



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



TESINA:

**“LA CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES: Algunos problemas no resueltos por
el Ordenamiento Jurídico Chileno”**

2010.

Profesor:

Ricardo Saavedra A.

Alumna:

María Jesús Peralta A.

ÍNDICE:

Resumen	3.
Palabras claves	3.
Introducción	4.
Capítulo I:	
El Problema del estatuto jurídico del embrión preimplantacional en Chile	6.
Capítulo II:	
Técnicas de Reproducción Asistida.	13.
a. ¿Las técnicas de reproducción asistida será un tipo de adopción?	14.
b. La importancia del Interés superior del niño.	17.
c. Derechos o intereses del Hijo que pueden ser afectados por las Técnicas de Reproducción asistida.	18.
- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.	18.
- El derecho a conocer el propio origen biológico.	19.
- El derecho a nacer y crecer dentro de una familia (los casos de tener padre o madre y no paternidad disociada, el caso de la fecundación artificial post mortem, y a la fecundación de mujeres solas).	25.
Capítulo III.	29.
El problema de la eliminación de los embriones Criopreservados.	29.
- El caso del Derecho comparado.	29.
a. Caso Davis v. Davis	29.
b. Caso Kass v. Kass	31.
c. Caso A.Z v. B.Z	32.
d. Caso J.B v. M.B	33.
- El caso de Chile.	34.
Conclusión	37.
Abreviaturas	38.
Bibliografía	39.

RESUMEN:

En ésta tesina lo que se quiere es establecer la problemática de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, las consecuencias tanto éticas como jurídicas que ello conlleva, comenzando desde la ausencia de regulación jurídica en Chile como problema central, y desplazándose a problemas de contingencia que no tienen solución cierta, generando discusiones de carácter indefinido y amplio sin existir regulación positiva alguna.

Producto de esto, es que se ven vulnerados principios y derechos importantísimos en el ámbito jurídico, como legitimado activo especial, el embrión crioconservado, que para algunos no tiene el estatuto jurídico de persona.

PALABRAS CLAVES:

Embrión, criopreservación, técnicas de reproducción asistida, regulación jurídica, derechos vulnerados.

INTRODUCCIÓN:

Desde que el hombre se encuentra en la tierra es ya sabido que tiene la facultad de poder procrear; y que la forma normal es engendrar un hijo por medio natural. Sin embargo, a medida que ha transcurrido el tiempo y en la medida que sobrepasamos el siglo XX ha aparecido innumerables y variadas formas de poder reproducirnos, dentro de las cuales podemos dar a conocer; la Inseminación Artificial (IA), también se han generado nuevas instituciones u organismos que se dedican específicamente al cultivo de embriones; y así mismo, el tan controvertido tema del vientre de alquiler. Todos estos temas antes descritos han generado una serie de discusiones en la sociedad, discusiones de índole ético, moral, social, económico, jurídico.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, vinieron a formar una solución a muchas parejas infértiles que no podían engendrar un hijo por medio natural, sin embargo al someterse a dicho tratamiento, éste producía por sí la existencia de más de un embrión, ya que si el primero no anidaba, quedaban los restantes para seguir el tratamiento y llegar al fin que era un embarazo. Esto, al principio no tenía mayores problemas puesto que de muchos embriones que se congelaban eran utilizados no todos, pero era la mayoría, porque el porcentaje de efectividad del tratamiento no era alto.

Pero, con posterioridad el avance tecnológico siguió su curso, y los embriones que antaño eran utilizados en el procedimiento, empezaron a quedar congelados en las clínicas de medicina reproductiva, esperando en que algún día los padres decidieran su destino, y si éstos no decidían ¿Cuál será el destino que les depararía?. Esto genera discusiones jurídicas y éticas de grandes magnitudes puesto que se ven vulnerados derechos como; el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica constitucionalmente consagrados, y un gran principio consagrado en la convención internacional de derechos del niño cual es, el principio del interés superior del niño.

Ahora, también cabe la problemática, de la situación filiativa de los niños que nacen mediante estas técnicas ¿Cuál será su filiación? ¿Tienen el derecho de conocer su propio origen? Con seguridad no encontraremos una respuesta unívoca, puesto que existen tantas

respuestas como criterios pueden existir al respecto, empero, el objeto de esta tesina es discutir no la respuesta más perfecta, sino la más viable o la más aceptable y que sea objeto de un proyecto legislativo con el fin de que ésta situación no se encuentre en el desamparo absoluto o en el vacío de una ley, sino más bien en un pronunciamiento sobre el tema, aún cuando no sea aceptado por la totalidad de los ciudadanos de la República.

Producto de lo anteriormente señalado, es que en Chile no existe jurisprudencia que se pronuncie sobre el tema descrito, y es por esta misma razón que en esta tesina se van a analizar fallos que tuvieron relevancia en Estados Unidos, para decidir el futuro de un embrión congelado, espero que en un tiempo más también puedan existir fallos ya sea de distintas Cortes de Apelaciones e incluso de la Corte Suprema pronunciándose sobre estos temas, buscando una posible solución o interpretación, pero previo a ello, debo recalcar que debe existir legislación que regule dicho tema y este último tiene que ser el punto de partida, para que en un futuro no muy lejano exista una vasta y enriquecedora jurisprudencia que pueda dar lugar a continuar con el debate.

“LA CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES; Algunos problemas no resueltos por el Ordenamiento Jurídico Chileno”

I. El Problema del estatuto jurídico del embrión preimplantacional en Chile.

“Los avances y descubrimientos científicos, en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado el desarrollo y utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana.

Estas técnicas permiten fecundar a seres humanos por medios distintos del coito y modificar estructuras genéticas. Afectan, por tanto, a cuestiones fundamentales del ser humano, con implicancias éticas y jurídicas”. (Gómez de la Torre 1993: 11).

Así, comienza el libro de Maricruz Gómez de la Torre Vargas, sobre la fecundación In Vitro y la Filiación en el año 1993, en donde se dilucidaba ya, con antelación el problema que causaría el avance tecnológico en el ámbito del derecho, pues uno de los puntos fundamentales sería establecer el estatuto jurídico del embrión preimplantacional en Chile, esto es, aquel embrión que aún no ha sido anidado en el vientre materno, estando en estado de congelamiento. Hoy en el año 2010 el problema aún sigue latente, pues aunque ya se ha establecido o tratado de establecer cual es el estatuto jurídico del embrión preimplantacional; no se sabe con certeza qué es lo que ocurre en los rincones de los laboratorios, en donde el derecho le es muy difícil llegar.

Dicha determinación me resulta importante, puesto que, a partir de ello es posible saber con exactitud qué bienes jurídicos resultarán afectados en caso de cualquier menoscabo o vulneración al estado del embrión criopreservado.

