



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

# **“DISPONIBILIDAD DE LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS”**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas  
y Sociales

Autoras: Sara Violeta Lara Espinoza  
Karin Soledad Naranjo Hernández  
Profesor Guía: Gonzalo Figueroa Yáñez

**Santiago 2007**

***“A nuestras familias”***

## ÍNDICE

	Página
Parte Introductoria.....	7
1. Introducción .....	7
2. Definiciones.....	9
3. Método de Investigación.....	16
4. Teorías acerca del Inicio de la Vida.....	16
4.1 Teoría de la Concepción.....	16
4.2 Teoría de la Anidación.....	17
4.3 Teoría de la Actividad Cerebral del Embrión.....	19
4.4 Teoría de la Generación de los Órganos.....	20
4.5 Teoría de la Viabilidad.....	21
4.6 Teoría de la Relacionalidad.....	21
5. Derechos Reproductivos.....	22
Primera Parte: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	27
1. Inseminación Artificial.....	27
2. Fertilización In Vitro.....	31
3. Maternidad Gestacional Subrogada.....	38
4. Otras técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	43
Segunda Parte: Estatuto Jurídico del Embrión Preimplantatorio.....	45
1. Naturaleza jurídica del Preembrión.....	50
1.1 Naturaleza Jurídica de los Gametos.....	51
1.2 Preembrión considerado como Cosa y	

sus consecuencias.....	53
1.3 Preembrión considerado como Persona y sus consecuencias.....	57
1.4 Nuestra Postura: Pluralismo Ontológico.....	62
Tercera Parte: Disponibilidad de los Embriones Crioconservados.....	66
1. Disponibilidad Material.....	67
1.1 Reproducción.....	68
1.2 Diagnóstico Preimplantatorio.....	69
1.3 Crioconservación.....	71
1.4 Investigación y Experimentación con Preembriones.....	73
1.4.1 Fuentes de preembriones.....	76
1.4.2 Finalidades de Investigación y Experimentación.....	78
1.4.3 Técnicas de Investigación y Experimentación.....	83
1.4.3.1 Hibridación.....	84
1.4.3.2 Clonación.....	85
1.4.3.3 Ectogénesis.....	97
1.4.3.4 Partenogénesis.....	98
1.5 Intervenciones Genéticas Terapéuticas.....	98
1.6 Intervenciones Genéticas no Terapéuticas.....	101
1.7 Destrucción o desecho.....	103
2. Disponibilidad Jurídica.....	104
2.1 Donación.....	107
2.2 Compraventa.....	114

2.3 Depósito.....	120
Cuarta Parte: Disponibilidad de Embriones Crioconservados y Derecho.....	127
1. Bienes Jurídicos Involucrados con relación a la Disposición de los Embriones Crioconservados.....	128
1.1 Derecho a la vida y Dignidad de la persona humana.....	128
1.2 Autonomía Reproductiva.....	130
1.3 Libertad de Investigación Científica.....	131
2. Derecho Internacional.....	132
2.1 Declaración Universal de los Derechos del Hombre.....	132
2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	133
2.3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer.....	134
2.4 Código de Núremberg.....	135
2.5 Declaración de Helsinki.....	136
2.6 Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.....	138
2.7 Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos.....	141
2.8 Resolución sobre la clonación del embrión humano.....	143
2.9 Resolución del Parlamento Europeo sobre la clonación humana.....	145

3. Derecho Comparado.....	146
3.1 Legislación Española.....	147
3.2 Legislación Alemana.....	153
3.3 Legislación Británica.....	157
3.4 Análisis comparativo sobre cómo resuelven los conflictos entre los bienes jurídicos involucrados en los tres países examinados.....	163
4. Legislación Chilena.....	165
4.1 Constitución Política de la República de Chile.....	165
4.2 Código Civil.....	170
4.3 Código Penal.....	172
4.4 Ley sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana .....	174
4.5 Proyectos de ley relativos a las técnicas de reproducción humana asistida.....	178
Quinta Parte: Conclusiones.....	188
Bibliografía y Referencias Electrónicas.....	194

## **PARTE INTRODUCTORIA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El hombre, como todo animal, posee un instinto que lo hace querer reproducirse para así conservar la especie.

Y más allá de este impulso natural, socialmente se incentiva a las personas a tener hijos.

Lamentablemente, hay quienes no pueden hacerlo por padecer de alguna clase de infertilidad.

Sin embargo, el desarrollo de la ciencia médica ha posibilitado que las personas infértiles puedan procrear. Ello por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Si bien estas técnicas han mejorado la vida de miles de personas, han generado un problema colateral: los embriones supranumerarios.

Este problema dice relación, en particular, con la Fertilización In Vitro, en la cual el proceso de fecundación se realiza en una placa de laboratorio, para luego trasladar el cigoto al útero materno.

Por lo general, en estos procesos se generan más embriones de los que en definitiva se implantan, dado que frente a la posibilidad de que el primer intento de embarazo falle, se encuentren disponibles más embriones con el objeto de realizar una nueva implantación.

Los embriones no implantados en un primer momento son congelados para conservarlos mientras esperan ser trasladados al útero materno. Si el embarazo se produce al primer intento, quedará un

importante número de embriones sobrantes. De ahí el problema ¿qué hacer con estos embriones?

Esta es la pregunta que intentaremos responder en este trabajo, adelantando, por ahora, que no existe una solución única para esta disyuntiva.

Antes de entrar de lleno en materia, definiremos una serie de conceptos que estarán presentes a lo largo de estas páginas.

Luego, trataremos temas, que si bien no son, en estricto rigor, propios de esta Memoria, es necesario considerarlos previamente, como son las teorías sobre el comienzo de la vida y los derechos reproductivos.

Posteriormente, la primera parte de esta Memoria se abocará al análisis de las diversas técnicas de reproducción humana asistida que se desarrollan actualmente para enfrentar los problemas de infertilidad. Se mencionan las opiniones tanto favorables como contrarias a cada una de estas técnicas.

A continuación, analizaremos la naturaleza jurídica del embrión humano, examinando las diferentes posturas que existen al respecto, para luego indicar fundadamente cual es nuestra posición en este tema.

En la tercera parte trataremos, al fin, el tema específico de nuestro trabajo, esto es, daremos respuesta a la pregunta sobre qué hacer con los embriones supranumerarios, señalando los distintos destinos que pueden otorgárseles.

En el capítulo siguiente, examinaremos el tratamiento de esta temática en el derecho internacional, derecho comparado y legislación nacional.



Finalmente, plantearemos nuestra postura sobre cómo la legislación nacional debiese abordar esta materia.

## **2. DEFINICIONES**

2.1 REPRODUCCIÓN : “Propiedad que poseen los seres vivos de dar origen a otros seres de características semejantes a sí mismos orientada a la conservación de la especie”<sup>1</sup>

2.2 REPRODUCCIÓN ASISTIDA: “Conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, esto es, fuera del cauce natural”<sup>2</sup>

2.3 GAMETO : “Célula sexual (reproductiva) madura, de constitución cromosómica haploide, capaz de fusionarse con otra célula de origen similar, pero de sexo opuesto, para dar origen al cigoto. En los animales, el gameto masculino se denomina espermatozoide (o simplemente espermio), y el femenino óvulo.”<sup>3</sup> En definitiva, su característica esencial es que “al fusionarse en el proceso de fecundación, tiene la potencialidad de dar origen a un nuevo ser”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MAÍSTO BONILLA, GIOVANNI, “Estatuto jurídico del embrión” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Central, Chile, 2003, Pág. 13

<sup>2</sup> VELOSO, PAULINA, “El diagnóstico preimplantatorio y prenatal, el consejo genético y la terapia genética: límites éticos y jurídicos”, en Tercer encuentro latinoamericano de derecho, bioética y genoma humano”, Agosto, 2001

<sup>3</sup> SILVA RUIZ, PEDRO, “Manipulación de embriones humanos”, en Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. XXV, Septiembre- Diciembre 1990 N° 1, Pág.87

<sup>4</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona, del genoma al nacimiento” Editorial Jurídica de Chile, primera edición Julio 2001, Pág. 92

2.4 FECUNDACIÓN : Es un proceso largo y continuo, que se extiende desde que el espermio introduce su cabeza en el citoplasma del óvulo, hasta la completa fusión de los pronúcleos de dichos gametos, en el cual se mezclan los materiales genéticos de ambos, y cuya determinación específica no ha sido posible.

2.5 ANIDACIÓN : Implantación o fijación del producto de la fecundación en las paredes del útero de una mujer, sea esta su madre o una tercera extraña, esto último atendida la posibilidad de la maternidad gestacional subrogada.

2.6 EMBRIÓN : Tradicionalmente se ha definido como “ el producto de la concepción durante los primeros tres meses, a partir de los cuales toma el nombre de feto”<sup>5</sup>.

Este concepto ha quedado desvirtuado por la introducción de un nuevo término en esta materia: preembrión, el cual definiremos a continuación, y que ha limitado al concepto de embrión en su origen, en la medida que ya no se habla de embrión desde la concepción, sino que a partir de la implantación o anidación del cigoto en las paredes del útero, lo que ocurre al día 14 desde la fecundación. Coincidentemente, “hacia el decimosexto día del desarrollo embrionario, cerca del centro del disco embrionario se forma una depresión profunda rodeada por un

---

<sup>5</sup> Diccionario de terminología de ciencias médicas, Ediciones Salvat, duodécima edición 1984, Pág.507 citado por CURIA CASTRO, EVA “El estatuto jurídico del embrión humano” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile 2001, Pág. 19

reborde de células epiblasticas. Este surco recibe el nombre de surco primitivo; la depresión es la fosita primitiva y el reborde que la rodea se denomina nódulo primitivo. Este conjunto de estructuras reciben el nombre de *línea primitiva*<sup>6</sup>, a partir de la cual “comienzan a formarse el sistema nervioso, el notocordio y el mesodermo, y posteriormente se constituyen los órganos del feto. De no existir esta línea primitiva estos órganos no podrían formarse y, por consiguiente, el disco embrionario no podría seguir desarrollándose”.<sup>7</sup> Podemos señalar entonces, que tanto la implantación como la formación de la línea primitiva son consideradas el límite entre el preembrión y el embrión.

En conclusión, llamaremos embrión al producto de la concepción desde su implantación en las paredes del útero, hasta la octava o novena semana de gestación, momento en el cual recibe el nombre de feto, ya que en este momento el producto de la concepción contiene ya el diseño prácticamente completo del nuevo individuo.<sup>8</sup>

**2.7 PREEMBRIÓN o EMBRIÓN PREIMPLANTADO:** Podemos definirlo como el producto de la concepción, que comprende los estadios embrionarios tempranos desde la primera segmentación celular, que sigue a la unión de los gametos, hasta la formación de la línea primitiva y la anidación del cigoto en las paredes del útero. Este concepto es controvertido, lo cual analizaremos con posterioridad.

---

<sup>6</sup> [http://mural.uv.es/alsago/semana\\_3.html](http://mural.uv.es/alsago/semana_3.html)

<sup>7</sup> <http://www.nooran.org/SP/Q/17.htm>

<sup>8</sup> LACADENA, JUAN RAMÓN, “Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas”, en Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12 Enero-Junio 2000, Pág.194

La ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida lo define en su artículo 1.2 como “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito que es fecundado hasta 14 días más tarde”

Cabe hacer presente aquí, que cuando hablemos de embriones supranumerarios, sobrantes, criocongelados o crioconservados, en realidad nos referiremos a preembriones en esta condición.

**2.8 FETO** : Es el nombre que recibe el embrión a partir de la octava o novena semana contada desde la fecundación, momento a partir del cual ya tiene casi todos sus órganos formados y ostenta apariencia humana.

El apartado III, de la Exposición de Motivos de la antigua Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, señala que “por feto (...) se conoce al embrión con apariencia humana y sus órganos formados”

**2.9 CRIOCONSERVACIÓN** : Técnica que consiste en la preservación de material biológico a bajas temperaturas para detener completamente las reacciones biológicas, lo que permite el almacenamiento indefinido del citado material. Es una técnica reversible que mantiene la integridad celular.

La preservación del material biológico tiene por objeto mantenerlo en estado viable a largo plazo y que pueda llevar a cabo su función fisiológica normal después de ser descongelado.

Dicho mecanismo es aplicado para la conservación de gametos y embriones. En este caso la finalidad es separar en el tiempo la obtención de ellos y su utilización. Particularmente, para los embriones, la idea es separar temporalmente el momento de su obtención y su transferencia.

El método utilizado con mayor frecuencia es la congelación en nitrógeno líquido, el cual se utiliza a una temperatura de  $-196^{\circ}\text{C}$ .<sup>9</sup>

**2.10 SUPRANUMERARIO** : Embriones o preembriones excedentes de programas de Fecundación In Vitro, que generalmente son criopreservados.<sup>10</sup> Esta es la terminología acuñada por la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La comunidad científica utiliza más el término de embriones **SOBRANTES** o **EXCEDENTES**. Nosotras utilizaremos uno u otro de manera sinónima.

**2.11 DISPONIBILIDAD** : Es la facultad que tiene el dueño de una cosa para destruirla, consumirla, transformarla o degradarla materialmente (disposición material), como así mismo desprenderse total o parcialmente del derecho que tiene sobre ella, sea o no en favor de otra persona, sea por acto entre vivos o causa de muerte (disposición jurídica). Son formas de disposición jurídica la renuncia, el abandono y la enajenación<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> <http://www.inframedica.com/pacientes/crioconservacion.htm>

<sup>10</sup> LACADENA, JUAN RAMÓN, “La experimentación con embriones sobrantes en España: Un comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 20 Enero-Junio, 2004 Pág. 179

<sup>11</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, “Tratado de los derechos reales” Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición Octubre 1997 Págs. 53 y 54

2.12 EUGENESIA : “ Es la ciencia que tiene por objeto el estudio teórico y práctico de los medios capaces de proteger, acrecer y perfeccionar a los individuos más robustos y mejor dotados de las razas humanas. El vocablo proviene de la contracción de dos términos griegos: eu (bien, bondad, perfección) y génesis (nacimiento), Eugene, "bien nacido"”<sup>12</sup>

Carlos María Romeo Casabona señala: “por eugenesia se entienden los procedimientos capaces de mejorar la especie humana”<sup>13</sup>

Tradicionalmente se distingue entre la **eugenesia positiva**, que consiste en favorecer la transmisión de caracteres considerados deseables, fomentando la procreación (a través de incentivos económicos o sociales) de las parejas seleccionadas, o recogiendo gametos de personas con características físicas e intelectuales considerados óptimas, incluso llegando a la clonación de las personas que posean estos rasgos deseables; y, por otro lado, la **eugenesia negativa**, mediante la cual se pretende evitar la transmisión de rasgos no deseables, valiéndose para ello de métodos como la esterilización, la contracepción, el aborto, selección de embriones previo diagnóstico preimplantatorio, selección de gametos previo diagnóstico preconcepcivo, incluso la intervención genética de embriones.

2.13 INFORME WARNOCK: Informe final de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, creada por el

---

<sup>12</sup> <http://www.monografias.com/trabajos33/eugenesia/eugenesia.shtml>

<sup>13</sup> ROMEO CASBONA, CARLOS MARÍA, “Genética y derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, Pág. 140

parlamento británico para regular legalmente la investigación con embriones humanos que se estaba realizando en el Reino Unido desde finales de la década anterior.

Dicha comisión fue integrada por 15 miembros de diversa procedencia académica y laboral y presidida por la filósofa de Cambridge, Mary Warnock, de donde viene su nombre. Esta comisión se encargó de determinar las implicancias sociales, éticas y legales de los progresos en el terreno de la reproducción asistida y de fijar el período del desarrollo embrionario durante el cual debería permitirse la investigación con embriones humanos.

Así, fijó los 14 días tras la concepción como edad límite para la investigación, y adoptó el nombre de "pre-embrión" para denominar al embrión humano menor de 14 días.<sup>14</sup>

En dicho informe se basó la ley sobre reproducción asistida británica.

**2.14 INFORME PALACIOS:** Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas de la Cámara Diputados del parlamento español, cuyo presidente fue el diputado Marcelo Palacios, de quien derivó el nombre del informe.

Su finalidad fue similar a la de la comisión Warnock en Inglaterra. Señala que a partir del día 14 contado desde la fecundación, el embrión

---

<sup>14</sup> <http://www.aceb.org/jv/mw/winif.htm>

constituye un ser humano individualizado, adoptando el término de preembrión para la fase anterior al día referido.

Este informe sirvió de base a la Ley 35/1985 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

### **3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**

Nuestro trabajo se desarrollará a través de un método descriptivo de investigación, por medio del cual explicaremos minuciosamente nuestro problema, esto es, si es posible la disposición sobre los embriones sobrantes de un proceso de fertilización artificial y que han sido congelados, analizando las discusiones previas que se dan en torno a la naturaleza jurídica del embrión humano, y las diversas soluciones propuestas por la doctrina, legislación y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, arribando a la conclusión que nos parezca óptima en atención a todos los puntos expuestos.

### **4. TEORÍAS ACERCA DEL INICIO DE LA VIDA**

#### **4.1 TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN**

De acuerdo a esta postura, la vida humana tiene su origen al momento de la concepción, momento en el cual surge un humano posible cuya potencialidad se desarrollará posteriormente.



Cabe precisar que no de toda fecundación surge necesariamente la formación de una nueva vida. Cerca de un 50% de los cigotos son abortados naturalmente antes de la anidación<sup>15</sup>, dado que son formaciones celulares con fuertes anomalías genéticas, que no tienen la capacidad de desarrollarse. Por esta razón sólo es posible determinar si se ha producido la concepción cuando se detecten los signos de un embarazo viable, lo que ocurre a partir de la segunda semana de gestación.

El fundamento de quienes apoyan esta teoría, radica principalmente en que desde el momento de la concepción el embrión (o preembrión) posee toda la información genética necesaria para avanzar de un modo continuo a un hombre adulto, sin experimentar mutaciones en su información, por lo que se trata de un individuo único desde el primer momento<sup>16</sup>.

Esta postura la sostienen en Chile, entre otros, Hernán Corral Talciani, Dres. Alejandro Serani y Horacio Croxato.

#### 4.2 TEORÍA DE LA ANIDACIÓN

Esta corriente doctrinaria sostiene que el embrión preimplantacional carece de individualización, unidad (ser uno solo) y unicidad ( ser único e irrepetible), “ un alma espiritual no podría dividirse en dos”<sup>17</sup>, esto en

---

<sup>15</sup> LACADENA, JUAN RAMÓN, “La naturaleza genética del hombre: consideraciones en torno al aborto”, Revista Cuenta y Razón, N° 10 Marzo-Abril 1983, Pág.42 , citado por SILVA, PAULINA, “ La protección penal del embrión preimplantatorio humano” Tesis para optar al grado de Doctor Universidad de Deusto, Bilbao, España 1998, Pág. 25

<sup>16</sup>FERRER, URBANO, traducción y actualización de SUAREZ, ANTOINE, “Der menschliche embryo, eine person. Ein beweis” Der status des embryos, IMABE (Viena), Schweizerische Gesellschaft für Biotethik (Zurich) 1989, Pág.59

<sup>17</sup> E. GIOVANNINI, J. DE SIEBENTHAL, A. SUAREZ, L’embryon: un homme, Lausanne: Societé suisse de bioéthique, 1987, citado por FERRER, URBANO ob. Cit. Pág 67

atención a los múltiples cambios que puede sufrir antes de la anidación, pudiendo incluso dividirse dando origen a gemelos monocigóticos. Además, previo a la anidación, el cigoto es controlado por el programa genético de la madre, dado que éste carece de ácido ribonucleico (ARN), aunque sí posee ácido desoxirribonucleico (ADN).

