

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: DESAFÍOS EN EL DERECHO FILIATIVO CHILENO

Juliana S. Diaz Pantoja¹

Fecha de recepción: 19 de junio de 2017

Fecha de aceptación: 15 de julio de 2017

Referencia: DIAZ PANTOJA, Juliana S. *Técnicas De Reproducción Humana Asistida: Desafíos En El Derecho Filiativo Chileno*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 15 a 33. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: The application of assisted human reproduction techniques (TRHA) has generated a reality that challenges the traditional concepts derived from the biological nexuses between parents and children, as is filiation, paternity and motherhood, thereby generating a gray scenario in the legal world in which the modernization demands, or have not have been attenuated, or soft regulations have been presented without achieving full regulation clear.

Not unrelated to this reality, the Chilean case presents an evident absence of a norm that regulates the practice of the TRHA in all its complexity, however the Law of Filiation 19,585 of 1998 includes in its art. 182 the regulation of the filiation of children product of these techniques, which although it manages to provide a certain level of protection, does not cover all the bioethical and legal approaches that are generated from the application of the TRHA, as

¹ Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Col). Estudiante de Magister en Derecho mención Derecho Familia de la Universidad de Talca. Correo electrónico: juliana.sdp@outlook.es



they are the obsolescence of the classic concept of filiation, motherhood and fatherhood biological, the diverse interests at stake of the parties involved in the TRHA, and the legal gaps against techniques such as surrogate motherhood or on request.

KEYWORDS: Assisted human reproduction - Filiation – Bioethics

RESUMEN: La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha generado una realidad que desafía los conceptos tradicionales derivados de los nexos biológicos entre padres e hijos, como lo es la filiación, la paternidad y la maternidad, generando con ello un escenario gris en el mundo legal en el que las exigencias de modernización, o bien no han sido atendidas, o se presentan blandas normativas sin lograr brindar una regulación totalmente clara.

No ajeno a esta realidad, el caso chileno presenta una evidente ausencia de una norma especial que regule la práctica de las TRHA en toda su complejidad, sin embargo la Ley de Filiación 19.585 de 1998 recoge en su art. 182 la regulación de la filiación de los hijos producto de estas técnicas, el cual si bien logra brindar cierto nivel de protección, no alcanza a cubrir todos los planteamientos bioéticos y jurídicos que se generan a partir de la aplicación de las TRHA, como lo son la obsolescencia del concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad biológica, los diversos intereses en juego de los intervinientes en las TRHA, y los vacíos legales frente a técnicas como la maternidad sustituta o por encargo.

PALABRAS CLAVE: Reproducción humana asistida – Filiación – Bioética.

INTRODUCCIÓN

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida, contrario a la afirmación de algunos autores², no es un fenómeno reciente, debido a que es posible constatar que técnicas como la inseminación artificial y la fecundación in vitro son practicadas desde siglos atrás en plantas y animales, como

² Autores como René Abeliuck Manasavich considera a las Técnicas de reproducción asistida “como un fenómeno social, científico y tecnológico absolutamente novedoso”. (2000) p. 110.

se evidenció cuando en 1784 el italiano Lazzaro Spallanzani realizó la primera inseminación artificial de una perra derivando en el nacimiento de tres cachorros sanos. Sin embargo, solo a principios del siglo XX su aplicación en seres humanos fue exitosa cuando el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe (CAMBRÓN, 2001) lograron el nacimiento de la primera “bebe probeta”, aunque se conoce de algunos casos como el del “cirujano escocés John Hunter quien recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadía y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en un ser humano en la historia” (BORBÓN, 2015) lo cual remonta a fines del siglo XVIII. (GÓMEZ, 1993)

Independientemente del momento histórico al que se le atribuya la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), es innegable que su génesis se presentó como solución³ a las distintas causas de infecundidad tanto femeninas como masculinas, y que posteriormente en observancia al desarrollo científico se les concedió fines más allá de los terapéuticos. Estos avances propiciaron en el mundo del derecho un escenario gris donde se evidencia la ineficiencia de los esquemas clásicos frente a la modernización de la ciencia, exigencias sociales que, o no son atendidas por el mundo legal, o se presentan sin lograr brindar una regulación totalmente clara.

En el caso específico de Chile, como consecuencia a los intentos legislativos fallidos para regular las TRHA materializados a través de tres proyectos actualmente archivados⁴, no existe en la actualidad una norma que regule los procedimientos para su aplicación o tan siquiera la licitud o ilicitud de las técnicas, lo cual si bien no obsta para impedir su práctica, origina incertidumbre legal frente a los diferentes contextos en los que las técnicas pueden ser aplicadas, haciendo hincapié en aquellos que ponen en riesgo la equidad social y legal que debe propiciar el Estado social de derecho, provocados debates en la esencia de la ley, la moral y la ciencia como repercusión de la transformación de la naturaleza humana.

