

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA. Una perspectiva desde los intereses del hijo*

Susan Turner Saelzer

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
Abogado. Magister Iuris Georg-August-Universität, Göttingen, Alemania.

Marcia Molina Pezoa

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad Austral de Chile. Abogado.

Rodrigo Momberg Uribe

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad Austral de Chile. Abogado.

RESUMEN

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA), podemos distinguir claramente diversos intereses y derechos involucrados, correspondientes a cada una de las personas que participan en ellas. En este sentido, frecuentemente se analiza la problemática de las TRA desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero (donante de gametos o madre sustituta). Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo. El trabajo visualiza los eventuales conflictos entre los partícipes de las TRA, proponiendo soluciones a ellos, centradas en el principio del interés superior del hijo.

INTRODUCCIÓN

Resulta difícil encontrar las palabras adecuadas para definir el papel que juega el niño o hijo¹ en las técnicas de reproducción asistida². Porque, por una parte, constituyen el objetivo

perseguido a través de ellas, pero, por otra, nos violenta pensar en ellos como un “producto”. Es decir, si bien son parte fundamental dentro del funcionamiento de las TRA y dependen vitalmente de ellas, desde el momento en que comienza la vida, el hijo se “independiza” de los procedimientos, en este caso asistidos científicamente, que permitieron su existencia.

En la aplicación de las TRA, podemos distinguir claramente los intereses fundamentales de las personas que participan en ellas: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre. Si interviene un tercero ajeno a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación heteróloga o de la maternidad subrogada, existirá un nuevo interés en juego y que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o, por el contrario, podrá devenir en opuesto si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo.

* 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 Para efectos de este trabajo, cuando se haga alusión a “hijo”, nos referiremos a todo ser humano menor de 18 años, concordantemente con la definición de niño del art. 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

² En adelante, TRA.

Frecuentemente se analiza la problemática de las TRA sólo o, en gran medida, desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero. Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo.

Sólo se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las TRA a situaciones excepcionales como en las parejas homosexuales, en la procreación artificial *post mortem* o en mujeres solas. Pensamos que ese enfoque es erróneo, pues si bien son justamente esos casos los más conflictivos, un análisis de ese tipo da señales confusas al debate en el sentido de que los intereses o derechos de los hijos sólo son relevantes en los casos excepcionales y, por el contrario, irrelevantes en los casos de aplicación de las TRA a parejas heterosexuales, cuestión que resulta inaceptable en el estado actual de la concepción del hijo como sujeto de derecho.

En los eventuales conflictos de intereses que suscitan las TRA entre sus distintos partícipes, creemos que es el interés del hijo el que debe primar, con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, teniendo presente que ello no puede llevarnos a considerar como absolutos los derechos de los hijos frente a los demás involucrados.

Para demostrar nuestra hipótesis de trabajo, analizaremos en primer lugar la situación actual del hijo como sujeto de derecho en el ámbito de la doctrina de la protección integral del niño. Luego, nos referiremos a los derechos e intereses que tiene el hijo nacido a través de las TRA y cómo ellos pueden verse menoscabados frente a los intereses antagónicos de los padres o de los terceros involucrados. Este análisis se centrará en el derecho a conocer el propio origen y en el denominado derecho a nacer y a crecer en una familia, sin perjuicio de esbozar algunas ideas acerca del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del que está por nacer. Para concluir, presentaremos las posibles alternativas de solución a los conflictos planteados y nuestra opinión al respecto.

I. EL HIJO COMO SUJETO DE DERECHOS

El hijo, denominación que alude a las relaciones filiales del niño con sus progenitores, no ha quedado ajeno a la tendencia contemporánea de garantizar y proteger los Derechos Humanos. En efecto, en la medida que se ha avanzado en la con-

sagración y tutela de los derechos fundamentales de las personas, también los niños han reportado los beneficios de ser considerados sujetos plenos de tales derechos, con ciertas peculiaridades atendida su condición de sujeto con potencialidad de desarrollo futuro. Este desarrollo ha servido de base para la formulación de la denominada “doctrina de protección integral” de los niños, en que protección integral es sinónimo de protección de derechos³. Es decir, los mecanismos complementarios de protección de los derechos del niño no son autónomos sino fundados en los dispositivos generales de amparo de los Derechos Humanos⁴.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño⁵ es el instrumento normativo más representativo de la doctrina de la protección integral. En ella se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales.

De la CIDN, y en relación con el tema de las TRA, nos parece relevante destacar dos principios:

1. El profundo respeto de sus normas hacia la relación niño-familia, limitando la intervención del estado a una de carácter subsidaria⁶.
2. El concepto del interés superior del niño consagrado en el art. 3⁷.

La relación entre el primer y el segundo principio es estrecha, ya que los padres, primeros responsables de la educación y crianza de los niños, deben ejercer sus atribuciones bajo el criterio general del interés superior del niño (art. 18.1).

Sin embargo, y pese a la finalidad de la Convención de hacer un aporte a la protección efectiva de los derechos del niño mediante la consagración

³ BELOFF, MARY, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño*, Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999, p. 17.

⁴ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Ibid.*, pp. 45 y 46.

⁵ En adelante, CIDN.

⁶ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *op. cit.*, p. 51.

⁷ “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” art. 3.1.

del principio del interés superior, la determinación del contenido del mismo no ha sido una cuestión pacífica. Consideramos acertada la visión del mismo como un principio jurídico garantista⁸, en el sentido de que asegura la efectividad de los derechos subjetivos. Desde esta perspectiva, la noción pierde vaguedad pues se remite directamente al catálogo de derechos contemplados en la propia Convención obligando tanto al poder público como a los entes privados a respetarlos. Especial importancia adquirirá entonces el interés superior como garantía en aquellos casos en que exista colisión de derechos de un niño y de un adulto, actuando como principio hermenéutico.

En Chile, la nueva ley de filiación recogió expresamente el principio del interés superior en el art. 222 inc. 2° y lo acogió como criterio a aplicar en diversas normas⁹.

