusiones éticas, sociales y jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción. El documento elaborado, fruto del estudio de esta comisión, consta de 64 recomendaciones, las cuales se dividen en varias secciones. En materia de experimentación con embriones humanos, el tratamiento es especialmente amplio. Este Informe considera que hasta el surgimiento del primer esbozo del sistema nervioso (la llamada cresta neural), que aparece catorce días después de la fecundación, es legítima la utilización de embriones con fines de experimentación que posea relevante interés científico. El Informe Warnock da incluso un paso más adelante; admite no sólo experimentar con embriones sobrantes que no van a ser implantados, sino igualmente con embriones producidos intencionalmente ad hoc, es decir, con la única finalidad de experimentar sobre los mismos.¹²¹

Fruto de las recomendaciones emitidas por el Informe Warnock, se dicta la ley sobre fertilización humana y embriología, que en líneas generales, prohíbe la creación, utilización o almacenamiento de embriones sin permiso para ello, prohibiendo cualquier permiso tras los catorce días después de la fecundación, la implantación en el útero de la mujer de gameto o embriones no humanos, la clonación de embriones o personas o la mezcla de gametos de animales y personas. Utilizando para ello el derecho punitivo.^{122- 123}

Dentro de una postura más restrictiva, se encuentra la ley alemana sobre Protección de Embriones de 13 de diciembre de 1990. Esta ley toma una postura más restrictiva en cuanto a las posibilidades de investigación y reconociendo como destino exclusivo de todo óvulo fecundado su desarrollo gestacional. La norma contempla sanciones penales para quienes fecunden artificialmente un óvulo con un motivo diverso al

¹²⁰ Benítez Ortúzar Ignacio Francisco, “Delitos Relativos a la Reproducción Asistida”, *Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*, Editorial COMARES, Granada 1998, Pág.159- 160.

¹²¹ Gafo Javier, Op. cit. en nota 84, Pág. 82.

¹²² Benitez Ortuzar Ignacio Francisco, Op. cit. en nota 70, Pág. 97 – 98.

¹²³ Según informa el diario inglés Saily Telegraph, con fecha 13-04-2000, Inglaterra estudia aprobar la Clonación, así, la comisión de expertos creada por el Gobierno Británico se ha declarado a favor de la clonación de embriones para crear tejidos y órganos para trasplantes, con lo cual, y según este mismo periódico, la aprobación de los ministros está prácticamente asegurada. www.cnnenespañol.com

de producir un embarazo en la portante. Con respecto al número de óvulos fecundados a implantar por la mujer, se reprime penalmente la implantación de más de 3 óvulos fecundados en la misma mujer y dentro del mismo ciclo, así como la fecundación de una cantidad de óvulos de la portante que exceda el número de embriones que puedan ser implantados en el mismo ciclo. Con la misma penalidad, se reprime a quien extraiga un embrión del útero de una mujer antes de que se produzca su nidación, ya sea para implantarlos en otra mujer o para destinarlos a cualquier actividad que no contribuya a su conservación.

Esta ley también reprime bajo el título “Utilización abusiva de embriones humanos” al que vende, traspasa, adquiere o utiliza para fines que no contribuyan a su conservación, a un embrión, ya sea producido en laboratorio o extraído del útero de una mujer. Así mismo se sanciona, con la misma pena, a quien provocare el desarrollo extracorpóreo de un embrión con fines diversos de provocar un embarazo. Se prevee también la selección de sexos, se la sanciona con excepción de aquellos casos en que tal selección se ha realizado para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria ligada con el sexo. Igualmente reprime la creación de un embrión con la misma información genética de otro embrión, feto, ser humano vivo o muerto, así como la implantación de un embrión de esas características. Regula también como tipos penales la fecundación inter-especies cuando por lo menos uno de los gametos es humano, así como la implantación de un híbrido en una mujer o la implantación de un embrión humano en un animal.¹²⁴

5.1 Tratamiento Legal de la Ingeniería Genética en Nuestro País.

En Chile la ingeniería genética no está sujeta a reglamentación legal, sólo existe la ya mencionada Resolución Exenta nro. 1072 que regula la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria, la cual a propósito de la prohibición de practicar la crioconservación de embriones, señala que no se permitirá la investigación sobre los mismos. Al respecto conviene mencionar, que sobre esta materia se han presentado hasta la fecha tres proyectos de ley,¹²⁵ lo cual demuestra que ya existe un interés en nuestro

¹²⁴ Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

¹²⁵ Boletín nro. 01026-07 de fecha 6 de Julio de 1993, Ley que regula los Principios Jurídicos y Éticos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y establece Sanciones para los Infractores de sus Normas,

legislador por regular esta materia, aunque los hechos demuestran que dicho interés es menor, dado que los proyectos todavía se encuentran en trámite o han sido archivados, descuido que ha de calificarse como grave si se considera que entre los fines del derecho esta el hacer efectivo el ideal de justicia y proporcionar seguridad y protección jurídica al más débil.

En rasgos generales la legislación propuesta se presenta claramente como una normativa que busca hacer prevalecer los intereses de las personas involucradas, en particular los del niño que será concebido y gestado por sobre la tecnología e intereses meramente científicos.

