

LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y SU INCIDENCIA EN LA ESTERILIZACION Y PROCREACION ASISTIDA*

Susan Turner Saelzer

Profesora Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.
Magíster Iuris Georg-August-Universität, Göttingen, Alemania.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la fundamentación de la normativa vigente y de los proyectos de ley en materias relacionadas con la procreación. Para ello, se trata primero del origen, existencia y alcances de los denominados derechos sexuales y reproductivos, presentando las posturas doctrinarias al respecto, tanto aquella que los considera derechos autónomos y absolutos como aquella que pretende otorgarles un contenido restringido. En seguida, se abordan los temas de la esterilización y de las técnicas de reproducción asistida y la incidencia que en ellos puede tener el reconocimiento de los derechos reproductivos, confrontando esta postura con aquella que invoca el derecho a la protección de la salud.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, existe consenso en la comunidad internacional y en prácticamente todas las comunidades nacionales en torno a la existencia de los derechos humanos y a la necesidad de que ellos sean reconocidos, respetados y garantizados. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ocupado de consagrar catálogos de derechos que constituyen el mínimo exigible a los Estados. Nada impide que éstos agreguen otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, ya sea con el objeto de ampliar el alcance y contenido de un derecho ya existente en el catálogo mencionado, ya con el fin

de mejorar las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes¹.

La modernidad ha visto surgir, por consiguiente, nuevos derechos fundamentales que traen consigo el desafío de lograr su armonización con otros derechos que se encuentran en su ámbito natural, pues los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí². Si cada derecho fundamental actuase en forma aislada, su reconocimiento y real aplicación no acarrearía conflicto jurídico alguno.

En este sentido, el tránsito hacia la modernidad trajo consigo el derecho a la investi-

* El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto N° 200031 de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile, denominado "Las técnicas de reproducción humana asistida y sus implicancias en el Derecho Privado Chileno".

¹ MEDINA, CECILIA, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Internacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Medina Quiroga, Cecilia *et al.*, Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 32.

² Declaración de Derechos Humanos de Viena, N° 5.

gación y a la producción científica y técnica, directamente relacionado, a su vez, con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y como un claro ejemplo de libertad entendida como derecho a la no interferencia³. Por otra parte, los avances de la biomedicina han dado a la sexualidad y procreación, antes pertenecientes estrictamente al ámbito privado de las personas, un protagonismo inusual y, para algunos, incómodo. En este ámbito, un ejemplo que refleja el carácter progresivo de los derechos humanos es el desarrollo de los denominados “Derechos Sexuales y Reproductivos”⁴, que aseguran a todas las personas la posibilidad de tomar decisiones y ejercer libre, consciente y responsablemente su sexualidad y reproducción, sin ningún tipo de coacción y violencia. Ellos aseguran, asimismo, que todas las personas puedan contar con la información, la educación y el acceso a los servicios, medios e instrumentos que se requieren para tomar tales decisiones⁵.

En nuestro país se han discutido en el último tiempo diversos temas que tienen relación con los DSR, tales como la esterilización, la utilización de la anticoncepción postcoital de emergencia, el derecho al aborto y el derecho al libre uso de las Técnicas de Reproducción Asistida. Lo paradójico es que el debate nacional no ha encontrado un común denominador a estos tópicos, dándoles un tratamiento fragmentado y, muchas veces, contradictorio.

Con fecha 18 de octubre del año 2000 ingresó al Congreso Nacional un proyecto de “Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos” cuyo objeto es “establecer las bases normativas generales para el reconocimiento, garantía, protección y promoción del ejercicio pleno de los Derechos Sexuales y

Reproductivos de la población, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2° artículo 5° de la Constitución Política de la República”. Considerando el fuerte debate de orden valórico que los temas referidos a la sexualidad y procreación suscitan en nuestra comunidad, la idea de una ley marco que sienta las bases generales para una futura regulación legal parece ser la alternativa más viable de avance.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la fundamentación de la normativa vigente y de los proyectos de ley que existen en materias relacionadas con la procreación. Para ello, en la primera parte del presente trabajo reseñaré brevemente los orígenes de los DSR, para luego referirme a la controversia planteada en cuanto a su real existencia, contenido y alcance. En la segunda parte abordaré dos temas relacionados con los DSR, la esterilización y las Técnicas de Reproducción Asistida⁶, para intentar demostrar las distintas consecuencias que en ellos tiene la aceptación de la existencia de estos derechos, para terminar con las conclusiones.