II. DERECHOS O INTERESES DEL HIJO QUE PUEDEN SER AFECTADOS EN LAS TRA

A. *El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 de la Constitución Política del Estado)*¹⁰

El derecho a la vida en el contexto de las TRA se asimila habitualmente al derecho que el producto de la concepción tiene a nacer. Sin embargo, ello limita el derecho a la vida a una sola de sus manifestaciones¹¹, quedando excluido, tanto el aspecto de la conservación y protección de la actividad substancial del embrión o feto en su vida anterior al nacimiento, como el referido al hijo una vez producido el nacimiento.

La vida del feto o embrión antes del nacimiento, y no hablamos de vida "intrauterina" pues algunos momentos de esta fase de la gestación pueden darse fuera del útero de la madre, puede vulnerarse en dos prácticas de las TRA:

1. En la técnica de la fecundación *in vitro*, habitualmente se fecundan varios óvulos para finalmente seleccionar sólo el más perfecto e implantárselo posteriormente a la mujer. Los embriones descartados son eliminados¹². Es decir, el derecho a la vida de los mismos no es respetado. Esta conclusión se salva en la medida que se le atribuya al embrión el estatus de persona pero sólo una vez transcurridos los primeros 14 días de gestación¹³.
2. La criopreservación de embriones obtenidos fundamentalmente a través de la fecundación *in vitro*, en bancos de embriones con el objeto de conservarlos para una nueva implantación en la misma mujer, cuando el resultado de la primera implantación fracasó, o en otra, cuando opera la figura de la maternidad subrogada, o simplemente para fines de investigación, o para una implantación *post mortem*, lleva a un resultado lógico: transcurrido un tiempo máximo, que en las diversas legislaciones va desde uno y hasta 5 años, los embriones no "utilizados" deben ser descongelados, proceso que implica un alto riesgo de mortalidad, que va desde un 20 a un 40%¹⁴.

En relación con el derecho a la integridad física y psíquica, y consecuentemente con la postura planteada en el punto anterior, si se sostiene que existe vida y, por consiguiente, estamos ante una persona desde el momento mismo de la concepción, entonces cualquier manipulación, es decir, cualquier actuación que se realice sobre los embriones o sus células¹⁵, podría ser, potencialmente al menos, un atentado contra este derecho. No resulta relevante en este punto distinguir si el embrión ya fue implantado en la mujer o se encuentra congelado, pues, en todo caso, la vida no se suspende ni aún a los -196,5 °C¹⁶.

⁸ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *op. cit.*, p. 54; BELOFF, MARY, *op. cit.*, p. 17.

⁹ Cfr. VELOSO VALENZUELA, PAULINA, "Principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, LOM Ediciones, Santiago, 1999, pp. 25 y 26.

¹⁰ En adelante, CPE

¹¹ GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL, *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997, p. 108.

¹² GAFO, JAVIER, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, p. 31.

¹³ Según esta postura, el embrión de menos de 14 días a contar del momento de la gestación se denomina "preembrión", concepto recogido en diversos textos, v.gr., Informe Comisión Warnock en Inglaterra, Comisión Benda, Alemania, en la recomendación 1046 del Consejo de Europa y en la ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

¹⁴ GAFO, JAVIER, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵ JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL, *Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 99.

¹⁶ GAFO, JAVIER, *op. cit.*, p. 20.

B. *El derecho a conocer el propio origen biológico*

Entre los diversos intereses en conflicto presentes en las técnicas de reproducción asistida, encontramos por una parte la salvaguarda de la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos y, por otra, el derecho de toda persona (incluidos los nacidos a través de estas técnicas) a conocer el propio origen o ascendencia biológica.

El origen del derecho a conocer la propia identidad biológica está relacionado con el desarrollo del tratamiento jurídico de la filiación que se produjo en Alemania por el influjo de la ideología nacionalsocialista, que sentía como necesario el poder distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. Para estos efectos, se empezó a reconocer por la jurisprudencia el derecho del hijo no matrimonial a la declaración de la filiación biológica.

Con el término del régimen nacionalsocialista, la doctrina alemana fundamentó la procedencia de esta acción en que el derecho a conocer la propia identidad es un derecho de la personalidad¹⁷. Tras el advenimiento de la *Grundgesetz*, incluye este derecho en el denominado “derecho general de la personalidad”, consagrado en los artículos 1-1 y 2-1 del GG¹⁸.

La doctrina española encuentra al respecto un fundamento parecido, ya que encuadra este derecho dentro de los llamados “derechos de la personalidad”¹⁹. Sin entrar al fondo de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los mismos, y partiendo de la base que se trata no de simples derechos subjetivos, sino de situaciones o posiciones jurídicas subjetivas que llevan consigo un poder o derecho subjetivo, con deberes y restricciones acerca de su ejercicio, se dice que el derecho a conocer el propio origen biológico es perfectamente encasillable dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, debiendo incluso ocupar un lugar destacado dentro de su categorización.

¹⁷ Más antecedentes en QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1994, pp. 239 a 244.

¹⁸ El artículo 1-1 del GG declara intangible la dignidad del hombre y el 2-1 reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad dentro del marco del orden constitucional, de la ley moral y del respeto, debido a los derechos de los demás.

¹⁹ QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, *op. cit.*, p. 253.

En este sentido, de acuerdo con Quesada González²⁰, puede distinguirse en cuanto a su contenido:

1. El poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación, o bien para impugnar la que ostenta, para luego investigar y determinar la verdadera, de manera de poder exigir todos los derechos que ello conlleva (personales y patrimoniales)²¹.
2. Los límites que necesariamente debe reconocer este derecho (como todo derecho en general), consistentes en respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; o bien principios jurídicos fundamentales como el de la seguridad jurídica.

Se agrega por último en base a preceptos constitucionales²² que “el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual”²³. En el mismo sentido se manifiesta Rivero²⁴, que señala que “esta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad, y tener una protección y tratamiento a ese nivel”. Agrega el citado autor que “el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres un derecho que a nadie le puede ser negado, es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad”²⁵.

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, en las

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Respecto del tema que nos interesa, se efectuarán al respecto algunas precisiones.

²² El art. 10.1 de la Constitución española prescribe: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

²³ QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, *op. cit.*, p. 253.

²⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, “La filiación en Cataluña en el momento actual”, *Temas de Dret Civil català, Quaderns de ciències socials*, núm. 6, 1984, p. 143.

²⁵ *Ibidem*.

cuales pueden llegar a distinguirse, al menos, una paternidad social y otra biológica, especialmente cuando la técnica implica la donación de gametos por parte de un tercero.

Para estos efectos, se entiende por donante a aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales con donante o *in vitro*²⁶.

La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto.

De acuerdo con lo dicho, y para efectos de una mejor sistematización, se expondrán a continuación los argumentos esgrimidos para fundamentar la conveniencia del anonimato de los donantes y para prohibir, en consecuencia, la investigación de la paternidad:

1. Estimular la donación de gametos. Este es quizás el argumento común a todos los defensores del anonimato. Al respecto se señala que si no se asegura el anonimato, se inhibiría a los posibles donantes ante el temor de ver reclamada su paternidad y las responsabilidades que el derecho le atribuye²⁷, conduciendo ello a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para su realización.

Hay que destacar que esta es la opinión predominante entre el estamento médico, de modo que los centros especializados garantizan sin concesiones el anonimato a los donantes, salvo que exista norma legal expresa en contrario.

2. Proteger el derecho a la intimidad:

- a) Del donante, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que el donante hace de sus aptitudes genéticas, y que el empleo de su semen ha dado lugar a una nueva vida de la que permanece desvinculado.

- b) De la pareja que consintió en la TRA, ya que la identificación del donante traería como consecuencia develar la ineptitud para concebir de aquel cuyo gameto es suplido por el tercero; y quizás lo más importante, la relación puramente formal que al menos uno de los padres tiene con el nacido por fecundación asistida.

3. Evitar la interferencia afectiva de una persona ajena a la familia en la que el hijo se halla inserto, de manera que no exista desviación afectiva ni influencia sobre el niño por parte del donante²⁸.

4. El conocimiento por parte del hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo, que no beneficiaría en nada su bienestar y desarrollo como persona.

Lo cierto es que todos los argumentos (salvo el último) dados para proteger el anonimato del donante se centran en el interés de éste o de los padres, antes que en el interés del hijo, quien es la parte más desprotegida en todas estas relaciones; y además, porque como se dirá, el derecho a conocer el propio origen puede ser configurado como uno de los derechos fundamentales de la persona, calificación jurídica de la que por cierto no goza el derecho al anonimato del donante.

Además, existen razones particulares para rebatir el anonimato como premisa en las TRA con donante de gametos.

En primer lugar, que la posibilidad de conocer la identidad del donante traiga consigo un descenso en las donaciones, no es un argumento, sino un dato²⁹. Una razón pragmática como ésta no puede tener mayor valor que un derecho fundamental que dice relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad. Serán quienes opten por donar sus gametos quienes deberán adaptarse a las pautas establecidas, conociendo las condiciones a las cuales está sujeta dicha donación. Tal como dice Quesada, "si se llegase a aceptar sin reparos, como algo normal y no excepcional la TRA, pues seguramente entonces los do-

²⁶ ROCA TRÍAS, ENCARNA, "La incidencia de la inseminación-fecundación 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*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 43.

²⁷ MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 106.

²⁸ La verdad es que este argumento mira más a la tranquilidad de los padres sociales que al interés del hijo.

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", en *II Congreso Mundial Vasco, ibíd.*, p. 158.

nantes aportarían sus gametos movidos por una responsable y madura actitud de cooperación³⁰.

En cuanto a la vulneración de la intimidad del donante y del padre infértil, no parece que ella sea perturbada por la posibilidad del hijo de conocer su origen. La protección de la intimidad de estas personas dice relación con la prohibición a la publicidad y conocimiento por cualquiera de su participación en la reproducción asistida; pero respecto del hijo, este derecho debe quedar en segundo plano, ya que como todo derecho, no es absoluto y debe ceder ante otro preferente, como es el que tiene toda persona a conocer su propia identidad biológica.

El eventual perjuicio psíquico y afectivo que podría recibir el niño al saber que su nacimiento fue producto de una técnica de fertilización asistida, no es un argumento bastante para defender el anonimato, ya que dicho perjuicio bien podría producirse (quizás con mayor gravedad) al conocer el hijo por terceras personas las circunstancias de su generación. Investigaciones en materia de adopción³¹ concluyen que resulta menos doloroso y traumático para el hijo que, tan pronto como sea conveniente, los padres le revelen la verdad de cómo fue engendrado, antes de que se entere por otros medios que sus padres sociales no han sido sinceros con él. Lo señalado anteriormente puede también decirse de las consecuencias que el conocimiento del dador traería para la paz y estabilidad familiar.

A modo de conclusión, como observa un autor, "el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada, el hijo y su derecho a la intimidad, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación"³².

Sentadas las bases de la conveniencia o inconveniencia del anonimato del dador de gametos, caben varias posibilidades respecto del conocimiento de su propio origen por parte del nacido y, con-

secuentemente, de las relaciones de éste con el donante. A saber:

1. Permitir reclamar al así nacido la paternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su paternidad o maternidad (posición maximalista).
2. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético (posición minimalista).
3. Dos soluciones intermedias:
 - a) Que el nacido sólo pueda conocer datos biogénéticos del donante.
 - b) Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica.

1. Respecto de la primera alternativa, creemos que es rechazable, porque no pueden confundirse las relaciones derivadas de la filiación, de las cuales ya disfruta el hijo respecto de sus padres formales, con la mera determinación de la verdad biológica, que pretende que el hijo conozca sus orígenes genéticos.

2. En relación al anonimato total del donante, se han dado ya las razones para admitirlo o rechazarlo, a las cuales nos remitimos³³.