Así, por ejemplo, el proyecto de ley que Regula los Principios Jurídicos y Éticos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y Establece Sanciones para los Infractores de sus Normas, en su exposición de motivos deja en claro que el objetivo de dicho proyecto es regular las técnicas de reproducción asistida de manera de proteger a las parejas matrimoniales¹²⁶ que, teniendo problemas para concebir, recurren a ellas para procrear y dar vida, y al mismo tiempo, evitar todo atentado a la dignidad y trascendencia de la persona humana, o a la ética o moral, a través de ejercicios experimentales, o manipulación genética. El proyecto se orienta a lograr que el progreso científico esté al servicio de la dignidad y felicidad humana en un marco ético y moral.¹²⁷ El proyecto prohíbe conductas y acciones reñidas con la ética y con el derecho, como son la criopreservación, la destrucción y el comercio con embriones vivos, la experimentación sobre embriones y en general la utilización de embriones para un fin distinto de la reproducción humana.¹²⁸

En marzo de 1997 fueron presentados dos proyectos referidos a esta materia, los cuales venían a complementar la iniciativa anterior desde una perspectiva estrictamente penal, sancionando la clonación, la elección de sexo, la mutación o hibridación, la

Boletín nro. 01993-11 de fecha 12 de Marzo de 1997, Proyecto de Ley sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y prohíbe la Clonación Humana, Boletín nro. 01997-11 de fecha 18 de Marzo de 1997, Ley sobre protección de los Embriones Humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, la elección artificial de sexo, la transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ectogénesis y la fecundación post mortem.

¹²⁶ En el texto aprobado luego de las modificaciones introducidas en el segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Salud, se permite no sólo acceder a estas técnicas a la pareja unida por matrimonio, sino también a aquellas que “tengan un hogar constituido y estable que permita brindar al hijo que se conciba un ambiente adecuado para su cabal desarrollo como persona”, Banda Vergara Alfonso, “Dignidad de la Persona y Reproducción Humana Asistida”, Revista de Derecho, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Volumen IX, 1998, Pág. 27.

¹²⁷ Boletín nro. 1026-07 de fecha 6 de Julio de 1993, Diario de Sesiones del Senado pág. 1048.

fecundación post mortem, la ectogenesis y la transformación artificial de células reproductoras humanas y también tendiente a regular la investigación científica en el ser humano y su genoma.¹²⁹

En opinión de Juan Cristóbal Gumucio, en nuestro país es posible realizar todas las investigaciones médicas que tengan un fin terapéutico o científico y que no atenten contra la vida o integridad del embrión; y será posible la experimentación con fines terapéuticos cuando no existan otros medios disponibles o la experimentación con fines científicos cuando no revista peligro para el embrión, en todo caso enfatiza que el derecho a la vida es superior al desarrollo científico y no se puede en virtud de éste sacrificar a una criatura no nata.¹³⁰

Ante esta nueva realidad científica, no se puede permanecer pasivos y, en consecuencia, es imperativo que el legislador establezca los marcos legales necesarios y adecuados para abordar las situaciones que vienen advirtiéndose en materia de tecnología genética y reproductiva, la mayoría de ellas huérfanas de normativas apropiadas que tutelen algunos de los derechos que hoy se ven controvertidos. Principalmente el derecho a la vida.

III. Capítulo III: Responsabilidad Civil por Daños Derivados de las Técnicas de Reproducción Asistida.

El término responsabilidad, en su acepción más amplia, entraña la obligación o deber en que se coloca una persona determinada de resarcir, indemnizar o satisfacer cualquier pérdida, detrimento, perjuicio o daño causado por ella, por otra persona que de ella depende, o por alguna cosa que le pertenece o de que se encuentra en posesión.¹³¹ La responsabilidad en materia civil ha sido definida como la obligación que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios a otra ocasionados, y se la ha dividido tradicionalmente en contractual y extracontractual, según si previamente unía a las partes un

¹²⁸ Id. Pág. 1050.

¹²⁹ Boletín nro. 1993-11 de fecha 12 de Marzo de 1997 “Proyecto de Ley sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y Prohíbe la Clonación Humana y Boletín nro. 1997-11 de fecha 18 de Marzo de 1997 “Proyecto de Ley sobre Protección de los Embriones Humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, la elección artificial de sexo, la transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ectogénesis y la fecundación post mortem”.

¹³⁰ Gumucio Juan Cristóbal, Op. cit. en nota 5, Pág. 120.

¹³¹ Acosta Ramírez Vicente, De La Responsabilidad Civil Médica, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Pág.17.

vínculo convencional o no.¹³² Así en el derecho civil, la responsabilidad se define por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido, se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. Por su parte, el daño ha sido definido como todo detrimento, que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral.¹³³

En la actualidad los problemas que suscitan las modernas técnicas de fertilización asistida que implican una manipulación genética, han adquirido una relevancia innegable, entre ellos, se pueden mencionar los problemas relativos a la responsabilidad civil. En un sentido amplio, tal responsabilidad interesa eventualmente a todos quienes participan en la procreación. El donante de gametos, la pareja estéril, los médicos y centros asistenciales asumen, cada cual un ámbito de responsabilidad, siendo virtualmente imposible abarcar todos los posibles daños desencadenados como consecuencia de la aplicación de dichas técnicas. Por su parte, correlativamente, es posible situar a todos los anteriormente mencionados en calidad de eventuales damnificados.

Como una manera de ofrecer un estudio sistemático del tema que se plantea se puede realizar la siguiente esquematización:

1.- Daños Causados Directamente al Paciente.

La aplicación de las técnicas de procreación asistida conllevan casi siempre una intervención sobre el cuerpo humano, así por ejemplo, extraer una muestra de líquido amniótico de la gestante para realizar un diagnóstico prenatal por amniocentesis, recolectar los óvulos o implantar embriones en la fecundación in vitro. Tales actuaciones pueden causar un daño al paciente y dicho daño quedará comprendido dentro de los criterios generales que rigen la responsabilidad civil del médico.¹³⁴

Deberá tenerse presente, que el desempeño de dichas técnicas está regido por las pautas o requisitos objetivos aplicables a toda actividad médica de investigación terapéutica, establecidos en las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial de Helsinki (1964) y Tokio (1975), entre las que destacan las exigencias relativas al consentimiento informado, la proporcionalidad entre los objetivos buscados y los riesgos que se corren, el respeto de los

¹³² Abeliuk Manasevich René, Las Obligaciones, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1993, Pág. 667.