Sólo a partir de la anidación el embrión adquiere individualidad genética (pasa a ser indivisible) y comienza a proveerse de su propio ARN, con lo que adquiere la capacidad de dirigir la expresión de su programa genético.

Además, sólo con la anidación se produce la separación de las células encargadas de formar los tejidos extraembriónicos y las que dan origen al embrión propiamente tal, y con ello, en lo que antes era un conjunto mas o menos uniforme de células, podemos distinguir claramente lo que es el embrión de lo que no lo es.

Es más, como ya hemos mencionado, previo a la anidación se abortan naturalmente cerca del 50% de los cigotos, quienes carecen de la potencialidad para desarrollarse completamente.<sup>18</sup>

Todos estos argumentos nos llevan a afirmar que existe una diferenciación tajante en el desarrollo embrionario, y que es sólo a partir de la anidación que el embrión adquiere las características de individualidad e independencia necesarias para desarrollarse como un ser humano maduro, por lo que se señala que sería a partir de este momento que comienza la vida humana.

---

<sup>18</sup> SILVA, PAULINA, Ob. Cit., Pág. 24 a 26

A esta tesis adhieren Juan Ramón Lacadena, Dr. Carlos Romeo Casabona<sup>19</sup>, Anne Mc Laren (quien introdujo el concepto de preembrión)<sup>20</sup>, y en nuestro país el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez y Paulina Silva Salcedo.

Además nuestro Código Penal inconscientemente sigue esta posición dado que toda la legislación antiaborto supone la existencia de una mujer embarazada, es decir, una mujer en cuyo útero ya se haya implantado el embrión.<sup>21</sup>

Bajo la perspectiva de esta tesis quedan desprotegidos los embriones no implantados, ya sea que se encuentren en una placa de laboratorio, o dentro de la madre, pero que aun no se han anidado en las paredes del útero.

#### 4.3 TEORÍA DE LA ACTIVIDAD CEREBRAL DEL EMBRIÓN

Esta tesis aplica al inicio de la vida humana, por analogía, el mismo criterio aceptado para determinar el momento de la muerte: “la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas”<sup>22</sup>. Por consiguiente, la vida se iniciaría cuando comience la actividad cerebral del embrión, lo que ocurre alrededor de los 48 días siguientes a la fecundación. Dentro de esta corriente existen quienes atribuyen a la capacidad de sentir dolor una importancia radical, como Peter Singer, quien refiriéndose a las experimentaciones con embriones humanos ha dicho: “ lo que es

---

<sup>19</sup> Citados por SILVA, PAULINA Ob. Cit.

<sup>20</sup> Citada por FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO Ob.Cit. Pág. 126

<sup>21</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO Ob. Cit. Pág. 126

<sup>22</sup> Art. 11 Ley 19.451 sobre transplante y donación de órganos, publicada en el Diario Oficial el 10 de abril de 1996

determinante, desde un punto de vista ético, es que el embrión no sea mantenido con vida más allá del momento en que se haya formado el cerebro y el sistema nervioso y pueda experimentar dolor y sufrimiento”<sup>23</sup>

Esta posición ha sido criticada, en primer lugar, porque el criterio de la muerte cerebral no es unívoco y al respecto existe un arduo debate. Además, en la etapa final de la vida, la inactividad cerebral, debe ser permanente e irreversible; en cambio, en el inicio, de ser tal la referida inactividad, ésta es transitoria y no irreversible. Por otra parte, la admisión de esta tesis nos sitúa ante el problema de cuanta (“quantum”) actividad cerebral es requerida para precisar el inicio de la vida humana.

#### 4.4 TEORÍA DE LA GENERACIÓN DE LOS ÓRGANOS

Esta tesis confiere el carácter de humano sólo al feto cuyos órganos se encuentren constituidos.

La crítica principal a esta postura apunta a que ni siquiera el recién nacido tienes sus órganos completamente desarrollados, por lo que le quitaría el carácter de persona incluso a un menor de dos años, puesto que hasta esa edad continúa desarrollándose el sistema nervioso.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> SINGER, PETER, “ The ethics of the reproductive revolution, en Annals of New York Academy of Science, citado por HENRIQUEZ, IAN, “Estudio biojurídico sobre el inicio de la vida humana. Comentario crítico a cinco tesis”, Tesis para optar al grado de Magíster de la Universidad de Chile 2000 Pág. 49

<sup>24</sup> VILA CORO, MARÍA, “Introducción a la biojurídica”, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, Madrid, 1995, Pág. 35, citada por CURIA CASTILLO, EVA, Ob. Cit Pág.11

#### 4.5 TEORÍA DE LA VIABILIDAD DEL FETO

La viabilidad del feto ha sido entendida como la posibilidad de su supervivencia de manera autónoma a la madre. Aquí también surge el problema del “quantum”, dado que el avance de la medicina ha hecho cada vez más precoz la posibilidad de supervivencia de un feto con prescindencia de la madre, por lo que no existe un momento exacto que podamos fijar como momento a partir del cual se dé esta viabilidad.

Además, este criterio genera cierta discriminación, puesto que, el que un feto sea o no viable, dependerá en gran medida de los medios económicos con que cuenten los padres para acceder a los avances científicos, y resulta complejo establecer un momento específico a partir del cual considerar que comienza la vida.

#### 4.6 TEORÍA DE LA RELACIONALIDAD

Esta postura plantea el problema desde el punto de vista filosófico, señalando que la vida humana requiere la aceptación del otro, por lo que el embrión tendría vida desde el momento que el embarazo sea deseado y la madre reconozca a su hijo como un ser independiente a sí misma, produciéndose una relación interpersonal entre dos sujetos distintos.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> MATURANA, HUMBERTO, “¿ Cuándo se es humano? Reflexiones sobre un artículo de C.R. Austin”, en Arch. Biol. Med. Exp. 1990, Pág. 273-275, citado por FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, Ob.Cit. Pág.129

Se critica esta teoría puesto que abre la puerta al aborto en cualquier momento, dado que mientras la madre no declare que desea el embarazo, aún no existe vida alguna en su vientre.

Además, también genera el problema de establecer un momento cierto a partir del cual comienza la vida humana, puesto que dependerá del momento en que la mujer exteriorice su voluntad en el sentido de que acepta su embarazo.

## **5. DERECHOS REPRODUCTIVOS**

Si bien el tema que nos convoca es el de la posibilidad de disponer de los embriones congelados sobrantes de un proceso de fecundación artificial, igualmente debemos preguntarnos: ¿cuál es la necesidad de recurrir a un procedimiento de este tipo? Si es una persona es infértil ¿no debería conformarse con no tener hijos, puesto que la naturaleza o Dios así lo quiso?

Recordemos que el Artículo 1 inciso 1° de la Constitución Política de nuestro país nos señala que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Dicha libertad, garantizada en el Artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, abarca todos los ámbitos de nuestra vida, desde la básica libertad ambulatoria, pasando por la libertad de expresión y de conciencia, hasta temas tan íntimos como la libertad sexual y la libre decisión procreativa. Los Derechos Reproductivos no son más que “ una

especificación de la libertad de cada individuo en el ámbito de la toma de decisiones sobre su propia reproducción”<sup>26</sup>

Es así como diversas declaraciones internacionales reconocen los derechos reproductivos como un derecho humano fundamental. La pionera al respecto fue la **Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán de 1968**, donde se señaló: “ Los padres tienen el derecho fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”. También se consagra directamente este derecho en:

- **Declaración sobre el progreso y desarrollo social** de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2542 del 11 de diciembre de 1969.
- **Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** de 1979.
- **Conferencia internacional sobre población y desarrollo**, realizada entre el 5 y 13 de septiembre de 1994 en El Cairo.
- **Cuarta conferencia mundial sobre la mujer**, 1995, Beijing.

Antes de la Conferencia de Teherán se sostenía que dichos derechos se encontraban reconocidos indirectamente al consagrarse el llamado **derecho a fundar una familia**. Así, por ejemplo, el Artículo 23.2 del **Pacto internacional de derechos civiles y políticos** establece: “Se

---

<sup>26</sup> MONTENEGRO ULLOA, VIVIANA, “Los derechos reproductivos como derechos subjetivos” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, 2002, Pág.24

reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”

Podemos hablar de un concepto amplio y uno restringido de los derechos reproductivos. El **restringido** sólo abarca el derecho a la autodeterminación reproductiva. El **amplio** comprende además el derecho a la salud reproductiva, a tener información, educación y medios para decidir el número y espaciamientos de los hijos, y el derecho a acceder al tratamiento para la infertilidad. Nos inclinamos por el concepto amplio, puesto que para la realización plena de la autodeterminación reproductiva los demás componentes son requisitos indispensables. Es más, podemos señalar que el ejercicio de los derechos reproductivos hace necesario que cada persona alcance el nivel más elevado de atención de salud reproductiva posible.

La **salud reproductiva** se encuentra definida en el **Programa de acción de la conferencia internacional de población y desarrollo de El Cairo**: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia a su elección, así como otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables,



el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”<sup>27</sup>

Los derechos reproductivos y la salud reproductiva, también suponen el **derecho a acceder a tratamientos para combatir la infertilidad**. Esto no debe entenderse como un derecho a recuperar la fertilidad, sino mas bien el derecho a acceder a tratamientos adecuados para combatir este problema, siendo un deber correlativo del Estado garantizar un acceso igualitario para toda la población a este tipo de tratamientos, a través del sistema público de salud.

En cuanto a los titulares de este derecho, podemos señalar, que si bien en un comienzo se reconocía como titulares de este derecho a las parejas, como ocurre con la Conferencia de Teherán (“los padres”), actualmente se entiende que este derecho pertenece a las personas como individuos únicos, tanto hombres como mujeres, por consiguiente, la decisión de procrear debiera tomarse de una manera conjunta y responsable entre el padre y la madre, aunque no sean pareja, ya que no se puede imponer la decisión de tener un hijo ni al padre ni a la madre. El problema es que es difícil distinguir entre el consentimiento dado para mantener relaciones sexuales con una persona y el consentimiento dado para procrear.

En conclusión, existe un derecho de las personas a decidir libremente sobre su propia reproducción, el cual se encuentra consagrado en diversas

---

<sup>27</sup> BOLETÍN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, 343° Legislatura extraordinaria, sesión 9° ordinaria del 19 de octubre 2000, Pág. 41 citada por CARREÑO LARA, CAROLINA, “Los derechos reproductivos” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, 2001, Pág14

declaraciones internacionales y que deben ser asegurados por nuestro Estado en virtud del Art. 5 Inciso 2° de nuestra Constitución Política, en atención a que la **“Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”** se encuentra ratificada por nuestro país el 8 de Diciembre de 1989, y en ella se reconoce a la mujer en su Artículo 16.1 letra e): “Los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Además, la salud reproductiva debemos entenderla incluida en el derecho a la protección de la salud, garantizado por el Artículo 19 N° 9 de la Constitución Política Este derecho comprende el acceso a técnicas para combatir la infertilidad, entre las que encontramos la Fertilización Artificial, lo cual nos conduce al problema que nos convoca: la disponibilidad de los embriones crioconservados.

**PRIMERA PARTE:**  
**TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

**1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

Se trata de un procedimiento por medio del cual se inyectan los espermatozoides de un hombre, utilizando un catéter, en el útero de una mujer durante la ovulación, cuando el óvulo llega a las trompas de Falopio.

La aplicación de esta técnica es bastante antigua, es más, el primer caso de nacimiento debido a la utilización de esta técnica ocurrió en 1790, en Inglaterra, practicada por el médico John Hunter.

Según quien sea el donante del espermio podemos hablar de:

- **Inseminación Artificial Conyugal (IAC):** Antes recibía el nombre de “homóloga”, y ocurre cuando el semen utilizado procede del cónyuge o pareja de la mujer.
- **Inseminación Artificial con semen de Donante (IAD):** Antiguamente se le denominaba “heteróloga”, y tiene lugar cuando el semen que se utiliza proviene de un donante externo.<sup>28</sup>

Esta técnica consta de dos etapas: obtención del semen y su inyección en el órgano femenino. Su éxito depende de la calidad del semen y que éste sea introducido en el momento propicio, cuando la mujer se encuentre en óptimas condiciones de fertilidad.

---

<sup>28</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, Ob. Cit. Pág. 111

Para la primera etapa se usa normalmente la **masturbación**, aunque por razones culturales o religiosas, también puede recurrirse al **coito interrumpido** y al **condón perforado** (se utiliza lo que queda en el condón). El semen obtenido se mantiene congelado en nitrógeno líquido a una temperatura que oscila entre los menos 79° y menos 196,5° C.

En cuanto a la segunda fase, la inseminación, puede ser **intracervical** (en el cuello del útero), **intravaginal** (en la vagina) o **intrauterina** (en el útero mismo), todo depende del problema que aqueje a la paciente.<sup>29</sup>

No existen mayores cuestionamiento éticos (salvo religiosos) ni jurídicos respecto de la Inseminación Artificial Conyugal, puesto que no se afecta con ella ni la filiación ni la sucesión.

En cambio, la Inseminación Artificial con semen de Donante nos plantea el problema de determinar quién sería el padre de la criatura, el padre genético o el de crianza, calidad que genera derechos y deberes, los que podrían querer ser ejercidos tanto por el donante o el padre de crianza, como por el hijo. Por otra parte, se genera un problema entre el anonimato del donante frente al derecho a la identidad genética, que tienen todas las personas, y que se encuentra reconocido internacionalmente en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, la cual en su Artículo 7.1 nos señala: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una

---

<sup>29</sup> YÉVENES HEVRERA, CLAUDIA, “ Inseminación artificial y fecundación extrauterina, alcances médicos, éticos y jurídicos” Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Central, Chile, 1995.

nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos.”

La Iglesia Católica considera ilícita la Inseminación Artificial, sin distinción, en su Encíclica “Donum Vitae”, ya que provoca una separación entre el acto sexual (cuya función debe ser procrear) y la acción de procrear. Además, señala que el niño tiene derecho a ser concebido, gestado, nacido y criado dentro del matrimonio. Esta posición es también sostenida por la Iglesia Anglicana, el judaísmo tradicional y la religión musulmana. Este argumento podemos rebatirlo si consideramos que existe un derecho a tener un hijo, considerado un derecho humano fundamental, y el derecho a la salud reproductiva, lo que nos lleva a afirmar que existe el derecho a acceder a las técnicas médicas necesarias para lograr hacer efectivo el derecho a la reproducción.

Jurídicamente esta problemática ha sido abordada en nuestro país por la Ley 19.585, sobre filiación, de 1998, la cual introdujo profundas modificaciones al Código Civil en esta materia, dando una solución que pretende zanjar la discusión. Es así como el Art. 182 del Código Civil nos dice “El 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 ella.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Con esto queda claro que para la legislación chilena el donante externo no tiene derecho ni deber alguno sobre el menor, no es su padre, y no puede reclamar la paternidad.

Un subtipo de Inseminación Artificial Conyugal es la **Inseminación Postmortem**, que ocurre cuando se realiza la inseminación con semen de la pareja de la mujer, una vez que éste ya ha muerto. Este caso ha generado diversos problemas éticos y jurídicos. Entre los cuestionamientos morales está el hecho de que la IAC se justifica dentro del contexto de una pareja que desea tener un hijo. Este es un dilema planteado por grupos conservadores y religiosos, para quienes no es admisible la inseminación de mujeres solteras, puesto que un hijo debe nacer y ser criado dentro de una familia bien constituida. Nosotras no estamos de acuerdo con esa postura, una vez que ya hemos establecido que los derechos reproductivos corresponden a cada persona individualmente considerada, y no a la pareja. Aunque admitimos que es deseable que un niño crezca dentro de una familia con figuras paternas y maternas, ello no es siempre así en la práctica y no implica de por sí un menoscabo para el bienestar del menor.

En cuanto a los problemas jurídicos, ellos surgen en relación con el plazo establecido en la ley para determinar la filiación matrimonial de una persona (se entiende hijo el que ha nacido dentro del matrimonio hasta 300 días después de su disolución matrimonial<sup>30</sup>), aunque dicha filiación matrimonial no otorgue más derechos que la no matrimonial, la cual no tiene plazos para su determinación. Mayores problemas se pueden generar respecto de la herencia, ya que al instante de la delación de la herencia no existe un heredero que podría aparecer en un momento futuro indefinido, por lo que se genera cierta inseguridad jurídica al respecto.

---

<sup>30</sup> Artículo 184 Código Civil chileno

Este tema se discutió por primera vez ante tribunales franceses en 1984 por el llamado caso *Parpalaix*, que trata de un francés (Alain Parpalaix) quien antes de someterse a un tratamiento contra el cáncer que lo dejaría estéril, depositó sus espermios en un CECOS (Centre d' étude et de conservation du sperme). A los pocos días murió, y la viuda reclamó los espermios para inseminarse artificialmente postmortem, ante lo cual el CECOS se negó, ya que no concebían la inseminación artificial fuera del contexto de pareja. El Tribunal de la Grande Instance de Créteil revocó la sentencia de primera instancia y ordenó la entrega del semen depositado a la viuda.

Estos problemas fueron abordados por la Ley española 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que en su Artículo 9 autoriza a la pareja o esposa del varón muerto a utilizar su semen, estableciendo su paternidad sobre el nacido, siempre que el hombre haya consentido la inseminación postmortem, por escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, y que la fecundación se produzca dentro de los doce meses siguientes al deceso.

## **2. FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)**

Se trata de una técnica de reproducción asistida que consiste en la extracción de óvulos y espermatozoides, los cuales son mezclados en una placa de laboratorio, produciéndose la fecundación en dicho lugar. El producto de esto se incuba por dos o tres días, para luego ser insertado en el útero de la mujer.

Se trata de un procedimiento teóricamente antiguo. La primera vez que se planteó fue en 1937 en una revista estadounidense, aunque el primer “niño probeta” se llamó Louise Brown, y nació el 25 de Julio de 1978, en Inglaterra<sup>31</sup>. Desde esa fecha hasta el día de hoy ha proliferado el número de personas que se someten a ella, obteniendo en gran medida los resultados deseados, pero luego de haberlo intentado persistentemente. El primer caso exitoso en Chile tuvo lugar en el Hospital Militar de Santiago, cuando el 25 de Enero de 1985 nació el pequeño Aliro.

Podemos distinguir en la FIV las siguientes etapas:

- **Obtención y preparación de gametos:** En la obtención y preservación de los gametos masculinos se aplican las mismas técnicas antes mencionadas al tratar la inseminación artificial.