Determinar el estatuto jurídico que recibe el embrión es un asunto de suma complejidad, ya que al estar definiendo dicho estatuto estamos lidiando con un tema bastante complejo como es la vida humana; si bien, no es menos cierto que los criterios

predominantes han sido más bien criterios individualistas, hay diferentes ideas y concepciones del estatuto o categoría jurídica que se le debería otorgar al embrión.

Hay posturas que han señalado que no habría persona natural sino hasta pasado 14 días desde la concepción, entonces dentro de estos 14 días estaríamos frente a lo que se llama el “*preembrión*” (Soto 2000: 78), existen otras posturas como las que señalan que el embrión se genera al momento de implantar el cigoto en el útero y otras más osadas que señalan que el embrión solamente existiría cuando aparece la cresta neural o inicio del sistema nervioso central (8 o 9 semanas después de la última menstruación de la madre) (Puerto 2000: 131).

Sin embargo, al lidiar con un tema de suma complejidad, nos impone que el concepto de embrión deba ser analizado, ya que una interpretación tan restrictiva generaría que todo aquello que no esté dentro de dicha definición pasará a ser un objeto y por ende se generará una especie de cosificación, dando margen a que el propio ser humano sea un agente activo en la manipulación de otras vidas humanas, pero al mismo tiempo una definición tan amplia sería equivalente a una mera declaración de principios.

Desde este punto de vista, se puede señalar que en nuestra legislación hay varios cuerpos normativos que intentan regular o hacen alusión al menos, a esta idea de embrión criopreservado o de embrión preimplantacional.

Sobre el particular tenemos a la Constitución Política de la República que en su artículo 19 N° 1 señala “*1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer*”. Si bien dicho enunciado es una declaración amplia de respeto a la vida, en Chile la doctrina se ha basado en este enunciado para establecer que existe vida desde la concepción.

Como señala Ugarte Godoy “*La biología demuestra hoy que el hombre comienza con la concepción, pues con ella se forma, al unirse los gametos masculino y femenino, el código genético, que dirige todo el desarrollo del nuevo ser, su crecimiento y la constitución de sus órganos definitivos, y su desenvolvimiento hasta la clausura de su ciclo vital con la*

muerte. Constituido el cigoto el nuevo viviente se autoconstruye, sin inyección de nueva información” (Ugarte 2006: 519) idea, que también ha sido recogida a través de la convención americana de derechos humanos de Costa Rica del año 1969, que en Chile se aplica en virtud del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, también ha sido la jurisprudencia quien han desarrollado este tema con mayor profundidad, esto queda de manifiesto en el Fallo del Tribunal Constitucional sobre la Píldora del día después (Ugarte 2008: 246), según Ugarte *“La protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, 128 publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: “El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”.*

Afirmando que la posición de nuestro constituyente es de señalar que el nasciturus es considerado persona desde el momento de la concepción *“...No obstante, existe un elemento que a juicio de los sentenciadores neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con el efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición.*

Así, si se acoge la tesis de quienes sostienen que sólo existiría un ser humano y, por ende, una persona desde la implantación del embrión en el endometrio, impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una “persona”. Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente– que la vida comienza con la concepción, esto es por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo –o de una persona– se transformaría en aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer. (Ugarte 2008: 246).

En este sentido, la norma constitucional, beneficia ampliamente el concepto de vida humana como valor jurídico esencial en la sociedad y no se cae en el error de ser interpretada de la forma más restrictiva posible.

Empero, donde debe existir una mayor regulación es en la ley 20.120 sobre “*La investigación científica en el ser humano, su Genoma y prohíbe la Clonación Humana*”. Si bien es bastante positivo que se reitere de que existe vida desde el momento de la concepción y que debe ser protegida desde el mismo momento, lo cual beneficia la idea ya señalada con anterioridad, de tratar de interpretar de la forma más amplia posible el concepto de vida humana, ya que la ley debe precisar una gran cantidad de temas, con el objeto de que se evite una posible cosificación de la vida humana o una mera declaración de principios.

Sólo a título de ejemplos, la ley 20.120 no regula el tema de la transferencia de embriones, así como tampoco no se ha regulado la obligación que debiese existir por parte de los facultativos de registrar el número de embriones transferidos, y verificar la seriedad y eficiencia en el tratamiento de los embriones por parte de los centros de reproducción asistida, como sí lo regulan algunas legislaciones extranjeras. “*Algunas legislaciones (Proyecto de Uruguay, Méjico, España, Francia, Austria) no establecen un número máximo de embriones a transferir al útero ni un plazo taxativo para hacerlo al considerarlo inconveniente y posible fuente de dificultades para adaptarse a los cambios y avances futuros que pueda tener la tecnología médica, estableciéndose como único límite el que subjetivamente estime apropiado el equipo médico para asegurar un equilibrio entre las posibilidades razonables de embarazo y el evitar la multigestación. Pero la limitación de embriones transferibles, es la opción de una buena parte de las legislaciones internacionales.*

Parece ser tres el número de embriones científicamente recomendado para transferirse en cada ciclo de reproducción artificial y es éste el límite que han tomado legislaciones como las de Alemania, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Hungría, Singapur y el Proyecto de Ley de Fecundación Asistida aprobado por la Cámara de Diputados italiana en 1999. Otros

países han establecido límites mayores, como Costa Rica, que prohíbe la fertilización de más de 6 embriones por ciclo, o Brasil y Arabia Saudí que permiten hasta 4 Embriones” (Puerto 2000: 133).

Tampoco dicha ley se pronuncia sobre la criopreservación ¿Cuál es el límite que tenemos en cuanto a la crioconservación de embriones en Chile? ¿Es de 5 años, como actualmente se da en España? ¿O intentaremos establecer criterios más amplios como mantener estos embriones crioconservados hasta que la madre alcance la menopausia? (Puerto 2000: 134).

No existe además regulación en cuanto a la adopción embrionaria, frente a la eventualidad que existan embriones congelados y cuyo destino sea la destrucción o eliminación de los mismos ¿Es posible que parejas infértiles o mujeres solteras puedan proceder a adoptar estos embriones que se encuentran crioconservados y su único destino sea ser eliminados?

Otro punto relevante que tampoco regula la ley es con respecto a la donación de gametos, ya que si no establecemos un límite al número de hijos que pueden nacer de un mismo donante, se puede generar una gran cantidad de conflictos en cuanto a los vínculos por consanguinidad.

Otro punto no regulado y que es bastante debatido a nivel doctrinario, pero que carece de regulación jurídica, es la posibilidad de facultar a mujeres solas, su acceso a técnicas reproductivas, cuestión que no está regulada jurídicamente en esta ley y que por lo demás muchos se oponen simplemente basándose en el Art 1º Inc. 2 en que la familia es el núcleo de la sociedad y por la misma razón estas mujeres no deberían tener acceso a éstas técnicas reproductivas, tema bastante discutible pero que carece totalmente de una regulación jurídica.