1. LOS DSR

1.1. Orígenes de los DSR

El origen de los derechos sexuales y reproductivos se remonta a la década de 1960 del siglo recién pasado, cuando, unida a la preocupación de los países desarrollados por la pobreza y el explosivo crecimiento poblacional de los países pobres que ponía en peligro la estabilidad política regional y mundial, surge la idea de crear políticas que influyesen sobre el comportamiento reproductivo de las personas. Comienza así a esbozarse el concepto de Derechos Reproductivos como fundamento de cualquier intervención en el comportamiento reproductivo de la población⁷. Es decir, más que un reconocimiento de los derechos de la mujer, connotación adquirida

³ APARISI MIRALLES, ANGELA, *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 89.

⁴ En adelante, “DSR”.

⁵ Art. 6 Proyecto de Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, Boletín N° 2608-11. En lo sucesivo, “Proyecto DSR”.

⁶ En adelante, “TRA”.

⁷ Introducción al Proyecto TRA, Boletín N° 2608-11, p. 31.

después, la motivación para el establecimiento de estos derechos era netamente pragmática: lograr controlar la explosión demográfica a través del control de natalidad. Puede mencionarse como una de las primeras manifestaciones de estos derechos la declaración contenida en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, donde se reconoce que “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”⁸.

A partir de 1980, se produjo un nuevo impulso en el desarrollo de los DSR, unido al creciente interés por lograr el efectivo ejercicio de los derechos humanos sin distinciones basadas en el sexo, edad, condición socioeconómica, religión, origen racial, estado civil, idioma o cualquier otra condición. Es decir, se produce una especie de cambio de estatus de estos derechos y de ser meramente instrumentos para disminuir las tasas de fecundidad, accedieron para algunos, según veremos, a la categoría de derechos fundamentales. Se abrió de esta manera una nueva esfera de libertad de la persona, la de las decisiones reproductivas. Ello quedó reflejado en sendos instrumentos internacionales, tales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994) y la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing (1995). Fue justamente en la Conferencia de El Cairo, y luego repitiendo los términos, en la de Beijing, en que se formuló por primera vez una definición de los derechos reproductivos en los siguientes términos: “Teniendo en cuenta la definición que antecede (vid. salud reproductiva), los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas apro-

bados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia” (Párrafo 7.3, Cap. VII y Párrafo 94, Cap. IV, respectivamente).

La progresiva consagración de la idea de DSR ha llevado a la Organización Mundial de la Salud a definir la salud sexual y reproductiva como “un estado de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia a su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”⁹. A continuación, se consagra “el de-

⁸ Proclamación de Teherán, N° 16, en PACHECO, MÁXIMO, *Los Derechos Humanos. Documentos básicos*, 2ª Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1992, p. 188.

⁹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, Párrafo 7.2.

recho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva¹⁰.

1.2. Existencia, contenido y alcances de los DSR

Si bien existe una fuerte tendencia, sobre todo en el ámbito del Derecho Internacional, de reconocer la existencia de los DSR, la doctrina no está acorde ni en cuanto a su existencia como derecho fundamental, independientemente de su consagración explícita en instrumentos vinculantes, ni en cuanto a su contenido y alcances.

La primera cuestión, referida a la existencia de los DSR, si bien presupuesto de la segunda relativa al contenido y alcances, por cuanto sólo resulta controvertible el contenido de un derecho que efectivamente existe, me parece que guarda con ella una relación aún más íntima. Ello debido a que la postura de desconocer la existencia de los DSR persigue fundamentalmente evitar que de ellos se deriven ciertas facultades consideradas lesivas de ciertos valores y derechos fundamentales, más que la de suprimir su existencia. En este sentido, parece ilustrativo que se analice la existencia del “derecho a procrear”¹¹ más que la de los DSR, cuestión que deja de ser un aspecto meramente terminológico, cuando esa expresión se utiliza como sinónimo de “derecho al hijo” y se le agrega “a toda costa”¹².

Justamente es ese el contenido que quiere negarse a los DSR, y las razones que se dan son variadas. Se argumenta, por ejemplo, que aceptar la existencia de un “derecho al hijo” sería trasladar al hijo al rol de objeto del derecho desconociéndole su calidad de sujeto del mismo¹³. Por otra parte, se cues-

tiona que en el caso sería objeto directo del derecho algo que por su propia condición está fuera del campo de actuación de la libertad humana, de modo que el sujeto no sería dueño del poder que caracteriza el contenido del derecho subjetivo. Se le estaría reconociendo un poder del que naturalmente no está investido, por cuanto ni el acto sexual ni la reproducción artificial conducen siempre y necesariamente a la procreación¹⁴.