3. Otra alternativa es permitir al hijo el acceso a los datos biogénéticos del donante, es decir, el conocimiento de los datos genotípicos y/o fenotípicos del dador. Esto se lograría a través del acceso del hijo a la ficha clínica del donante, la que el centro médico correspondiente estaría obligado a poner a su disposición. El derecho a obtener esta información tendría su fundamento en el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, ya que de esta manera podrían prevenirse o curarse enfermedades o anomalías hereditarias. Entendiendo el alcance de este derecho (y ya basados en el derecho a conocer la propia identidad), los datos exigibles por el hijo comprenderían también los psíquicos y fenotípicos del donante³⁴. Sin embargo, muchos autores rechazan esta alternativa, pues consideran que con el solo conocimiento de los datos genéticos del dador no queda resguardado adecuadamente el derecho del hijo a conocer su propio origen³⁵. Se dice que para ninguna persona basta conocer una serie de datos científicos respecto

³⁰ QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, *op. cit.* p. 287.

³¹ V.gr., VIDAL MARÍNEZ, JAIME, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Editorial Civitas, España, 1988, p. 42.

³² La adopción se utiliza frecuentemente como símil para describir los efectos de las TRA. V.gr., VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, "Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil. Introducción y panorama general", RDG, 1896 p. 3718, citado por Quesada González, *op. cit.*, p. 288.

³³ Ver pp. 7 y 8.

³⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, MARÍA BOSCH, JOSÉ, Barcelona, 1997, pp. 530 y 531.

³⁵ QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, *op. cit.*, p. 292; y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 531.

de su progenitor, ya que el hijo en su búsqueda de la propia identidad “no necesita ninguna fórmula química, sino por lo menos la presentación de un hombre con un nombre”³⁶.

Este “anonimato relativo” es la regla general en la legislación española respectiva³⁷, que prescribe en su artículo 5-5-2° que “los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad personal. Igual derecho corresponde a las receptoras de gametos”. El Informe Warnock, por su parte, permite que el hijo después de los dieciocho años tenga acceso a una información básica sobre el origen étnico y salud genética del donante (cap. 4.21).

4. Por último, cabe la posibilidad de conceder al hijo el derecho a conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico. Creemos que esta es la opción más adecuada, de acuerdo con la prevalencia que debe darse al interés superior del hijo, y al derecho que tiene a conocer su propio origen, el cual no debe limitarse al acceso a simples datos biogénéticos del dador. En todo caso, estimamos que este derecho sólo podría ejercerse por el hijo una vez llegado a la mayoría de edad³⁸.

La ley sueca 1140/1984 sigue este planteamiento, ya que en su artículo 4 garantiza el derecho del niño a conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen. En el mismo sentido lo propone como alternativa posible el Informe del grupo de trabajo del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87). La ley española lo permite sólo en determinados supuestos³⁹.

³⁶ COESTER-WALTJEN, 2. *Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme. Die künstliche Befruchtung beim Menschen- Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, citada por QUESADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 292.

³⁷ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

³⁸ Más discutible aparece la posibilidad de otorgar este derecho a los descendientes del hijo, ya que respecto de ellos el interés envuelto aparentemente sería más débil.

³⁹ La ley española 35/1988, ya citada, prescribe en su artículo 5.5-3° que “Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”.

Analizado el tratamiento que la doctrina (principalmente extranjera) ha dado al tema, creemos que los argumentos señalados para afirmar la existencia del derecho de toda persona a conocer el propio origen, pueden darse también en Chile. Estimamos que también puede configurarse como un derecho de la personalidad, cuyo fundamento último lo encontramos en la dignidad de la persona y al deber que tiene el Estado de crear las condiciones para la mayor realización espiritual y material posible de las personas (art. 1 CPE).

Sin embargo, ante la legislación vigente sobre técnicas de reproducción asistida, esto es, el artículo 182 del Código Civil y la normativa ministerial ya citada, creemos que no prosperaría una acción de investigación de paternidad intentada contra el donante de gametos. Ello, porque una de las ideas fundamentales detrás de la nueva ley de filiación es la del derecho a la identidad o a conocer su propio origen que tiene toda persona⁴⁰, de manera de hacer prevalecer la verdad biológica por sobre la verdad formal; justamente una de las materias en que dicho principio encuentra excepción es en la procreación asistida.

Así se desprende de las actas de las Sesiones del Senado⁴¹ en que se discutió la materia, y en que se determinó que el “hombre y la mujer” a que se refiere el art. 182 son quienes desean concebir al hijo, voluntad que por regla general no concurre respecto del donante, quien más bien no pretende tener vínculo alguno con el futuro hijo. En este sentido también lo han entendido diversos autores⁴². Sin perjuicio de lo anterior, existen opiniones que advierten sobre la falta de claridad de la norma⁴³.

Por su parte, el proyecto de ley respectivo sigue también el mismo orden de ideas, ya que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 10 “la

⁴⁰ VELOSO VALENZUELA, PAULINA, *op. cit.*, p. 32.

⁴¹ Boletín N° 1060-07.

⁴² VELOSO VALENZUELA, PAULINA, *op. cit.*, p. 32; y GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ, “La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida”, en *El nuevo estatuto de filiación en el CC chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LOM Ediciones, Santiago, 1999, p. 190 y sgtes.

⁴³ PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, “Las categorías de filiación y la investigación de paternidad”, en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte, departamento de Derecho Privado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1999, p. 29.

identidad del donante y toda información relativa a éste se mantendrá siempre bajo secreto⁴⁴.

C. Derecho a nacer y a crecer dentro de una familia

Este no es un derecho consagrado en nuestra Constitución. Tampoco está formulado tan tajantemente en la CIDN, pero parece desprenderse de lo dispuesto en su preámbulo (párrafo 7°) y en algunas de sus disposiciones (arts. 5, 7, 8.1, 9 y 18).

En nuestra opinión, este punto presenta, a lo menos, dos cuestiones de interés:

1. Si estamos realmente en presencia de un derecho, como derecho subjetivo, es decir, ante una "facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación"⁴⁵, o si, por el contrario, se trata de un interés protegido por el derecho.
2. Si la familia aludida se refiere tanto a aquella basada en el matrimonio de los padres como a la fundada en la convivencia o, incluso, si puede quedar comprendida la mujer sola que se somete a una TRA.