Con lo anterior, una de las regulaciones que ha generado ambigüedad frente a la respuesta institucional chilena ante las TRHA es la determinación de la filiación de los hijos producto de las técnicas de reproducción humana asistida, figura que hizo su aparición jurídica en un único precepto – art. 182- de la Ley de filiación 19.585 de 1998, en el que establece que «el

3 Entendida como la forma de viabilizar la obtención de un hijo, aun cuando su finalidad última no sea la cura de las distintas causales de infecundidad.

4 Proyectos de julio de 1993 y julio de 2006 archivados los dos en agosto de 2008 y el último presentado en octubre de 2006 y archivado en enero de 2009.

padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas». Este primer y único acercamiento a la filiación producto del sometimiento a las TRHA, encuentra su principal falencia en el desconocimiento de la amplitud de técnicas de reproducción asistida que se desarrollan en la actualidad.

Observado lo expuesto, podemos esgrimir algunos de los planteamientos bioéticos y jurídicos que se generan a partir de la aplicación de las TRHA, como son la obsolescencia del concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad biológica, los diversos intereses en juego de los intervinientes en las TRHA, y los vacíos legales frente a técnicas como la maternidad sustituta o por encargo.

En tal sentido, el objetivo de este breve texto será analizar los vacíos normativos del tratamiento de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, haciendo para ello un breve repaso de las TRHA, seguido del estado actual del tratamiento de filiación en Chile, para finalmente adentrarnos a las problemáticas legales que enfrenta su aplicación, y así por último presentar algunos comentarios frente a temas tan complejos que deberán seguir debatiéndose en la doctrina, jurisprudencia y legislación chilena.

1. BREVE ACERCAMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Las técnicas de reproducción humana asistida entendidas como el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o substituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana (SANTAMARÍA, 2000), originariamente fueron creadas como mecanismo para solucionar la infertilidad⁵, concepto último que encuentra ambigüedad en su definición médica entre otras, en razón a la existencia de dos vertientes, la primera que la considera como una patología derivada de un hecho netamente fisiológico, mientras que la segunda va más allá de la mera circunstancia física extendiéndose al aspecto volitivo de la persona afectada, esto es, el deseo íntimo de procrear que se ve frustrado (CAMBRÓN, 2001)

⁵ Entendida por la OMS como “una enfermedad que resulta de la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Más allá del debate de lo que debemos considerar por infecundidad, las TRHA logran solucionar las diferentes circunstancias que lo originan, las cuales en tratándose del sexo masculino puede tener causas pretesticulares, espermáticas, testiculares, postesticulares, o referente a eyaculación precoz o ausencia de testículos y pene. Mientras que en el sexo femenino las causas pueden estar dadas por inflamación pélvica, alteraciones en las trompas, en el moco cervical, pólipos o miomas, malformaciones de la matriz, ausencia de ovarios, ovulación anormal o irregular.

Es por ello que se han desarrollado distintas técnicas encaminadas a dar solución a las distintas causas de infertilidad que se van descubriendo. Así es posible clasificar algunas de las técnicas más utilizadas en la actualidad en intracorpóreas y extracorpóreas, siendo la fecundación en la primera de ellas realizada al interior del aparato reproductor femenino, mientras que en el segundo caso se produce fuera del aparato reproductor femenino; de igual forma, es posible clasificarlas como homologas cuando los gametos corresponden a los progenitores y heterólogas cuando estos pertenecen a terceros (RABANALES, 2015). En la mayoría de las sociedades son las técnicas extracorpóreas y heterólogas las que encuentran mayor resistencia respecto de su aplicación, por cuanto representan un mayor desafío a los paradigmas convencionales del origen de la vida que presupone la existencia de la relación sexual entre un hombre y una mujer a fin de procrear.

Dentro de las principales técnicas de reproducción asistida encontramos la inseminación artificial, la técnica de fertilización invitro con transferencia de embrión, el diagnóstico genético perinplantatorio y la maternidad subrogada o por encargo.

2. TRATAMIENTO DE LA FILIACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 19.585 DE 1988

La filiación es importante en el contexto familiar como una relación mutuamente relacionada con la consanguinidad y alianza, que en conjunto forman la base de la familia como un hecho natural y universal que combina una realidad biológica que está en el origen de toda existencia humana, con una realidad jurídica y social (MORANDE, 1999).

La palabra Filiación viene del latín filus que significa hijo e implica “un hecho natural, una relación biológica que une a sus procreantes y pro-

creadores, relación que pasa a ser jurídica, en cuanto se encuentra reconocida y regulada por el derecho” (COURT, 2010) y la que solo es posible desde una mirada descendente, es decir, “cuando el asunto se enfoca del punto de vista del hijo, porque si se invierte, esto es si se mira desde el del padre o madre, ya no es propio hablar de filiación, sino de paternidad o maternidad respectivamente” (TRONCOSO, 2006)

Este concepto tradicional de filiación que se define como la relación que une a progenitores y procreados biológicos, encuentra, en virtud del desarrollo científico, situaciones que permiten el establecimiento de relaciones paterno-filiales que van más allá de una relación engendrante–engendrado, tal como sucede con los hijos producto de técnicas de reproducción asistida, así mismo desde la óptica jurídica con los hijos adoptivos con los que no existe lazos de sangre.