¹³³ Id. Pág. 673.

¹³⁴ Al respeto ver Acosta Ramírez Vicente De la Responsabilidad Civil Médica, Op. cit. en nota 131.

principios morales y científicos de la investigación en medicina y la alta y especializada cualificación de los intervinientes.¹³⁵ La omisión de cualquiera de dichas pautas, con resultado dañoso, dará lugar a la correspondiente responsabilidad profesional.

2.- Responsabilidad por Transmisión de Enfermedades Genéticas Previsibles.

Considerando el avance de las técnicas de diagnóstico prenatal,¹³⁶ entre otras amniocentesis, ultrasonografía, la fetoscopia, biopsia corial, etc., es posible concluir que las enfermedades y deficiencias físicas o psíquicas de origen genético, entran a menudo dentro del campo de lo previsible y por tanto, podría afirmarse también, dentro del campo de lo evitable. Cuando se detecta una tara o enfermedad genéticamente transmisible, la posibilidad de evitar el nacimiento de un niño con tales anomalías puede realizarse bien previniendo la concepción mediante fórmulas anticonceptivas, bien interrumpiendo la gestación ya iniciada. Esto último sólo es posible en aquellas legislaciones en las cuales el aborto terapéutico se encuentra despenalizado.

Esa posibilidad humana de prever y evitar un resultado dañoso nos coloca ante un caso de responsabilidad civil.

2.1 Responsabilidad del Médico.

Los médicos en el ejercicio de la medicina, pueden ocasionar una serie de perjuicios, y ello justamente genera el problema de su responsabilidad. Lacassagne la definió así: “La responsabilidad médica es la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que pueden comportar una doble acción civil y penal.”¹³⁷ Bajo éste concepto debe entenderse la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la

¹³⁵ Llamas Pombo Eugenio, “Responsabilidad Civil por Manipulación Genética”, Revista del Notariado Nro. 854 Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 101, octubre-diciembre 1998, Argentina, Pág. 188.

¹³⁶ La Recomendación 13 (1990) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, sobre cribado genético, diagnóstico genético prenatal y sobre consejo genético conexo señala que el término diagnóstico prenatal “se utiliza para referirse a pruebas empleadas para determinar si un embrión o feto concreto se encuentra afectado por una enfermedad específica.”

¹³⁷ Lacassagne, Précis de Médecine Légale (París, 1906); citado en Rojas, Medicina Legal (Buenos Aires, 1936, pág. 308. Citado por Acosta Ramírez Vicente, Op. cit. en nota 131, Pág. 19.

emisión de juicios científicos, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo.

2.1.1 Frente a los padres del nacido con enfermedades o malformaciones.

Si se trata de procreación natural, es clara la responsabilidad del médico frente a los padres, fundamentada en el deber, generalmente contractual, que tiene el médico de realizar pruebas genéticas y diagnósticas, e informar a esos padres de los riesgos del nacimiento. Tal responsabilidad ha sido reconocida en Alemania (Bundesgerichtshof 18 enero 1983, por no diagnosticar una rubeola de la madre), y en Estados Unidos (Trib. Apelación de New York, caso Becker, por no realizar amniocentesis a la madre de 37 años de un niño con síndrome de Down).¹³⁸

En estos casos el resarcimiento alcanzará tanto al daño patrimonial, consistente en los mayores gastos de cuidado y mantenimiento de la criatura provocados por las taras con que nació, ya que de ordinario, de haber obrado el médico diligentemente, también habrían tenido los padres un hijo al que mantener, aunque uno sano;¹³⁹ como el daño moral constituido por el natural sufrimiento que comporta tener un hijo tarado.

Si se trata de procreación asistida, la responsabilidad del médico resulta todavía más clara, el deber de diagnosticar y asesorar sobre los riesgos genéticos alcanza un grado de exigencia más elevado, tal deber pesa aunque los padres no hayan consultado, pues el médico coparticipa activamente en la procreación y además lo hace como experto.

Para determinar de que tipo de responsabilidad civil responde el médico frente a los padres, si contractual o extracontractual, será necesario analizar si entre ellos existe o no un vínculo jurídico, aún cuando para el Dr. Fernando Pantaleón Prieto, la distinción pierde gran parte de su relevancia, cuando se admite que la existencia de un contrato entre dañante y dañado, en el cumplimiento del cual se produce el evento dañosos, no impide a éste reclamar la indemnización, por la vía de la responsabilidad extracontractual.¹⁴⁰

¹³⁸ Pantaleón P. Fernando citado por Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. en nota 135, Pág. 190.

¹³⁹ Pantaleón Prieto Fernando, “Procreación Artificial y Responsabilidad Civil”, La Filiación a Finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Gobierno Vasco, 28-IX a 2-X – 1987, Pág. 262.

Así, entre los contratos originados por la puesta en práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, interesa el contrato de fecundación artificial entre el centro sanitario y las personas que van a hacer uso de estas nuevas técnicas de reproducción o más específicamente los padres del futuro ser engendrado. Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica del contrato en cuestión,¹⁴¹ cabe señalar que dicha relación jurídica ha sido definida como un contrato de servicios, pues no se ve diferencia, desde la perspectiva jurídica, entre esta y cualquier otra forma de actuación del médico con sus clientes,¹⁴² por tanto, la obligación que se deriva del contrato médico es una obligación de medios. Que la obligación sea de medios supone que quien realiza el acto médico se compromete a poner los medios necesarios para conseguir el resultado deseado, pero no garantizado, y a actuar conforme a las normas de la “lex artis” propia de su profesión. De este modo, surgirá responsabilidad cuando no se ha actuado con la debida diligencia, o lo que es lo mismo, cuando ha intervenido culpa, negligencia o imprudencia, tal actuación genera responsabilidad para el facultativo médico, y desde este punto de vista, la responsabilidad tendrá carácter contractual.