No obstante, se debe recalcar que existen puntos que la ley si es clara y precisa al señalar, como “*el que esta prohibida la clonación de seres humanos, cualquiera que sea el fin perseguido o la técnica utilizada*”, así como también se encuentra de buena forma desarrollada tanto el tema de la información como el consentimiento que deben ser prestados por el ser humano que pudiese ser eventualmente objeto de una investigación científica o de aquella persona que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley.

Otro cuerpo normativo que se refiere a las técnicas de reproducción asistida, es la ley “19.585 (*que modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación*)” establece claramente el Art 182° que *la madre que se ha sometido a la intervención de técnicas de reproducción asistida y el padre que la ha autorizado no pueden entablar una acción de reclamación ni de impugnación contra la filiación determinada; tampoco podrá impugnar la filiación el donante de material genético*”: A simple vista pareciera ser que el tema se encuentra zanjado sin embargo, se pueden dar algunas hipótesis en las cuales no existe regulación jurídica, como por ejemplo: ¿Podrá el padre o el donante que no hubiere concurrido con su voluntad a la aplicación de la técnica de reproducción asistida impugnar una filiación ya determinada?. Por otra parte ha señalado Gómez de la Torre que la mujer soltera o divorciada que se someta a las técnicas de reproducción asistida, puede demandar de reclamación de filiación al donante de material genético que da lugar a la gestación, ya que el Art 205° del Código Civil, no hace distingo permitiendo dar lugar a la reclamación en caso en que la filiación este indeterminada.

Estas situaciones se dan de forma muy cotidiana; al no existir una regulación sobre los temas señalados con anterioridad. ¿Quién nos asegura que nuestros embriones crioconservados en su totalidad son congelados? ¿Cómo podemos constatar fehacientemente que ninguno de estos embriones es utilizado con un nuevo fin?

Concluyendo, entonces, podemos afirmar que en Chile, el tema de la categoría o estatuto jurídico del embrión preimplantacional, es vacilante, ya que podemos darnos cuenta, que, según el fallo del tribunal constitucional en torno a la “píldora del día después” protege la vida del nasciturus entendiendo que es persona humana desde el momento de la

concepción, no dándose así cabida a un espacio de tiempo en que el embrión podría ser objeto de investigación científica, incluso, de destrucción.

Es importante señalar además, que la legislación chilena se encuentra al debe en cuanto a estos temas de suma importancia, y consecutivamente es bastante escasa y pobre la discusión que se ha dado sobre estos temas a nivel nacional, temas que por lo demás son bastante importantes ya que alguno de estos han sido discutidos con bastante profundidad en muchos países de Europa tales como el límite de tiempo durante el cual se puede mantener embriones criopreservados, así mismo la interrogante en cuanto al límite del número de hijos que puede nacer de un mismo donante y por último el hecho de que mujeres solteras puedan tener acceso a técnicas reproductivas puesto que existen instituciones en Chile que se oponen fuertemente a esta idea. Es menester que exista debate sobre estos temas puesto que en la actualidad se están dando con mucha mas cotidianeidad de la que creemos y los legisladores deben regular al respecto y no omitir.

Por otro lado, nuestra Constitución Política de la Republica, protege la vida del que está por nacer, entendiéndose que se refiere a la existencia natural, dándose así discusiones doctrinales en torno a cual será el momento en el que se entenderá que el embrión es considerado persona. *Y este es el nivel de protección a la vida, que nos interesa ahondar, pues encontramos aquí la dificultad de determinar cual es el estatuto jurídico del embrión preimplantacional, ya que precisamente es esta estructura la susceptible de sufrir ataques directos que pueden ser entendidos como ataques a la vida humana.*

II. Técnicas de Reproducción Asistida.

Debido al incremento de la infertilidad en las parejas, las técnicas de reproducción asistida (TRA) han sido la solución para poder engendrar un hijo que por un medio natural habría sido imposible.

La Fecundación In Vitro es uno de los tratamientos de mayor efectividad en materia de infertilidad. Es un método de reproducción asistida dirigido a parejas infértiles. Su finalidad es que los espermatozoides fecunden óvulos fuera del cuerpo de la mujer, cuando están imposibilitados para hacerlo en su sitio natural, la trompa de Fallopio. Este procedimiento se realiza en el laboratorio, incubando óvulos y espermatozoides en una cápsula con medio de cultivo (líquido que simula el fluido tubárico) y bajo condiciones ambientales controladas de ph, temperatura, humedad, concentración de oxígeno, anhídrido carbónico, etc.

Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, estos son transferidos de preferencia al útero y en algunos casos a la trompa de Fallopio con el objeto que continúen su multiplicación y desarrollo, hasta adquirir la capacidad de implantarse en el endometrio que es la capa interna del útero de la mujer.

Pero el problema comienza cuando son varios los óvulos que se fecundan y posteriormente solo alguno de ellos, serán transplantados al útero de la mujer ¿Qué pasa con los sobrantes? Una de las alternativas es la crioconservación de los mismos para ser utilizados en un tratamiento posterior por la misma pareja. O bien, donarlos a una pareja estéril. O bien, darlos para fines de experimentación o investigación. O por último, puede ser, que sean destruidos.

Sin embargo, luego de la aplicación de la Fecundación In Vitro en parejas con problemas de fertilidad, nos asoman diversos problemas jurídicos: ¿Qué sucede con los embriones crioconservados en el caso de un futuro divorcio? ¿O cual será el futuro de dichos embriones a la muerte de uno o de ambos padres? Entonces nos hacemos la gran

pregunta: ¿Quién decide el futuro o el destino de dichos embriones crioconservados? Tema que trataremos con mayor profundidad mas adelante.

a. *¿Las técnicas de reproducción asistida será un tipo de adopción?*

“La adopción de embriones suele ser legalmente denominada “donación”, por parte de quien los entrega, aunque creo que es más apropiado enfocar la cuestión desde la “adopción embrionaria” por parte de quien los recibe, que nos remite a un instituto jurídico, el de la paternidad legal, más apropiado a estos casos que no la donación (que sí resulta apropiada para el caso de la entrega de gametos)” (Puertos 2000: 134).

A partir de esto, ¿La adopción embrionaria se asimilará a la adopción regulada en la ley 19.620?