En cuanto al primer punto, se ha planteado la pregunta sobre la calificación jurídica a propósito del "derecho a tener padre y madre y a no tener una paternidad disociada"⁴⁶. Efectivamente, se sostiene que el momento en que existiría ese derecho sería antes de la concepción, en el sentido de que en ese tiempo el futuro ser debería hacerlo valer. Sin embargo, en ese momento la persona aún no existe y, por consiguiente, el derecho carecería de titular.

Si, por el contrario, formulamos que la "prestación" consiste en nacer y crecer dentro de una familia, el problema de la titularidad del derecho desaparece, al menos, desde el momento de la concepción, pues desde ella y hasta antes del nacimiento, existe una persona a la cual se adscribiría el derecho. El inconveniente subsiste sí en el tiempo anterior a la concepción. Allí nuevamente estaría-

mos frente a un derecho suspendido en la nada respecto no de un ser, sino de una posibilidad de ser.

Ahora, salvado, aunque parcialmente, el inconveniente de la titularidad del derecho, surge la cuestión de si estamos frente a un derecho mirado desde el punto de vista de la exigibilidad de la prestación. Porque, si efectivamente todo niño tiene el derecho fundamental a nacer y a crecer dentro de una familia, ni el legislador ni autoridad alguna podría vulnerarlo. De ser así, en materia de adopción, nuestra ley respectiva infringiría gravemente la esencia del derecho en juego al permitir, en su art. 21, que una persona soltera o viuda adopte a un niño, ya que el adoptado se insertaría en un hogar uniparental.

Aplicado el derecho a nacer y a crecer en una familia en el ámbito de las TRA, se puede concluir de igual manera que existen situaciones en que éste se vería afectado. Ello ocurre especialmente en la fecundación artificial *post mortem* y en la inseminación heteróloga de mujeres solas. En estos casos, aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estará condicionado a nacer y a vivir con uno solo de los padres.

En España, por ejemplo, en donde se encuentra constitucionalizado el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden⁴⁷, se ha considerado que la fecundación *post mortem* está en abierta contradicción con dicha norma constitucional, desde que da lugar a que un niño nazca sin un padre que haya de cumplir con aquel deber⁴⁸.

Nos parece que por las dificultades antes descritas, tanto respecto de la titularidad como de su exigibilidad, no estamos en presencia de un derecho sino de un interés social amparado por el derecho. Desde que nuestra Constitución declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 1 inc. 2° CPE), le está atribuyendo la función de amparar el nacimiento y desarrollo de los hijos por considerar que en ella se configuran el marco de seguridad y afectividad necesarios para lograr dichos fines.

En relación con la segunda cuestión planteada, en Chile y hasta la entrada en vigencia del nue-

⁴⁴ La excepción a este principio la contempla el inciso tercero del mismo artículo, al permitir que el médico tratante y por una enfermedad grave de la criatura, acceda a la información clínica o a los antecedentes genéticos del donante.

⁴⁵ SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 2000, p. 102.

⁴⁶ GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

⁴⁷ El art. 39-3 señala: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".

⁴⁸ HERRERA CAMPOS, RAMÓN, *La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española*, Universidad de Granada, 1991, p. 45. En este mismo sentido, VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 144.

vo estatuto filiativo (ley 19.585), se sostuvo tradicionalmente que la familia protegida en nuestro código era la familia legítima o fundada en el matrimonio de los padres⁴⁹. Sin embargo, se venía desarrollando una postura doctrinal que atribuía al término familia utilizado en el art. 1 de la Constitución, un sentido amplio, comprensivo también de la familia no matrimonial⁵⁰. Consecuentemente, de acuerdo con ella, el estatuto filiativo diferenciado del Código Civil era inconstitucional. Fue justamente esta tendencia la acogida por la nueva ley de filiación y ello quedó plasmado en el art. 33 que contiene el principio de igualdad de todos los hijos.

Pero, pese a la existencia del nuevo régimen igualitario de derechos para hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, nos parece discutible que haya variado sustancialmente el contenido del concepto de familia amparado por la Constitución⁵¹, pues frente a las señales dadas por la nueva ley de filiación, subsisten algunos rasgos anteriores a ella y se crearon algunos nuevos, que indicarían que en Chile el amparo constitucional se le asigna sólo a la familia basada en el matrimonio. Al respecto, podemos señalar:

1. Desde luego, que la nueva ley evitó definir a la familia que se pretendía proteger, lo que nos debiera hacer concluir que no se quiso innovar al respecto.
2. La inexistencia de algún reconocimiento legal de las uniones de hecho o, al menos, de sus efectos y, por el contrario, la absoluta exclusión de la figura del conviviente, usamos este término para evitar el de "concubino", que conlleva una carga negativa intrínseca muy fuerte, en materia de sucesión.
3. La consagración del art. 228 que condiciona la presencia de un hijo no matrimonial en el hogar común, al consentimiento que en tal sentido preste el cónyuge al que no le une vínculo biológico con él, yendo contra el principio de igualdad que inspiró a la nueva ley, deja entrever que en el juego entre la paz fa-

miliar (matrimonial) y la filiación no matrimonial, la ley prefiere la primera⁵².

Si efectivamente la protección constitucional sigue restringida únicamente a la familia matrimonial, entonces, consecuentemente, debiéramos limitar el ámbito de aplicación de las TRA a parejas casadas. Parece ser éste el criterio seguido por la nueva ley de adopción que no contempla la posibilidad de las parejas de hecho como adoptantes.

En cuanto a la mujer sola, como sujeto activo de las técnicas de reproducción asistida, la primera interrogante que debemos dilucidar con respecto a este tema es a quién nos referimos cuando utilizamos el concepto de "mujer sola". Para estos efectos, consideraremos mujer sola a aquella que no convive establemente con un hombre. Puede tratarse de una mujer soltera, viuda o divorciada, pero lo importante es que esta mujer no debe tener una relación estable con un hombre. Por lo mismo, en este punto debemos incluir la situación de la mujer que vive en pareja homosexual, es decir, a la mujer lesbiana.