En Chile la ley vigente en materia de filiación es la 19.585 de 1988, la cual si bien no define la filiación, establece tres posibles categorías teóricas (1) Determinada y no determinada, (2) Matrimonial y no matrimonial⁶ y (3) Filiación natural, adoptiva y de filiación asistida. (ABELLUCK, 2000)

La primera categoría distingue a los hijos de filiación no determinada como aquellos que no conocen a uno o ambos de sus progenitores -padre y/o madre-, frente a aquellos hijos respecto de los cuales se conocen quienes son sus padres como filiación determinada. Por otro lado la filiación matrimonial requiere la existencia de una de las siguientes condiciones a) matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción, b) matrimonio al tiempo del nacimiento del hijo, c) la celebración de matrimonio posterior al nacimiento siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas o d) el reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia. En todos los demás casos la filiación será extramatrimonial, la cual en definitiva “tiene lugar cuando los padres no han contraído matrimonio y siempre que se encuentre determinada respecto

⁶ En el tratamiento histórico hacia los hijos se evidencia la presencia de dogmas y paradigmas creados por las instituciones religiosas, concretamente la iglesia católica, y las estructuras patriarcales reflejadas institucionalmente a través de Derecho, que justificaron a lo largo de la historia la clasificación y tratamiento diferenciado de los hijos por el hecho de nacer o no dentro de una unión cobijada por el manto del matrimonio, no obstante en Chile bajo la ley 19585 se reconoció la igualdad de los hijos independiente de su origen, la clasificación persiste. Sin embargo algunos podrían afirmar que la mencionada clasificación, se encuentra justificada por la aplicación de la presunción de la paternidad “pater is est” ello “resulta francamente débil, porque no habría necesidad de crear toda una categoría diferente de filiación y con denominación propia, hubiera bastado la misma disposición actual, fijando la presunción por el matrimonio como una de las formas de establecer la filiación.” ABELLUCK (2000), p. 47. Es por lo anterior, que a juicio de esta autora, debería eliminarse toda distinción respecto de los hijos, incluso la terminológica y consecuentemente “para lograr evitar la discriminación social que existe respecto de los hijos que no tienen una filiación matrimonial, el Registro Civil debe expedir partidas de nacimiento, que no denoten el tipo de filiación y de la forma en que esta ha sido determinada, a través de la unificación de los formatos de ellas.” LÓPEZ (2001), p. 211.

del hijo la maternidad, la paternidad o ambas. Ello a diferencia de la filiación matrimonial que, además del matrimonio de los padres, supone la determinación de la paternidad y de la maternidad” (COURT, 2010)

Finalmente encontramos la filiación natural, la cual hace referencia al concepto tradicional de filiación, que presupone la existencia del nexo biológico entre padres e hijos; paralelamente se encuentra la filiación adoptiva como “una filiación puramente jurídica, que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica, sino afectiva: a petición de una persona, el derecho estable artificialmente entre ellas y otra persona una relación de padre (o madre) e hijo” (CARBONNIER, 2002). Por último –pero no menos importante– encontramos la filiación producto de técnicas de reproducción asistida, que se encuentra regulada por el art. 182 de la Ley de filiación, la cual atribuye la calidad de padres del hijo nacido mediante la aplicación de las TRHA a aquellas personas que se sometieron voluntariamente a ellas.

Cabe precisar que la clasificación de la filiación tiene efectos meramente teóricos, en razón de que no constituyen categorías independientes a la clásica cuestión de filiación matrimonial o extramatrimonial, por tal motivo un hijo nacido mediante TRHA ha de ser considerado matrimonial o extramatrimonial, dependiendo de las circunstancias en las que nazca.

3. FILIACIÓN EN TRHA Y LA AMBIGÜEDAD EN SU ACERCAMIENTO AL DERECHO

La descripción típica del art. 182 de la Ley de filiación genera gran ambigüedad en varios aspectos ético-legales, tales como: cuales son las calidades que legitiman a las personas para acudir a este tipo de técnicas; la determinación de la filiación de hijos producto de la aplicación de técnicas heterólogas (incluida la maternidad por encargo); las limitaciones frente a la acción de impugnación; la delimitación de los fines para los cuales se deben emplear; y algunos debates que atañen situaciones que desbordan lo legal. Cuestiones que procederemos a desarrollar a continuación: Calidades que deben reunir las personas legitimadas para acudir a las TRHA

El debate inicial se plantea respecto de si el art. 182 exige que la participación en las TRHA estén o no limitadas a parejas formadas por un hombre y una mujer unidas en matrimonio, o puede extenderse también a personas solteras o incluso parejas del mismo sexo.