Cabe esta interrogante, pues en Chile, en uno de los centros de Medicina Reproductiva más grandes del país, como es la Clínica las Condes, el Doctor Fernando Zegers, en un artículo al tocar el tema de crioconservación de embriones, señala expresamente: *“En Chile, las parejas que han criopreservado embriones se han visto obligadas a recurrir a la reproducción asistida para hacer familia. Mujeres y hombres que luego de haber recibido información completa y haber reflexionado profunda y serenamente en relación a riesgos y beneficios, han firmado consentimientos aceptando las regulaciones que nos hemos impuesto. Las regulaciones establecen que ambos progenitores y el médico se comprometen a que los embriones no sean desechados. Que los embriones serán transferidos en su progenitora o en una receptora (pareja infértil), como una forma de adopción temprana. Aún en ausencia de regulaciones legales, en Chile no se desechan ni se manipulan ni se realizan investigaciones en embriones humanos”.*

Con todo, en dicho artículo Fernando Zegers hace referencia a una “Adopción Temprana” o a lo que hemos llamado con anterioridad a una “Adopción embrionaria”, pero no existe regulación en Chile específica en este tema.

Este tema resulta aun importante, si es que como decíamos en el capítulo primero, le diéramos al embrión preimplantacional el estatuto jurídico de persona, adhiriendo a la concepción amplia; entendiendo que será persona desde el momento de la concepción; establecido en el Art 1° del Constitución Política de la República.

Por el contrario, si no adherimos a dicha concepción, y dijéramos que el “preembrión” no es considerado persona, esta discusión no tendría mayor asidero, pues sería considerado como cosa, y como cosa, puede ser objeto de múltiples relaciones jurídicas, como incluso de donación.

Para esto cabe hacer un análisis de la ley 19.620 sobre “Adopción” para ver si es una especie de adopción no contemplada por dicha ley, o sí en realidad corresponde a una institución diversa de la adopción de la ley 19.620.

Según Gómez de la Torre, *“Doctrinariamente, podemos señalar que hay varios conceptos de adopción, que la entienden como una ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente.*

Así, se le ha definido como “una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad efectiva” o “como el acto jurídico en cuya virtud se establece entre adoptante y adoptado una relación semejante a la paternidad-filial”. (Gómez de la Torre 2007: 222).

Sin embargo, dentro de la institución de la adopción, encontramos la adopción prenatal, que es aquella en que la madre, antes del nacimiento del hijo, manifiesta su voluntad de entregarlo en adopción.

¿Será lo mismo entregar a un hijo aún no nacido en adopción, a un embrión crioconservado?. Desde el punto de vista del concepto de adopción prenatal, podríamos decir que sí, pues se estaría entregando a un no nato en adopción, la diferencia está en que el embrión crioconservado no esta implantado en el vientre materno, sino que está

congelado en un laboratorio de medicina reproductiva. La madre difícilmente podría manifestar el consentimiento si ya se ha olvidado de su existencia, por tanto queda ahí al pasar de los tiempos.

Por eso, algunos centros médicos reproductivos han adoptado esta institución, haciendo firmar a los padres que se están sometiendo a algún tratamiento de infertilidad, cláusulas para disponer de los embriones que quedaran crioconservados, siendo estos posteriormente donados a parejas receptoras.

Esto conllevaría además, a evitar la sobrepoblación de embriones crioconservados, aspectos que se analizarán más adelante, en el próximo capítulo.

Como conclusión, se puede señalar que la adopción embrionaria, es una institución que no está regulada en nuestro ordenamiento, que se está dando en la práctica, que tiene muchas similitudes con la adopción propiamente tal de la ley 19.620, pero que también difieren en muchos aspectos, la adopción embrionaria debiera ser regulada con urgencia, ya que los adelantos de la técnica van generando estas situaciones, y a la vez generando vacíos legales, que requieren ser tratados por el poder legislativo.

Y a la vez, existen otros temas que se generan a consecuencia de la adopción embrionaria que son de suma relevancia, como es la filiación, tema de suma complejidad, ya que sí se produce una adopción embrionaria y posteriormente el futuro padre se separa de la futura madre: ¿Puede eventualmente demandarse de pensión de alimentos a este padre? ¿Ya está determinada la filiación con la adopción embrionaria? ¿Es necesario presentar una demanda reclamando la filiación? ¿Puede el verdadero padre, el donante de gametos, impugnar la filiación de la adopción embrionaria?. Todas estas interrogantes son discutibles, sin embargo, no hay regulación alguna, es por eso que se requiere que exista una regulación jurídica al respecto, para que comience un debate con mayor profundidad sobre este tema.

b. La importancia del Interés superior del niño.

El hijo, denominación que alude a las relaciones filiales del niño con sus progenitores, no ha quedado ajeno a las tendencias contemporáneas de garantizar y proteger los derechos humanos. En efecto, en la medida que se ha avanzado en la consagración 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 derechos. Es decir, los mecanismos complementarios de protección de los derechos del niño no son autónomos sino fundados en los dispositivos generales del amparo de los derechos humanos.

La convención internacional de los derechos del niño, 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.

De la convención internacional de los derechos del niño, y en relación con el tema de las técnicas de reproducción asistida, es relevante destacar dos principios; el profundo respeto de sus normas hacia la relación niño-familia, limitando la intervención del estado a una de carácter subsidiaria y el concepto de interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de dicha convención”.

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 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 garantista, 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. (Turner, Molina, Momberg 2000: 14).

c. Derechos o intereses del Hijo que pueden ser afectados por las Técnicas de Reproducción asistida.

Por las técnicas de reproducción asistida pueden verse afectado derechos o intereses del futuro hijo:

El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

El derecho a la vida en el contexto de las técnicas de reproducción asistida 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 manifestaciones, 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 técnicas de reproducción asistida:

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 eliminados. 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 gestación. (Turner, Molina, Momberg 2000: 15).

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 cinco años, los embriones no “utilizados” deben ser descongelados, proceso que implica un alto riesgo de mortalidad, que va desde un 20% a un 40%. (Turner, Molina, Momberg 2000:15).

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 células, 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 °C.

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. (Turner, Molina, Momberg 2000: 16).

La doctrina española encuentra al respecto un fundamento parecido, ya que encuadra este derecho dentro de los llamados “derechos de la personalidad”. 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.

En este sentido, de acuerdo con Quesada González, puede distinguirse en cuanto a su contenido: (Turner, Molina, Momberg 2000: 16).

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).

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 constitucionales 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”

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 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*. 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 a lo anteriormente expuesto, no es aconsejable la investigación de la paternidad, sino que un anonimato absoluto, por las siguientes razones:

Primero, si el anonimato es absoluto se estimula la donación de gametos. 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 atribuye, conduciendo ello a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para su realización.

Segundo, proteger el derecho a la intimidad del donante, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que el donante hace de sus aptitudes genésicas, y que el empleo de su semen ha dado lugar a una nueva vida de la que permanece desvinculado. También proteger el derecho a la intimidad de la pareja que consintió en la técnica de reproducción asistida, ya que la identificación del donante traería como consecuencia develar la ineptitud para concebir de aquél 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.