Para la obtención de los óvulos, en primer lugar, y atendido a que la mujer produce sólo uno en cada ciclo menstrual (que dura aproximadamente 28 días), se estimula artificialmente la producción ovárica, por medio de hormonas, resultando una superovulación. La extracción de estos óvulos se realiza por una técnica denominada *laparoscopia*, que consiste en la introducción de “un microsistema de lentes que permiten visualizar la cavidad abdominal, practicando una pequeña incisión en el abdomen”<sup>32</sup>

Los óvulos deben ser esterilizados y se mantienen en un cultivo especial.

---

<sup>31</sup> OVIEDO. GIOVANNA, “Inseminación y fecundación artificial” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Central, Chile, 2001, Pág.10.

<sup>32</sup> YÉVENES HEVRERA CLAUDIA, Ob. Cit.



- **Fertilización de los ovocitos:** Una vez extraídos los gametos, se debe verificar que los óvulos han alcanzado un óptimo grado de maduración, si no es así, se mantienen en un medio de cultivo por 4 a 8 horas.

Luego se lleva a cabo la fertilización en un medio de cultivo adecuado, donde se reproducen las condiciones naturales. Se colocan espermatozoides y óvulos en un mismo tubo para que se produzca la fecundación. Este proceso de fusión tiene una duración aproximada de 20 horas y ocurre en una incubadora a una temperatura de 37° C.

El huevo ya fecundado se traslada a un nuevo medio de cultivo, donde permanecerá por dos o tres días, y donde se realizará parte del proceso de división celular.

- **Transferencia de preembriones:** No existe acuerdo acerca de cuál es el grado de maduración óptima de los embriones para proceder a la transferencia. Ella se realiza entre las 48 y 72 horas, siendo la etapa más importante y donde se produce el mayor número de fracasos.

Se colocan los preembriones en un catéter y son inyectados por vía cervical al útero de la mujer. Se puede inyectar más de uno, pero se corre el riesgo de embarazos múltiples.

El éxito de esta transferencia depende de que se realice la implantación en el momento adecuado, por lo que debe existir una perfecta sincronización entre el estado del endometrio y el desarrollo del preembrión.

La fertilización in vitro permite que los espermios sean del marido o pareja de la paciente, así como de un tercero extraño, por lo que reproducimos aquí los problemas generados a raíz de la Inseminación

Artificial con semen de Donante. También es posible que lo donado sea el óvulo, para el caso de una mujer que si bien es capaz de estar embarazada en sentido estricto, no es capaz de producir óvulos. En este caso, el niño podría no ser hijo biológico de la mujer, siéndolo de su pareja, o incluso podría no ser hijo de ninguno de los componentes de la pareja que se sometió al procedimiento, problema que como ya vimos, quedó zanjado por el Artículo 182 de nuestro Código Civil.

También se puede dar el caso de **Procreación Artificial Postmortem**, cuando los embriones son congelados, y antes de su implantación fallece algún componente de la pareja, y si es el caso que el sobreviviente sea el hombre, debería recurrir además a la maternidad gestacional subrogada. En este caso se plantea la misma problemática que en el de la Inseminación postmortem, y su solución va en la misma dirección antes vista, esto es, deben respetarse los derechos reproductivos de los individuos por una parte, y por la otra, siguiendo así a la legislación española, debiera tomarse en cuenta cual era la postura de la pareja fallecida (respetándose así sus propios derechos reproductivos) y establecer un plazo máximo dentro del cual se puedan utilizar los embriones, para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica, sobre todo respecto de los derechos hereditarios

Existe una variante de la fertilización in vitro, que es recomendada para las mujeres que tienen sana al menos una trompa de Falopio. Se trata de la **Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT)**, que se diferencia con la FIV en que la fecundación se produce en una de las trompas de Falopio de la mujer, por medio de la introducción directa del óvulo(s) y los

espermatozoides separados en una cánula por una burbuja de aire. Esta técnica evita la manipulación directa de embriones y se ha sostenido que tiene una eficacia mayor que la FIV: “se calcula que el GIFT tiene una 40% de éxito y la FIV sólo un 20%”<sup>33</sup>. También evita la existencia de embriones supranumerarios.

Otras variantes del FIV se dan cuando la transferencia no se realiza directamente al útero, sino que a las trompas de Falopio, cuyo nombre varía según el estado en que se encuentre el cigoto<sup>34</sup>:

- **PROST:** se trata de un preembrión de 24 horas, cuando aún los núcleos de óvulo y espermio no se han fusionado.
- **ZIFT:** si el cigoto tiene 36 horas
- **TET:** cuando el cigoto ya tiene dos días

Un nuevo tipo, que se ha desarrollado en los últimos años, es la **Inyección Intracitoplasmática de Esperma (ICSI)**, la que consiste en la inyección de un espermio al interior de un óvulo, y que se utiliza cuando la cantidad de espermios fértiles es insuficiente.

La finalidad de que en esta técnica se fecunde más de un óvulo es aumentar las posibilidades de éxito, pudiendo implantarse más de un huevo fecundado a un mismo tiempo, y si ello fallare proceder a una segunda transferencia de preembriones, y si esta segunda transferencia falla, realizar una tercera, y así sucesivamente. Esto genera el dilema principal de la FIV, este es, por una parte el alto índice de fracasos, y por tanto, de pérdida de embriones, lo que la hace una técnica médicamente poco eficaz, y que es

---

<sup>33</sup> YAVÉNES HEVRERA, CLAUDIA, Ob.Cit.

<sup>34</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Derecho y derechos de la familia”, Editorial Jurídica Grijley, Primera edición, Febrero 2005, Pág.215

considerado aberrante para quienes sostienen que la vida comienza desde el momento de la concepción. Así el profesor Hernán Corral Talciani nos señala “el principio de la protección de la vida y dignidad del ser humano, lleva a negar la legitimidad de su ejecución (*de la FIV*) si ésta implica la destrucción premeditada de embriones ya concebidos y no implantados en el seno de la madre.”<sup>35</sup> Tanto la Iglesia Católica como el anglicanismo, judaísmo y los musulmanes, también consideran ilícita la FIV, por las razones señaladas al tratar de la Inseminación Artificial. En cambio, el profesor Antonio Bascuñan Rodríguez justifica la fertilización in vitro como una técnica necesaria para satisfacer el interés en la “autonomía reproductiva positiva de la mujer (...) esto es, su interés en tener hijos.”<sup>36</sup>

La fertilización in vitro sufrió un grave traspié con la declaración de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la que declaró inconstitucional el decreto aprobatorio del Reglamento para las Técnicas de reproducción asistida, argumentando que “la aplicación de la Técnica de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria atenta contra la vida humana”<sup>37</sup>, en atención a que ella importa una elevada pérdida de embriones, los cuales son considerados personas desde el momento de la concepción.<sup>38</sup> Dicho fallo contiene dos votos disidentes de los magistrados Arguedas Ramírez Y Calzada Miranda, para quienes la Fertilización in vitro “no es incompatible con la vida y la dignidad humana, sino por el

---

<sup>35</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, Ob. Cit. Pág. 238

<sup>36</sup> [http://www.uai.cl/p4\\_home/site/pags/20050926110216.html](http://www.uai.cl/p4_home/site/pags/20050926110216.html)

<sup>37</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 95-0017334-00007-CO, Res:2000-02306, Considerado IX, citada en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, Pág. 78

<sup>38</sup> “Consideraciones De La Sentencia De La Sala Constitucional De La Corte Suprema De Costa Rica Sobre La Prohibición De La Fecundación In Vitro”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 14, Enero-Junio 2001, Pág. 172

contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad, por lo que debe ser atendida dentro de este contexto”<sup>39</sup>, además la consideran un medio legítimo para el ejercicio del derecho a la reproducción humana, que aún cuando no esté expresamente consagrado en la Constitución Política de ese país, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia.

Nosotras concordamos con este voto disidente y con la opinión del profesor Bascuñán Rodríguez, pues sostenemos la existencia del derecho a la reproducción como un derecho humano fundamental, que descansa principalmente en el derecho a la libertad y la intimidad. Es más, atendida la consagración de la igualdad entre las personas, el acceso de todas las personas a dichas técnicas debiera ser garantizado por el Estado.

Por otro lado, si el procedimiento tiene éxito con el primer preembrión transferido, queda una cantidad de embriones excedentes o supranumerarios cuyos destinos son inciertos: pueden desecharse o proceder a su crioconservación, y en este último caso se discute que es lo que podemos hacer con ellos.

En todo caso estas cuestiones se evitan con el GIFT, puesto que los óvulos son fecundados dentro del cuerpo de la madre, por lo que no existen embriones sobrantes.

---

<sup>39</sup> “Consideraciones De La Sentencia De La Sala Constitucional De La Corte Suprema De Costa Rica Sobre...”, Ob. Cit. Pág. 174

### 3. MATERNIDAD GESTACIONAL SUBROGADA

También llamada **arrendamiento de útero**, podemos definirla, como se hizo en el Informe Warnock (Reino Unido 1984): “práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.<sup>40</sup> Más completa es la definición que nos entrega el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez: “consiste en la implantación en el útero de una mujer de un embrión cuyo óvulo no fue aportado por ella. Dicha mujer se obliga a asumir el proceso de gestación y a entregar el producto del parto a quien le ha solicitado (y pagado posiblemente) el servicio”.<sup>41</sup>

Esta técnica de reproducción asistida puede realizarse de tres formas:

- Fertilización natural del óvulo por el espermio, seguida de su extracción para ser implantado en el útero de la madre sustituta.
- Inseminación artificial de la mujer, seguida de la extracción el embrión e implantación consecuente, al igual que en el caso anterior.
- Fertilización in vitro de gametos provenientes o no de la pareja que se somete a esta técnica, seguida de la transferencia del preembrión al útero de la madre sustituta, es decir, la que no aportó material genético alguno.

---

<sup>40</sup> ACOSTA VALIENTE, ENITH y CIFUENTES SERÓN, CAROLINA, “El contrato de arrendamiento de útero”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Central, Chile, 2003, Pág.42

<sup>41</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, GOZALO, “Persona, pareja y familia”, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1995, Pág. 45

Cabe tener presente que en este caso nos encontramos frente a la suscripción de un contrato de arrendamiento, el cual debe cumplir con tres requisitos esenciales:<sup>42-43</sup>

**I. El óvulo fecundado es implantado en el útero de una mujer, a quien no le pertenece el gameto femenino utilizado.**

Jurídicamente esta mujer será la *arrendadora*, puesto que es quien presta el servicio de gestación, por el cual se le pagará un determinado precio, como lo establece el Artículo 1915 de nuestro Código Civil: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

**II. Obligación de la arrendadora de cuidar y mantener en su útero al embrión que le ha sido implantado y luego entregar la criatura resultado del proceso de gestación.**

Este requisito dice relación con las obligaciones de la arrendadora:

- En primer lugar debe prestar su útero para la implantación del embrión y su posterior gestación.
- Durante el embarazo debe mantener y cuidar en su útero el huevo fecundado.
- Finalmente, una vez que se verifica el nacimiento, se encuentra obligada a entregar el producto de la concepción que fue implantado en su útero, es decir, tiene la obligación de entregar una persona.

---

<sup>42</sup> ACOSTA VALIENTE, ENITH y CIFUENTES SERÓN, CAROLINA, Ob. Cit. Pág. 43-44

<sup>43</sup> SILVA SALCEDO, PAULINA, “El contrato de arrendamiento de útero”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 1993, Pág.24 a 26

Es aquí donde se genera la discusión acerca de cual es la naturaleza jurídica de este arrendamiento. Recordemos que en nuestro derecho existen tres clases de arrendamiento: de cosa, de ejecución de obra y prestación de servicios. Podría tratarse de un arrendamiento de cosa: el útero; pero también la ejecución de una obra: la criatura; y finalmente, lo podríamos encuadrar dentro de la figura de la prestación de servicios, el cual sería la gestación.

### **III. Pago a la arrendadora del útero por parte de la arrendataria, o por quien se haya estipulado.**

Si bien este requisito es indispensable para poder calificar de arrendamiento esta figura, no lo es para que ocurra la maternidad gestacional subrogada, puesto que si no se estipula el pago de un precio o renta, estaríamos frente a un comodato, prestación gratuita de servicio, u otra figura semejante.

Esta es la figura de reproducción asistida que mayores problemas éticos y jurídicos ha provocado. Moralmente, esta figura ha sido atacada en consideración al principio de la intransferibilidad del cuerpo humano, la dignidad de la persona y el derecho del niño a ser gestado, nacer y ser educado por sus padres. Como ya se dijo la Encíclica Papal “Donum Vitae”, considera ilícitas la inseminación artificial y la fertilización in vitro, y con mayor razón la maternidad gestacional subrogada.

Nosotras seguiremos argumentando en favor de toda técnica de reproducción humana asistida, entendidas como instrumentos médicos para



paliar la infertilidad, por la existencia de un derecho a tener hijos por tratarse de un derecho humano fundamental.

Debemos destacar que la principal característica de esta modalidad es que el óvulo no pertenece a la mujer a quién se encarga la gestación, produciéndose así una división de la función materna. Por un lado tendremos a la “madre sustituta”, quien será la que lleve a la criatura en su vientre, por otro lado esta la “madre genética”, a quién pertenece el óvulo fecundado, y que puede o no corresponder a la mujer que desea tener un hijo, puesto que esta técnica permite que el óvulo fecundado sea de una tercera persona extraña, y en este caso existiría una tercera madre, la “madre de crianza”. Recordemos que el Artículo 182 del Código Civil chileno salva esta división estableciendo que la madre o padre es la mujer o el hombre que se ha sometido a la técnica de reproducción asistida.

En el derecho comparado encontramos legislaciones que prohíben esta técnica, señalando que nos encontramos ante un contrato absolutamente nulo por objeto ilícito, ya que sería contrario a la moral y el orden público, como en el Código Civil francés.

También existen países en que se permite esta práctica, bajo ciertos requisitos como son que la figura debe estar libre de comercialidad por parte de todos los intervinientes ( que no sea un negocio), incluso para las entidades que hacen de intermediarias entre los pacientes y las madres sustitutas; que exista la posibilidad libre de revocar el consentimiento de la arrendadora en menoscabo de los requirentes, quienes no cuentan con acción para exigir el cumplimiento forzado de la obligación, por lo que se trataría de una especie de obligación natural.

Por otro lado en ciertos estados de Estados Unidos se ha encuadrado esta figura dentro de la libertad de contratación, dándole plena validez y fuerza obligatoria para exigir su cumplimiento.

Aunque esta problemática quede transitoriamente cubierta por el Artículo 182 del Código Civil de nuestro país, que determina la filiación en estos casos en favor de quienes tuvieron el llamado “affectio nasciturus”, es decir, en favor de quienes quisieron tener el hijo y se sometieron para ello a una técnica de reproducción humana asistida, es conveniente, sin duda, una regulación específica al respecto, que aborde todos los posibles problemas que podrían plantearse en una figura de este tipo, sobre todo el qué hacer si la madre sustituta no quiere entregar al niño.

Debemos recordar el llamado caso Baby M., en el cual se celebró el 6 de febrero de 1985 una contrato de maternidad subrogada entre la señora Whitehead (madre sustituta), su esposo y el señor Stern (padre biológico). La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, pero luego se negó a entregarle la criatura producto de dicha inseminación. Si bien el tribunal de primera instancia falló en favor al señor Stern, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey revocó la decisión del tribunal inferior declarando que la madre subrogada era la madre legal de la criatura. Ahora, si bien en este caso la madre sustituta aportó el gameto para la concepción del niño, y que fue ésta una de las razones por las cuales falló en favor de ella, nada de ello hubiese ocurrido si existiere una regulación clara y precisa al respecto, en la cual se señalara la característica primordial de la maternidad subrogada, esto es, que la madre sustituta no aporte material genético alguno, así como también

estableciera cierta protección frente a posibles arrepentimientos de la madre gestadora.

Por ello abogamos por una regulación general y orgánica de todas las técnicas de reproducción humana asistida, para evitar futuros conflictos que pudiesen acaecer con ocasión de su utilización.

#### **4. OTRAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

En este capítulo trataremos otras técnicas, muchas de las cuales podrían ser encajadas dentro de alguna de las figuras anteriores o incluso pueden ser una etapa de alguna de ellas, pero que por su baja relevancia práctica, sólo las definiremos, mas no las abordaremos en profundidad.

Estas son:<sup>44</sup>

- **Incubación Asistida:** La membrana exterior o escudo del embrión es pinchada para ayudar a su implantación en el útero. Se puede dar tanto en la fertilización in vivo como in vitro.
- **Donación de embrión:** La pareja que se somete a una fertilización in vitro, recibe un embrión de otra pareja que también se ha sometido a fertilización in vitro, en el fondo es un embrión supranumerario de la pareja donante.
- **Transferencia Citoplasmática:** El citoplasma es extraído del óvulo de una mujer joven e inyectado en el óvulo de una mujer mayor, reduciéndose los errores de orden genético del óvulo de la segunda

---

<sup>44</sup> CARREÑO LARA, CAROLINA, Ob.Cit. Pág. 36 a 39

mujer, mejorando sus posibilidades de fertilización. También se da dentro de un proceso de fertilización in vitro.

- **Transferencia Nuclear:** Esta técnica está en fase investigativa aún, y consiste en que el núcleo del óvulo es puesto en el óvulo de una donante más joven al cual se le ha extirpado el propio núcleo. Se simula la fertilización con una descarga eléctrica, y el óvulo comienza la división celular que lo lleva a convertirse en embrión. Después que el núcleo de su óvulo es puesto en el de una mujer joven, el óvulo sería in vitro, y transferido al útero de la mujer mayor. Con esta técnica es posible la creación de hijos con padres del mismo sexo, al menos teóricamente. En el caso de ser dos hombres, el núcleo de una célula del cuerpo de uno de ellos sería puesto en un óvulo sin núcleo donado. El espermio del otro varón fertilizaría este óvulo, el cual se implantaría en una madre sustituta. Aún no se ha experimentado al respecto, por lo que no sabemos si el óvulo así fertilizado sobreviviría.

**SEGUNDA PARTE:**  
**ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN**

En la actualidad el desarrollo del embrión no sólo es un paso para la reproducción de la especie, sino que también puede llegar a ser fuente de vida para los ya nacidos (como lo explicaremos en su oportunidad). Incluso, los embriones podrían ser intervenidos genéticamente, ya sea para prevenir futuras enfermedades de los mismos, y más aún, para generar en los embriones características de las cuales carecen.

Estos ejemplos ponen de manifiesto la importancia que tiene para la humanidad el uso, investigación y experimentación sobre embriones, planteando la necesidad de definir un estatuto jurídico para el embrión.

Así las cosas, nos encontraremos con quienes estiman ilegítimo cualquier manipulación que se haga con ellos, ya que al ser potenciales personas, se atentaría contra su vida y dignidad; y, por otra parte, quienes abogan por la libertad de la investigación científica, cuyo desarrollo es vital para la evolución de la humanidad.

Por ello, ha llegado el momento de adoptar una postura frente al problema de cuándo comienza la vida humana, es el embrión persona, y desde cuándo lo es.