Se señala por autores como COURT, SCHMIDT & VELOSO (COURT, 2010), que si bien el sometimiento a las técnicas debe hacerse en razón de la descripción típica de la norma «El padre y la madre», valga decir, por parte de parejas heterosexuales, no es posible exigir que las mismas se encuentren unidas por el vínculo matrimonial. Contrariamente encontramos la visión minoritaria de ABELIUCK que establece que la disposición “no prohíbe por sí solo en caso alguno que no pueda haber en parejas no heterosexuales o en personas individuales una reproducción asistida” (ABELIUCK, 2000)

Si bien la última posición abierta y garantista de los derechos de personas con orientación sexual diversa puede desde un enfoque conservador ser atacada por considerarse en contra del espíritu de la norma y la intención del legislador, ha de entenderse en una visión más amplia que la discriminación por motivos de orientación sexual esta proscrita en el ordenamiento jurídico chileno en virtud de la Ley 20.609 del 2012 que establece medidas contra la discriminación que incluye entre sus categorías protegidas a la orientación sexual y la identidad de género, así como de conformidad al bloque constitucional de derechos⁷, que remiten a pensar que la filiación de hijos nacidos mediante TRHA en parejas del mismo sexo no puede ser excluida entendiendo que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, 24 DE FEBRERO DE 2012.)

Adicionalmente, frente al «sometimiento del hombre y mujer a la TRHA» que refiere el art. 182 para que pueda operar la filiación de los hijos nacidos mediante la aplicación de estas técnicas, es necesario, como coinciden en señalar CORRAL, ABELIUCK Y COURT, que se realice de manera voluntaria, de tal forma que “el nexo biológico deja de ser el sustento presun-

7 El bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile hace referencia al carácter inacabado de la constitución, el cual “está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al derecho internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente, las fuentes convencionales de este último, basta en este sentido tener presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en estos dos últimos su preámbulo.” NOGUEIRA (2014), p 9.

tivo del vínculo jurídico/paterno-filial y aparece como un elemento importante la voluntad procreacional del hombre y de la mujer” (GÓMEZ, 2007)

Por lo anteriormente expuesto, si bien queda resuelto el elemento volitivo como factor determinante de la filiación establecida en el art. 182, la dificultad persiste respecto de cómo debiera exteriorizarse tal voluntad, si como sucede en otras legislaciones como la española, es necesario reunir formalidades tales como la del consentimiento informado⁸ o las de la escritura pública, o basta con la simple exteriorización verbal. Este punto adquiere relevancia en los procesos de impugnación de la paternidad en las que el padre del hijo nacido mediante la TRHA con donación de gametos masculinos afirme haber desconocido dicho procedimiento. Igualmente en los casos de hijos póstumos producto de la aplicación de las TRHA, en los que el padre fallece habiendo dejado consentimiento para la práctica de la técnica misma que se realiza con posterioridad a su deceso.

La determinación de filiación cuando se ha realizado con la participación de terceros

Surge también el cuestionamiento de si el precepto 182 de la Ley 19.585 limita de manera tacita la aplicación de la filiación allí consagrada a las TRHA homologas, en las cuales no existe la intervención de un tercero – mediante la donación de gametos o embriones-, o se predica también respecto de las técnicas heterologas, incluida la maternidad por encargo entendida como el proceso mediante el cual una mujer ofrece su vientre para gestar el bebé de otra pareja hasta el momento de su nacimiento.

No obstante la posición doctrinal mayoritaria acepta que la aplicación de las TRHA homologas y heterologas se encuentran cobijadas por la filiación allí regulada. De esta manera frente a la maternidad por encargo la interpretación es diversa, por un lado SCHMIDT, C. & VELOSO manifiestan que “la norma legal es suficientemente amplia como para sostenerse que permite, en principio, cualquier procedimiento como la donación de gametos, incluso el alquiler de útero: ya que no toma partido en cuanto a la licitud o ilicitud de determinadas técnicas.” (SCHMIDT, 2001) , pero de forma contraria CORRAL (CORRAL, 1998) establece que “pese a lo ambiguo del texto legal, la ley no posibilita cualquier procedimiento reproductivo, sino solo técnicas homologas (con gametos propios de los interesados) o hetero-

⁸ El Art. 8 de la Ley 14/2006 de España sobre técnicas de reproducción humana asistida estipula que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

lógicas (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos). No se incluye la gestación por cuenta ajena”

Corolario a lo anterior, si bien la norma no tiene una finalidad prohibitiva de las TRHA, la aplicación de la filiación allí contemplada encuentra -a juicio de esta autora- una limitación respecto la maternidad por encargo, por cuanto desafía la figura clásica de la determinación de la maternidad por el hecho del parto, norma que dada su vigencia, imposibilita la aplicación de la filiación del hijo respecto de la mujer que pese a tener el factor volitivo, no lo ha gestado y consecuentemente no lo ha parido, siendo por tanto la madre gestante quien es considerada como la madre legal. En el mismo sentido CORRAL (CORRAL, 1998) expresa que:

“En caso de llegar a nacer un hijo por medio de un contrato de maternidad subrogada, entendemos que el acuerdo adolecerá de causa y objeto ilícito, y no será ejecutable. La mujer gestante que haya alumbrado al hijo podrá adquirir el estado de madre, en virtud de la norma del art. 183 CC que determina la maternidad por el hecho del parto. Dudoso será en este caso si la mujer que ha aportado sus óvulos (madre genética) podría ejercer la acción de impugnación de la maternidad determinada por el parto para reclamar el establecimiento de su maternidad biológica. Por el contrario, creemos que esa acción no podría serle negada al hijo, en virtud del derecho fundamental a la identidad que incluye el conocimiento de sus orígenes”

3.1. La acción de impugnación y reclamación

Correlativamente con la determinación de la filiación de los hijos producto de TRHA, encontramos la acción de impugnación, que se encuentra en virtud del inciso 2 del art. 182 negado frente al hombre y la mujer que se sometieron voluntariamente a la técnica, limitación que de conformidad a lo expuesto por la mayoría de autores se extiende también al hijo y el donante. De esta manera LÓPEZ (LÓPEZ, 2001) plantea que:

“a los hijos concebidos a través de técnicas de reproducción asistida, les queda negada la acción de impugnación de la filiación que ha quedado determinada por el art. 182 del C.C. Además, ni el donante pueden alegar la acción de reclamación de la filiación que los une.”

Esta interpretación, aunque criticable, es la que de conformidad con

los planteamientos de ABELIUCK (ABELIUCK, 2000) se desprende del claro sentido de la norma, misma que por ser de carácter especial prima sobre el principio general de libertad de investigación de paternidad y maternidad.

Sin embargo, el hecho de que no pueda emprenderse por parte del hijo producto de las TRHA acciones de impugnación, no desconoce per-se el derecho a identidad expresado en la facultad de conocer sus raíces biológicas, consagrado -entre otras- en el art 5 de la carta fundamental y acogido a través de tratados internacionales como el art. 7 de la Convención de los Derechos de Niño. Por ende, es posible que el niño pueda eventualmente indagar acerca de su progenitor biológico, sin atribuir ninguna consecuencia legal en su filiación.

Otro dilema es el que encontramos respecto al derecho de reserva del donante, lo que nos genera múltiples interrogantes como ¿Qué derecho debe ser privilegiado, el del donante o el del hijo producto de las TRHA? ¿Debe en caso de prevalecer el derecho del hijo a la verdad biológica ser atendido en cualquier circunstancia o debe limitarse a ciertas situaciones que impongan su conocimiento? ¿Puede eventualmente el donante, con fines distintos al de la reclamación, indagar por los hijos producto del material genético aportado?

4. CONSIDERACIONES MÁS ALLÁ DE LO LEGAL

La aplicación de las TRHA nos ponen indefectiblemente frente a situaciones que desbordan lo legal y exigen un acercamiento desde lo bioético⁹ hacia diversas temáticas tales como el análisis de los fines para los cuales se deben emplear las técnicas, el hecho de considerar el inicio de la vida como punto neurálgico en la manipulación genética y los diversos intereses en juego desde una perspectiva de género.

4.1. Fines para los cuales se deben emplear las TRHA

Como se ha mencionado con anterioridad, a las TRHA se les confirió inicialmente la finalidad de superar circunstancias de infecundidad, pero en gracia del desarrollo biotecnológico hoy en día es posible su uso con fines terapéuticos, aunque aún se siguen separando a través de una delgada línea

⁹ Entendida como “aquella rama de la filosofía que clásicamente estudia lo relativo al bien y al mal, pero que ha ido asumiendo una perspectiva más orientada hacia lo práctico, consistente en observar y comentar los actos humanos en cuando fomentan lo deseable y evitan efectos deletéreos”. KOTTOW (1995), p. 7.

de distinción con respecto a la función eugenésica.

En este entendido, y dado el vacío legal existente, no es posible afirmar que en Chile la filiación de los hijos producto de las TRHA este limitado cuando se ha practicado para superar circunstancias de infecundidad de la pareja; a juicio de esta autora, nada impide su aplicación cuando se ha usado con fines terapéuticos como el de prevenir posibles enfermedades congénitas o incluso cuando se ha buscado el nacimiento de hijos seleccionados genéticamente para servir de donantes y curar a hijos con enfermedades graves¹⁰.