Tercero, 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 donante.

Cuarto, 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. (Turner, Molina, Momberg 2000: 17).

Sin embargo, estas razones no son lo suficientemente adecuadas, ya que se podría refutar señalando que; 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. A modo de conclusión, “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”.

Entonces, 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, consecuentemente, de las relaciones de este con el donante. A saber: (Turner, Molina, Momberg 2000: 7)

- I. Permitir reclamar al así nacido la paternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su paternidad o maternidad, esta es la así llamada posición maximalista.
- II. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético, esta es la llamada posición minimalista.
- III. Por último encontramos dos posiciones intermedias:
 - Que el nacido solo pueda conocer datos biogenéticos del donante.
 - Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna consecuencia jurídica.

Sin embargo, respecto de la primera alternativa, esto es, que el nacido pueda reclamar la paternidad del donante de gametos, y sus consecuencias jurídicas, es rechazable, ya que no puede 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. (Turner, Molina, Momberg 2000:8).

Respecto de la tercera alternativa, esto es la posición intermedia, se permitiría el acceso del hijo a datos biogenéticos del donante. 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.

Este anonimato relativo es la regla general en la legislación española respectiva, que prescribe en su artículo 5-5-2 que *“los hijos nacidos tiene derecho, por si 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.*

Por último, cabe la posibilidad de conceder al hijo la posibilidad de conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico.

Los autores creen, que esta es la opción más adecuada de acuerdo con la prevalencia que debe darse al interés superior del niño, y al derecho que tiene a conocer su propio origen, el cual no debe limitarse al acceso a simples datos biogenéticos del dador. Sin embargo, este derecho solo podría ejercerse una vez que el hijo llegue a la mayoría de edad. (Turner, Molina, Momberg 2000:8).

La ley sueca 1140/1984 sigue este planteamiento ya que en su artículo 4° garantiza el derecho del niño, de conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen.

Entonces analizando el tratamiento que le ha dado la doctrina extranjera, en Chile puede configurarse como un derecho de la personalidad, cuyo fundamento último lo encontramos en la dignidad humana y el deber que tiene el estado de crear las condiciones para la mayor realización espiritual y material posible de las personas, consagrado en el artículo 1° de la constitución política de la república. Sin embargo, ante la legislación vigente en Chile sobre técnicas de reproducción asistida, esto es, el art 182 del código civil, no prosperaría una acción de investigación de paternidad intentada contra el donante de gametos. Ello, porque una de las ideas fundamentales detrás de la ley de filiación es la del derecho a la identidad o a conocer su propio origen que tiene toda persona, de manera de hacer prevalecer la verdad biológica por sobre la verdad formal, justamente la materia en que dicho principio encuentra excepción es en la procreación asistida. (Turner, Molina, Momberg 2000: 9).

Por su parte Maricruz Gómez de la Torre corrobora lo anterior, en su libro “El sistema filiativo Chileno”, señalando que el inciso 2° del art 182 del código civil “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Por tanto, la ley no permite que ni los padres que consintieron en la aplicación de

estas técnicas ni el hijo que nace producto de ellas puedan investigar la paternidad o maternidad de ambos.

Para la autor surge una gran interrogante ¿es necesario que una persona que ha sido concebida mediante la aplicación de estas técnicas, conozca la verdad? Señala que toda persona tiene derecho a saber la verdad sobre su identidad u origen genético, sin embargo la duda se presenta en ¿Cuándo es conveniente que se sepa? La solución según Maricruz Gómez de la Torre, es aplicar el mismo criterio que se aplica en materia de adopción de la ley 19.620, esto es, toda persona cuando llegue a la mayoría de edad y quisiera saber quién es el o los donantes, podría tener acceso al expediente clínico que debe guardar la clínica u hospital donde se practicó la técnica. A su vez, todo donante debería ser informado de esta posibilidad al realizar la donación (De la Torre Vargas 2007:116).

El derecho a nacer y crecer dentro de una familia (los casos de tener padre o madre y no paternidad disociada, el caso de la fecundación artificial post mortem, y a la fecundación heteróloga de mujeres solas).

El derecho a nacer y crecer dentro de una familia, no es un derecho consagrado en nuestra constitución política de la republica. Tampoco está expresamente formulado en la Convención Internacional de los Derechos de Niño, pero puede desprenderse de su preámbulo y de algunas de sus disposiciones:

Sin embargo según Turner, Molina y Momberg, este punto presenta dos aspectos importantes:

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”, o si, por el contrario, se trata de un interés protegido por el derecho.

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. (Turner, Molina, Momberg 2000: 20).

En cuanto a lo primero, esto es, si estamos en presencia de un derecho subjetivo, se ha planteado la discusión acerca de la calificación jurídica a propósito del “Derecho a tener padre y madre y a no tener una paternidad disociada”. Se señala que efectivamente existiría dicho derecho desde antes de la concepción, pero en ese momento la persona aun no existe y por tanto el derecho carecería de titular. Si por el contrario, se establece que la “prestación” que conlleva ese derecho subjetivo es nacer y crecer dentro de una familia, se prestarían una serie de problemas con respecto a la titularidad de dicho derecho, ya que no habría inconvenientes desde la concepción y hasta antes del nacimiento puesto que ahí existe una persona a la cual se le puede adscribir la titularidad de dicho derecho. Pero ¿Qué sucedería antes? Allí estaríamos ante un derecho suspendido en la nada, respecto no de un ser, sino que de una posibilidad de ser. (Turner, Molina, Momberg 2000:20).

Además, surge también el inconveniente de si estamos frente a un derecho mirado desde la óptica de la exigibilidad de la prestación, ya que de ser así, todo niño tendría este derecho de nacer y crecer dentro de una familia, y por tanto ni el legislador ni autoridad podría vulnerarlo, y caeríamos a la interrogante de ¿nuestra ley de adopción 19.620 infringiría entonces este derecho al permitir que una persona soltera, o viuda adopte a un niño? Ya que en estas situaciones el adoptado se insertaría en un hogar uniparental.

Ahora, analizando este derecho desde el punto de vista de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) se podría concluir que sí se estaría vulnerando este derecho, y ello ocurre especialmente en la posibilidad de fecundación artificial post mortem, y en inseminación de mujeres solas, en éstos casos aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estaría condicionado a nacer y vivir en un hogar uniparental. (Turner, Molina, Momberg 2000: 20).

Sin embargo, en la fecundación artificial post-mortem, además del argumento antes dicho, en algunos casos se prohíbe la inseminación, o fecundación de óvulos con semen del marido o concubino fallecido, por razones de orden filosóficas o de ética médica, además para evitar problemas en el orden sucesorio.