Para los efectos de determinar los sujetos responsables de esta relación contractual, la ya citada ley española 35/88, en su artículo 19-1 dice que el Director del Centro o Servicio del que depende el Equipo biomédico será el responsable directo de las actuaciones de éste y en el artículo 19-2, antes de describir las actuaciones objeto de responsabilidad, habla de responsabilidad de los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros, igualmente la ley señala que los Equipos biomédicos actuarán interdisciplinariamente.¹⁴³ De lo anteriormente expresado, se desprende que el legislador español quiso facilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad al o a los perjudicados como consecuencia de una técnica de procreación asistida, pues en la mayoría de las ocasiones no sabrán quién es el causante, con su conducta negligente, de los daños ocasionados.

2.1.2 Frente al nacido con taras o malformaciones.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ver al respecto Rojas Mata Gabriela, “La Contratación y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2002.

La jurisprudencia comparada diferencia tres posturas con relación a la responsabilidad civil del médico frente a las reclamaciones relacionadas con niños nacidos deficientes, aunque gestados en procesos de procreación natural.¹⁴⁴

La primera postura mayoritaria, desestima la responsabilidad negando las pretensiones resarcitorias del niño tarado o deficiente (*wrongful life*). Postura que es criticada y en primer lugar se señala que es erróneo afirmar que el niño no tiene daño, puesto que este es un juicio personalísimo e insustituible por el juez o por la ley. En segundo lugar, el argumento que reafirma la responsabilidad en cuestión sería el absurdo de negarle la pretensión indemnizatoria al principal perjudicado, que es el hijo, otorgándosela solamente a los padres. Además de no admitírsela, el hecho del fallecimiento de los padres, exoneraría de responsabilidad en la práctica al médico.¹⁴⁵

La segunda postura, limita el monto del resarcimiento a los gastos del tratamiento de las lesiones del niño nacido con deficiencias (*special damages*), que excedan a los que ya se tuvieron en cuenta en la indemnización otorgada a los padres. El argumento estriba en que es imposible determinar con exactitud el resto de los perjuicios, dado que la diligencia del médico hubiera llevado a la no existencia del niño que, para esta teoría, es considerada un daño aún mayor.

Una tercera postura, la admite sin restricciones, extendiéndola incluso a los “*general damages*” (como la pérdida de posibilidad de obtener empleos, sufrimientos, etc.). A pesar de que sin esa imprudente conducta, el niño no hubiera nacido.

En caso de procreación asistida, la responsabilidad del médico frente al nacido es clara. En la procreación natural puede discutirse el deber jurídico del médico de impedir que el niño venga al mundo tarado, pero en la procreación asistida es indudable el deber jurídico del médico de no contribuir, de no provocar un daño.

Llamas Pombo¹⁴⁶ afirma que al disociarse sexualidad y procreación, ya no están implicados los derechos de los padres (intimidad, desarrollo de la personalidad, etc.), y el compromiso de terceros intervinientes (médicos) ofrece la posibilidad y exigencia de un

¹⁴² Gafo Javier, Op. cit. en nota 84, Pág. 118.

¹⁴³ Carcaba Fernández María, Op. cit. en nota 1, Pág. 179.

¹⁴⁴ Pantaleón Prieto Fernando, citando una serie de fallos pronunciados sobre la materia en cuestión en tribunales ingleses, alemanes y norteamericanos llega a las conclusiones que se señalan, Op. cit. en nota 139, Págs. 267 y siguientes.

¹⁴⁵ Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

¹⁴⁶ Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. en nota 135, Pág. 192.

mayor control y diagnóstico. Agrega que incluso ni el consentimiento o petición de los padres, sabedores de los riesgos o posibles malformaciones, puede exonerar al médico o la clínica, por ese deber que pesa sobre éstos de no contribuir en ese objetivo. En consecuencia, una imprudente conducta del médico que llevará aparejado el nacimiento de un niño con daños físicos o malformaciones, hará responder civilmente al médico frente al nacido por los daños patrimoniales y morales que para él se deriven de la taras con que nació, todo ello amparado por las normas de responsabilidad extracontractual, pues no existe vínculo jurídico alguno que una a las partes.

2.2 Responsabilidad de los padres frente al nacido.

Respecto de esta hipótesis cabe señalar que la pretensión indemnizatoria por daños derivados de la procreación, con fundamento en la causalidad genética implicada en la transmisión de la vida humana, de manera natural, encuentra su primer antecedente en la sentencia del Tribunal de Piacenza en 1950 que reconoció al hijo afectado de sífilis hereditaria, el derecho a un especial resarcimiento en contra de sus padres, encontrados civilmente responsables por haberlo engendrado a pesar de conocer la dañosa transmisión que sobrevendría. Se consagra de esta manera, la responsabilidad “por un hecho que transforma el gran don de la vida en una tremenda infelicidad”, en palabras de la propia sentencia.¹⁴⁷

La procedencia de esta responsabilidad es discutida en el plano doctrinal:

Llamas Pombo señala algunos de los argumentos que se utilizan para negar esta responsabilidad, entre los cuales menciona en primer lugar la *compensatio lucri cum damno* (la vida sería el lucro compensable), según la cual, los padres no responden, pues al fin y al cabo, han dado al hijo un bien mucho mayor, como es la vida. En segundo lugar se ha señalado que cuando se realiza el acto que genera la responsabilidad (la procreación), no existe un sujeto titular de un derecho a la integridad física o psíquica, y cuando nace, ya

¹⁴⁷ Sentencia citada por Pantaleón Prieto Fernando, Op. cit. en nota 139, Pág. 274.