Ahora bien, frente a las prácticas eugenésicas, las mismas están proscritas por la Ley 20.120 sobre investigación científica en el ser humano, en donde la dificultad subyace en la demarcación de los límites entre lo terapéutico –en búsqueda de prevenir y curar enfermedades- y lo eugenésico –la búsqueda de selección de las calidades del individuo-, que al estar ligado a conceptos como “normalidad” y “gravedad” impiden su objetividad, arrastrándonos consecuentemente a la inefable conclusión que “una vez que se ha aceptado el principio de la selección humana, una vez que se ha cruzado el Rubicón de la eugenesia, todo lo que sigue es simplemente avanzar en la misma dirección; no hay razones suficientes para decir solamente hasta aquí y no más” (ANDORNO, 2013)

En el mismo sentido BOBBIO (BOBBIO) manifestó que la preocupación por el futuro de la humanidad debe centrarse en la evolución científica y tecnológica, la cual no encuentra límites, siendo imparable e irreversible de forma que “¡Una vez que se ha descubierto el código genético del hombre, ya no se puede echar marcha atrás en el conocimiento! ¡Y todo ello da miedo!”

4.2. El Diagnóstico genético preimplantatorio, fecundación in vitro y el tratamiento del embrión.

El Diagnóstico genético preimplantatorio¹¹ y la fecundación in vitro son técnicas mediante las cuales el embrión es manipulado de manera extracorpórea, lo que a la postre nos pone indefectiblemente frente a situaciones como: el desecho de los embriones supernumerarios (aquellos que no fueron implantados o fueron descartados por considerarse no aptos por no reunir las cualidades deseadas), la criopreservación (congelamiento de

¹⁰ Práctica que no es ajena a la realidad chilena, tal como se puede constatar con el nacimiento mediante la aplicación de TRHA de Milagros en 1998, elegida genéticamente por sus padres para ser histocompatible con su hermano mayor Tomas y poder así realizar la donación de médula que le salvaría la vida.

¹¹ El DGP consiste en la Técnica de “someter a los embriones obtenidos in vitro a un examen genético para detectar posibles anomalías y transferir al útero materno solamente aquellos que tengan riesgos de padecer de alguna enfermedad.

embriones a fin de evitar el descarte), el intercambio o donación y su uso con fines de desarrollo biotecnológico. Cualquiera sea la práctica a realizar, la manipulación sobre el embrión ha evidenciado la dificultad de definir el status con el que ha de ser tratado.

Un primer acercamiento al status del embrión es el que nos brinda el Código Civil Chileno que mantiene una visión natalista de persona cuando establece que “la existencia legal de toda persona principia al nacer”, perspectiva que niega al nasciturus y consecuentemente al embrión los atributos de la personalidad. En consonancia con lo anterior de esta manera GUZMÁN BRITO (GUZMÁN, 2001) propone que “por “personas” se entiende, desde luego, a las naturales en el sentido del art. 55 del Código civil. Pero no al que está en el vientre de su madre, vale decir, al concebido que no ha nacido aun, porque no ha principiado a ser legalmente persona, en los términos del art. 74 inciso 1ª CC., y porque la norma aplica la igualdad a quienes “nacén” y el nasciturus es quien no ha nacido todavía”. Bajo estos postulados, si bien no se desconoce cierto nivel de protección del nasciturus, se genera más liberalidad sobre la manipulación del embrión en etapas de desarrollo temprano.

Otro es el status reconocido por autores como CORRAL (CORRAL, 1998), quien contradice la interpretación gramatical del art. 74 por considerarla sobredimensionada por la doctrina común que niega de manera radical la personalidad del nasciturus, cuando del articulado mismo del Código y la Constitución es posible reconocerle al embrión, desde el momento en que es concebido, la calidad de individuo perteneciente a la especie humana, debiendo consecuentemente reconocérsele igualdad en el tratamiento jurídico respecto de las personas ya nacidas. Bajo esta perspectiva, la manipulación del embrión resulta en una forma de “cosificación” del ser humano, la cual independientemente del fin que se invoque, debiera ser considerada jurídicamente ilícita e incluso penalizable.

Desde mi perspectiva, una posible solución es la brindada por la teoría del preembrión que permite considerar que la unión de los gametos (femenino y masculino) no alcanza la categoría de embrión, posibilitando su manipulación genética extracorpórea por un periodo limitado de aproximadamente 14 días. Esta visión puede encontrar soporte en aquella que considera que la concepción, está determinada por la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer y no por la fecundación.

4.3. Maternidad por encargo y derechos de la mujer

La maternidad por encargo, subrogada o sustituta es la “técnica de reproducción asistida por la cual una mujer, a cambio de una contraprestación o sin ella, adquiere el compromiso de gestar a un bebé para posibilitar que una o varias personas puedan establecer una filiación respecto de ese neonato” (SERRA, 2015). Sin embargo, esta definición trae consigo la discusión de diversos dilemas con perspectiva de género.

Por un lado, la maternidad sustituta ha sido criticada no solo por movimientos religiosos y conservadores, también por “un sector del feminismo –que- está en contra de los contratos comerciales de maternidad subrogada, –al calificarlos- como una forma de tráfico de bebés y explotación de mujeres, por lo general de escasos recursos y minorías étnicas” (SÁNCHEZ, 2011).