La doctrina ha discutido arduamente el problema de la mujer sola como sujeto activo de las técnicas de reproducción asistida. Una parte mayoritaria de ella se opone a que la mujer sola pueda ser beneficiaria de estas técnicas. Sostienen su posición esgrimiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, señalan que si se permite que una mujer sola procrea un hijo mediante las técnicas de reproducción asistida, ello traería como consecuencia la creación de una nueva familia unilinear o monoparental. Por otra parte, esta situación puede dar pie para que parejas de lesbianas puedan tener y criar hijos⁵³. Lo anterior atentaría gravemente con-

⁴⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ BENAVENTE RAMÓN Y OTRO, *Derecho Sucesorio*, tomo I, primera edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1990, p. 80.

⁵⁰ COURT MURASSO, EDUARDO, *Nueva Ley de Filiación*, Editorial Jurídica ConoSur, Segunda Edición, Santiago, 2000, p. 2.

⁵¹ En este sentido se manifiesta abiertamente CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Una legislación para los hijos. Comentarios al libro 'Nueva ley de filiación'", en *Nueva Ley de Filiación*, Court Murasso, Eduardo, *Ibid.*, pp. XXVI y XXVII.

⁵² ALVAREZ CID, CARLOS, "Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna", en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte. Ley 19.585. Ibid.*, p. 92; ETCHEBERRY COURT, LEONOR, "Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585. Ibid.*, p. 107.

⁵³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Familia y Derecho: estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 156 y CORNU, G. "Droit Civil", "La Famille", Editions Montchrestein, París 1984, pp. 137 y 138 citado por CÁRCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, en *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1995, p. 132.

tra los derechos del hijo de tener un padre y una madre, de no tener una paternidad disociada y de conocer su propio origen. Se dice que el niño necesita para su desarrollo normal las figuras paterna y materna⁵⁴ y crecer en un hogar donde se distingan claramente los roles masculinos y femeninos⁵⁵.

2. Si se aceptara que un niño nazca en las condiciones señaladas, es decir, sin un padre, se suprimirían por una parte la seguridad alimenticia, ya que el niño no podría reclamar alimentos y, por otra, los derechos sucesorios por vía paterna.
3. También se atentaría contra el principio de la protección de la familia, principio que debe primar en los ordenamientos jurídicos⁵⁶.

Otra parte de la doctrina acepta la tesis contraria, esto es, sostiene que la mujer sola puede ser sujeto activo de las técnicas de fertilización asistida y se basan, entre otros, en los siguientes argumentos:

1. Se reconoce la existencia de un derecho a procrear. Este derecho emanaría principalmente del derecho a la vida, a la libertad personal y sexual, a la integridad física, a la intimidad o privacidad (que garantiza el interés de cada ser humano a tomar ciertas decisiones esenciales para él mismo) y a fundar una familia. Según esta concepción el derecho a la vida incluiría el derecho a dar vida. Esta posición encuentra sus fundamentos en los artículos 16 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna... a casarse y a fundar una familia...”; en el artículo 23 párrafo 2° del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos establece: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello” y en el artículo 17 párrafo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

2. El riesgo de crear una familia unilinear, que surge de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no es masiva y, por lo tanto, no puede llegar a constituir un riesgo social. Además, en la práctica se constata la existencia de una gran cantidad de familias donde no existe un padre y una madre, ya sea por muerte, ausencia o divorcio⁵⁷. El hecho de que parejas de lesbianas puedan acceder a estas técnicas si se permite a la mujer sola ser sujeto activo de ellas, es un riesgo. Sin embargo, negarle absolutamente esta posibilidad a la mujer implicaría crear respecto de la mujer sola una “presunción de homosexualidad” que Cárcaba Fernández considera inaceptable⁵⁸.
3. Si se permite que una mujer sola pueda adoptar un niño y darle un hogar, sería un contrasentido prohibirle tener uno mediante la utilización de estas técnicas. Este último argumento es fuertemente criticado al señalar que con la adopción se pone fin a una situación de hecho existente pero, por el contrario, si se permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida a la mujer sola se estaría creando, *a priori*, la situación de un niño sin padre⁵⁹.

Al respecto consideramos que la aceptación o rechazo de la mujer sola como usuaria de las TRA es la consecuencia de una cuestión previa, que consiste en determinar si ella es titular o no del derecho a procrear.

Hay autores que señalan que existe un derecho a procrear aun cuando éste no se encuentra expresamente establecido en la legislación. A pesar de que los tratados internacionales ya señalados sólo mencionan el derecho a fundar una familia⁶⁰, parece ser un derecho consustancial a la naturaleza

⁵⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *op. cit.*, p. 155 y MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁵ Al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 señala en su principio 6° párrafos 1° y 2°: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.”

⁵⁶ RIVEROS, MARCOS y ZEPEDA, CARLOS, “La fertilización asistida y la legislación civil chilena”, Tesis, Universidad de Chile, 1992, p. 43.

⁵⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, *op. cit.* p. 132.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁰ 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, p. 119.

humana⁶¹, ya que asegura la mantención de la especie. Sería, entonces, un derecho natural.

En cuanto a su origen, la mayoría de la doctrina señala que el derecho a procrear emana del derecho a la vida que, como se dijo, incluiría el derecho a dar vida⁶². Así lo ha entendido también la normativa sobre el tema dictada por el Ministerio de Salud, al señalar en su primer considerando que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer del artículo 19 N° 1 de la Constitución, incluye el derecho a procrear⁶³.

Otra parte de la doctrina, si bien reconoce la existencia de un derecho a procrear, le otorga al mismo una dimensión limitada, ligándolo a la familia, señalando que la procreación necesariamente, y por su propia naturaleza, no puede ser ejercida en forma individual.

Así lo entiende también Corral Talciani, al señalar que el derecho a procrear puede 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 generación⁶⁴.

Esta posición parece más acorde con nuestro ordenamiento jurídico, ya que si bien no se reconoce expresamente el derecho a procrear, se señala que uno de los fines del matrimonio es justamente la procreación (artículo 102 Código Civil). Además, la CPE establece la protección de la familia al señalar que ésta es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado debe propender a su fortalecimiento⁶⁵.