Previamente debemos determinar qué se entiende por **persona**. Se trata de un concepto equívoco, y en Derecho se utiliza desde dos puntos de vista: por un lado, como sujeto de derechos en su manifestación patrimonial; por el otro, desde un punto de vista ontológico y moral, como “aquel ser que es acreedor a un máximo deber de respeto y protección por

el solo hecho de existir, independiente de sus cualidades accidentales” (Hernán Corral Talciani)<sup>45</sup>

Es así como cuando nos preguntamos acerca de si el embrión es persona, nos referimos a la existencia natural de ella (punto de vista ontológico), puesto que la existencia legal (sujeto de derechos) comienza con el nacimiento, como nos lo dice el Artículo 74 de nuestro Código Civil: “La existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre.

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

Por su parte el Artículo 55 del Código Civil nos señala: “ Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, estirpe, sexo o condición”, concepto que nada nos dice acerca de lo que debemos en esencia considerar como persona.

La definición de persona del profesor Corral Talciani, que señalamos anteriormente, se basa en lo dicho por Kant, es decir, que la persona es ante todo digna en cuanto carece de precio y es un fin en sí misma, y no debe nunca ser utilizada meramente como un medio.<sup>46</sup> Así entenderemos también nosotras el concepto de persona.

Ahora bien, nuestra respuesta a la primera pregunta planteada al inicio de este capítulo, es que la vida humana, y por ende, la persona, comienza con la anidación del cigoto en las paredes del útero de la mujer,

---

<sup>45</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “ Notas sobre el status jurídico del concebido”, La Semana Jurídica, N°35, del 9 al 15 de Julio, 2001, Pág. 5

<sup>46</sup> <sup>46</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “ Notas sobre el status jurídico del concebido”, Ob. Cit., Pág. 5

esto dado que sólo a partir de ese momento el embrión adquiere las características de UNIDAD (ser uno solo) y UNICIDAD (ser único e irreplicable) que son las cualidades fundamentales de toda persona, ya que no puede afirmarse que sea una persona mientras no defina su condición como individuo único.

Existen varios autores que no coinciden con lo recién señalado, en el sentido de que la ausencia de dichas propiedades no obsta a la calidad de persona del preembrión, puesto que desde el momento de la fecundación el óvulo fecundado posee toda la información genética necesaria para convertirse en un hombre adulto y no sufre durante su desarrollo mutaciones en dicha información, y además si carece de unidad deberíamos admitir que como mínimo es una persona y potencialmente más de una.

Rebatiremos dicha argumentación citando al profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, quien nos dice: “desde un punto de vista ontológico si algún rasgo es propio de la calidad de persona es su exclusividad. Y antes de la individualización no hay un solo rasgo corporal del embrión que pueda ser considerado como exclusivo de un único ser humano. Por eso es que la identidad genética – si es que es posible afirmarla a pesar de las mutaciones originadas por la división celular – no es condición suficiente de la identidad personal”<sup>47</sup>

Para entender mejor estas características expondremos un ejemplo que nos propone Peter Singer: “Si consideramos al embrión un individuo

---

<sup>47</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, Pág. 174, en apuntes de VELOSO, PAULINA, “Estatuto jurídico del embrión”, Curso Derecho Civil I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo Semestre 2002.

desde la concepción – llamémosle Marion – entonces ¿qué le sucede a Marion si el embrión se divide? ¿Los gemelos recién formados son Marion y un nuevo gemelo, por ejemplo Ruth? ¿O se trata de dos nuevos gemelos, por ejemplo Ruth y Esther? Ambas respuestas suscitan paradojas. Si Marion todavía existe, ¿cuál de los dos gemelos es? No hay una base para decir que uno de ellos está más estrechamente vinculado a la Marion original que el otro. Pero si ninguno de los nuevos gemelos es Marion, ¿qué le ha sucedido? ¿Se ha desvanecido? ¿Deberíamos lamentar la pérdida de un individuo humano, como yo lamentaría la pérdida de una de mis hijas, aún cuando fuera reemplazada por otras dos?”<sup>48</sup>

Por otra parte, a diferencia de las especies ovíparas en que el material epigenético necesario para el desarrollo del embrión se encuentra en el citoplasma del mismo huevo, en las especies placentarias como la nuestra, este complemento genético lo aporta la hembra con ocasión de la implantación, y por tanto, el embrión no implantado a lo más puede desarrollarse hasta el estado de blastocisto, sin que el programa genético pueda definir siquiera la posición espacial del desarrollo embrionario. Esto se complementa con el hecho de que sólo a partir de la anidación el embrión producirá su propio ARN, que lo hace capaz de dirigir su propio programa genético. Entonces, sin la implantación existe una incapacidad de desarrollo por parte del preembrión, por lo que se derrumba el argumento que esgrimen los que apoyan la teoría de la concepción, en cuanto a que desde la fecundación el cigoto posee toda la información necesaria para convertirse en un humano adulto completo.

---

<sup>48</sup> SINGER, PETER, “Repensar la vida y la muerte”, Editorial Piados, Barcelona, Pág. 101



Otro argumento que apoya nuestra teoría es que antes de la anidación el preembrión es un conjunto de células en las que es imposible distinguir las que constituirán el embrión propiamente tal, de las que pasarán a formar parte de la placenta o el líquido amniótico, por lo que no es posible atribuir el carácter de persona a todas esas células sin distinción.

Como respuesta a la segunda pregunta que formulamos al comienzo de este capítulo, responderemos que sí, el embrión, en sentido estricto, o sea, desde el momento de la anidación, es persona.

Ahora respondiendo la tercera pregunta, desde que comienza la vida se inicia también la personalidad, y esto es, desde el momento de la anidación. Por ende, el óvulo fecundado es persona desde que comienza a ser embrión en el sentido estricto que aquí utilizamos.

Por ello, desde ese momento, debe resguardarse su derecho a la vida y la integridad física por parte del Estado y toda la comunidad, salvo en el caso del aborto terapéutico, cuya discusión no es el tema de este trabajo.

Además, es titular de los otros derechos humanos fundamentales, en la medida que pueda acceder a ellos por su condición biológica (por ejemplo, no puede acceder al derecho a la educación o libertad ambulatoria), así como de algunos atributos de la personalidad (capacidad de goce, nacionalidad y estado civil). En cuanto a los derechos patrimoniales, es su titular, pero sujetos a una modalidad, esta es, bajo condición de si “hubiese nacido y viviese”.<sup>49</sup>

Es una persona pese a que el Artículo 74 de nuestro Código Civil lo excluya de tal definición, puesto que es sujeto de derechos, como lo

---

<sup>49</sup> Artículo 77 Código Civil chileno

reconoce el Artículo 77 del mismo Código. Por otro lado, posee representante legal, institución que en su definición contiene la idea de dos personas. Así, el Artículo 1448 nos señala: “lo que una **persona** ejecuta a nombre de **otra**, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”

## **1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PREEMBRIÓN**

La cuestión ahora es qué sucede con el preembrión o embrión preimplantado ¿es éste persona o no?. Ese es el tema que se plantea principalmente en el ámbito de la fertilización in vitro, puesto que se generan embriones en una placa de laboratorio, por lo general en un número mayor al que se llega a implantar, por lo que cabe preguntarse ¿qué hacer con ellos?, y la respuesta dependerá de la naturaleza jurídica que le adjudiquemos al embrión preimplantado, cuestión de la cual nos ocuparemos en esta Parte.

Previamente haremos un análisis de la naturaleza jurídica de los gametos humanos.

## 1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GAMETOS

En primer lugar debemos distinguir si los gametos se mantienen o no dentro de la persona que los produjo.

Si aún están dentro de dicha persona, forman parte integral de dicho cuerpo, y por ende, se encuentran amparados por el derecho a la vida y la integridad física que el Artículo 19 de nuestra Constitución reconoce a toda persona.

Una vez que se encuentran separados del cuerpo humano pasarían, como cualquier otro tejido u órgano que se separe, a ser una cosa, cuya propiedad sería de la persona cuyo cuerpo lo produjo, esto según la doctrina civilista que ha venido desarrollándose en los últimos años a partir de la dictación del Código Civil italiano de 1942.<sup>50</sup>

Siguiendo esta corriente, los gametos constituirían cosas corporales y muebles, y su titular podría disponer libremente de ellos, siendo por ende, comerciables, transferibles y transmisibles. Además, serían cosas consumibles, puesto que dejan de ser gametos una vez que se usan conforme a su naturaleza, uso que correspondería a la fecundación.

En consideración a esta última afirmación, es decir, que su uso natural es la fecundación, y por tanto, generar vida, es que tenemos ciertos reparos en que se les aplique sin más la legislación civil relativa a los bienes y su comercialización. Creemos que debiera darse un tratamiento especial en atención a la innegable dimensión ética que conllevan.

---

<sup>50</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...”, Ob. Cit. Pág. 93

Específicamente, su transferencia deberá ir acompañada de cierto poder de control por parte de quién los produjo, para que se utilicen los gametos con los fines que su titular originario se planteó al momento de transferirlo, y esto principalmente por los derechos reproductivos que tienen todas las personas, que no sólo implican el derecho a tener hijos, sino que también el de decidir cuándo, cómo y con quién tenerlos, y el no tenerlos. Así, si una mujer vendió sus óvulos con fines de investigación, ellos no debieran ser usados para que una pareja tenga hijos. O si un hombre donó sus espermios para que una pareja de amigos pueda tener un hijo, ellos no debieran ser usados por otras personas sin su consentimiento. Así, L. B. Andrews sostiene que el derecho patrimonial ofrece derechos precisos de control, reconociéndose a las personas el derecho de controlar lo que ocurra con sus piezas anatómicas, pudiendo ponerse restricciones a su enajenabilidad.<sup>51</sup> Además, “contemplados en términos de control sobre el propio cuerpo, los derechos patrimoniales potencian la dignidad personal en lugar de debilitarla”<sup>52</sup>

Por estas consideraciones, debiera regularse la transferencia de los gametos, debiendo constar en un instrumento donde se haga referencia a los fines o intención que tuvo su titular al transferirlos, cuestiones que deben ser respetadas por los bancos de gametos.

---

<sup>51</sup> L. B. ANDREWS, “My body, my property”, Hastings Centre Report, octubre 1986, Pág. 29, citado por KNOPPERS, BARTHA MARÍA y HIRTLE, MARIE, “Bancos de materiales humanos, derechos de propiedad intelectual y cuestiones relativas a la titularidad: nuevas tendencias En la literatura científica y posiciones en la normativa internacional”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 5, 1996, Pág.101

<sup>52</sup> KNOPPERS, BARTHA MARÍA y HIRTLE, MARIE, Ob. Cit. Pág.102

## 1.2 PREEMBRIÓN CONSIDERADO COSA Y SUS CONSECUENCIAS

Clásicamente, desde un punto de vista jurídico, se ha definido **cosa** como todo aquello que no es persona, por lo que para todas las teorías que le niegan personalidad al preembrión, es decir, teorías de la anidación, de la actividad cerebral, de la generación de órganos, de la viabilidad, y de la relacionalidad (las cuatro últimas también incluyen al embrión en esta calificación) éste debiera pertenecer a la categoría de cosa.

Peter Singer (teoría de la actividad cerebral del embrión) sostiene que “el embrión de los primeros días no posee ninguna de las propiedades mentales que permiten distinguir en general a los miembros de nuestra especie de los de otras especies”<sup>53</sup> por ello no se pueden calificar como personas, y por tanto son cosas, puesto que no pudiendo considerársele nasciturus sino hasta su implantación, mientras no se aclare su calidad y derechos, debemos protegerlos al menos como cosas.<sup>54</sup>

Al igual que los gametos, serían una cosa corporal y mueble, ya que tienen un ser real, pueden percibirse por los sentidos y transportarse de un lugar a otro (Artículos 565 y 567 del Código Civil).

Como objetos de derecho, los embriones preimplantados son susceptibles de propiedad, siendo comerciables, transferibles y transmisibles.

---

<sup>53</sup> SINGER, PETER, “Nacer y morir con dignidad bioética”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991, Pág. 110, citado por CURIA CASTRO, EVA, Ob.Cit. Pág. 23

<sup>54</sup> SOTO LAMADRID, MIGUEL, “Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y su experimentación ante el Derecho” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990 Pág. 269-270, citado por CURIA CASTRO, EVA, Ob.Cit. Pág. 23

En cuanto al titular de la propiedad de los preembriones, para el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, ellos pertenecen a ambos progenitores, sea que se encuentren fuera o dentro del cuerpo de la madre, dado que se formaron de la unión de un óvulo con un espermatozoide. Zarraluqui sostiene que si se encuentran dentro de la madre, pertenecen a ella; y fuera de ella, a ambos padres<sup>55</sup>. Coincidimos en este aspecto con Zarraluqui, ya que mientras se encuentre dentro del cuerpo de la madre, forma parte de ella, por lo que es de su propiedad, aún cuando la opinión del padre sea relevante, por respeto a su derecho reproductivo. Estando fuera, pertenece a ambos progenitores. Por ello, es la pareja que los produjo la única que puede decidir qué se hará con estos preembriones cuando no se encuentren en el cuerpo de la mujer, es a ellos a quienes corresponde su disponibilidad.

En cuanto a su calificación de cosa, con mayor razón que en el caso de los gametos, aquí debe darse un tratamiento especial, puesto que ellos llevan en si la potencialidad de convertirse en un individuo de la especie humana.

Por ello, la regulación debe ser más estricta en este caso, no pueden aplicárseles sin más las normas del derecho civil y comercial acerca de su disposición. Si bien este tema lo trataremos en la tercera parte, queremos dejar presente que toda regulación que se haga al respecto debe salvaguardar siempre los fines que se tuvieron en cuenta por los

---

<sup>55</sup> ZARRALUQUI, “Procreación asistida y derechos fundamentales” Madrid 1988, citado por JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL, “El embrión humano: una realidad necesitada de protección” Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12, Enero-Junio 2000, Pág. 36

progenitores al disponer de sus preembriones, respetándose así la autonomía reproductiva de cada individuo.

Por otro lado, no debemos olvidar que, aún cuando no consideremos persona al embrión preimplantado y lo calificamos de cosa, igualmente posee una cualidad especial, que es la de ser un principio de vida, y es en virtud de esa calidad que debe velarse en cierta medida por la dignidad de la vida humana en que derivará el embrión. En esta línea doctrinaria encontramos al doctor Miguel Ángel Soto Lamadrid, quien luego de señalar que los preembriones son objetos que pertenecen a la pareja que los produjo, señala que ellos sólo pueden disponer de manera restringida y reglamentada de aquellos, puesto que “el cigoto producido por vía extracorpórea merece de protección efectiva, más allá de los límites difusos de la moral y las buenas costumbres”<sup>56</sup>

Además, son aplicables las consideraciones de L. B. Andrews acerca de que el derecho de propiedad sobre todo aquello que se extraiga de nuestro cuerpo otorga un derecho de control sobre el destino de ello, pudiendo establecer límites a su comerciabilidad.

Así, el Consejo de Europa ha recomendado que se de un tratamiento especial a los embriones no implantados, prohibiendo implícitamente en su Recomendación 934 sobre Ingeniería Genética toda manipulación sobre embriones que altere su estructura genética.

Profundizaremos más sobre el tema, al tratar la disponibilidad material sobre los preembriones.

---

<sup>56</sup> SOTO LAMADRID, MIGUEL, “Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y su experimentación ante el Derecho” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990 Pág. 270, citado por FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “ Derecho civil de la persona...” Ob.Cit. Pág. 23

Si bien hasta el momento no existe ninguna legislación que atribuya expresamente el carácter de cosa a los preembriones, ciertas legislaciones son bastante abiertas en cuanto a su utilización para fines científicos. Es así como la Ley de la Fecundación Humana y Embriología del Reino Unido permite una amplia investigación sobre embriones sobrantes de procesos de FIV, pudiendo utilizarse para la generación de células madre. Incluso admite la fecundación de óvulos sólo con fines científicos, previo consentimiento de los donantes, estableciendo que ellos deben destruirse a los 14 días de gestación, lo que nos deja entrever que después de los 14 días de desarrollo no sería lícita la investigación sobre ellos. Es más, permite la clonación de embriones con el fin de producir células madres destinadas a la curación de enfermedades graves. El tratamiento que da esta ley a los preembriones, nos hace afirmar que le otorgan la categoría de cosa, pese a no señalarlo.

Algo similar sucede en el caso de Finlandia, cuya Ley de Investigación Médica permite todas las actuaciones señaladas para el caso del Reino Unido, salvo la creación de embriones con fines exclusivamente científicos, lo cual está prohibido. También ordena la destrucción de embriones pasados 14 días de desarrollo.



### 1.3 PREEMBRIÓN CONSIDERADO PERSONA Y SUS CONSECUENCIAS

Quienes consideran que la vida humana comienza desde la concepción son, a su vez, quienes atribuyen personalidad al embrión desde ese mismo momento.

Esta postura considera aberrante y peyorativo calificar de cosa al punto de partida de toda vida humana, puesto que todos fuimos preembriones. El preembrión es un individuo biológicamente humano.

Se han esgrimido principalmente tres argumentos en favor de la personalidad del embrión preimplantado:<sup>57</sup>

En primer lugar, se señala que cada embrión es un ser absolutamente original y único, esto pese a reconocer que carece de unicidad, puesto que puede dividirse dando origen a gemelos monocigóticos.

En segundo lugar, existe una continuidad biológica entre el embrión, desde el momento de la concepción, y el adulto en que va a devenir, es decir, existe una continuidad genética entre ambos, no hay un cambio sustancial en la información genética que poseen.

Finalmente, el preembrión es autónomo en su desarrollo, tiene la capacidad para desarrollarse, controlar y coordinar las diversas etapas de su proceso de formación. Si bien es enormemente dependiente de la madre, lo mismo se puede decir de un recién nacido, quien es absolutamente

---

<sup>57</sup> ANDORNO, ROBERTO, “La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión”, Cuadernos de Bioética, 2004

dependiente de su madre, u otra persona que le proporcione los cuidados necesarios para sobrevivir.

Todos estos argumentos han sido rebatidos anteriormente en este capítulo, por lo que no cabe aquí volver sobre el tema.

Por su parte, el profesor Hernán Corral Talciani sostiene que la falta de uniformidad de criterios de las posturas que niegan la personalidad al preembrión (cada teoría le atribuye personalidad desde momentos diferentes) pone de relieve que estamos “ante diferencias accidentales y que no pueden erigirse como factores decisorios a la hora de atribuir al estado precedente la condición de organismo no humano, infrahumano (algo) y a la fase subsiguiente la categoría de ser humano y persona (alguien)”<sup>58</sup>. Para él, ninguna tesis es consistente para negar que desde la fecundación existe un organismo que autodetermina su desarrollo, es individual y pertenece a la especie humana.

El hecho de que el preembrión sea persona trae como consecuencia que goza de todos los derechos humanos fundamentales que consagra la constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, principalmente del derecho a la vida y a la integridad física, y el derecho a la dignidad personal, por lo que queda absolutamente descartada tanto su comercialización como su utilización para fines de investigación cuyo beneficiario directo no sea el propio embrión. Por ello, debiera prohibirse completamente la fecundación de óvulos sin fines reproductivos. Se autorizaría la investigación sobre preembriones, embriones y fetos muertos.