Por lo tanto, más que la negación de la existencia de los DRS, esta corriente pretende excluir del contenido exigible del derecho “el resultado positivo del acto reproductor”¹⁵, poniendo el énfasis, en cambio, en el aspecto positivo del derecho, en la libertad de las personas para realizar los actos humanos destinados a engendrar, pero haciendo hincapié en el ejercicio responsable de la decisión procreadora¹⁶. De acuerdo con esta posición doctrinaria, el derecho a procrear podría considerarse incluido en el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad, pero tiene limitaciones, ya que debe enmarcarse en el contexto natural de la reproducción humana. Es un derecho a realizar los actos propios de la generación¹⁷.

Explican los autores en cuestión que por el hecho de que a través del ejercicio responsable de la sexualidad existe aun la posibilidad de generar vida humana, el ser humano deja de ser dueño de la potencialidad creadora y pasa a ser su mero administrador. Lo contrario, conllevaría el peligro de suponer que existe un derecho sobre la vida, es decir, que el hombre es dueño del origen mismo de la vida sin más límites que los permitidos por las nuevas tecnologías biomédicas. Esta falsa

¹⁰ Id., Párrafo 7.3.

¹¹ GAFO, JAVIER (ed.), *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986. p. 52. VILA-CORO, MARÍA DOLORES, *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, Editorial San Pablo, Madrid, 1997, p. 94.

¹² Id.

¹³ GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL, *Procreación Asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial Conosur, Santiago, 1997, p. 149; VILA-CORO, MARÍA DOLORES, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴ GAFO, JAVIER (ed), *op. cit.*, p. 54, VILA-CORO, MARÍA DOLORES, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 N° 3, Santiago, 1992, p. 459.

¹⁶ En este sentido ver GAFO, JAVIER (ed.), *op. cit.*, p. 55.

¹⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 158.

suposición, según ellos, parte de la base de que el ser humano tiene un derecho a la autodeterminación física que le permite actuar soberanamente sobre su cuerpo. En esta perspectiva, el derecho a controlar la propia fertilidad sería la mayor garantía para ejercer con plena libertad los derechos sexuales, sin tener que asumir las posibles consecuencias del mismo, sobre todo la del hijo no querido¹⁸.

La postura contraria liga los DSR fundamentalmente con el derecho a la libertad¹⁹, la integridad física, la intimidad y la disposición del propio cuerpo²⁰. En virtud de este último, sería legítimo que se realice cualquier práctica que permita tener un hijo, ya sea en el propio cuerpo o incluso a través de otra persona, siempre que consienta. El derecho a procrear considerado de esta manera sería un derecho individual y absoluto de la persona. El énfasis está puesto en la faz negativa del derecho: la libertad sexual emanada del derecho reproductivo permite decidir no tener un hijo.

Esta corriente está ligada con el movimiento de incorporación de la mujer como sujeto específico de derechos humanos, en la

medida que la consagración de los DSR constituiría justamente una reacción ante la discriminación que históricamente ha sufrido la mujer y que se ha concretado en pactos generales que toman como modelo al género masculino y que, por ende, olvidan la violencia doméstica y los derechos reproductivos. Ante la discriminación existente, y aun sacrificando en alguna medida la neutralidad exigible al Estado que permite a cada persona realizar sus planes personales en forma individual, éste debe asumir un rol activo que asegure la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la mujer asegurando su libertad sexual²¹.

Según esta perspectiva, la identidad femenina reivindica como derechos reproductivos, por ejemplo, el derecho al aborto libre y gratuito, el derecho a un hijo mediante el libre acceso a las técnicas de reproducción asistida, el derecho a la esterilización y el derecho a los anticonceptivos, el derecho a la libertad sexual, que incluye el derecho a la libre orientación sexual, etc.²².

2. TEMAS RELACIONADOS CON LOS DSR

2.1. *Los DSR y la esterilización*

Durante 25 años, la esterilización voluntaria, es decir, toda acción destinada a la supresión irreversible de la fertilidad, estuvo regida por una resolución del Ministerio de Salud de fecha 8 de septiembre de 1975. En su único considerando se leía que “tras la búsqueda del Bienestar Familiar, mediante un equilibrio psicofísico de la pareja” se dictaban normas obligatorias para el sector salud.