Bajo esta visión la maternidad por encargo se constituye en una práctica de instrumentalización del cuerpo de la mujer contratada quien es tratada como objeto, manipulada y explotada por el yugo de una versión moderna del patriarcado. Esta visión se encuentra reforzada si consideramos que en la mayoría de casos las circunstancias económicas en las que se encuentran las mujeres contratadas como madres gestantes son precarias¹², lo cual condiciona su libertad y las induce a la mercantilización de su cuerpo.

Desde opinión personal, y de conformidad con la corriente feminista que atribuye a prácticas como la maternidad subrogada la expresión máxima del derecho de las mujeres sobre su cuerpo, la maternidad por encargo no puede ser vista per-se como una forma de mercantilización de la mujer. Esta técnica como expresión de autonomía de la mujer o como cosificación de la misma se encuentra arraigada a las condiciones particulares de la madre sustituta, en tal sentido si la libertad está condicionada por factores económicos este procedimiento implicaría la explotación de su cuerpo, en caso contrario, la técnica realmente sería la expresión de los derechos de libertad y autonomía de la mujer sobre sí misma. Adicionalmente debe considerarse que la mujer gestante no siempre persigue una retribución económica por lo que “la maternidad subrogada no debe enjuiciarse como algo diabólico y perverso,

¹² La maternidad subrogada es recurrentemente practicada en países en vía de desarrollo en los que la vulnerabilidad por la falta de información y la pobreza juegan un papel fundamental en el incremento de la disponibilidad de las mujeres dispuestas a gestar el hijo de otros, así “De acuerdo con Glickman et al (2009), en el nombre del tratamiento y la cura el 30% de las prácticas biomédicas y de experimentación con seres humanos se realizan en regiones de alta vulnerabilidad y pobreza, lugares des/no-industrializados como África, América Latina y Asia; o en las áreas más deprimidas de estas regiones en donde transitan invisibles operaciones biopolíticas usando cuerpos despojados de ciudadanía para la experimentación de la ciencia y la ‘cura’ de otros cuerpos –blancos en la mayoría de los casos- en el mundo desarrollado.” AMADOR (2011), p.40.

ni como la sistemática “comercialización del embarazo”, ya que también hay casos en que su puesta en práctica se asienta en actos de altruismo o solidaridad familiar” (LASARTE, 2013)

Sea cual sea la circunstancia que motiva la práctica de esta técnica, lo cierto es que la tipificación de la maternidad subrogada no puede presentarse como solución, puesto que más allá de lograr una reducción en las tasas de sus prácticas, no impediría su realización, implicando a la postre la victimización de la madre sustituta por un Estado que la criminaliza.

Adicionalmente, cabe precisar que el dilema de género antes expuesto no es exclusivo de la maternidad por encargo, también respecto de las demás TRHA -bajo la mirada de ciertos autores- existe un campo de opinión que refuerza la idea cultural de maternidad y paternidad biológica motivada por el deseo de cumplir con un deber culturalmente impuesto, que se reduce a la mera dimensión fisiológica y que eventualmente podría considerarse como una expresión de violencia simbólica, en la cual, en virtud de las constantes y reiteradas presiones sociales y psicológicas se exige a la mujer la búsqueda incesante de un hijo como su fin último, aun cuando su propia integralidad corra peligro. (CAMBRÓN, 2001)

COMENTARIOS FINALES

I. La aplicación de las TRHA genera una realidad en la que se desafía los conceptos tradicionales de filiación, paternidad y maternidad que suponen la existencia de nexos biológicos entre padres e hijos, situación que exige un esfuerzo legislativo para poder abordar todas las circunstancias que se presentan por la práctica de estas técnicas, especialmente en lo que refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante su aplicación.

II. La legislación Chilena mediante el art. 182 de la Ley 19.585 de 1998 se encarga de regular la filiación de los hijos producto de la aplicación de las TRHA. Si bien esta somera regulación brinda cierto nivel de protección frente a los hijos y en general las familias constituidas por esta vía, no alcanza a cubrir todas las posibilidades que se derivan de la ausencia normativa de una ley especial que regule la práctica de las TRHA.

III. Es por lo anterior urgente una respuesta institucional que aborde los temas que se derivan de la aplicación de las TRHA, puesto que no puede por un lado mantenerse la incertidumbre legal en casos de gran relevancia como la determinación del estado civil de las personas y por otro lado no es posible librar su aplicación al azar de las determinaciones médicas como fuente potencial de conflictos y abusos cuando se encuentra determinada por intereses económicos.

IV. La legislación debe reconocer la limitación que encuentra el derecho, entre ellos la regulación de Familia, buscando para solventar esta crisis un análisis interdisciplinario que se enfoque más allá de la licitud o la ilicitud de las técnicas, y se concentre en la definición de los límites del desarrollo científico frente a la manipulación del cuerpo humano provocado por las TRHA y las murallas argumentativas morales de la deseabilidad de las técnicas respecto a la equidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIA DE LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, René. (2000): La filiación y sus efectos. (Santiago, Editorial jurídica de Chile). Tomo I.