El proyecto de ley 1997/11 del senado chileno prohíbe la fecundación post-mortem, al contrario de la ley española, ya que esta autoriza la fecundación post-mortem, matizando que el cónyuge fallecido no será legalmente el padre a menos que se usen sus gametos en una técnica de reproductiva en la viuda antes de los 6 meses inmediatamente posteriores a su fallecimiento. (Puerto 2000: 139).

En el caso de la inseminación heterologa de mujeres solas, es uno de los puntos más debatidos durante los procesos legislativos, y que socialmente resulta más controvertido. En este debate ha de tenerse en cuenta el principio de responsabilidad, que obligaría a tener en cuenta como un factor determinante el futuro social y familiar del niño. Sin embargo se podría argumentar que:

1. El tener un padre no es garantía de que se vaya a criar al niño en un ambiente sano y que vaya a estar adecuadamente atendido, pero se puede objetar lo anterior señalando que el hecho que un niño crezca sin un padre tampoco garantiza ese tal ambiente sano y si asegura la falta de referencia paterna. (Puerto 2000:136).
2. Que las mujeres solas y fértiles pueden engendrar vida teniendo relaciones sexuales sin que nadie pueda prohibírselo y que las mujeres solas y estériles estarían discriminadas, ya que pueden tener relaciones sexuales pero no pueden ejercer su derecho a la reproducción, en este punto es necesario preguntarse ¿Existe un derecho a procrear?

En Estados Unidos se reconoce el derecho a procrear como un derecho fundamental. La Corte Suprema de ese país ha indicado que “si el derecho a la intimidad quiere decir algo, significa el derecho del individuo a tomar decisiones sobre sustentar o engendrar una criatura”, de manera que en el año 1942 la Corte Suprema de dicho país abolió el estatuto de Oklahoma que permitía la esterilización de determinados criminales, declarando así que el derecho a procrear se encontraba comprendido entre los derechos civiles básicos del hombre. (Gómez de la Torre 2007: 112).

Entonces en este país que protege el derecho a la procreación ¿se protege también el derecho a procrear por medios de técnicas de reproducción asistida? La doctrina norteamericana entiende que este derecho comprende el derecho a la procreación natural como los métodos alternativos de reproducción.

En el plano europeo este derecho se discute frente a una consulta a la comisión europea de derechos del hombre, respecto a si existía un derecho a procrear. La comisión entendió que el reconocimiento del derecho a la vida del artículo 2.1 de la convención europea de derechos del hombre debe ser interpretado en sentido pasivo: como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho activo a crear vida. (Gómez de la Torre 2007:112).

En Chile, por su parte, no hay ningún pronunciamiento judicial al respecto. Maricruz Gómez de la Torre señala que no habría un derecho a la procreación, lo que existe según ella, es un derecho al libre ejercicio de la sexualidad y en este ejercicio concreto cabe o no la posibilidad de procrear. (Gómez de la Torre 2007:112).

Entonces, es discutible hasta que punto existe un derecho fundamental a tener hijos, (el llamado *ius filii*), puesto que estas técnicas reproductivas no son terapéuticas (no eliminan las causas de la infertilidad) y si tal derecho existiera, nada impediría a una mujer exigirle al estado que le diera descendencia por cualquier medio y a cualquier precio.

Por tanto, si se puede defender al igual que Maricruz Gómez de la Torre, el derecho a desarrollar con libertad la vida sexual, pero la existencia del *ius filii* o de la fertilidad como derecho fundamental sería contrario a la dignidad del hijo pues se le estaría tratando como objeto de propiedad, susceptible de apropiación, en vez de cómo un sujeto con vida y dignidad propia, como un valor en sí mismo. En definitiva se convertiría a un ser humano en objeto de un derecho subjetivo de otro ser humano, es decir en una cosa. (Puerto 2000:136).

III. El problema de la eliminación de los embriones Criopreservados.

- El Caso del derecho comparado.

Análisis de la Jurisprudencia y Doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica.

En los últimos años los tribunales norteamericanos se han visto en la necesidad de resolver disputas en el polémico campo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). El aumento de litigios en esta área no es sorprendente si tomamos en cuenta que de las 60.2 millones de mujeres en edad reproductiva que en 1995 existían en los EE.UU., 9.3 millones hicieron uso de algún tipo de servicio médico relacionado con el tratamiento de la infertilidad; y que por el mismo concepto las parejas infértiles invierten enormes sumas de dinero al año.

El objeto más reciente de estas disputas es el destino de embriones criopreservados, los cuales se encuentran congelados y almacenados a la espera de su implantación en el útero materno.

Teniendo en consideración la falta de legislación en el campo de las TRHA, el estudio de ésta materia pasa necesariamente por una revisión. (Momborg 2001: 199).

Para hacer un exámen más minucioso en cuanto a la jurisprudencia norteamericana, se expondrán fallos importantes en esta materia, ya que si bien estos fallos han sido uniformes en cuanto a su resultado, esto es, la prevalencia de la parte contraria a la implantación de los embriones, el fundamento difiere.

a. Caso Davis v. Davis.

Este caso data del año 1992, este es el punto de partida de la jurisprudencia norteamericana, decisión que fue tomada por la Corte Suprema de Tennessee.

El litigio en este caso se centró en siete embriones criopreservados como resultado de los reiterados esfuerzos del matrimonio Davis por concebir un hijo.

En el procedimiento de divorcio, la mujer originalmente solicitó que los embriones fueran implantados en su útero. Sin embargo, luego de contraer matrimonio por segunda vez, su petición varió en el sentido de que los embriones fueran donados a una pareja infértil. (Momborg 2001: 200).

Por tanto, ya teníamos un problema en el sentido de que la mujer primeramente estaba segura de la decisión de la implantación en su útero de los embriones criopreservados, pero luego de un tiempo, y al contraer matrimonio nuevamente, ella decide darlos en donación a una pareja infértil.

Por su parte, el marido se oponía a tal implantación o donación, solicitando que los embriones fueran destruidos.

En su resolución la Corte Suprema de Tennessee estableció tres criterios que debían tenerse en cuenta para resolver este tipo de litigios. (Momborg 2001: 200).

Primero, debía estarse a las *preferencias de los progenitores*. Tal como lo ha señalado la doctrina norteamericana, este criterio es difícilmente aplicable, ya que si las partes han iniciado una acción legal para resolver el destino de los embriones es porque no existe consenso entre ellas. (Momborg 2001: 200).

En segundo lugar, a falta de consenso actual entre los progenitores, los acuerdos anteriores entre las partes relativos al destino de los embriones deben tenerse como válidos y exigibles. Es importante señalar que entre los Davis no existía acuerdo previo alguno, y sin embargo la Corte Suprema de Tennessee estimó conveniente sentar como principio el precedente de que los acuerdos previos entre las partes en esta materia deben presumirse válidos. (Momborg 2001:200).