---

<sup>58 58</sup> CORRAL TALCIANI, HERAN, “ Notas sobre el status jurídico del concebido”, Ob. Cit., Pág. 5

Dado lo recién señalado, muchos de los partidarios de esta teoría consideran ilícitos los procedimientos de fertilización in vitro puesto que, atendida la baja tasa de éxito de esta técnica, implican asumir de antemano la destrucción de preembriones ya concebidos y que no logren implantarse en el seno materno.

Esta es la línea argumentativa que se sigue en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que prohíbe las técnicas de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, por atentar contra la vida y dignidad del ser humano, que se encuentran consagrados en el Artículo 21 de la Constitución Política de ese país y el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del **momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”

También es la posición que adoptó la Ley de Protección de Embriones de Alemania, que prohíbe “la fecundación de un número superior de óvulos de una mujer al de los óvulos que se pretenden transferir en un mismo ciclo” (Artículo 1.5), limitándose así la producción de embriones sobrantes. Además, prohíbe la fecundación artificial de óvulos con fines distintos a los de llevar a término el embarazo de una mujer. Esta ley prevé como una forma de asegurar no ser eludida, la prohibición de extraer un embrión antes de su completa implantación en el útero, sea con el propósito de transferirlo a otra mujer o un fin distinto al de su preservación. Obviamente, prohíbe la comercialización de preembriones.

Finalmente, prohíbe la intervención sobre preembriones con finalidad de investigación o experimentación.

Como antes señalamos, pese a no existir legalmente (recordemos que la existencia legal comienza con el nacimiento), al ser persona en el sentido natural de la palabra, es sujeto de derechos. Estos derechos pueden pertenecerle pura y simplemente, o sujetos a alguna modalidad.

Es titular puro y simple del derecho a la vida garantizado en la Constitución Política y Tratados Internacionales ratificados por Chile, así como también del derecho a la integridad física, derecho a la honra, derecho a la intimidad genética, identidad personal y su propia imagen.

Existen derechos fundamentales propios de la persona nacida, de los cuales no puede ser titular el embrión, en atención a que no puede acceder a ello por su condición biológica, como son el derecho a la educación, al trabajo, libertad de reunión, de desplazamiento, de conciencia y, en general, los que requieren de una entidad corpórea para ejercerse. Una vez que nazca pasará a ser titular de dichos derechos.

Los derechos de contenido patrimonial le pertenecen sujetos a condición, la que se encuentra establecida en el Artículo 77 de nuestro Código Civil, que nos dice: “Los derechos que se deferirán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de esos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se le defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás.” Por su parte, el citado inciso

2° del Artículo 74 establece: “La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.” Entonces, el preembrión es titular de derechos de contenido patrimonial bajo la condición de existir.

Se ha discutido en doctrina cuál es la naturaleza jurídica de dicha condición. Alessandri y Claro Solar sostienen que se trata de un derecho sujeto a condición suspensiva, esto es, depende de un hecho futuro e incierto que consiste en el nacimiento. Para otros, se trata de un derecho sujeto a condición resolutoria, lo cual es un sin sentido ya que para que se resuelva algo, debe existir previamente, y antes del nacimiento no se tiene el derecho. Por su parte, Somarriva le da el carácter de derecho especial, no sujeto a condición. La tesis más aceptada es la de la condición suspensiva, pese a que tiene como argumento en su contra, el hecho de que para las personas a las que les correspondería el derecho, si no nace legalmente la criatura también tendría un derecho bajo la condición suspensiva de que el nacimiento no constituya principio de existencia legal, y es inconcebible que un derecho esté supeditado a la misma clase de condición para dos o más personas con intereses opuestos.

En conclusión, para los partidarios de esta teoría, el preembrión es persona desde la fecundación, por lo que es titular de derechos, y no objeto de los mismos, quedando absolutamente prohibida su comercialización y limitada la investigación sobre ellos a casos en que dicha investigación sea en beneficio del propio preembrión o que ellos se encuentren muertos.

#### 1.4 NUESTRA POSTURA: PLURALISMO ONTOLÓGICO

Nosotras no adherimos a ninguna de las anteriores doctrinas.

En cuanto a la posición que sostiene que el preembrión es persona, creemos que ello no es así, atendido los argumentos planteados al comienzo de este capítulo.

Frente a la teoría de que el preembrión es cosa, la consideramos peyorativa, aunque se establezcan todos los resguardos para darle el respeto adecuado a este conjunto de células que contiene el inicio de toda vida humana y al derecho a decidir sobre el destino de nuestros genes (autodeterminación reproductiva), puesto que si una legislación atribuye dicha calidad al preembrión, pese a establecer la mínima garantía para que no se pueda disponer arbitrariamente de ellos sin el consentimiento de las personas de quien provengan, nada obsta para que en el futuro dicha garantía sea eliminada de la legislación y quede entregada a los bancos de embriones la libre disposición sobre ellos.

Es por ello que en este punto seguiremos al profesor Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>59</sup>. Él sostiene que la distinción entre cosas y personas, pese a estar muy arraigada en el pensamiento jurídico occidental, “es inexhaustiva. Pues de la denegación a un objeto de la calidad de persona no se sigue su carácter de cosa, al menos no en un sentido de objeto

---

<sup>59</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Pág. 178 a 180

susceptible de uso arbitrario, es decir, de un uso como medio para cualquier fin”<sup>60</sup>

Así, ontológicamente hablando, aparecen categorías intermedias entre las personas y las cosas.

Entonces, aunque desde un punto de vista jurídico carezca de sentido respetar la dignidad de los animales y vegetales muertos, sí lo tiene, tratándose de cadáveres de humanos. Tanto la jurisprudencia nacional como comparada aceptan la proyección post- mortem del derecho al honor, aunque nadie dude que el cadáver no es persona.

Por otro lado, jurídicamente, existe una prohibición de dar un trato cruel a los animales, ya que ellos poseen un sistema nervioso que los hace sentir dolor. Es por ello que el Artículo 291 bis de nuestro Código Penal nos señala: “El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales o sólo a esta última.”

“Así pues, los cadáveres humanos y los animales (vertebrados) no son personas. Pero tampoco son cosas, al menos no en el sentido de ser objetos aleatoriamente instrumentalizables. Son objetos a los cuales debe darse un trato sujeto a restricciones normativas establecidas en interés del propio objeto: de su dignidad en el caso del cadáver o de su bienestar en el del animal”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Pág. 178

<sup>61</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Pág. 179

Se tiende a pensar que se trataría de una categoría especial de cosas, las “cosas significativas”, y que por tal razón reciben un trato especial, como el caso de los símbolos patrios y los objetos de culto. Pero existe una diferencia entre estas cosas significativas, por un lado, y el cadáver humano y los animales, por el otro. La diferencia se encuentra en que las cosas significativas lo son para las personas, por lo que su tratamiento especial se puede derivar de los intereses individuales o colectivos de las personas, por lo que no es necesaria la generación de una categoría autónoma.

“Desde un punto de vista de la ontología del derecho vigente, por lo tanto, no hay inconveniente alguno en adscribir al embrión preimplantacional (...) la condición de una categoría sui generis, como al cadáver humano y al animal capaz de dolor. Se trata de tres categorías que no son personas y que tampoco son cosas arbitrariamente utilizables”<sup>62</sup>

Y así, como sobre el cadáver humano y los animales se ejerce un derecho de propiedad, pero limitado en razón del respeto a la dignidad del cadáver y el bienestar del animal, en el caso del preembrión también se ejercería esta propiedad limitada.

En conclusión, aceptando el pluralismo ontológico, el preembrión no es ni persona ni cosa, sino una categoría especial, en atención a la innegable dimensión ética que conlleva al ser el germen de vida de todas las personas, por ello debe tener un reconocimiento en el derecho positivo, no pudiendo disponer arbitrariamente de él, debiendo establecerse una

---

<sup>62</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Pág. 179



regulación que ponga límites al respecto, que garantice que se respete tanto al preembrión propiamente tal, como el derecho a la autodeterminación reproductiva que tienen sus padres biológicos.

**TERCERA PARTE:**  
**DISPONIBILIDAD DE LOS EMBRIONES CRÍOCONGELADOS**

En este capítulo sólo explicaremos las distintas hipótesis de disponibilidad material y jurídica de los embriones, y cómo ellas han sido tratadas por el derecho internacional, legislación extranjera y nuestra propia normativa.

Antes que todo, debemos señalar que la disponibilidad de los preembriones es posible cuando ellos se encuentran fuera del cuerpo de una mujer, y, por lo general, criocongelados, ya que en este estado pueden disponerse físicamente.

En el caso de la disponibilidad jurídica, si bien el contrato que tiene por objeto los preembriones puede celebrarse cuando éstos se encuentran en el cuerpo de la madre, e incluso, antes de su existencia, para efectos del cumplimiento contractual es necesario que el preembrión se encuentre fuera del vientre materno. En consecuencia, trataremos este tema partiendo del supuesto de que el preembrión se encuentra fuera del vientre materno, aunque ello no sea efectivo.

Asimismo, estos embriones preimplantados, pueden haber sido concebidos dentro o fuera del cuerpo de la mujer. Si se fecundaron dentro del cuerpo de la mujer, han sido extraídos a través de un **lavado de útero**, procedimiento a través del cual se pueden recoger óvulos o embriones antes de su implantación en las paredes del mismo. En cambio, si esto no

ocurrió, la fecundación se realizó en una placa de laboratorio, a través del procedimiento de fertilización in vitro.

## **1. DISPONIBILIDAD MATERIAL**

Anteriormente señalamos, que desde un punto de vista jurídico la disponibilidad material es la facultad que tiene el dueño de una cosa para destruirla, consumirla, transformarla o degradarla materialmente.

Aplicando dicha definición al tema que nos convoca y, fundándose en la teoría que propone que el preembrión es una cosa o la que postula que es una categoría ontológica especial, podemos decir que la disponibilidad material de los embriones criocongelados o crioconservados consiste en la facultad que tiene su dueño o su representante para autorizar la utilización del preembrión con fines reproductivos, en beneficio del titular o en beneficio de terceros, con fines investigativos o simplemente su desecho.

Finalmente, haremos otro alcance antes de entrar en materia: existe consenso en la comunidad científica internacional en cuanto a que la implantación del embrión en las paredes del útero de la mujer constituye el límite para que éste pueda ser objeto de investigaciones y experimentaciones de todo tipo. Luego de éste evento, dichas investigaciones y experimentaciones son más restringidas. Incluso, aún cuando no se haya efectuado la anidación, la investigación queda limitada al período de 14 días desde la fecundación, ya que como lo concluye el Informe Warnock, el día 15 marca el inicio de la formación de la línea primitiva y el desarrollo individual del embrión. Este mismo límite señaló

el Comité Consultivo de Ética de los Estados Unidos, la Comisión Wallis de Australia y la Comisión de Reforma de Derecho Notario.<sup>63</sup>

A continuación, pasaremos derechamente a analizar cada una de las posibilidades de disposición material<sup>64</sup>:

### 1.1 REPRODUCCIÓN

El destino principal de los preembriones es su implantación en las paredes del útero de una mujer, sea ella su madre biológica o no -como en el caso de la maternidad gestacional subrogada- con el fin de dar solución a los problemas de infertilidad de las personas, posibilitándoles así tener hijos.

Lo referido precedentemente ocurre en los procesos de fertilización in vitro donde que se fecunda un óvulo con un espermio en una placa de laboratorio, con el objeto de ser transferidos al útero materno o de una madre sustituta.

También se puede realizar mediante un lavado de útero mediante el cual se sacan del cuerpo de la mujer los preembriones naturalmente fecundados, para ser implantados en otra que cuente con una matriz sana.

Como ya hemos dicho, por lo general, en una FIV se fecundan más óvulos que los que efectivamente se transfieren, razón por la cual los preembriones sobrantes podrían ser donados o vendidos por sus

---

<sup>63</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...”, Ob. Cit. Pág. 160

<sup>64</sup> SILVA SALCEDO, PAULINA, “La protección penal del embrión...”, Ob.Cit. Pág. 41 a 77

progenitores a otra pareja o mujer, para que sean éstos implantados en ella y, en definitiva, que ellos también puedan procrear.

Todos los cuestionamiento éticos a este respecto los hemos tratado en el pertinente capítulo.

## 1.2. DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO

Consiste en el examen que se hace del preembrión antes de su transferencia al útero, para que sólo sean transferidos aquellos que tengan las suficientes garantías de viabilidad y que no adolezcan de malformaciones genéticas o cromosómicas.

La necesidad de recurrir al diagnóstico preimplantatorio se encuentra en que las enfermedades genéticas fueron una de las principales causas de mortalidad del siglo XX en el mundo occidental y el diagnóstico prenatal<sup>65</sup> era poco eficiente para curar dichas enfermedades mientras el embrión se encuentra en el vientre materno.

Además, el diagnóstico preimplantatorio, como se realiza antes del embarazo, presenta la ventaja de evitar un posible aborto, y por otra parte, evita la transmisión de enfermedades hereditarias graves.

---

<sup>65</sup> Carlos Romeo Casabona define el diagnóstico prenatal como “todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendiéndose por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer, aunque pueda manifestarse más tarde, externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple” que se realizan durante el embarazo de la mujer. ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA, “El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana” citado por FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...” Ob. Cit. Pág. 172

Otro aspecto positivo que cabe mencionar es que la aplicación del diagnóstico preimplantatorio ha disminuido el número de embriones que es necesario transferir a la mujer para alcanzar un embarazo satisfactorio.

El problema que se presenta es que al no estar determinados los conceptos de viabilidad y malformación genética, el diagnóstico preimplantacional puede dar cabida a la eugenesia positiva.

Ahora, dejando a un lado el problema de los fines para los cuales se puede usar este procedimiento, la realización del mismo, puede cuestionarse, ya que podría lesionar la integridad del embrión. Así, el diagnóstico preimplantatorio implica la creación de un preembrión que con posterioridad no será transferido por las posibles lesiones que sufra durante la realización del diagnóstico, aunque resulte ser un preembrión sano. Por ello, en la actualidad, para determinar alteraciones genéticas se extrae una sola célula del preembrión y sobre ella se realiza el estudio.

Otro problema que presenta esta técnica es la existencia de varias y diversas líneas celulares en un mismo embrión, por lo que el análisis de una o incluso dos células puede conducir a un resultado erróneo.

Por otra parte, este procedimiento sólo permite desechar los preembriones que tengan alguna anomalía genética o no sean suficientemente viables, no se les puede tratar, ya que no se dispone de medios terapéuticos en una fase tan temprana del desarrollo embrionario.

Por todas las razones ya mencionadas, los científicos han señalado que es necesario perfeccionar este procedimiento y que debe limitarse a los casos necesarios, y no ser de general aplicación.

### 1.3. CRIOCONSERVACIÓN

Otra de las posibilidades de disposición física de los preembriones es su crioconservación, que como ya se dijo, es una técnica que consiste en preservar espermios, óvulos o embriones, mediante su congelamiento, por regla general, en nitrógeno líquido a la temperatura de 196 grados centígrados bajo cero, lo que permite su conservación de manera indefinida.

Este mecanismo fue inventado por el doctor estadounidense Ettinger, a mediados de la década de 1970. Su desarrollo llevó a que en 1981 en Australia, se embarazara a una mujer utilizando un preembrión de ocho células que se encontraba crioconservado. De este embarazo nació Zoe Leyland. Ya en 1984 se anunció en el Congreso Mundial de Fertilización In Vitro de Helsinki que habían nacido 600 niños provenientes de embriones congelados.

Su utilización en los preembriones supranumerarios sobrantes de procedimientos de fertilización in vitro, se debe a que en la FIV, por lo general, se fecunda un mayor número de óvulos que los que se transfieren al útero, para que en el caso de que la primera transferencia no sea exitosa, se cuente con más preembriones para traspasar, evitando una nueva intervención quirúrgica en la mujer (necesaria para extraer sus óvulos) o la criopreservación de óvulos, que no presta las suficientes garantías de conservación. La finalidad ulterior es utilizar los preembriones, una vez descongelados, en sucesivas o futuras fertilizaciones, donación a parejas infértiles o para utilizarlos como objeto de investigación científica.

Existen varios tipos de criopreservación, ellos son:<sup>66</sup>

### **1.3.1 Congelación lenta con dimetilsulfóxido (DMSO)**

Con esta técnica se obtienen mejores resultados congelando embriones en el estadio de 4-8 células. Los primeros niños nacidos en el mundo provenientes de embriones criocongelados, se obtuvieron utilizando este protocolo.

### **1.3.2 Congelación lenta con propanendiol (PROH)**

Los mejores resultados, con este protocolo, se consiguen congelando embriones en estados tempranos de desarrollo (2 pronúcleos<sup>67</sup>, 2-4 células). La mayor tasa de supervivencia a la descongelación se da en el estadio de 2 pronúcleos, alcanzando una tasa del 70% de supervivencia. Este es el método más simple y rápido a desarrollar, en comparación con los protocolos lentos. También, es con el cual se obtienen mejores resultados en cuanto a la supervivencia, implantación y posterior embarazo.

### **1.3.3 Congelación lenta con glicerol**

Este método sólo se emplea para la congelación de blastocitos, esto es, el estado de división embrionaria que sucede a partir del 5° ó 6° día después de la fertilización.

---

<sup>66</sup> ISPIZUA MUÑOZ, JORGE, “Bancos de gametos y embriones y su regulación jurídica”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004, Pág. 58- 59.

<sup>67</sup> Cuando aún no se fusionan completamente los gametos, conviven en el cigoto 2 pronúcleos, el femenino y el masculino. En el fondo, se trata de una célula con dos núcleos.



### **1.3.4 Método ultrarrápido**

Este protocolo obtiene mejores tasas de supervivencia a la descongelación (70% aproximadamente) cuando se congelan embriones en estado de 2 pronúcleos. Los embriones en estados de 2-4 células resisten mejor que los embriones de estados intermedios de 3-5 células.

La efectividad de la criopreservación se encuentra bastante comprobada, pero no puede desconocerse que la tasa de mortalidad posterior a la crioconservación de los embriones se incrementa, ya que entre un 30% y 50% de los preembriones no sobrevive al descongelamiento.

Esto ha hecho que se aconseje limitar el tiempo máximo de crioconservación, para así evitar eventuales alteraciones derivadas de su exposición prolongada a tan bajas temperaturas.

## **1.4. INVESTIGACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN CON PREEMBRIONES**

Este tipo de intervenciones ha generado una serie de argumentaciones, tanto favorables como desfavorables, las que a continuación expondremos.

Las posturas que se inclinan a favor de la investigación y la experimentación, señalan en primer lugar que dichas vías permiten llenar

las enormes lagunas que existen en el conocimiento humano, conocimiento necesario no sólo para el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción artificial, sino que más importante aún, para el tratamiento de enfermedades tanto en embriones como en personas ya nacidas.

Otra justificación señala que si dicha investigación se realiza en preembriones animales, pueden existir inesperados efectos colaterales, dado que es imposible predecir todas las diferencias entre las distintas especies.