tiene las lesiones, por lo que éstas nada menoscaban, y no existe daño. Finalmente, agrega que se ha esgrimido la falta de antijuricidad, pues la relación sexual es un acto lícito.¹⁴⁸

Para Zannoni la improcedencia de la pretensión indemnizatoria radica en que si el derecho resiste toda idea de impedir o restringir las relaciones sexuales por respeto a la privacidad y libertad del hombre, no puede tampoco generar ninguna responsabilidad civil el engendrar un hijo aunque este nazca con taras o enfermedades hereditarias con conocimiento de los progenitores de la posibilidad de transmitirlos. Para el mencionado autor, sólo en el caso de que el Estado, avanzando peligrosamente en la esfera de la intimidad de los particulares, regule las consecuencias jurídicas del hecho de engendrar a una persona tarada o enferma, cabría la posibilidad de acción civil por daños del hijo contra los padres.¹⁴⁹

En la doctrina española, Pantaleón Prieto, niega igualmente la pretensión indemnizatoria del hijo nacido con defectos psíquicos o somáticos contra los padres que los concibieron de manera natural, pese a ser conscientes del riesgo de transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas. Este autor funda su postura en el derecho fundamental de la pareja a planificar libremente su propia reproducción (parte integrante del derecho a la intimidad familiar garantizado por la Constitución española). Así, imponer a los padres responsabilidad civil frente al hijo nacido con tales anomalías, si bien no implicaría una prohibición o impedimento a la facultad de procrear, significaría predicar una suerte de “responsabilidad de acto lícito”, sin base alguna en la ley.¹⁵⁰

En contraposición a las posturas antes mencionadas, se observa una nueva tendencia que postula que la obligación de reparación del daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como también el de los lícitos. Afirmativamente, Banchio¹⁵¹ alega que se está ante el cambio del sistema resarcitorio de un daño producto de un obrar ilícito, injustamente causado, a una teoría más amplia; la teoría de la reparación del daño injustamente sufrido.

¹⁴⁸ Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. en nota 135, Pág. 192.

¹⁴⁹ Zannoni Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, Editorial Astrea, 1978. Citado por Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

¹⁵⁰ Citado por Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

Para el profesor Llamas Pombo, la eventual indemnización derivada de tal responsabilidad no podría cumplir nunca una verdadera función resarcitoria. Los padres tienen, cierto es, el deber de cubrir las consecuencias patrimoniales que la lesión acarrea para el hijo, pero tal deber no procede de su responsabilidad extracontractual, sino de su *officium de patria potestad*, o incluso de su obligación legal alimenticia.¹⁵²

Cuando la procreación es asistida, la responsabilidad de los padres presenta un matiz diferente, en opinión del profesor Llamas Pombo, toda vez que aquellos incumplen una legítima prohibición por parte de la sociedad y del legislador, dirigida a vedar el acceso a tales técnicas asistidas cuando exista riesgo grave de taras o deficiencias hereditarias.¹⁵³ Tal prohibición se encuentra consagrada en el artículo 2.1 de la ley española 35/88 al señalar: “Las técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente: a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.”

2.3 Responsabilidad del donante de gametos.

Es clara la responsabilidad civil del donante de gametos que, conociendo o sospechando tener una enfermedad de transmisión hereditaria, oculta tal información y efectúa la donación. En este sentido, Martínez Calcerrada,¹⁵⁴ señala que habrá responsabilidad civil cuando la conducta dolosa o negligente de terceros biológicos (dador) ocasionen malformaciones congénitas en el embrión. Por ejemplo, que el dador haya ocultado una enfermedad y que hayan surgido deficiencias congénitas, no obstante la responsabilidad del centro médico que lo lleva a cabo que debía previamente prestar la debida diligencia en la averiguación del estado de salud de los intervinientes.

Así, el niño fruto de una fecundación artificial heteróloga (en donde se recurre a gametos de terceras personas) que haya nacido con malformaciones, podrá exigir responsabilidad por daños al dador de gametos que, conociendo o pudiendo, razonablemente, sospechar que podía transmitir al futuro ser una enfermedad infecciosa, genética o hereditaria, hubiese ocultado tal información en el momento de la dación del

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. en nota 135, Pág. 193.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Citada por Anneca Dolores, García María, Lafourcade Paula, Op. cit. en nota 37.

esperma o los óvulos. Pero ¿Cómo podrían los representantes legales, y el propio interesado, cuando llegue a la plena capacidad de obrar, reclamar responsabilidad al dador que no facilitó los datos de una enfermedad conocida?¹⁵⁵ De admitirse la exigencia de responsabilidad, esta lo será de carácter extracontractual, ya que ningún contrato ha existido entre las partes de este hipotético litigio.

Respecto de la responsabilidad del donante frente a los padres, cabe precisar que esta sólo es posible que se genere cuando el hijo haya nacido con la contribución de un donante conocido y contratado por los padres, bajo este supuesto se estará en presencia de un caso de responsabilidad contractual.

Sin embargo, cuando se establece el anonimato de quienes donan sus gametos, como lo contempla expresamente la legislación española en el artículo 5.5 de la ley 35/88, no habrá relación jurídica entre donante y receptores, al permanecer para ambos ignoradas sus respectivas identidades. Así, el anonimato del donante imposibilita cualquier pretensión indemnizatoria por parte de los padres.

En lo que se refiere a la responsabilidad del donante ante el Centro Sanitario se debe señalar que entre ellos se genera una relación contractual, comúnmente se habla de donación de gametos, no obstante, sin entrar a analizar la naturaleza jurídica del contrato en cuestión,¹⁵⁶ es del caso precisar que sobre el donante pesa la obligación de proporcionar al Centro cuantos datos y antecedentes le sean requeridos, además de la veracidad de éstos, y los que, aun sin ser requeridos, sean conocidos por el propio dador, por lo que será responsable en el caso de transmisión de enfermedades conocidas no declaradas y de las que el Centro Sanitario no podía tener noticia a pesar de los análisis efectuados,¹⁵⁷ responsabilidad que, dado el vínculo jurídico que los une, será de carácter contractual.