La normativa se iniciaba con la siguiente declaración: “La esterilización no será considerada como actividad de regulación de fecundidad y sólo podrá practicarse por razones de orden médico y por alguna de las causas siguientes”. A continuación, se sistematizaban una serie de patologías, agrupadas en “causas mé-

¹⁸ VEGA, ANA MARÍA, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna, ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 4 y 19.

¹⁹ Estaría entonces incluido en el derecho fundamental a la libertad personal, como una manifestación del poder de autodeterminación física. Cf. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, citado por LEMA AÑÓN, CARLOS, *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 307.

²⁰ ROCA TRIAS, ENCARNA, “La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 29. Otros autores basan los DSR en el derecho a fundar una familia. En este sentido ver ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994, pp. 119 y 120.

²¹ VELOSO VALENZUELA, PAULINA, *La Justicia frente a los Derechos Humanos de las Mujeres*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000, p. 40.

²² VEGA, ANA MARÍA, *op. cit.*, p. 19.

dicas puras”, como, por ejemplo, enfermedades psiquiátricas o neurológicas, cardiopatías, etc., y en “otras causas de orden médico no consultadas en el párrafo anterior”. Este segundo grupo se refería a aquellos casos en que la Comisión Médica que debía existir en cada Servicio de Obstetricia y Ginecología, integrada por tres especialistas, decidía aceptar una causa no especificada en la resolución, previo consentimiento escrito de la pareja. Se contemplaba la obligación de informar a la pareja de las consecuencias de la esterilización y de sus manifestaciones posteriores y de llevar un registro de las mujeres que se sometían a ella.

Destaco de esta normativa de 1975 lo siguiente:

1. Para evitar toda duda, la autoridad sanitaria dejó expresa constancia del hecho que la esterilización no constituye un método de planificación familiar sino una intervención justificada por razones médicas.
2. El deber de contar con el consentimiento de la pareja y de información a la misma sólo se contemplaba cuando la causal correspondía a la decisión de la comisión médica por una patología no prevista en la resolución. ¿Significaba aquello que en los demás casos el médico podría esterilizar sin el consentimiento de la pareja?
3. En relación con lo anterior, se tomaba como “contraparte” del facultativo a la pareja y no a la mujer a quien se le sometía a la esterilización. Nada se especificó en relación a si la pareja debía o no estar unida por vínculo matrimonial.

Con fecha 30 de noviembre del 2000 se dictó la resolución exenta N° 2326 que “Fija directrices para los servicios de salud sobre esterilización femenina y masculina” en reemplazo de la normativa del año 1975. Su entrada en vigencia causó gran revuelo, tanto por aspectos formales como de fondo²³.

²³ Ver, por ejemplo, “Oferta esterilizadora ¿hacia una sociedad infértil?”, MAGDALENA OSSANDÓN, *El Mercurio*, 4.2.2001; “Esterilización”, GONZALO VIAL, *La Segunda*, 30.1.2001.

En su considerando único, la resolución alude a las Convenciones y Conferencias internacionales que hemos citado anteriormente a propósito de los orígenes de los DRS, aludiéndose como motivaciones para su dictación:

1. Que el ejercicio de las acciones de esterilización en los servicios de salud se rijan por criterios técnicos actuales.
2. El respeto de los derechos reproductivos de las personas
3. La igualdad de acceso a estas prestaciones en relación con los pacientes del sector privado de salud.

Es decir, los considerandos denotan un nuevo enfoque del tema de la esterilización. En efecto, se parte de la base de la existencia de los DRS en el marco del sistema internacional de los derechos humanos.

En la nueva normativa no existe catálogo alguno de enfermedades o causas médicas que posibiliten la esterilización, sino que se especifica quiénes pueden solicitarla y bajo qué requisitos puede el médico acceder a ella.

En cuanto a lo primero, la esterilización puede efectuarse:

- a. A petición del “solicitante”, suponemos que se refiere al interesado, hombre o mujer mayor de edad en posesión de sus facultades mentales.
- b. Por recomendación médica.
- c. A solicitud de terceros en casos especiales. No se indica quiénes podrían ser estos terceros ni cuáles constituyen casos especiales (2° inc. 1°).