ANDORNO, Roberto (2013): “la selección embrionaria en la fecundación in vitro: el derecho ante el desafío de la nueva eugenesia”, en: GOMEZ DE LATO-RRE, Maricruz., Técnicas de reproducción humana asistida desafíos del siglo xxi. (Santiago, Editorial Legal publishing). pp. 7-23.

CAMBRON NFANTE, Asencion (2000): “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos, en: CAMBRON INFANTE, asencion.,”Reproducción asistida: Promesas, normas y realidad (Madrid, Editorial Trotta s.a.). PP. 165-210.

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2002): Adopción y filiación adoptiva.

(Santiago, Editorial jurídica de Chile).

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2009): Derecho civil y persona humana cuestiones debatidas. (Santiago, Editorial Legal publishing).

COUT MURASSO, Eduardo. (2000): Nueva ley de Filiación. (Santiago, Editorial jurídica cono sur Ltda.).

COUT MURASSO, Eduardo. (2010): Curso de Derecho de Familia la filiación por naturaleza. (Santiago, Editorial Legal Publishing).

GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. (1993): La fecundación In vitro y la filiación, (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. (2007): El sistema filiativo Chileno, (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

GUZMAN BRITO, Alejandro. (2001): El derecho privado constitucional de Chile. (Valparaíso, Editorial Universitaria de Valparaíso).

LASARTE, Carlos (2013): “la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho español contemporáneo”, en: GOMEZ DE LATORRE, Maricruz., Técnicas de reproducción humana asistida desafíos del siglo xxi. (Santiago, Editorial Legal publishing). pp. 105-125.

LOPPEZ RIVERA, Gissela. (2001): Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales. . (Santiago, Editorial jurídica cono sur Ltda.).

MORANDE, Pedro. (1999): Familia y Sociedad. (Santiago, Editorial Universitaria, S.A.)

SANDEL, Michael. (2007): Contra la perfección. (Barcelona, editorial marbot).

SCHMIDT, C. & VELOSO, P, (2001): La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago, Editorial jurídica cono sur Ltda.).

TRONCOSO LARRONDE, Hernán. (2006): Derecho de Familia. (Santiago, Editorial Lexis Nexis)

REFERENCIA DE ARTÍCULO DE REVISTA

CARDACI, D. & SÁNCHEZ, A (2011): “La fertilización asistida en la agenda de los grupos feministas mexicanos”, en: Revista de estudios de género La ventana. (Año 2011, N° 4), pp. 242-276.

CORRAL TALCIANI, Hernán, (1998):”Determinación de la filiación y acciones del estado en la reforma de la ley Nª 25.” EN: revista de derecho univ, católica de valparaiso. (año 1999), pp. 39-109.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015) “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia” en: Revista Estudios Constitucionales (Año 13, N° 2), pp. 301-350

KOTTOW, Miguel (1995) “La investigación científica como tema bioético” EN: Publicaciones especiales / Centro Interdisciplinario de Bioética, Universidad de Chile (Año 1994 No. 2). P

REFERENCIA A DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica (2011): “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India”, En: Revista Nomaditas. (N° 14). Disponible en: <http://www.nomaditas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/17395/19233>. [Visitado el 28/05/2016].

Hugo Fernández Borbón. (2014) La reproducción asistida. en Rev Ciencias Médicas (vol.19 no.) Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-31942015000200019&lng=pt&tlng=es. [Visitado el 15/06/2016].

RABANALES DE LA ROCA, ANDREA DESIRÉE. (2015). TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. DE LA ÉTICA A LA NORMA (tesis de maestría en BIOÉTICA). UNIVERSIDAD DEL ISTMO; Guatemala. <http://glifos.unis.edu.gt/digital/tesis/2015/49818.pdf>. [Visitado el 25/05/2016].

SANTAMARÍA, Luis (2000): “Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida”, en: Revista bioética (N°41). Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

Serra Alcega, Marta (2015): “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español”, en: Revista Jurídica de

la Universidad Autónoma de Madrid. (N°32, Año 2015). Disponible en: http://200.38.75.91:2074/#WW/search/content_type:4/maternidad+por+encargo+feminismo/vid/632168577.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 19585, que modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.

Ley N° 20609, que establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

LEY 20120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Diario Oficial, 22 DE SEPTIEMBRE DE 2006.

LEY 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida España. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 27 DE MAYO DE 2006
SENTENCIAS

Sentencia CIDH, CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, 24 DE FEBRERO DE 2012.

ENTREVISTAS

Entrevista por OTTO KALLSCHEUER a BOBBIO. Disponible en <http://www.oocities.org/fdomauricio/bobio.htm>