3.- Responsabilidad Civil Derivada de la Inadecuada Selección del Material Genético.

En general, el problema es considerado en relación con la selección del material genético proveniente de donantes, sin embargo, no es solo privativo de esta hipótesis, pues

¹⁵⁵ Gafo Javier, Op. cit. en nota 84, Pág. 117.

¹⁵⁶ Ver al respecto Rojas Mata Gabriela, Op. cit. en nota 141.

¹⁵⁷ Gafo Javier, Op. cit. en nota 84, Pág. 117.

aunque se tratara de inseminación artificial homóloga o de fecundación extracorporal en que intervienen los gametos del mismo matrimonio, es deber del médico o del Centro Asistencial que practica la técnica de fertilización asistida, realizar un adecuado estudio del material genético.¹⁵⁸

Dicho análisis implica siempre un estudio genético e infectológico de ese material para descartar que semen u óvulos pudieran ser portadores de enfermedades hereditarias, como cromosopatías, metabólicas, etc., o adquiridas, como sífilis, sida, etc.¹⁵⁹

La legislación española establece que la elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Debiendo garantizarse que el donante tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica, además de las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora (artículo 6-5 ley 35/88). Así mismo, se establece que los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que ellos trabajen, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si realizan mala práctica con los materiales biológicos o cuando por omitir los estudios protocolizados se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias evitables con ese estudio previo (artículo 19-2 ley 35/88).

Finalmente, se puede señalar que el hecho de que el hijo nazca con taras o daño genético, producto de una inadecuada selección del material genético, no es la única razón por la que los usuarios de una técnica de reproducción asistida pueden sentirse legítimamente insatisfechos por el resultado de aquella. Ocurrió en Inglaterra, un matrimonio de raza blanca, que recurrió a la inseminación artificial heteróloga, tuvo un hijo negro, al haberse utilizado inadvertidamente semen de una persona de esta raza. ¿Podrán exigir los padres responsabilidad civil al médico en un supuesto como este? Parece claro que no han sufrido aquéllos daño patrimonial alguno, de haber obrado el médico con el cuidado exigible en la selección del esperma a utilizar en la inseminación, la pareja habría tenido un hijo blanco al que, como es obvio, hubiera costado mantener lo mismo que al hijo

¹⁵⁸ Respecto de esta última hipótesis ver análisis efectuado en páginas 54 y 55 del presente trabajo.

¹⁵⁹ Zannoni Eduardo, "Tutela de la Persona por nacer y Responsabilidad Civil (Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)", Derecho de Daños, Primera Parte, Ediciones La Roca, Buenos Aires, Argentina, 1996, Pág. 632.

negro. Al respecto, Pantaleón Prieto¹⁶⁰ sostiene que sí podrán los padres reclamar al médico una moderada indemnización por daño moral. Agrega que la concesión de la misma por los tribunales en modo alguno representaría una suerte de constatación oficial de que sea un “mal” tener un hijo negro (lo que sería claramente inconstitucional), sino el simple reconocimiento de algo tan lamentable como objetivamente indiscutible, el que unos padres blancos tengan un hijo negro, lo mismo que el que unos padres negros tengan un hijo blanco, es hoy en nuestra sociedad una fuente de serias inconveniencias para los padres en cuestión. Lo ideal sería, desde luego, que no fuese así. Pero, señala que no compete a los tribunales el papel de “educadores sociales” al respecto, a costa de exonerar al médico negligente en tales supuestos.

Cabe señalar que el reconocimiento de la existencia de responsabilidad civil derivada de la aplicación de las técnicas de procreación asistida es una hipótesis aún no planteada en nuestros tribunales de justicia ni en la doctrina nacional, sin embargo, es una realidad que considerando el avance de las técnicas de reproducción humana asistida seguramente no tardará mucho tiempo en presentarse.

¹⁶⁰ Pantaleón Prieto Fernando, Op. cit. en nota 139, Pág. 278.

IV. Conclusiones

1.- Es una realidad que en los últimos años lo que comenzó siendo un simple problema médico, la búsqueda de un remedio para la infertilidad, ha superado hoy las barreras de la medicina repercutiendo directamente en otros campos como son la moral, la ética y, por supuesto también, el derecho. Al nacer una técnica capaz, como es la fecundación in vitro, de modificar el desarrollo natural del hombre, alterando conceptos tradicionales relacionados con la concepción y reproducción humana, se ha puesto en discusión el momento a partir del cual el ser humano debe ser considerado persona y, por tanto, merecedor de reconocimiento y tutela jurídica por parte del derecho. Discusión que presenta gran importancia, toda vez, que de la respuesta que se obtenga al respecto dependerá en gran medida el tratamiento jurídico que le será aplicable a este nuevo ser.

2.- A partir de los principios que inspiran todo nuestro ordenamiento jurídico y del análisis e interpretación efectuada a diversas disposiciones de nuestro derecho, considero que el embrión humano, desde el momento mismo de su fecundación, es decir, desde la unión de las células reproductoras masculinas y femeninas, independiente del medio en que esta se verifique, vale decir, in vivo o in vitro, es reconocido como persona para la legislación chilena.

3.- Así, siendo el embrión humano persona goza de una serie de derechos. Su derecho primario y fundamental, es el derecho a la vida; consagrado en el artículo 19 Nro. 1 de nuestra Carta Fundamental, como consecuencia del cual no puede ser desechado ni destruido. Este derecho no abarca sólo un período, sino toda la vida, desde la concepción

hasta la muerte. Por lo tanto, no tiene sentido ni coherencia amparar solo un segmento de la vida y condenar el resto a la experimentación y a la muerte. La vida es sagrada antes y después del alumbramiento.