Recalca la resolución que la decisión de esterilizarse es personal y libre, sin que pueda quedar supeditada a un tercero (2° inc. 2°).

En cuanto a las condiciones en que se puede llevar a efecto la esterilización, el médico o matrona deben prestar consejería en salud sexual y reproductiva al solicitante. Si como resultado de ella persiste en su intención de esterilizarse, debe declararlo formalmente (3°), pudiendo desistirse hasta antes de iniciado el procedimiento a través de una simple declaración en tal sentido (5°).

Contrastando esta regulación con la anterior, resalta lo siguiente:

1. Su presupuesto es que todo hombre y toda mujer son titulares de derechos reproductivos que les habilitan para decidir soberanamente sobre su capacidad reproductiva, suprimiéndola.
2. La decisión de esterilizarse radica, por lo tanto, única y exclusivamente en la mujer o en el hombre que desean someterse a ella, sin necesidad de expresión de causa.
3. Se da gran importancia a la información previa que se le preste al solicitante, de manera que su decisión sea lo más informada posible.
4. El rol del médico es más pasivo en la medida que se limita a ejecutar la decisión del paciente.

En conclusión, la nueva normativa que rige la esterilización en Chile guarda absoluta coherencia con el reconocimiento y respeto de los DSR: reconoce a toda persona, hombre o mujer, el derecho a disponer autónomamente de sus facultades reproductivas prestando su consentimiento informado para ello, lo que garantiza el ejercicio responsable de los mismos²⁴. Queda desechada la idea de la esterilización como remedio ante una patología.

Sin embargo, la regulación administrativa presenta, en mi opinión, importantes defectos de forma y de fondo. En lo primero, es criticable la redacción de las normas, especialmente en lo que se refiere a la voluntad necesaria para autorizar la esterilización. Suponemos que en caso de que se acceda a la esterilización voluntaria por "recomendación médica" también será necesaria la voluntad del paciente, cuestión que no queda clara de la lectura del N° 2 inc 1°, ya que tanto la obligación de manifestar libremente la voluntad

²⁴ En este mismo sentido, el art. 9 del Proyecto DSR: "Se reconoce el derecho a toda persona a ejercer la sexualidad independientemente de la reproducción y la libertad para elegir con quien vivir la sexualidad".

como la de prestar consejería en salud sexual y reproductiva parecen referirse sólo a la situación en que la esterilización se realiza "a petición de la persona solicitante".

En cuanto a omisiones de fondo, me parece ineludible que una normativa sobre esterilización voluntaria realizada en el sistema público o privado de salud se pronuncie sobre la objeción de conciencia²⁵ del médico, sea reconociéndole lugar o denegándose. No parece haber materia más clara en que el facultativo pudiese querer dar prioridad a un deber moral por sobre uno jurídico.

2.2. Los DSR y las TRA

El punto de convergencia entre los derechos reproductivos y las TRA se da principalmente en la determinación de los usuarios de las técnicas, especialmente en cuanto a si la mujer sola puede acceder a ellas y en cuanto a la procedencia de la fertilización post mortem²⁶.

Si toda persona es titular de un derecho reproductivo, entonces el ordenamiento jurídico debe reconocérselo y abrirle todas las posibilidades para su libre ejercicio y amparo. Por consiguiente, las TRA, entendidas como "toda intervención artificial de carácter médico que tenga por objeto producir directamente la fecundación de un óvulo por un espermio, teniendo como finalidad el nacimiento de un hijo"²⁷ (art. 1 del Proyecto),

²⁵ GEORGE H. KIEFFER la define como el "incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o búsqueda de adhesiones", citado por ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *op. cit.*, p. 125.

²⁶ Sobre este tema, ver TURNER, SUSAN, *et al.*, "Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XI, 2000, pp. 21 ss.

²⁷ Art. 1 del 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 1026-07. En adelante, "Proyecto TRA".

deben estar a disposición de cualquiera que las solicite, sea una mujer sola o con pareja, hetero u homosexual. De lo contrario, le estaríamos conculcando su derecho en franca oposición a lo que le ocurre a la mujer con pareja heterosexual.

Siguiendo esta tesis, tanto la normativa ministerial²⁸ vigente como el Proyecto TRA vulnerarían abiertamente los derechos reproductivos, pues ambas son restrictivas al momento de regular el acceso a las TRA. Esto, aun cuando el considerando primero de la normativa señale expresamente como fundamento del acceso a las TRA el “derecho a procrear” como emanación de la garantía constitucional del derecho a la vida (art. 19 N° 1), en abierta contradicción con la segunda parte del considerando.