Por otra parte, el derecho a procrear se basa también en el derecho a la libertad, la integri-

dad física, la intimidad y la disposición del propio cuerpo⁶⁶. En virtud de este último derecho, 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 consenta.

El derecho a procrear, considerado de esta manera, sería un derecho individual y absoluto de la persona. Siguiendo esta posición, el ordenamiento jurídico no podría prohibir a la mujer sola acceder a las técnicas de reproducción asistida, ya que ellas constituirían un método alternativo de reproducción asequible a cualquier persona.

Otro fundamento para aceptar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la mujer sola, se encuentra en el derecho a la salud, en la medida que consideremos la esterilidad como una enfermedad. Siguiendo esta tesis, las técnicas de reproducción asistida serían un tratamiento terapéutico para enfrentar y solucionar el problema de la infertilidad.

Se argumenta en contra, que la esterilidad es un problema que sólo pueden sufrir las parejas. Es en este ámbito donde las personas se consideran fértiles o infértiles. De esta manera, un hombre o una mujer pueden ser individualmente fértiles, si bien como pareja serán infértiles⁶⁷. Es claro que en la mujer sola no hay ninguna esterilidad que remediar⁶⁸.

Siguiendo esta tesis, sólo pueden tener acceso a las técnicas de reproducción asistida las parejas, excluyéndose totalmente la posibilidad de que una mujer sola pueda ser sujeto activo de ellas. Es más, no toda pareja tendrá dicho acceso, sino sólo aquellas que tengan problemas de esterilidad.

La normativa del Ministerio, aun cuando reconoce el derecho a procrear derivado del derecho a la vida como ya se dijera anteriormente, establece que las técnicas son un tratamiento terapéutico para enfrentar la esterilidad. Existe en esto una contradicción, porque si el derecho a procrear emana del derecho a la vida, no habría motivo para restringir la aplicación de las técnicas como lo hace la normativa del ministerio.

En Chile, esta normativa permite la utilización de estas técnicas a las parejas, excluyendo de esta manera a las mujeres solas⁶⁹.

⁶¹ MIRANDA VALENZUELA, PAULINA, "Efectos jurídicos y civiles de la fecundación artificial", Tesis Universidad Católica, 1992, pp. 73 y 74.

⁶² La Comisión Europea de los Derechos del Hombre, pronunciándose acerca del alcance del artículo 2° de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre que garantiza el derecho a la vida, en el sentido de si este derecho podía incluir el de dar vida, resolvió que debe negativamente señalando que garantiza solamente la vida humana, como una protección a los atentados que ésta pudiera sufrir⁶². Lo anterior implica dar un alcance más restringido al derecho a la vida.

⁶³ Resolución exenta del Ministerio de Salud N° 1072 de 1985 (Directiva Ministerial) "Normas aplicables a la fertilización in vitro y a la transferencia embrionaria"

⁶⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁵ Artículo 1° de la CPE.

⁶⁶ ROCA TRÍAS, ENCARNA, *op. cit.*, p. 29

⁶⁷ RIVEROS, MARCOS y ZEPEDA, CARLOS, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁸ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁹ Ver art. 4 y 5 de la normativa ministerial respectiva.

Por su parte, el proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas⁷⁰, establecía en su texto original que las técnicas sólo podían aplicarse a los interesados que estén unidos por vínculo matrimonial o constituyan pareja estable⁷¹. Posteriormente, si bien han introducido modificaciones al texto del proyecto, se mantiene la posición de aplicar las TRA solamente a parejas compuestas por un hombre y una mujer⁷², descartando de esta manera toda posibilidad de que una mujer sola pueda ser sujeto activo de ellas.

En el derecho comparado, se dan distintas soluciones al problema. En algunas legislaciones se establece que sólo serán beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida las parejas, permitiéndose en otras el acceso a parejas y a la mujer sola.

Así, en Suecia y Noruega se rechaza la posibilidad de que la mujer sola sea beneficiaria de las técnicas. En Suecia, la Ley 1140 de 1984 establece que sólo pueden acceder a estas técnicas los matrimonios y las parejas estables, llegando incluso a pensarse las infracciones a esta limitación. La legislación noruega es más exigente aun y señala que sólo pueden ser beneficiarios los matrimonios.

Distinto es el caso de España, ya que el artículo 6º de la Ley Nº 35 de 1988 señala “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley.” Pero, enseguida, agrega ciertos requisitos: debe haber prestado libremente su consentimiento para la realización de las técnicas, debe tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar. Es claro que en este ordenamiento jurídico las técnicas modernas de reproducción asistida se consideran un modo alternativo de reproducción. Incluso en la exposición de motivos de la ley se señala que “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. Por lo tanto, la mujer sola tiene acceso libre a las técnicas de reproducción asistida.

En Gran Bretaña la Ley 1990 dispone que pueden ser sujetos activos de las técnicas de repro-

ducción asistida los matrimonios, las parejas y las mujeres solas, pero tomando en cuenta el bien del niño y el de otros afectados y la necesidad de un padre. En Alemania se permite el uso de las técnicas a matrimonios, parejas y mujer sola.

Por último, en Estados Unidos, basándose en el derecho a la privacidad, se establece que el Estado no puede oponerse a que una mujer sola sea sujeto activo de las técnicas, de lo contrario, se estaría conculcando una garantía constitucional.

III. SOLUCIONES A LOS CONFLICTOS SUSCITADOS A PROPÓSITO DE LAS TRA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS

Resumiendo, si todos los hijos son sujetos de derechos desde que comienza la vida, y nosotros postulamos que ello ocurre con la concepción y, a su vez, es posible identificar una serie de derechos de que son titulares, tanto en su vida anterior como posterior al nacimiento, los cuales pueden confrontarse al catálogo de derechos de que son titulares la mujer y el hombre que se someten a una TRA, entonces necesariamente debemos contemplar la posibilidad de una colisión entre los derechos de los hijos y la de los otros involucrados. De entre ellos hemos desarrollado en este trabajo los siguientes:

1. El derecho a la vida y a la integridad física de los embriones obtenidos a través de una TRA en conflicto con el derecho a la procreación de la madre, en la medida que la implantación en el útero de varios embriones pueda disminuir las expectativas de un embarazo que llegue a feliz término y, por consiguiente, haya que eliminar algunos o criopreservarlos para más tarde descongelarlos.
2. El derecho a conocer el propio origen del hijo en contraposición al anonimato del donador de gametos.
3. El derecho a nacer y a crecer en una familia frente al derecho a la procreación o, según otra postura, frente al derecho a la salud, de la mujer sola o de la viuda en el caso de la fecundación *post mortem*.