Del mismo modo, este nuevo ser tiene derecho a que se le respete su dignidad y a ser tratado como persona, y no puede ser, por lo tanto, objeto de transacciones jurídicas, no es susceptible de apropiación ni de circulación, no está dentro del comercio, por que no es una cosa.

4.- Del mismo modo, siendo el embrión humano persona, no puede ser aceptable su manipulación para satisfacer anhelos o aspiraciones de otros sujetos, aún cuando estos puedan parecer legítimos. La persona es un fin en sí misma, nunca un medio para la consecución de fines ajenos a su propio bienestar. En este sentido, aquellas técnicas experimentales en embriones humanos que sean contrarias a la naturaleza y dignidad del ser humano, tales como la clonación, creación de quimeras o híbridos, fecundación inter-especies, etc., no pueden ser consideradas jurídicamente admisibles.

La investigación científica debe estar limitada por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y en este sentido, el derecho debe velar para que el progreso científico en esta materia, marche acorde con el respeto y protección que merece toda vida humana.

5.- En lo que dice relación con el reconocimiento de la responsabilidad civil por los daños desencadenados como consecuencia de la aplicación de los modernos avances en materia de reproducción humana, considero que el principio que afirma que “aquel que comete un daño es obligado a su reparación”, resulta plenamente aplicable en esta materia. Si bien es cierto que sobre el tema existe escaso pronunciamiento doctrinal y jurisprudencial en el derecho comparado, es una realidad, que de la aplicación de los diversos métodos de reproducción artificial pueden derivarse daños, los cuales pueden afectar a cualquiera de los intervinientes en dichos procesos, a saber, el donante de gametos, la pareja estéril, los

médicos y centros asistenciales, y por supuesto también, al niño nacido de la aplicación de dichas técnicas; el que a mi entender, se presenta como el más indefenso y desprotegido, debido a la facilidad con que las actuales tecnologías pueden intervenir en su desarrollo. En este contexto, es preciso admitir la existencia del daño y las pretensiones indemnizatorias del afectado, comprendiéndose tanto el daño patrimonial como también el daño moral.

Respecto a la responsabilidad que le cabe a los médicos y centros asistenciales en que dichas prácticas se llevan a cabo, considero que esta presentará un matiz distinto, ya que en este caso, estamos ante la presencia de expertos, a los cuales se les debe exigir un mayor grado de cuidado y diligencia en su actuar.

6.- Finalmente, resulta evidente y necesario que nuestro país cuente con una legislación que regule la aplicación de las nuevas técnicas de procreación artificial y todo lo que la puesta en marcha de las mismas lleva consigo; una legislación respetuosa de la dignidad de todo ser humano, desde sus orígenes hasta su muerte, en tal sentido, será preciso la existencia de una norma legal que claramente reconozca la personalidad del embrión humano desde el momento mismo de la fecundación, que rechace cualquier forma de manipulación de la vida humana embrionaria y, por supuesto, consagre las responsabilidades por los daños que la aplicación de esta nueva tecnología pueda provocar a los usuarios de las mismas. Considero que en el desarrollo de esta tarea es conveniente que nuestro legislador conozca la regulación que sobre el tema se presenta en el derecho comparado, pero no con el objeto de asimilar dichas legislaciones, muy por el contrario, para evitar caer en disposiciones con una interpretación dudosa, que lejos de proteger al nuevo ser vaya en contra de su adecuado desarrollo.

V. Bibliografía

I. Libros

- 1.- Abeliuk Manasevich René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, 1993.
- 2.- Acosta Ramírez Vicente, *De la Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- 3.- Andorno Roberto, *Bioética y Dignidad de la Persona*, Editorial Tecnos, 1º Edición, España, 1998.
- 4.- Benítez Ortúzar Ignacio Francisco, *Aspectos Jurídicos Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., España, 1997.
- 5.- Benítez Ortúzar Ignacio Francisco, *Delitos Relativos a la Reproducción Humana. Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- 6.- Cárcaba Fernández María, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.
- 7.- Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación*, Ediciones Paulinas, 1987.
- 8.- Cozzoli Mauro, *El Embrión Humano: Aspectos Éticos-Normativos. Identidad y Estatuto del Embrión Humano*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid.
- 9.- Diccionario de Terminología de Ciencias Médicas, Ediciones Salvat, Duodécima Edición, 1984.
- 10.- Evans de la Cuadra Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1986.
- 11.- Figueroa Yañez Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona: Del Genoma al Nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- 12.- Figueroa Yañez Gonzalo, *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- 13.- Gafo Javier, *Nuevas Técnicas de la Reproducción Humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986.

- 14.- Gafo Javier y Otros, *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- 15.- Gumucio Schonthaler Juan Cristóbal, *Procreación Asistida. Un Análisis a la Luz de la Legislación Chilena*, Editorial Jurídica Conosur, Chile, 1997.
- 16.- López Barahona Mónica, *El Estatuto Genético del Embrión Humano. En el Inicio de la Vida. Identidad y Estatuto del Embrión Humano*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2000.
- 17.- Pantaléon Prieto Fernando, *Procreación Artificial y Responsabilidad Civil. La Filiación a Finales del siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana*, II Congreso Mundial Vasco, Gobierno Vasco, 28-IX a 2-X 1987.
- 18.- Serra Angelo, *El Embrión Humano, Ciencia y Medicina. En torno a un reciente documento. En La Vida Humana: Origen y Desarrollo. Reflexiones Bioéticas de Científicos y Moralistas*, Editorial Sae Terrae, Madrid, 1989.
- 19.- Serra Angelo, *La Ley del Desarrollo del Embrión Humano revela cuándo “yo” soy “yo” En el Inicio de la Vida. Identidad y Estatuto del Embrión Humano*, Biblioteca de Autores Cristiano, Madrid, 2000.
- 20.- Soto Lamadrid Miguel, *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación ante el Derecho*, Editorial Astrea, Argentina, 1990.
- 21.- Zannoni Eduardo, *Derecho de Daños*, Ediciones La Roca, Primera Parte, Argentina, 1996.
- 22.- Zannoni Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, Editorial Astrea, Argentina, 1978.