Si la directiva ministerial y el Proyecto TRA no toman como fundamento para la determinación de los usuarios de las TRA los derechos reproductivos de las personas, entonces debieran considerar uno distinto.

Tradicionalmente la doctrina ha presentado en este punto la dicotomía entre derecho reproductivo y derecho a la salud²⁹ como justificación para la aplicación de las TRA.

La tesis del derecho a la protección de la salud como justificación para el acceso a las TRA presupone considerar a la esterilidad como un enfermedad y a las TRA como tratamiento terapéutico³⁰. Es justamente esta postura la que parece adoptar implícitamente la directiva ministerial al referirse, por ejemplo, al “acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción” (Considerando 1°), “que hacen aplicables procedimientos diagnósticos y terapéuticos avanzados al estudio y manejo clínico

de casos de infertilidad” (Considerando 2°), “estos procedimientos constituyen una modalidad terapéutica más cuyo fin superior es el de resolver la ausencia de hijos en parejas humanas” (N° 4), “esta técnica terapéutica para la esterilidad...” (N° 5). Concordantemente con lo anterior, la resolución indica que los destinatarios de la Fertilización in Vitro y de la Transferencia Embrionaria son las parejas, e indirectamente, parejas heterosexuales que son las únicas que pueden sufrir de infertilidad. Por consiguiente, se excluyen como usuarios de las TRA tanto la mujer sola como la pareja fértil, pues en ellos no existe incapacidad procreativa alguna que sanar.

En el Proyecto TRA, si bien no se explicita como derecho ejercitado el de la salud, se establece la misma limitación a los usuarios de las TRA ya vista a propósito de la directiva ministerial, puesto que ellas sólo serán aplicables cuando los interesados, que deben ser parejas unidas por vínculo matrimonial o parejas estables, tengan dificultades para procrear y hayan sido médicamente descartadas otras terapias por ineficaces (art. 2 y 4).

¿Podría bajo esta posición una pareja fértil alegar una discriminación arbitraria en su contra en relación con la pareja infértil? La respuesta sería negativa, puesto que la discriminación en el caso tiene una razón o sentido, tiene un fundamento plausible, cual es, la existencia de una patología que es necesario curar en un caso, y la inexistencia de la misma en el otro.

Sin embargo, pareciera ser algo forzada la calificación de “enfermedad” de la esterilidad y de “terapia” de las TRA. Una actividad terapéutica consiste en un medio que tiende a reparar el funcionamiento de un órgano, con una intervención reparativa o sustitutiva, y para el beneficio del individuo sobre el que se interviene³¹. Las TRA no participan de estas características puesto que no remedian la

²⁸ Resolución Exenta N° 1072 de 28 de junio de 1985 sobre Directiva Ministerial respecto de la Fertilización *In Vitro* y Transferencia Embrionaria. En lo sucesivo, “directiva ministerial”.

²⁹ Lo que en palabras de Lema Añon, constituye la separación entre “salud y deseo”. LEMA AÑON, CARLOS, *op. cit.* pp. 295 ss.

³⁰ JUNQUERA DE ESTEFANI, RAFAEL, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 51 ss.

³¹ M. MORI, “Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita”, en *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989, citado por LEMA AÑON, CARLOS, *op. cit.*, p. 290.

infertilidad, aun cuando permitan el nacimiento del hijo y además porque no necesariamente la intervención se realiza en el individuo que sufre la “enfermedad”. Por otra parte, sería enfermedad la infertilidad sólo en aquellas parejas que quisieran tener hijos, lo que implicaría escudriñar la voluntad de los involucrados para determinar si la padecen o no³².

Por lo tanto, si los conceptos son utilizados con rigor, parece que el derecho a la protección de la salud no puede constituir el fundamento para el acceso a las TRA. Más bien parece ser un medio idóneo para fundamentar la negativa a que la mujer sola acceda a ellas. Estaríamos, entonces, frente a una pseudojustificación para mantener las prácticas en unos cauces que realmente vienen dictados por valores diferentes.