Por último, en ausencia de acuerdo previo, debían tomarse en cuenta '*los intereses relativos de las partes en cuanto al uso o no uso de los embriones*'. En este sentido, los intereses de la parte contraria a la implantación deberían prevalecer, mientras la otra parte

tenga ‘una razonable posibilidad de tener descendencia por medios diversos al uso de los embriones en cuestión’, incluyendo la adopción. (Momberg 2001:200).

Si no existiese otra alternativa para dicha parte, los argumentos a favor de la implantación podrían ser considerados. Sin embargo, si una de las partes sólo desea el control de los embriones para efectos de donarlos a otra pareja infértil, la posición de la parte contraria a la implantación es la que debe prevalecer.

En este sentido, la corte en *Davis* sopesó dos aspectos de la llamada autonomía reproductiva: el derecho a procrear y el derecho a no procrear. La corte esencialmente desechó la pretensión de la Sra. Davis basada en su derecho a procrear, ya que su intención de donar o implantar los embriones no puede considerarse como integrante del derecho que tiene toda mujer de controlar su autonomía reproductiva. En suma, si los embriones aún no han sido implantados en la mujer (en otras palabras, si no existe embarazo), el derecho de la mujer a procrear necesariamente debe ceder frente al derecho del hombre a no procrear. (Momberg 2001:200).

b. *Kass v. Kass*.

Fallo del año 1998, pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Nueva York, en este pronunciamiento se mantuvo el precedente sentado por el fallo *Davis*, señalando que los acuerdos previos relativos al destino de los embriones criopreservados deben presumirse válidos y exigibles.

A diferencia de *Davis*, los Kass habían suscrito una serie de documentos (requeridos por la clínica tratante) relativos a futuras disputas sobre los embriones criopreservados. Si bien estos documentos eran inconsistentes y ambiguos, la corte los tuvo como demostrativos de una clara intención de las partes en el sentido de donar los embriones para investigación científica en el caso de divorcio. (Momberg 2001: 200).

La corte sostuvo que la mujer no podía invocar su derecho a la integridad física o a la privacidad en el caso de disputas relativas a embriones criopreservados. Además, el fallo

señalaba expresamente que los embriones no podían ser considerados personas en un sentido constitucional, por lo que no podía invocarse su protección bajo dicho fundamento. Por último, la corte sostuvo que “los acuerdos entre progenitores o donantes de gametos, relativos a la disposición de sus embriones deben ser generalmente presumidos como válidos, obligatorios y exigibles ante cualquier disputa que surja entre ellos”. (Momborg 2001: 200).

c. *A.Z v. B.Z.*

A.Z v B.Z es el tercer caso resuelto por una corte superior de justicia en los Estados Unidos relativo al destino de embriones criopreservados, este fallo data del año 2001. Al igual que en *Kass*, la pareja en *A.Z* suscribió una serie de documentos tipo requeridos por la clínica tratante, en los cuales, además de explicarse el tratamiento médico y los riesgos del mismo, se requería que la pareja decidiera el destino de sus embriones criopreservados en casos de crisis matrimonial. En dichos documentos se estableció que ‘*en el caso de separación, los embriones quedarían a disposición de la mujer para su implante*’. (Momborg 2001: 201).

Sin embargo, a pesar de existir dichos documentos, en el procedimiento de divorcio el marido pidió que se le declarara una prohibición permanente a la mujer de usar los embriones almacenados en la respectiva clínica.

La Corte Suprema de Massachusetts dió lugar a la solicitud del marido, en un fallo que ha sido ampliamente criticado por la doctrina estadounidense. Para fundamentar su decisión, la corte planteó una serie de argumentos, relacionados básicamente con la forma y el contenido de los acuerdos firmados por las partes. (Momborg 2001: 201).

Sin embargo, a diferencia de las dos resoluciones anteriores, el tribunal estimó que el fundamento último del fallo debía encontrarse en razones de orden público. En este sentido la corte señala que aun en el caso de existir un acuerdo preciso y claro entre las partes, ‘no impondríamos un acuerdo tal que obligara a un donante a convertirse en padre o

madre contra su voluntad'. Recalcando la preeminencia del orden público, la corte enfatiza su aversión a imponer acuerdos que tendrían como efecto ligar a un individuo con una futura descendencia. En el caso concreto, la imposición del acuerdo sobre el destino de los embriones es visto por la corte como una violación de la libertad y privacidad del marido, ya que forzaría una relación no deseada entre el marido y su futura descendencia. (Momberg 2001: 201)

d. *J.B v. M.B.*

Lo importante de este fallo jurisprudencial, es que a diferencia de los casos anterior, aquí era el marido quien pedía el control de los embriones criopreservados, ya que el objetivo era poder implantárselos a una futura cónyuge, o bien donarlos a una pareja infértil, mientras que la mujer solicitaba que los embriones fueran destruidos. (Momberg 2001: 202).

Después de revisar las decisiones de *Davis* y *Kass*, la corte siguió la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Massachusetts en *A.Z* en cuanto a su fundamento en consideraciones de orden público. En este sentido, el tribunal señaló que 'los acuerdos suscritos para crear relaciones de familia (matrimonio y parentesco) no son exigibles contra aquellos que posteriormente reconsideran su decisión'. La corte señaló además que favorecer a la mujer en este caso no conculcaba el derecho a procrear del varón, ya que éste mantenía su capacidad de tener descendencia por otros medios que el uso de los embriones criopreservados. Por otra parte, el tribunal consideró inaceptable permitir el nacimiento del o los hijos biológicos de la ex cónyuge mediante su implantación en otra mujer. (Momberg 2001: 202).

Ya analizados estos fallos del derecho norteamericano, nos damos cuenta que la jurisprudencia norteamericana resuelve de manera casi unánime el problema sometido a su conocimiento ya que favorece a la parte contraria a la implantación, pero los fundamentos jurídicos varían según el caso.

Ya que con respecto a los dos primeros fallos, los tribunales respectivos establecieron como principio la validez y exigibilidad de los acuerdos de las partes. Pero en los dos casos posteriores, la decisión estuvo basada en consideraciones de orden público. (Mombert 2001: 205).

Por otra parte, es importante recalcar en estas materias que el consentimiento que debe ser prestado por las partes, siempre debe ser libre y espontáneo, sin embargo concuerdo que se debe respetar el orden público y que está por sobre el acuerdo a que puedan llegar dos personas, ya que se puede dañar a terceros.