II. Publicaciones en Revistas

- 1.- Andorno Roberto, “ El Derecho frente a la nueva Eugenesia: La selección de embriones in vitro”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 21 Nro. 2, 1994.

- 2.- Banda Vergara Alfonso, “Dignidad de la Persona y Reproducción Humana Asistida”, Revista de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Volumen IX, 1998.
- 3.- Corral Talciani Hernán, “El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 1997.
- 4.- Doyharcabal Casse Solange, “El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 21 Nro. 2, 1994.
- 5.- Llamas Pombo Eugenio, “Responsabilidad Civil por Manipulación Genética”, Revista del Notariado, Nro. 854 Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 101 octubre – diciembre 1998, Argentina.
- 6.- Soto Kloss Eduardo, “El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII Nro. 3, 1991.
- 7.- Villalobos María José, Traducción Ley Nro. 745/90 publicada en el Bundesgesetzblatt, diciembre 1990, Revista Chilena de Derecho, Volumen 21 Nro. 2, 1994.
- 8.- Zapata Larraín Patricio, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 15 Nros. 2-3, 1998.

III. Tesis

- 1.- Arenas Angela y Paredes Loreto, “Las Técnicas de Reproducción Asistida y el Comienzo de la Vida Humana: Discriminaciones que sufren los Hijos Concebidos y Nacidos bajo Técnicas de Fertilización Asistida”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2001.
- 2.- Curia Castro Eva, “Estatuto Jurídico del Embrión y del Feto Humanos”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 2000.
- 3.- Henríquez Herrera Ian, “Estatuto Biojurídico sobre el inicio de la Vida Humana. Comentario crítico a cinco tesis”, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, 2000.
- 4.- Fuenzalida Carmen Gloria, “Protección Jurídica del Embrión en la Legislación Chilena”, Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.

5.- Rojas Mata Gabriela, “La Contratación y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2002.

IV. Textos Legales y Proyectos de Ley

1.- Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, 1994.

2.- Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, Decimotercera Edición, 1997.

3.- Código Penal, Editorial Jurídica de Chile, Decimocuarta Edición, 1994.

4.- Código Sanitario, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición, 1996.

5.- Código del Trabajo, Ediciones Publibey, 1996.

6.- Reglamento del Código Sanitario, publicado el 3 de diciembre de 1983.

7.- Resolución Exenta 1072 Normas aplicables a la Fertilización In Vitro y a la Transferencia Embrionaria, 1995.

8.- Ley Española Nro. 35/1988 Técnicas de Reproducción Asistida, 22 de Noviembre de 1988.

9.- Ley Española Nro. 42/1988 sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus células, tejidos u órganos, 28 de Noviembre de 1988.

10.- Proyecto de Ley que Regula los Principios Jurídicos y Éticos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y establece Sanciones para los Infractores de sus Normas, Boletín Nro. 01026-07 de 6 de Julio de 1993.

11.- Proyecto de Ley Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y prohíbe la Clonación Humana, Boletín Nro. 01993-11 de 12 de Marzo de 1997.

12.- Proyecto de Ley Sobre Protección de los Embriones Humanos, estableciendo sanciones penales para quienes practiquen la clonación, la elección artificial de sexo, la transformación artificial de células reproductoras humanas, la hibridación o mutación, la ectogenesis y la fecundación post mortem, Boletín Nro. 01997-11 de 18 de Marzo de 1997.

v. Internet

- 1.- www.aaba.org.ar “Primeras Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho”, Argentina.
- 2.- www.aebioética.org “Estatuto del Embrión Humano. Bioética y Ciencias de la Salud”, Vega M., Vega J. Y Martínez P.
- 4.- www.bioetica.org “El Estatuto del Embrión”, Ballesteros Jesús.
- 5.- www.bioeticaweb.com “El Embrión Humano ¿merece ser protegido por el derecho?”, Andorno Roberto.
- 6.- www.bioeticaweb.com “La cuestión de los embriones congelados”, Faggioni Maurizio.
- 7.- www.cnice.mecd.es “Genética y Bioética”, Lacadena Juan Ramón.
- 8.- www.cnnenespañol.com
- 9.- www.comunidad.derecho.org/dergenetico/ Carta Obispos. Carta de los Obispos de la Provincia de Victoria.
- 10.- www.comunidad.derecho.org/dergenetico/ComisiónWarnock. Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana.
- 11.- www.comunidad.derecho.org/dergenetico/ComisiónPalacios.
- 12.- www.derecho.org/comunidad/acamon “Seminario II Fecundación In Vitro”.
- 13.- www.derecho.org “El derecho a la autodeterminación reproductiva y el estatus del nasciturus en el derecho constitucional chileno”, Corral Talciani Hernán.
- 14.- www.emol.com/noticias.
- 15.- www.sibi.org “Génesis y Uso del Término Preembrión en la Literatura Científica Actual”, Departamento de Biología Celular, Facultad de Medicina, Universidad de Murcia, M. Ferrer Colomer y L.M. Pastor García.
- 16.- www.vidahumana.org/index “Ética de la Investigación y Experimentación en el Hombre. Reflexiones sobre la Vida”, Pastor García Luis.
- 17.- www.zonapediatrica.com