La doctora María Casado, Directora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, en el Tercer Encuentro Latinoamericano sobre Derecho, Bioética y Genoma humano, realizado en Santiago de Chile el año 2001, señaló las siguientes propuestas al respecto:

- La investigación con preembriones in vitro sería permisible en los siguientes casos:
  - Con preembriones sobrantes de procesos de reproducción asistida, cuando así lo hubieren consentido las personas involucradas en el proyecto parental.
  - Con preembriones sobrantes ya existentes y sobre los que no hubo en su día una decisión previa sobre su destino.
  - Con preembriones creados expresamente para la investigación de los procesos patológicos expresamente indicados por las parejas donantes.
  - Con preembriones creados expresamente para la investigación a partir de gametos donados para este fin y fuera del contexto de un proyecto parental.

- La investigación sólo debe realizarse hasta los catorce días de desarrollo.
- Los preembriones que hayan sido utilizados para la investigación no terapéutica no podrán ser implantados.
- La investigación con embriones debe estar orientada a fines concretos y regulada, aprobada y controlado por el organismo correspondiente.
- Deberá propiciarse la adopción de decisiones previas (información y consentimiento)

Estas propuestas las tendremos presentes para el posterior análisis que realizaremos sobre este tema.

En contra de este tipo de investigación, se ha argumentado que dichos preembriones no podrán ser transferidos posteriormente al útero de una mujer por los riesgos que se generarían para la salud de ella durante el embarazo con un preembrión sobre el cual se ha experimentado, por un lado; y, por otro, los riesgos de que la persona que nazca experimente anomalías. Entonces, se trata de embriones destinados a perderse. Si bien esto es cierto, no lo es menos que estos embriones ya tenían un futuro incierto, y que su probable destino sería el desecho, si no existe la voluntad de los padres para su implantación o donación a un tercero. En esta hipótesis, si excluimos la posibilidad de su desecho, su destino sería quedar congelados eternamente, lo que no es mejor a que se experimente con ellos, en cuyo caso beneficiarían a toda la humanidad.

Por otro lado, podemos señalar que dichas intervenciones pueden ser lícitas o ilícitas. Pertenece a la primera categoría, en general, aquellas que respeten la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial

que señala recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas, y el Código de Nuremberg; además, que sean útiles para la sociedad e irremplazables por otros medios, eviten sufrimientos y daños, y sean voluntarias y libremente consentidas. La idea central “es el respeto a la dignidad humana con que ella enfrente a su objeto de estudio”<sup>68</sup>

#### **1.4.1 Fuentes de preembriones para la investigación y experimentación**

Ahora debemos preguntarnos: ¿de dónde sacar preembriones para experimentar con ellos?. Existen diversas fuentes:

- La principal fuente de preembriones surge de aquellos sobrantes de los procesos de FIV, que como ya dijimos, se produce debido a la dificultad de extracción y conservación de los óvulos, y la alta tasa de fracasos en la primera transferencia de preembriones, lo que hace que se fecunden más óvulos de los que se traspasan efectivamente al útero femenino, generándose embriones supranumerarios, los que pueden ser o no viables.

Se espera que en el futuro, una vez que se perfeccionen los procedimientos técnicos y se logre un adecuado control de los embriones después de su transferencia, que asegure su implantación y, en consecuencia, no será necesario fecundar óvulos en exceso, por lo que no habría embriones sobrantes viables, esto es, aquellos que

---

<sup>68</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...”, Ob. Cit. Pág. 161

se crean para fines reproductivos y que estando en condiciones de ser transferidos, no lo son. Pese a ello, aun quedarían los embriones sobrantes no viables, es decir, los que muestren un resultado negativo en cuanto a su viabilidad, después de un diagnóstico preimplantatorio, esto mientras no se hayan perfeccionado las técnicas para evitar estas situaciones.

- Otra fuente podría surgir de los preembriones que se obtengan por medio de un lavado de útero. Si bien este procedimiento se utiliza con la finalidad de que el embrión obtenido se transfiera a otra mujer, nada obsta a que sea utilizado con fines de investigación, aunque su importancia sería baja, ya que así se obtiene un solo embrión, salvo que se hayan dividido, caso en el cual como máximo se obtendrían tres embriones (es el número máximo de divisiones que se ha registrado).
- Finalmente, existe la opción de crear embriones especialmente para estos fines, cuestión que ha generado mucha polémica y que trataremos más adelante.

### **1.4.2. Finalidades de la investigación y la experimentación**

Otra pregunta que debemos plantearnos es: ¿qué tipo de investigaciones se realizan con los preembriones?. En este punto podemos plantear las siguientes finalidades<sup>69 70</sup>:

- **Investigaciones que permitan conocer las causas de la mortalidad embrionaria, particularmente alta en la especie humana**

Esta mortalidad se debe, en su mayoría, a defectos cromosómicos de los gametos, ya que un tercio de los óvulos y 10% de los espermios sufren de estos defectos.

Por esto, debiera buscarse la solución en una fase anterior, a través de un estudio sobre los gametos y no en los embriones.

- **Investigaciones que permiten comprender por qué el embrión humano es capaz de implantarse en la Trompa de Falopio**

Estas investigaciones tienen por fin evitar los embarazos tubáricos, anomalía propia de la especie humana, y que provoca graves complicaciones.

Ahora bien, se ha descubierto que la anidación tubárica depende de las secreciones que existen en la trompa en relación con el desarrollo embrionario, secreciones que son equivalentes a las del útero, razón

---

<sup>69</sup> TESTART, JACQUES, “Investigaciones sobre el embrión humano”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12 Enero-Junio, 2000, Pág.227 a 231

<sup>70</sup> SILVA SALCEDO, PAULINA, “La protección penal del embrión...”, Ob.Cit. Pág. 41 a 77

por la cuál creemos que en este caso no es adecuada la investigación sobre embriones, para evitar esta situación.

- **Investigaciones que permitan la búsqueda de nuevas formas anticonceptivas, principalmente, a través de inhibición de la fecundación**

Si tenemos un mayor conocimiento acerca de la interacción de los gametos en el proceso de fecundación, podemos imaginar métodos para impedir que ella ocurra. Así, al inhibir ciertas proteínas en uno u otro de los gametos, se impediría la fecundación.

Si este tipo de estudios implican la generación especial de preembriones para ellos, debiera interrumpirse el crecimiento del preembrión en la fase de cigoto, antes de la mezcla de los genomas, evitando un desarrollo innecesario del preembrión.

- **Investigaciones diagnósticas o terapéuticas en relación con el preembrión intervenido**

La característica principal de este tipo de investigación es que el beneficiado con ella es el propio preembrión intervenido. Por esto sería el único tipo de investigación que aceptan algunos sobre embriones viables.

En todo caso, para evitar riesgos en la salud de la futura persona que derivará del preembrión, y la de la mujer que lo llevará en su vientre, sería necesario que primero se realicen las investigaciones en otros

preembriones que no serán transferidos, de modo tal que se utilicen embriones que no serán beneficiarios de dicha investigación.

- **Investigación para obtener nuevos conocimientos acerca del desarrollo embrionario**

Ejemplos típicos de conocimientos que requieren este tipo de investigaciones son los de la individualización genética y la viabilidad de los embriones. En este caso, los beneficiarios de dichas investigaciones serán otros preembriones.

- **Investigaciones que buscan perfeccionar las técnicas de reproducción asistida**

La investigación y experimentación sobre gametos y preembriones humanos han sido el presupuesto para el mejoramiento de las técnicas de reproducción asistida. Así, para realizar como práctica habitual la fertilización in vitro, la microinyección del espermatozoide en el óvulo, la transferencia múltiple de embriones para su implantación, etc., se han necesitado muchos estudios y experimentaciones, que teniendo como finalidad verificar los resultados del modelo animal, han utilizado gametos y preembriones humanos.

Aún falta desarrollar el conocimiento científico en esta área, conocimiento que podría significar una gran mejora en la tasa de eficacia de estas técnicas, disminuyendo la pérdida de embriones y



los riesgos para la salud de la mujer, lo que a largo plazo beneficiaría a todas las personas y evitaría el despilfarro de embriones.

- **Investigaciones para mejorar las técnicas genéticas**

Este tipo de investigaciones tiene por fin hacer posible la aplicación de intervenciones genéticas, que actualmente se encuentran científicamente lejanas, las que nos permitirían erradicar para siempre ciertas enfermedades genéticas del genotipo humano.

- **Investigaciones en favor de personas nacidas**

Elas tienen por fin estudiar la posibilidad de aplicar células embrionarias al tratamiento de enfermedades graves de personas ya nacidas.

En este punto nos topamos con el estudio de las células troncales embrionarias.

Por **Célula troncal** debe entenderse “cualquier célula que tiene la capacidad de dividirse ilimitadamente y dar lugar a diferentes tipos de células especializadas. Muchas veces se utiliza su sinónimo célula madre”<sup>71</sup>. Las células troncales podemos encontrarlas en embriones humanos o en determinados tejidos de humanos adultos.

Estas investigaciones se centran en el estudio de la posibilidad y aplicación óptima de dichas células a la terapia celular, esto es, la que se basa en la transferencia de células a tejidos u órganos dañados.

---

<sup>71</sup> LACADENA, JUAN RAMÓN, “Embriones humanos y cultivos de tejidos...” Ob. Cit. Pág. 198

Las células troncales poseen tres características que las distinguen de otros tipos de células, estas son: a) su habilidad para diferenciarse en diversas clases de tejidos; b) capacidad para renovarse y dividirse por largos períodos; c) poseen la virtud de no ser detectadas por el sistema inmunológico del receptor, con lo que se reduce el rechazo, que es frecuente en los procedimientos de trasplantes de tejidos y órganos. Esta característica se da con mayor razón cuando la célula madre se ha extraído de un tejido proveniente del propio paciente, o de un embrión creado por transferencia nuclear de una célula del mismo paciente.<sup>72</sup>

Son indudables los beneficios que esta posibilidad traería a la medicina y las muchas personas enfermas que se verían favorecidas. Las células madres constituyen la más firme promesa para la medicina del futuro, principalmente por la característica de las células madre de convertirse en cualquier tipo de tejido.

La controversia ética más importante que ha generado la investigación con células troncales de origen embrionario radica en la utilización de embriones humanos como objetos (lo que no es aceptado por quienes sostienen que el embrión es persona desde la concepción). Mas aún, quienes desapruaban este método temen llegar a la situación de crear embriones con el único fin de extraer células madre, para luego destruirlos. Sin embargo, esta idea parece irresponsable, dada la existencia de miles de embriones sobrantes en

---

<sup>72</sup> SOTO SILVA, RODRIGO, “El derecho y la interpretación de los hechos biológicos: dos ejemplos de actualidad (células madre y clonación)”, Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Volumen XIII, Diciembre 2002

estado de crioconservación que ya no serían utilizados para fertilización.

En todo caso no será necesaria la utilización de embriones para la obtención de células madre cuando se perfeccionen las técnicas que permiten obtener tejidos a partir de células troncales presentes en órganos adultos. Así, a modo ejemplar, podemos señalar que hace bastante tiempo se descubrió que el cordón umbilical es rico en células madre que se encuentran en la médula ósea, las que son capaces de producir todos los tipos de células sanguíneas. También se han obtenido células madre del tejido mesenquimático humano de un adulto, aisladas de la médula ósea y que pueden diferenciar diversos tejidos, como hueso, cartílago, tendón o músculo.<sup>73</sup>

### **1.4.3. Técnicas de investigación y experimentación**

Ahora, es necesario analizar las técnicas que se utilizan para llevar a cabo la investigación y experimentación sobre preembriones, las que han generado polémica ya que pueden traer consigo consecuencias indeseables, aunque también permiten obtener una gama de conocimientos para concretar los fines anteriormente tratados.

Estas técnicas son:

---

<sup>73</sup> PITTENGER, “Multilineage potential of adult human mesenchymal stem cell”, Rev. Science, N° 284, 1999, citado por SOTO SILVA, RODRIGO, “El derecho y la interpretación de los hechos biológicos...”, Ob. Cit. Pág. 84

### 1.4.3.1. Hibridación

Esta técnica permite dos clases de experimentos: la fecundación de gametos de especies diferentes y la gestación de un embrión en el útero de otra especie.

Karen Dawson,<sup>74</sup> genetista australiana, colaboradora de Peter Singer, señala que existen muchas dificultades técnicas para el desarrollo de este procedimiento, tanto en la compatibilidad de los gametos como en la aceptación de la gestación. Aún en el caso que estos obstáculos se superen, existen problemas de viabilidad, pues como se sabe los híbridos, por regla general son estériles.

A lo anteriormente señalado, se suma el cuestionamiento ético que se genera frente a la posibilidad de crear una nueva especie a partir de un ser humano.

Un ejemplo de esta técnica, que se ha utilizado con frecuencia, es el denominado Test del Hamster, que consiste en usar el óvulo de un hamster para verificar la capacidad del espermatozoides humano, pero se encuentra condicionado a que el huevo fecundado no se desarrolle más allá de un tiempo determinado.

Otro tipo de experimentos en este ámbito, se realiza en el contexto del trasplante de órganos donde se intenta hacer compatible el corazón de un cerdo con el cuerpo humano, introduciendo uno o varios genes humanos en cada embrión de cerdo. Este embrión es transferido a una cerda. Así, el pequeño porcentaje de animales que nazcan con el gen humano incorporado

---

<sup>74</sup> Citada por SILVA SALCEDO, PAULINA, “La protección penal del embrión...”, Ob.Cit. Pág. 67

lo expresarán en cada célula de su cuerpo, incluso su descendencia será portadora de este llamado transgen y, por tanto de la modificación genética. En todo caso la producción de cerdos transgénicos implica sólo el traspaso de algunos genes humanos que significan un cambio muy pequeño en el cerdo, porque no se destruye la integridad de ninguna de las dos especies.

El Informe Palacios señaló que debía prohibirse y considerar delito el intento de gestación humana en otras especies, así como la fecundación con espermatozoides humanos en el óvulo de otra especie, sólo admitiendo el Test del Hamster, ya mencionado.

#### **1.4.3.2. Clonación**

La clonación “es la producción intencionada de células, tejidos, embriones o individuos que tienen la misma información o identidad genética.”<sup>75</sup> “En un sentido más amplio, clonar significa obtener un individuo a partir de una célula o de un núcleo de otro individuo”<sup>76</sup>

De esta definición se desprende que se pueden clonar no sólo individuos animales o vegetales completos, sino que también moléculas separadas y tejidos de dichos individuos.

La clonación humana existe en la naturaleza y es conocida por la humanidad desde tiempos muy antiguos, pues es a través de ella que

---

<sup>75</sup> [http://www.bcn.cl/home\\_page/ver\\_articulo\\_en\\_profundidad.php?id\\_destaca=44-36k](http://www.bcn.cl/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=44-36k) citado por VALENZUELA, MARCELA y MARKS, GONZALO, “El tercer nivel de protección penal del derecho a la vida”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, Pág. 53

<sup>76</sup> VALENZUELA, MARCELA y MARKS, GONZALO, “El tercer nivel de protección penal ....” Ob. Cit., Pág. 53

se crean naturalmente los gemelos monocigóticos, quienes son resultado de la división natural del cigoto, que da lugar a dos embriones idénticos.

Existen dos tipos de procedimientos para clonar preembriones. Por un lado tenemos la **división o separación de células embrionarias**, que consiste en dividir las células del preembrión en un estado prematuro de desarrollo, cuando dichas células son totipotentes, esto es, que son capaces de producir un embrión completo, obteniendo así copias idénticas. Esta técnica se puede utilizar para aumentar el número de preembriones para una FIV, realizar un diagnóstico preimplantatorio de una de las células evitando el riesgo de lesionar al preembrión y, potencialmente, producir individuos en serie.

El otro procedimiento es el **transplante nuclear**, por el cual se transplanta el núcleo de una célula a un huevo previamente desnucleado. “El núcleo transplantado lleva toda la información genética del donante, en tanto el cigoto donde se implanta ha perdido íntegramente la suya originaria”<sup>77</sup>. Esta técnica permite crear una copia de una persona ya nacida, como en el conocido caso de la oveja Dolly. Sin embargo, para copiar idénticamente a una persona no basta con esto, sino que habría que copiar también el ambiente uterino y posnatal en que dicho individuo se desarrolló.

Si bien nuestros genes no determinan nuestra individualidad ni dignidad como personas, es claro que el individuo producto de la

---

<sup>77</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...”, Ob. Cit. Pa’g. 195

clonación sufriría el peso de ser fruto de otras personas, puesto que estaría marcado por la vida del ser humano clonado.

Existen tres tipos de clonación:

- La **clonación humana con fines terapéuticos**, que tiene por objeto establecer cultivos celulares de cualquier tejido u órgano humano para ser usado en trasplantes, utilizando células troncales para generar tejidos compatibles para el trasplante de órganos y el tratamiento de enfermedades graves, asegurando que no exista un rechazo del paciente, puesto que las células obtenidas serían idénticas a las células madres. “La clonación terapéutica implica la destrucción posterior del embrión clonado del que se han extraído las células de la Masa Celular Interna, fuente de los tejidos para trasplante.”<sup>78</sup>

Para explicar esta modalidad de clonación veremos un ejemplo: “Paciente de 50 años, bebedor habitual de 70 gr de alcohol al día desde los 20 años. Presenta insuficiencia hepática grave, secundaria a una cirrosis alcohólica de larga evolución. El paciente precisa de un trasplante hepático urgente. No existen donantes, o los que existen no son compatibles. Aquí entra en juego la aplicación de la clonación terapéutica. Al paciente se le aísla cualquier célula somática de su cuerpo, por ejemplo de la piel. Siguiendo la técnica de la oveja Dolly, introducimos el núcleo de la célula de la piel en un óvulo al que previamente le hemos extraído su núcleo. Se estimula el óvulo con el núcleo transferido, y

---

<sup>78</sup> [http://www.embrios.org/clonacion/fin\\_terapeutico.htm](http://www.embrios.org/clonacion/fin_terapeutico.htm)

observamos que comienza la división celular de ese embrión clonado. Ese embrión contiene la información genética del individuo cirrótico (puesto que tiene el núcleo de la célula de la piel del cirrótico), es un clon del individuo cirrótico. Dejamos que el embrión se desarrolle hasta la fase de blastocisto. A continuación extraemos de la Masa Celular Interna de ese embrión la célula madre (stem cell) encargada de generar el futuro hígado de ese individuo todavía en fase embrionaria. Cultivamos esas células y obtenemos células hepáticas inmaduras (hepatoblastos), obteniendo en el laboratorio tejido hepático amorfo. Ese tejido lo trasladamos al hígado del enfermo, que al ponerse en contacto con tejido conjuntivo (matriz colágena que hace las veces de andamio donde se sustentan y adquieren su forma los distintos órganos), empieza a crecer de forma ordenada, restituyendo el hígado dañado. No existe posibilidad de rechazo, porque ese hígado es genéticamente idéntico al hígado del enfermo.”<sup>79</sup>

Debemos aclarar que con esta técnica se obtienen tejidos y no órganos, pues ellos aparecen en el desarrollo embrionario bastante después.

Resultan indudables los beneficios que trae consigo este tipo de clonación, sin embargo, implica la destrucción del preembrión utilizado, lo que puede constituir un obstáculo, por la necesaria controversia ética que generaría su aplicación.