- *El Caso de Chile.*

En Chile no existe jurisprudencia, con respecto al tema del destino de los embriones criopreservados que no serán utilizados en las Técnicas de Reproducción Asistida, si bien, el tema aun no es tratado si quiera en el ámbito legislativo, ya que la ley 20.120 que trató ámbitos sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación, nada dice sobre el derecho que tienen estos embriones, tampoco su tratamiento, ni su destino en caso de que no sean utilizados, aun cuando en su artículo 1° señale “*esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas*”.

Por tanto, cabe señalar que en Chile no existe ley que regule de modo exhaustivo, lo que actualmente se está dando con el desarrollo cada vez más rápido de la tecnología.

La tecnología avanza, el derecho no está avanzando a los pasos que lo hace la tecnología, se queda atrás, obsoleto, desactualizado, con esto no quiero señalar que el derecho debe ir a la par con la tecnología; ya que el derecho debe analizar las situaciones de forma más lenta puesto que va a regular dichas materias. Sin embargo, existe una necesidad imperiosa por parte de la sociedad para que se comience a regular esta materia y se pueda acotar la brecha entre el derecho y el avance de la tecnología.

Citando a Antonio Pedrals, *“Si por un acto maravilloso, un griego de la antigüedad se asomara a nuestra civilización, no tendría dudas de ninguna especie: después de tantos esfuerzos y pesares pensaría que el hombre ha llegado, en definitiva, a la edad dorada...”*

Sueños imposibles se han convertido en realidad. El hombre posee hoy el brazo de Heracles, los ojos de Argos, la voz de Esténtor. Por el mar se desplaza como Poseidón, y se aleja de la tierra con la audacia de Dédalo. Ni el salto a la luna, anhelado ya por Luciano de Samosata, ha quedado pendiente”.

Sin embargo, como señala dicho autor, en las facultades humanas hay que reconocer que hay novedades, e importantes, respecto de lo que podríamos llamar los efectos de Eros: La Procreación. (Pedrals 1991: 325).

Y en medio de esta avalancha de futuro, los juristas constatamos el choque cotidiano entre la nueva realidad y las viejas e insuficientes normas jurídicas, ancladas en las lejanas épocas agrícolas en que nacieron. (Pedrals 1991: 329).

Como señale anteriormente, entonces en Chile existen lagunas, y específicamente en esta materia existe laguna lógica, que según el autor antes nombrado, se tratarían de lagunas consistente simplemente en la falta de norma. En la laguna lógica no hay norma específica ni genérica, ni implícita ni explícita que resuelva el caso. (Pedrals 1991: 331).

Finalmente, las lagunas específicamente la lógica, se refieren a los más variados temas: Filiación, apellidos, patria potestad, y mas allá del Derecho de familia apuntan también a materia patrimoniales, constitucionales, etc. Una enumeración completa sería una verdad extensísima. (Pedrals 1991: 332).

Para finalizar mi tesina como conclusión, cito un párrafo de Antonio Pedrals, que concuerda con mi parecer en esta materia, *“Estas preguntas, y otras que podríamos seguir formulando, no hacen sino poner de manifiesto, una vez más, que, en la materia que*

analizamos, los juristas debemos unir nuestro esfuerzo al de los demás desorientados y agobiados exploradores; moralistas, teólogos, psicólogos, sociólogos y científicos.

Entre todos tenemos que ir avanzando hacia principios y metodología, aun bastante difusas, que nos permitan afrontar con éxito esta apuesta por la vida que, en este difícil y disyuntivo momento de la historia a todos nos interesa. (Pedrals 1991: 340).

CONCLUSIÓN:

Después de tanto análisis de preguntas, algunas sin una respuesta satisfactoria para la tesista, he podido concluir que si bien a nivel mundial esta área de la biotecnología, esto es, las Técnicas de Reproducción asistida, seguirán avanzando día a día, el Derecho no por ello, tiene que mantenerse ajeno.

Mundialmente, ya algunos países regulan estas consecuencias jurídicas, que nacen de la aplicación de estas técnicas, como la filiación, o el mismo estatuto jurídico que se le dará al embrión, pero esa regulación: ¿Vulnera o no vulnera derechos? Dependiendo desde la óptica que se les analice. En Chile no existe legislación al respecto, menos fiscalización a los centros de medicina reproductiva, por tanto la situación en Chile a mi parecer es mucho más grave, puesto que el legislador Chileno no se pronuncia acerca de esto, de ésta problemática, que día a día avanza a pasos agigantados produciendo consecuencias jurídicas, y también en otros ámbitos como el ético.

Finalmente, creo que existe la necesidad urgente de legislar al respecto, que se cree un proyecto de ley eficaz, donde se trate la biotecnología y sus consecuencias de forma detallada, puesto que como señale en el contenido de la tesis, la ley existente no regula más que la posibilidad de investigación científica en el ser humano, su genoma y la clonación sin pronunciarse acerca de la procreación artificial y sus consecuencias, además, se deja al arbitrio de los médicos y de los centros de medicina reproductiva el devenir futuro de estos seres congelados, sin que siquiera exista fiscalización.

ABREVIATURAS:

TRA: Técnicas de reproducción asistida.

TRHA: Técnicas de reproducción humana asistida.

CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA:

- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, (1993): *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007): *El Sistema Filiativo Chileno*, 1 edición, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- PEDRALS, Antonio (1991): *Anuario de Filosofía Jurídica*, Edeval, Valparaíso de Chile.
- TURNER SAELZER, Susan, MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo (dic. 2000): *TECNICAS DE REPRODUCCION HUMNA ASISTIDA: Una perspectiva desde los intereses del hijo en Rev. derecho (Valdivia, vol.11, p.13-26. ISSN 0718-0950.*
- LEON CORREA, Francisco J. EL DIÁLOGO BIOÉTICO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. *Acta bioeth.* [online]. 2007, vol.13, n.2 [citado 2010-04-11], pp. 161-167.
Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2007000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1726-569X. doi: 10.4067/S1726-569X2007000200002.
- PUERTO, Juan José (2000): *LA CONSIDERACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA* en *Acta bioeth.* [online]. vol.6, n.1 [citado 2010-04-11], pp. 125-140 .
Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1726-569X. doi: 10.4067/S1726-569X2000000100010.

- VALENZUELA SALDÍAS, Jonathan (2003): *ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTATUTO DEL EMBRION PREIMPLANTACIONAL EN CHILE*. En *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 3.

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007): *EL SISTEMA FILIATIVO CHILENO GOMEZ DE LA TORRE V* en *Ius et Praxis* [online] vol.13, n.2 [citado 2010-04-11], pp. 437-443.
 Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200019&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122007000200019.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2001): *EL PROBLEMA DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS: Análisis de la Jurisprudencia y Doctrina de los EE.UU.* en *Rev. derecho (Valdivia)*. [online], vol.12, no.2 [citado 13 Septiembre 2010], p.199-205. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000200014&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

- Ley 20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

- Ley 19.585 sobre Filiación.