En esta contraposición de intereses, pues en definitiva detrás de todo derecho existe un interés protegido, se pueden identificar distintas situaciones:

1. Aquella en que la controversia se plantea entre un derecho del hijo y un interés particular o colectivo. En este caso, es evidente que deberá primar el derecho del hijo. Así, por ejemplo, entre el derecho a la vida del embrión y el interés de rebajar los costos en la

⁷⁰ Moción presentada por el H. Senador Sebastián Piñera Echeñique, con fecha 30 de junio de 1993, Boletín Nº 1026-07 del Senado. En adelante “Proyecto”.

⁷¹ Artículo 4º Nº 1 del Proyecto.

⁷² Artículo 4º inciso 1º del Proyecto.

- fertilización *in vitro* al fecundar varios óvulos, debe prevalecer el primero⁷³.
2. La situación en que un interés del hijo se enfrenta a un derecho del padre o madre o, incluso, a un derecho del mismo hijo, debe preferirse el derecho por sobre el interés. Por ejemplo, entre el derecho a la vida, en su aspecto de derecho a nacer, y el interés de nacer y crecer en una familia del hijo, debe primar el primero. Es decir, si se produjo la gestación, el embrión tiene derecho a vivir, aun cuando sus padres se hubieren separado o el padre hubiese muerto.
 3. Si la controversia se produce entre un derecho del hijo y un derecho de otra persona, entonces pensamos que el primero debe tener una primacía no excluyente de los derechos de terceros⁷⁴.

Por consiguiente, pensamos que los conflictos que pudiesen suscitarse deben solucionarse dando preeminencia a los derechos del hijo⁷⁵ pues, en definitiva, los padres se someten a las TRA justamente para dar vida a un nuevo ser humano, pleno de dignidad y derechos pero que, por su propia condición, no puede hacerlos valer por sí mismo. La fragilidad de la vida en sus primeras etapas exige una especial protección y preocupación del derecho.

Aquí cobra toda su importancia el concepto del interés superior del niño como principio hermenéutico. A través de él, la solución al conflicto debe conducir a una efectiva garantía de los derechos del hijo, cuidando de no transformarlo en una especie de "tiranía" de los derechos del hijo, en desmedro de los derechos de otras personas.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ CID, CARLOS, "Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna", en *Modificaciones al Código*

Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte. Ley 19.585, Universidad de Concepción, 1999.

BANDA VERGARA, ALFONSO, "Dignidad de la persona y reproducción humana asistida", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. IX, 1998.

BELOFF, MARY, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del Niño*, Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J.M. Bosch Editor, España, 1995.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño*, Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Una legislación para los hijos. Comentarios al libro "Nueva ley de filiación", en *Nueva Ley de Filiación*, COURT MURASSO, EDUARDO, Segunda Edición, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Familia y Derecho: Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Universidad de Los Andes, Santiago, 1994.

COURT MURASSO, EDUARDO, *Nueva Ley de Filiación*, Editorial Jurídica ConoSur, Segunda Edición, Santiago, 2000.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN Y OTRO, *Derecho Sucesorio*, tomo I, Primera Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1990.

ETCHEBERRY COURT, LEONOR, "Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*, LOM Ediciones, Santiago, 1999.

GAFO, JAVIER (ed.), *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.

GAFO, JAVIER, *Hacia un mundo feliz: Problemas éticos de las nuevas técnicas reproductivas humanas*, Sociedad de Educación Atenas y España, España, 1987.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica, Santiago, 1993.

GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ, "La determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida", en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*,

⁷³ GAFO, JAVIER, *Hacia un mundo feliz: Problemas éticos de las nuevas técnicas reproductivas humanas*, Sociedad de Educación Atenas y España, España, 1987, p. 105.

⁷⁴ CILLERO, MIGUEL, *op. cit.*, p. 58.

⁷⁵ En este mismo sentido ver: BANDA, ALFONSO, "Dignidad de la Persona y reproducción humana asistida", *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. IX, 1998, p. 26; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ, *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica, Santiago, 1993, p. 55.

- Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LOM Ediciones, Santiago, 1999.
- GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL, *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997.
- HERRERA CAMPOS, RAMÓN, *La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española*, Universidad de Granada, 1991.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL, *Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- MIRANDA VALENZUELA, PAULINA, "Efectos jurídicos y civiles de la fecundación artificial", Tesis, Universidad Católica, 1992.
- MORO ALMARÁZ, MARÍA JESÚS, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- PEÑAILLO ARÉVALO, DANIEL, "Las categorías de filiación y la investigación de paternidad, en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte, departamento de Derecho Privado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1999.
- QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1994.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "La filiación en Cataluña en el momento actual", *Temas de Dret Civil català, Quaderns de ciències socials*, núm. 6, 1984.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", 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.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, José María Bosch, Barcelona, 1997.
- RIVEROS, MARCOS Y ZEPEDA, CARLOS, "La fertilización asistida y la legislación civil chilena", Tesis, Universidad de Chile, 1992.
- ROCA TRÍAS, 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.
- 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.
- SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 2000.
- VELOSO VALENZUELA, PAULINA, "Principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*, LOM Ediciones, Santiago, 1999.
- VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Editorial Civitas, España, 1988.

LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY:

Código Civil de Chile.

Constitución Española.

Constitución Política de Chile.

Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Ley española 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Proyecto de Ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas. Moción presentada por el H. Senador Sebastián Piñera Echeñique con fecha 30 de junio de 1993, Boletín N° 1026-07 del Senado.

Resolución exenta del Ministerio de Salud N° 1072 de 1985 (Directiva Ministerial) "Normas aplicables a la fertilización *in vitro* y a la Transferencia embrionaria".