---

<sup>79</sup> [http://www.embrios.org/clonacion/fin\\_terapeutico.htm](http://www.embrios.org/clonacion/fin_terapeutico.htm)



- La **clonación humana con fines reproductivos**, que tiene por objeto producir preembriones mediante fertilización in vitro, para ser implantados posteriormente en el útero de una mujer. La finalidad es crear un individuo idéntico sin recurrir a la reproducción sexual y la clonación por gemelación natural que se produce por la división que experimenta el preembrión, dando lugar a gemelos monocigóticos.

Esta modalidad ha sido rechazada por casi la totalidad de la comunidad científica y países del mundo.

- La **clonación con fines de investigación**, conforme a la cual se clonan embriones destinados a la investigación, para dedicarlos al mismo fin, y así no tener que utilizar nuevos gametos para crear embriones con este propósito.

Atendida la importancia de esta técnica y sus relevantes consecuencias, nos detendremos a analizar los bienes jurídicos lesionados por la clonación y los derechos que se pueden invocar en su favor, además, de otros problemas jurídicos que ella suscita, y argumentos doctrinarios a favor y en contra.

#### I. Bienes Jurídicos y Derechos Involucrados

Siguiendo al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, en su libro “Derecho Civil de la Persona, del Genoma al Nacimiento”, estimamos que con la clonación se pueden lesionar los siguientes bienes jurídicos:

- **El derecho a la identidad personal**, que es el derecho de todo ser humano a ser él mismo y único. La identidad de cada uno de nosotros está compuesta de elementos estáticos y dinámicos. Dentro de los primeros, encontramos la estructura genética; y, en los segundos, las influencias del entorno en que la persona se desarrolla.

Para algunos, la clonación atenta contra el derecho a la identidad personal del sujeto clonado y de su clon, por lo que en el fondo se trataría de un atentado contra la dignidad humana, relacionado con el carácter único, irrepetible y diverso de cada ser humano.

Otros autores opinan que el realmente afectado sería el clon, puesto que el sujeto clonado autorizó la copia de su identidad al donar el núcleo. En cambio, el clon se ve privado de la libertad de ser él mismo, ya que se le impone una estructura genética ajena.

Para Gonzalo Figueroa lo que se afecta no es el derecho a la identidad personal, puesto que la estructura genética es sólo uno de los elementos estáticos que la componen. Mas bien, lo afectado es la identidad colectiva, puesto que la diversidad genética es la clave de la supervivencia de la especie, así, la función de la reproducción sexual es promover la recombinación genética, ya que la variedad genética nos permite adaptarnos ante nuevas situaciones y facilita la evolución de la especie. Con la clonación se interrumpe este proceso de diversificación genética.

- **El derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido manipulación alguna**, reconocido por la Recomendación 934 de 1982 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que señala “los derechos a la vida y a la dignidad humana implican el derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación”.
- **La intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones artificiales**, también reconocido por la Recomendación 934 del Consejo de Europa.
- **Los derechos reproductivos**, en virtud de los cuales las personas pueden determinar libremente cuántos hijos desean tener y cuándo desean tenerlos. Este derecho podría expresarse a través de la clonación que un individuo desee hacer de sí mismo. Para Gonzalo Figueroa estos derechos no son aplicables al caso, puesto que ellos pertenecen a la pareja, y son propios de la reproducción sexual.
- Además, agregaremos la **libertad en la investigación científica**, que es un derecho humano fundamental reconocido por diversos tratados e instrumentos internacionales, siendo el principal la Convención sobre la libertad de expresión, de información e investigación, de la Organización de Estados Americanos.

Esta libertad es indispensable para procurar el bien común social, pero reconoce como límite el respeto a la dignidad humana. El procedimiento de clonación es una manifestación de dicha libertad que claramente está al límite del respeto a la mencionada dignidad, cuestión que veremos más adelante.

## II. Problemas Jurídicos Relacionados con la Clonación: ¿Cuál es la Filiación del Clonado?

Recordemos que el Artículo 182 de nuestro Código Civil establece que son padre y madre del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida, las personas que se sometieron a ella.

Este artículo no es aplicable en el caso de la clonación, pues se trata de una reproducción asexual, en la que no existe contribución de dos progenitores naturales, sino que un sólo donante que reproduce su propia información genética en el nuevo ser, ¿Es el donante padre y madre a la vez? ¿O es padre si es de sexo masculino y madre si es del femenino? ¿O es mejor considerarlo hermano gemelo del clon y no su progenitor?

Esta es una cuestión que debe ser solucionada por el Derecho, sea prohibiendo la clonación, o reglamentándola, y estableciendo normas filiativas y sucesorias.

## III. Argumentos a favor de la Clonación

Fernando Zegers Hochschild, miembro estable de la Organización Mundial de la Salud, experto en reproducción humana, nos dice: “Soy partidario de la clonación con fines terapéuticos y de investigación basándome en los siguientes elementos: 1) El desarrollo de la medicina regenerativa realmente va a mejorar la calidad de vida de millones de personas. 2) A diferencia de una persona, el embrión no es un sujeto moral, es el objeto de una

determinada moral social que le es conferida en la medida en que puede llegar a ser una persona. 3) No existen personas que se hayan originado como parte de reproducción asexuada. Por ello, la nomenclatura de embrión humano no es aplicable al material clonado. 4) El blastocisto resultante del experimento coreano (*primera clonación de embriones humanos efectuada en febrero del año 2004 por los científicos de la Universidad Nacional de Seúl*)<sup>80</sup> es material humano en la medida que deriva de células humanas, pero no debe ser considerado potencialmente una persona, ya que jamás ha existido y no debiera existir una persona generada de esa manera”<sup>81</sup>

Daniel Soutullo, profesor de biología del Instituto de Enseñanza Secundaria Monte Villa en Pontevedra, España y miembro del consejo asesor de la Revista de Derecho y Genoma Humano, sostiene: “Mi opinión es abiertamente favorable al uso de esta técnica de clonación con fines terapéuticos (...) no estamos hablando de la utilización de fetos más o menos formados, sino de embriones preimplantatorios, constituidos por una masa celular indiferenciada, en la que las células tienen capacidad de desarrollarse para dar un tejido cualquiera del organismo (...) estamos hablando de un método con un potencial terapéutico que podría salvar la vida de personas que no gozan de otra alternativa de curación, por lo menos en el momento actual. Que se sacrifiquen embriones

---

<sup>80</sup> Lo escrito en letra cursiva es nuestro

<sup>81</sup> [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-19.6421488354/area\\_1.2005-10-19.4650987227#gomez](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-19.6421488354/area_1.2005-10-19.4650987227#gomez)

preimplantatorios creados con esta única finalidad (...) para algunas personas no resulta aceptable (...) en ningún caso deberían ser forzadas a acogerse a esta alternativa (...) pero no parece razonable que los que no comparten esas mismas convicciones morales con respecto a los embriones, no se puedan beneficiar de esta posibilidad terapéutica”<sup>82</sup>

Peter A. Singer. Director del Centro de Bioética de la Universidad de Toronto, comenta: “La mayoría de las personas cree que se debería prohibir la clonación reproductiva y yo estoy de acuerdo con esto. Pero la terapéutica, como la que realizaron los científicos surcoreanos, es el puente necesario para pasar de la investigación de laboratorio con células madre a la terapia de trasplante de tejidos. En el futuro se podrían producir células inmunológicamente idénticas para tratar a pacientes con, por ejemplo, problemas al corazón, sin la necesidad de usar drogas inmunosupresoras. Estos beneficios se darán en el futuro, nadie sabe realmente cuándo, pero ya que estamos hablando de tecnología, pienso que podríamos ver las primeras pruebas dentro de 5 a 10 años.”<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> SOUTULLO, DANIEL, “Clonación humana no reproductiva: utilización de embriones para la obtención de tejidos para transplantes”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12, Enero-Junio, 2000

<sup>83</sup> [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-19.6421488354/area\\_1.2005-10-19.4650987227#gomez](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-19.6421488354/area_1.2005-10-19.4650987227#gomez)

#### IV. Argumentos en contra de la Clonación

Alfonso Gómez-Lobo, profesor de Cátedra Ryan de Filosofía de la Universidad de Georgetown y miembro del Consejo de Bioética de la Casa Blanca, sostiene: “Desde un punto de vista ético me parece inaceptable tanto el proyecto de implantar embriones clonados como el hacer cualquier otro uso con ellos (...) la razón más profunda para cuestionar estos experimentos es que clonar un ser humano con cualquier fin, es transformarlo en un mero instrumento sometido al poder arbitrario del tecnólogo. Hablar de clonación “terapéutica” es un eufemismo. La generación y destrucción de un embrión no cura a nadie. Es más exacto hablar de clonación para la investigación biomédica. Hasta ahora no está en absoluto claro que estos experimentos vayan a dar frutos. Pero independientemente de ello, me parece que destruir a un ser humano en los comienzos de su vida para curar enfermedades de los que ya hemos alcanzado la madurez es, sin duda, inaceptable”<sup>84</sup>

Rafael Vicuña, bioquímico, profesor de Genética Molecular de la Universidad Católica, señala: “No estoy de acuerdo con la clonación de seres humanos, ya sea con fines reproductivos o terapéuticos (...) Si fuese con fines reproductivos, este embrión daría origen a una persona enferma, como son todos los clones de mamíferos, con una gran indefinición respecto a su individualidad, que tendrá una madre a medias y no tendrá padre. Si se tienen

---

<sup>84</sup>

[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-19.6421488354/area\\_1.2005-10-19.4650987227#gomez](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-19.6421488354/area_1.2005-10-19.4650987227#gomez)

objetivos terapéuticos, en lugar de transferirse el embrión, éste se destruye para obtener sus células madre. Puesto que el embrión es un ser humano, en ambos casos la clonación atenta contra la dignidad del hombre.”<sup>85</sup>

Otra opinión contraria viene de parte de la Iglesia Católica y la mayoría de las confesiones religiosas, para quienes la vida humana es única y especial, por ende, sólo puede ser creada, determinada o controlada por sus deidades correspondientes. Por ello, se oponen a la clonación humana en cualquiera de sus variantes, incluida la clonación terapéutica.

La Organización Mundial de la Salud en la 50° Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en 1997, afirmó que “la utilización de la clonación para la replicación de seres humanos es éticamente inaceptable y contraria a la integridad humana y la moralidad”

Existen instrumentos internacionales que se han pronunciado contra la clonación. En este sentido, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos estableció que no debían permitirse las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines reproductivos. El informe Palacios la calificó como delito criminal.

Del análisis de los argumentos en favor y en contra la clonación, se desprende a primera vista, que la clonación

---

<sup>85</sup> [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-19.6421488354/area\\_1.2005-10-19.4650987227#gomez](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-19.6421488354/area_1.2005-10-19.4650987227#gomez)



reproductiva es rechazada casi unánimemente, no sólo por el carácter experimental de las técnicas empleadas y alto riesgo de fracaso, sino también porque atenta contra la dignidad del ser humano, el derecho a la identidad tanto del individuo copiado como del clon y el derecho del futuro niño a tener padre y madre genético-biológicos. Esto sin mencionar el hecho de que podría llegar a tratarse al clon como un individuo de segunda categoría.

En contra de la clonación terapéutica, también se esgrime que atentaría contra la dignidad del hombre por utilizar a un ser humano como objeto, en oposición al derecho a la vida, ya que implica la creación de preembriones cuyo destino final es, si duda, su destrucción. Estos argumentos provienen principalmente de quienes sostienen que el preembrión es persona desde su fecundación. Nuestra opinión la desarrollaremos al final de esta memoria.

#### **1.4.3.3. Ectogénesis**

“La ectogénesis significa la creación y desarrollo a término de vida totalmente fuera del cuerpo”<sup>86</sup>

Esta técnica se encuentra fuera de las posibilidades científicas actuales, dada la tremenda ignorancia que existe sobre los procesos que ocurren entre el cuerpo materno y el feto, lo que hace imposible reproducir exactamente dicha interacción, necesaria para el desarrollo del embrión.

---

<sup>86</sup> SILVA SALCEDO, PAULINA, “La protección penal del embrión...”, Ob.Cit. Pág. 71

Tanto el Informe Warnock como el Informe Palacios recomendaron que la utilización de esta técnica fuera sancionada como delito.

#### **1.4.3.4. Partenogénesis**

“Consiste en la creación de una persona a partir solamente del óvulo, sin participación de espermatozoide, o bien mediante la fusión de dos óvulos”<sup>87</sup>

Con este procedimiento sólo se podría alcanzar descendencia que, incluso, podría ser genéticamente igual a la madre.

Sin embargo, esta técnica presenta varios problemas, como que durante la formación de gametos el número de cromosomas se reduce a la mitad, y la actividad de algunos genes se ve alterada químicamente dependiendo de si el espermio se encuentra con el óvulo, por lo que es poco posible generar un preembrión viable de esta manera, razón por la que se crearía un preembrión con fines exclusivamente investigativos.

### **1.5 INTERVENCIONES GENÉTICAS TERAPÉUTICAS (TERAPIA GENÉTICA)**

Este tipo de intervenciones forma parte de la llamada **Ingeniería Genética**, la cual “comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el

---

<sup>87</sup> SILVA SALCEDO, PAULINA, “La protección penal del embrión...”, Ob.Cit. Pág. 72

fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética).”<sup>88</sup> Su trabajo está dirigido, principalmente, a modificar la dotación y expresión genética de los organismos vivientes.

Las intervenciones terapéuticas en el material genético de las células totipotentes de los preembriones recibe el nombre de **terapia genética germinal**, la cual se diferencia de la **terapia genética somática**, debido a que a través de la primera las modificaciones que se realicen en el genotipo de las células totipotentes del preembrión se transmitirán a las siguientes generaciones, no así cuando la intervención es sobre las células somáticas del feto o de una persona ya nacida.

La terapia genética germinal tiene por fin evitar la propagación de genes defectuosos y que las personas nazcan sanas, y así la enfermedad se elimina de raíz y para siempre. Estas intervenciones se encuentran en una fase muy experimental. “Además, debido a sus consecuencias, la investigación y la experimentación a su respecto ha merecido fuertes reparos. Por el momento, el gran problema consiste en la precisión para realizar la modificación, el reemplazo o la neutralización del gen o genes que provocan la patología, ya sea introduciendo un gen normal, o bien evitando que se expresen y, al mismo tiempo, no alterar otros

---

<sup>88</sup> MARTINEZ, STELLA MARIS, “Manipulación genética y derecho penal” citada por FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...”, Ob. Cit. Pág. 162

aspectos no patológicos del genotipo que puedan dar origen a otras clases de malformaciones graves.”<sup>89</sup>

Otro problema consiste en la posibilidad de llegar a la manipulación del concepto de **enfermedad genética**, que si bien tiene un sustrato biológico intrínseco, necesita de una conceptualización que depende del hombre, y que puede llevar a que su definición abarque características de las personas que no son propiamente enfermedades, sólo porque son diferentes a lo socialmente aceptable. No olvidemos los horrores cometidos durante la II Guerra Mundial con el fin de purificar genéticamente la raza humana.

Al respecto también se han suscitado cuestionamientos acerca de si la inalterabilidad genética constituye un bien jurídico digno de protección, al menos en partes específicas de ella, o como lo señala Romeo Casabona, habría un choque entre el derecho a tener un patrimonio genético inalterado y el de tener un patrimonio genético sano.<sup>90</sup>

Así, la Recomendación 934 del Consejo de Europa pidió que se incluyera entre los derechos del hombre la “intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones artificiales”.

Esto también se relaciona con el derecho a la identidad, a ser uno mismo, que tiene como importante componente la identidad genética.

Compartimos la opinión del profesor Gonzalo Figueroa en el sentido de que dichas intervenciones son aceptables en la medida que respeten

---

<sup>89</sup> SILVA SALCEDO, PAULINA, “La protección penal del embrión...”, Ob.Cit. Pág. 48

<sup>90</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona...”, Ob. Cit. Pág. 165

la Declaración de Helsinki y el Código de Nüremberg, no atenten contra la dignidad de los preembriones y se señale un criterio objetivo de lo que constituye una enfermedad genética, para que no se transforme en un medio para obtener un individuo perfecto de acuerdo a los cánones de un momento determinado.

#### 1.6 INTERVENCIONES GENÉTICAS NO TERAPÉUTICAS (MANIPULACIÓN GENÉTICA)

Estas intervenciones también son parte de la ingeniería genética, y consisten en lo que precedentemente denominamos **manipulación genética**, es decir, aquellos procesos cuya finalidad es modificar el patrimonio genético de una especie, sea en el todo o en parte, para generar ciertos caracteres en ella, y no sólo superar enfermedades de origen genético.

Con ella también se puede afectar la línea germinal, traspasando la alteración genética a futuras generaciones, o sólo alterar las células somáticas, no afectando así la herencia genética.

La manipulación genética puede perseguir diferentes objetivos, como la mejora genética, en el sentido de potenciar características socialmente valoradas, como la inteligencia, belleza, etc., o bien, de diseño genético, para obtener personas con determinadas cualidades no valoradas en general, pero que si lo son para el desempeño de ciertas labores.

Así, podemos hablar de **manipulación genética perfectiva**, que tiene por fin mejorar un determinado carácter somático de una persona (estatura,

color de piel, de pelo); y, la **manipulación eugénica**, que busca modificar las características codificadas en genes determinantes de rasgos específicos de la personalidad como la inteligencia, el carácter, etcétera.

La manipulación puede realizarse sobre células somáticas, células sexuales o genes de la persona, y todas ellas pueden realizarse sobre el embrión.

La manipulación genética puede presentarse **antes de la fecundación**, a través del descarte, cultivo o tratamiento de gametos, mezcla de componentes genéticos y la alteración del genoma; **después de la fecundación**, etapa en la cual las intervenciones se realizan sobre el óvulo ya fecundado, mientras no sea implantado en el útero de una mujer; y **durante la gestación**, es decir, una vez que el embrión se encuentra en el vientre materno.

Estas intervenciones se consideran éticamente reprobables, debido a que no podemos manejar la genética para obtener seres humanos según los requerimientos sociales o laborales. Esta posibilidad es contraria al derecho humano fundamental a la identidad genética, más aún si se realizan durante el período de gestación, en que el embrión ya es una persona.

En todo caso es poco probable la realización de estos procedimientos, pues no existe un gen específico de la inteligencia o de la fuerza física, se trata de la combinación de diversos genes y del medio ambiente en que la persona se desarrolla. Así cualquier proyecto de este tipo supone conocer la ubicación de todos los genes, sus funciones e interacciones, además la generación de las condiciones adecuadas para el desarrollo personal que permita que se materialicen las características potenciales.

## 1.7 DESTRUCCIÓN O DESECHO

Básicamente consiste en la muerte provocada del preembrión por descongelamiento, su eliminación echándolos a la basura o, simplemente, no proveer de las condiciones necesarias para su conservación.

De esta forma se podrían desechar los preembriones que, luego de un diagnóstico preimplantatorio, resulten no viables. Lo mismo puede ocurrir con los preembriones que se han mantenido congelados más allá del tiempo que la legislación que el respectivo país establece, como por ejemplo, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España, antes de su modificación establecía un plazo máximo de 5 años para mantener congelados los preembriones. La ley 14/2006, que es la normativa vigente en España, señala que los preembriones se mantendrán crioconservados hasta el momento en que se considere que la receptora no reúne los requisitos adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida, previo examen de especialistas. Luego de este período, los preembriones pueden destinarse a diversos fines, y en último caso, descongelarse sin uso alguno.