Por el contrario, si tomamos como fundamento de la aplicación de una TRA un derecho reproductivo autónomo e individual, me parece más cuestionable el que no constituya una discriminación arbitraria la prohibición de acceder a las TRA recaída sobre la mujer sola y la pareja fértil. Se suele argumentar al respecto que la razón suficiente para exigirle a la mujer que tenga una pareja es que en ese supuesto existiría un hombre dispuesto a consentir en su fertilización y a asumir la paternidad del que nazca, lo que incidiría directamente en el interés superior del niño³³.

Sin embargo, esta justificación para la diferenciación no sería aplicable para el caso de la pareja fértil, aun unida por vínculo matrimonial, pues en ese caso el hijo nacido producto de una TRA lo haría con un padre y una madre. ¿Puede entonces denegársele a las TRA en ese caso un carácter plenamente “alternativo” a la reproducción natural?

Recapitulando, tanto la directiva ministerial actualmente vigente sobre TRA como el Proyecto TRA parecen tomar como fundamento de su aplicación el derecho a la salud. De esta manera, resulta coherente que puedan ser sus usuarios las parejas infértiles y no puedan serlo las parejas fértiles y la mujer sola. El referido derecho constituiría además, la razón suficiente para hacer que esta diferenciación entre los que pueden acceder a las TRA no resulte arbitraria, como sería si se toma como fundamento la existencia de un derecho reproductivo inherente a toda persona. Sin embargo, resulta difícil considerar que se dan los presupuestos de “enfermedad” y de “curación” necesarios para entender que se está frente al ejercicio de un derecho a la salud.

CONCLUSIONES

1. Los avances de la biomedicina han abierto el cerrojo que hasta hace poco tiempo resguardaba el ámbito de la sexualidad y reproducción humanas. Por otra parte, han logrado escindir ambas, al lograr el ejercicio de la sexualidad sin reproducción y la reproducción sin actividad sexual. El protagonismo de la ciencia, entonces, es enorme. Sin embargo, corresponde al Derecho encauzar estos avances, determinando los intereses dignos de protección, las reglas y los límites a su ejercicio. En esta labor es relevante la identificación de los derechos individuales que se han de garantizar y una cierta neutralidad moral del legislador que permita la coexistencia de valores opuestos³⁴.
2. En la elaboración del catálogo de derechos individuales, el legislador debe considerar la realidad. Ella nos muestra hoy que el campo de la procreación, antes limitado al ámbito exclusivamente privado de las personas, se ha visto enfrentado a profundos cambios derivados de prácticas biomédicas y sociales. Estos

³² LEMA AÑON, CARLOS, *op. cit.*, pp. 290-291.

³³ En este sentido, ver, por ejemplo, VON CONTA ABBOTT, ASTRID, “Filiación en la reproducción humana asistida. Interpretación práctica de una normativa insuficiente”, Memoria de Prueba, Universidad Austral de Chile, 2001, p. 24. GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ, “La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida”, <http://postgrado.derecho.uchile.cl>.

³⁴ LEMA AÑON, CARLOS, *op. cit.*, p. 276.

cambios reclaman una verdadera revisión del contenido original de los derechos referidos al ámbito de la sexualidad y reproducción cuya orientación inicial fue servir de base para la planificación y control de la natalidad ante la explosión demográfica del mundo subdesarrollado.

3. En la redefinición de los DSR existe un núcleo básico de contenido incontrovertido: el derecho a decidir el número de hijos, su espaciamiento y el recibir toda la información necesaria para tomar decisiones en el ámbito reproductivo y sexual. Sin embargo, en la periferia se mueven otras supuestas atribuciones emanadas de estos derechos que son refutadas por un sector de la doctrina. Entre ellos encontramos el derecho a suprimir la capacidad reproductiva por un acto voluntario y el derecho a valerse de todos los medios técnicos disponibles para concebir, cualquiera sea el estado civil de la persona.
4. El debate acerca de estas eventuales manifestaciones de los DSR se realiza a partir de la invocación de los derechos fundamentales en juego. En él se nota una tendencia a justificar, a través de la elección de unos u otros derechos, soluciones previamente tomadas más que a derivar a partir de ciertos derechos sus consecuencias jurídicas. Así, las consideraciones morales-religiosas aparecen revestidas de una fundamentación puramente retórica.
5. En el orden nacional, la falta de un mínimo consenso en cuanto al contenido y alcances de los DSR ha traído como consecuencia que la única normativa vigente en el tema sea de rango reglamentario, lo que resulta absolutamente contradictorio con la entidad de los derechos e intereses involucrados.