Otras legislaciones establecen la destrucción de los preembriones cuando los padres mueran sin haber decidido el destino de ellos. Incluso, se deben desechar los embriones supranumerarios cuando no se contemple su crioconservación.

Es evidente que este no es el mejor destino que pueda darse a los preembriones, aunque se argumente que se les dejaría morir naturalmente por su descongelamiento o por no proporcionarles los medios adecuados de

conservación, y no su eliminación propiamente tal, ya que todos estos casos implican su muerte. Al menos, cuando mueren en la realización de un diagnóstico preimplantatorio o en un proceso de investigación o experimentación, lo hacen en el intento de beneficiar a esos mismos preembriones, a otros, e incluso, a personas ya nacidas. Por ello, y anticipando un poco nuestras conclusiones, consideramos que no debe ser éste el destino final de los preembriones, sino que deben ser utilizados en cuestiones que los puedan favorecer a ellos mismos o a la humanidad en general, sin mencionar las posibilidades de disponibilidad jurídica que trataremos a continuación.

## **2. DISPONIBILIDAD JURÍDICA**

Primero que todo, debemos aclarar que la disponibilidad jurídica sólo es posible para quienes sostienen que la naturaleza jurídica del preembrión es ser una cosa, o quienes, como nosotras, la califican dentro de una categoría ontológica especial, sobre la cual existe un derecho de propiedad limitado de su titular.

En segundo lugar, como ya se dijo, esta disposición sólo es posible hacerla efectiva cuando los preembriones se encuentran fuera del cuerpo de la mujer.

Recordemos que la disponibilidad jurídica se refiere a la facultad de desprenderse total o parcialmente del derecho que se tiene sobre una cosa, sea o no en favor de otra persona, sea por acto entre vivos o causa de muerte.



En el fondo, se refiere a la posibilidad de comercializar con las cosas.

Adecuando este concepto al caso de los preembriones podemos decir que la disponibilidad jurídica consiste en la capacidad que tiene el dueño de ellos para comercializarlos.

Miguel Ángel Soto Lamadrid señala que no existe ningún inconveniente físico en que los particulares puedan apropiarse de los embriones humanos separados del cuerpo de la madre, no habría problema para que ellos se encontraran en el comercio.<sup>91</sup>

Este mismo autor opina, a propósito del tema de la disposición de gametos, que existe una confusión entre el concepto de comerciabilidad y mercantibilidad.

La comerciabilidad se refiere a la posibilidad de realizar actos jurídicos entre particulares, así, la donación sería una manifestación de ella. En cambio, la mercantibilidad se refiere a las contraprestaciones pecuniarias que se otorgarían las partes, como en el caso de una compraventa.<sup>92</sup>

Por su parte, el Informe Palacios establece en su Recomendación 72 bis: “Los embriones que queden a disposición del banco correspondiente sólo podrán ser utilizados para la transferencia cuando sean implantables, en las condiciones que legalmente se establezcan, que en ningún caso podrán suponer la comercialización de los mismos, o para investigación autorizada”. Este informe confunde la comerciabilidad con la

---

<sup>91</sup> SOTO LAMADRID, citado por CURIA CASTRO, EVA, Ob. Cit. Pág. 27

<sup>92</sup> SOTO LAMADRID, citado por GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL, “Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997, Pág. 65

mercantibilidad. Lo que en el fondo restringe es la posibilidad de que los preembriones sean un objeto del mercado y, en concreto, que se puedan vender, pero no la donación de los mismos.

Esta confusión se refleja con mayor claridad en la antigua Ley española 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida que señala en su artículo 20. 2. B: “Son infracciones muy graves: e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.” Sin embargo, en su artículo 5 permite la donación de gametos y preembriones, por lo que al señalar que comerciar con preembriones constituye una infracción, sólo se refiere a las transacciones con fines de lucro, y no los extrae del comercio en general. La actual normativa salva esta confusión al prescribir en su artículo 26.b: “son infracciones graves: 6) La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6”

Siguiendo esta línea, veremos si es posible la comerciabilidad y mercantibilidad de los preembriones que se encuentren fuera del cuerpo de una mujer, principalmente los crioconservados.

A continuación, haremos un análisis de los diversos contratos cuyo objeto es la disposición de preembriones, sin dejar de advertir, que dada la naturaleza consumible de los preembriones, o sea, que su uso normal no permite utilizarlos repetidas veces, porque al implantarse en el útero no pueden ser empleados nuevamente, y lo mismo sucede si se ocupan para fines de investigación. La disponibilidad jurídica se limita a contratos que

no cedan sólo el uso de ellos, esperando su restitución, puesto que esto es imposible.

## 2.1 DONACIÓN

Nuestro Código Civil define este contrato en el artículo 1386 como: “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”

Se trataría entonces, para el caso de los preembriones de la transferencia gratuita de éstos por parte de sus progenitores a otra persona, sea esta la madre o pareja que quieren tener un hijo pero se encuentran impedidos, y a quien se implantará el preembrión, o a un banco de gametos y preembriones para que los utilices en programas de fertilización asistida o de investigación.

El artículo 5.1 del la Ley española 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida define la donación de gametos y preembriones como “un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado”. Esta definición restringe la donación al caso en que el donatario sea una institución especializada en la utilización de preembriones.

Creemos que la donación es una forma de evitar el desecho de embriones supranumerarios y, también de solucionar el problema de infertilidad de quienes no pueden someterse a una fertilización con sus propios gametos. Así, abogamos por que se establezca una regulación

sobre el tema, que no prohíba la donación sino que la permita cumpliendo ciertos requisitos, que postularemos en el capítulo final de esta memoria.

Para entender mejor de que se trata esta figura examinaremos cada uno de los elementos de ésta:

### **2.1.1. Voluntad**

La voluntad es un requisito de existencia de todo acto jurídico.

Anteriormente señalamos que los titulares de los preembriones son los miembros de la pareja, cuando se encuentran fuera del cuerpo de la mujer; y, de la mujer, cuando se encuentran dentro de ella.

Para dar cumplimiento al contrato, los preembriones deben estar fuera del cuerpo materno, siendo la pareja titular de los derechos sobre el preembrión, son ellos, en conjunto, quienes deben manifestar la voluntad necesaria para formar el consentimiento.

Por la indudable importancia que tienen los preembriones, creemos que este contrato debe ser **solemne** y celebrarse por escrito y, además, establecerse claramente en él los fines para los cuales los progenitores donan los preembriones, para así no dejar su destino al arbitrio de los bancos de embriones o de las personas naturales a las cuales se le hayan donado.

La propia definición que nos da nuestro Código Civil de esta figura, nos dice que se trata de un contrato **irrevocable**.

Creemos, en cambio, que debiera establecerse la revocabilidad bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, el artículo 5.2 de la Ley 14/2006 de España señala: “la donación sólo será revocable cuando el

donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles”. Si bien esta disposición habla de gametos, la razón que subyace a ella es la misma que en el caso de los preembriones, por ejemplo, si quienes generosamente donaron sus preembriones creyendo que tenían la capacidad para producir más, les sobreviene una enfermedad que les impide hacerlo, evidentemente precisarán para sí los preembriones.

Sobre este punto, Fernando Pantaleón, profesor de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, sostiene que la irrevocabilidad de la donación sería inconstitucional, ya que la dignidad humana y sus derechos inherentes, los cuales son inviolables “tiene como contenido el derecho de autodeterminación de la persona, y en concreto, que ésta decida el sí y el cuándo de su reproducción”<sup>93</sup>

En el caso de que los preembriones hubiesen sido donados para fines de investigación, también cabría la revocación, siempre y cuando los preembriones no hayan sido intervenidos aún.

### **2.1.2. Capacidad**

En esta materia, como en nuestro país no existe ley especial, debemos regirnos por la norma general, por lo que el donatario puede ser una persona natural, siempre que sea capaz, o una institución médica

---

<sup>93</sup> BLASCO G., FRANCISCO, “La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, España, 1991 Pág. 70, citado por GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL, “Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997, Pág. 73

especializada. Pero debe existir la posibilidad de la representación por tratarse de una facultad personalísima e indelegable.

En otros países, como España, se exige la mediación de un centro especializado, siendo éste el único donatario posible.

Creemos que no existe problema alguno de que el donatario sea una pareja o sólo una mujer, siempre que el contrato se celebre con la intención de tener hijos, porque sufre de infertilidad.

### **2.1.3. Objeto**

El objeto de este contrato es la transferencia de preembriones.

Si analizamos las normas que tratan la ilicitud del objeto, podemos decir, que los preembriones no caben en ninguna de esas categorías, razón por la que nos encontramos ante un objeto lícito.

### **2.1.4. Causa**

Respecto de este elemento se han seguido dos posturas:

#### **a) DOCTRINA CLÁSICA**

La causa de la donación sería la mera liberalidad, siguiendo el artículo 1467 del Código Civil.

En este caso la causa es siempre lícita.

#### **b) DOCTRINA DE LOS MÓVILES PSICOLÓGICOS**

La causa consiste, según esta teoría, en los motivos que indujeron a las partes a contratar.

Por ello, para nosotras, la causa es lícita si la donación se realiza tanto con fines investigativos como para la fertilización de otra pareja.

Sólo sería ilícita cuando se contrató con el fin de realizar experimentos que atenten contra el orden público, como el caso de las investigaciones genéticas no terapéuticas.

### **2.1.5. Elementos especiales de la donación de preembriones**

#### a) SECRETO

Cuando la donación tiene por objeto la implantación del preembrión en otra mujer, existe una enorme responsabilidad para los donantes, ya que se les podría obligar a responder como padres del preembrión. Además, los donatarios podrían verse perturbados si los donantes reclamaran la filiación del niño.

Es por ello que en algunos países se ha optado por mantener en secreto la identidad de los donantes, y eximirlos de toda obligación y derecho sobre el niño. Es claro que dicho anonimato se pierde cuando se realiza una donación directa entre el donante y la pareja a la cual se implantará el preembrión. En dicho caso debiera establecerse la exención de derechos y obligaciones sobre el niño, y mantener en reserva la identidad de los donantes respecto del menor y el resto de la sociedad.

La Ley 14/2006 de España establece en su artículo 5.5: “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”

Como en Chile no existe normativa al respecto debemos remitirnos a las normas sobre secreto profesional y filiación. Aquí tiene aplicación el artículo 182 del Código Civil, tantas veces mencionado, en virtud del cual se consideran padre y madre del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida, el hombre y la mujer que se sometieron a ella.

El problema del anonimato radica en el desconocimiento de la identidad de los donantes, que puede generar perjuicios para el niño, ya que al sufrir alguna enfermedad hereditaria no tendría la posibilidad de acceder a la historia clínica de sus padres genéticos.

Esta cuestión fue reconocida en el Informe Warnock, que por un lado, ampara el secreto de la identidad de los donantes; y, por otro, recomienda reconocer el derecho del niño a investigar las características médicas de sus padres, pero no su identidad.

Por su parte, la Ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida, señala: “Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante”.



## b) CONTRATO COMPLEMENTARIO DE IMPLANTACIÓN DE PREEMBRIÓN

Es necesario distinguir el contrato de donación del contrato de implantación.

Este último es un contrato innominado en virtud del cual a la mujer se le implanta el preembrión de otros progenitores, ya que ella (si no tiene pareja) o ella y su pareja son infértiles.

A continuación analizaremos los derechos y obligaciones que emanan de este contrato.

Las partes de este contrato son el centro médico y la mujer o pareja a la que se le implanta el preembrión. De lo anterior se sigue que el donante no participa en el contrato.

- **Derechos y obligaciones de la mujer o pareja**

Son las obligaciones típicas de un tratamiento médico, como obedecer las instrucciones, pagar honorarios, gastos de hospitalización, etc.

La principal obligación es la de reconocer el hijo como propio.

- **Derechos y obligaciones del centro médico**

Deben cumplir con las exigencias propias de la lex artis del médico, pero la principal obligación es la de seleccionar preembriones viables para la implantación, que sean sanos y no porten enfermedades graves, ya sean genéticas o de otro tipo, como el SIDA.

### **2.1.6. Efectos del contrato de donación**

#### **a) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS DONANTES**

Los donantes tienen la obligación de entregar los preembriones.

A nivel mundial, se ha reconocido su derecho al anonimato y exención de sus deberes y derechos como padres, frente al caso de que el preembrión de origen a un niño.

Además, creemos que deben tener el derecho a que se respete el destino para el cual donaron los preembriones, el que debe quedar claramente establecido en el contrato de donación.

#### **b) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DONATARIO**

Actualmente, ante la falta de regulación sobre el tema en nuestro país, el donatario puede ser tanto la pareja o mujer a quienes se les implantará el preembrión, o un centro médico especializado en la materia, sea de fertilización humana o de investigación.

Así, el centro médico tiene la obligación de velar por la salud de los donantes, la conservación de los preembriones y destinarlos al fin propuesto por éstos.

Si el donatario es una pareja o persona natural, tiene la obligación de buscar los medios para conservar los preembriones y realizar la implantación para la cual se les donaron.

## **2.2 COMPRAVENTA**

El artículo 1793 del Código Civil chileno define este contrato como:  
“un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a

pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio”

Frente al caso en estudio sería un contrato por el cual una persona se obliga a dar un preembrión y la otra a pagarla en dinero.

Pese a que la generalidad de la comunidad internacional repudia la venta de preembriones, el Informe Warnock la acepta, específicamente, en su capítulo 17, en los siguientes términos: “La compra – venta de embriones o gametos humanas debe ser permitida sólo con autorización del organismo concesionario de licencias y está sujeta a las condiciones que él fije”.

En cambio, la Asociación Médica Mundial, en su Declaración sobre la Fecundación In Vitro y el Trasplante de Embriones de 1987 condena expresamente toda comercialización en la que se ofrezcan óvulos, semen o embriones para la compra o venta. A pesar de ello, en la práctica, óvulos, semen y embriones se ofrecen a la venta por internet y en otros lugares, por lo que dicha asociación llama a que la Asociaciones Médicas Nacionales “insten a sus gobiernos a promulgar una legislación que prohíba las transacciones comerciales de óvulos, semen y embriones humanos; y que los médicos que toman parte en la obtención y la utilización de óvulos, semen y embriones se aseguren que dicho material no haya sido adquirido de fuente individual. Así pueden contribuir, de manera práctica, a defender el principio ético de “no comercialización del tejido reproductivo humano””<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> <http://www.wma.net/s/policy/r1.htm>

Aunque estamos de acuerdo con la donación de embriones, no lo estamos con su venta, puesto que atenta contra la dignidad intrínseca que el preembrión conlleva, y que nos ha llevado a calificarlo como una categoría ontológica especial. Cabe aquí la diferenciación que hace Soto Lamadrid entre comerciabilidad y mercantibilidad. En consecuencia, opinamos que el preembrión es comerciable, mas no mercantilizable, no se debe lucrar con él.

Seguiremos el mismo esquema que utilizamos con el contrato de donación, para analizar el contrato de compraventa:

### **2.2.1. Voluntad**

Como lo señalamos a propósito de la donación, siendo la pareja titular de los derechos sobre el preembrión, ellos deben estar de acuerdo y manifestar la voluntad conjunta de querer vender al prembrión, necesaria para formar el consentimiento.

Cabe la posibilidad de que el vendedor no sean los progenitores del preembrión, sino un tercero que lo adquirió previamente de ellos. En este caso es el tercero quien debe manifestar su voluntad. Esta última posibilidad, es la que consideramos más reprobable, puesto que el tercero sólo tiene un afán de lucro que en la operación, adquirió los preembriones para venderlos, es un vil comerciante.

Consideramos, al igual que en la donación, somos de opinión que debería tratarse de un contrato **solemne** y ser celebrado por escrito, estableciéndose en él el destino preciso para el cual se venden los preembriones.

Salvo que se haya pactado expresamente lo contrario la compraventa es un contrato **irrevocable**. Pero, por las mismas razones que en la donación, creemos que debiera poder revocarse bajo ciertas circunstancias, como la infertilidad absoluta sobreviniente de la pareja, siempre que el preembrión no haya sido intervenido o utilizado de cualquier manera.

### **2.2.2. Capacidad**

Seguiremos aquí las normas generales sobre la capacidad, pero insistimos en que no cabe la representación, debe tratarse de una facultad personalísima.

Tanto vendedor como comprador pueden ser una persona individual, siempre que sea capaz, o una institución médica especializada.

Si es persona singular, el vendedor podría ser la pareja progenitora o un tercero que lo adquirió de ellos.

En cuanto al comprador persona natural, puede ser la pareja o mujer que desea tener un hijo u otra persona que desea revender el preembrión, lo que sería posible, puesto que no existiendo regulación al respecto, nada lo impide.

Aunque, nosotras no estamos de acuerdo con la venta de embriones, creemos que en el caso de que dicha figura se permita, debe prohibirse absolutamente la posibilidad de comprar preembriones con la intención de venderlos. Los preembriones no deben convertirse bajo ninguna circunstancia en un objeto más del mercado.

### **2.2.3. Objeto**

En este caso el objeto también corresponde a la transferencia de preembriones, y constituye un objeto lícito, a falta de norma que establezca lo contrario.

### **2.2.4. Causa**

Nuevamente trataremos las diversas posturas sobre la causa:

#### **a) DOCTRINA CLÁSICA**

Según esta doctrina, la causa del vendedor es la obligación del comprador de pagar el precio; y la causa del comprador, la del vendedor de entregar al preembrión.

Según esta teoría la causa es siempre lícita.

#### **b) DOCTRINA DE LOS MÓVILES PSICOLÓGICOS**

La causa en este caso consistiría en el ánimo de lucrar con el germen de toda vida humana, por lo que la consideramos ilícita, puesto que atentaría contra la dignidad que detenta el preembrión por en sólo hecho de ser tal, siendo contraria al orden público.<sup>95</sup>

### **2.2.5. Precio**

Como en toda compraventa el precio debe consistir en dinero.

---

<sup>95</sup> Artículo 1467 Código Civil chileno

### **2.2.6. Elementos especiales de la compraventa de preembriones**

#### **a) SECRETO**

Al igual que en la donación, cuando los vendedores son los progenitores y tiene por objeto la implantación del preembrión en otra mujer, podrían ser obligados a responder como padres del preembrión. Además, podrían reclamar los derechos que les corresponden como padres de éste.

Es por ello que en el caso de admitirse esta figura debiera resguardarse en secreto la identidad de los progenitores, y eximirlos de toda obligación y derecho sobre el niño.

En todo caso, en Chile cabría la aplicación del artículo 182 del Código Civil, considerándose padres al hombre y la mujer que se sometieron a la técnica de reproducción asistida.

Insistimos, que para evitar problemas en la salud del niño, sería recomendable que se permitiera acceder a las historias clínicas de los progenitores, más no a su identidad, en caso de que sufran de alguna enfermedad hereditaria.

#### **b) CONTRATO COMPLEMENTARIO DE IMPLANTACIÓN DE PREEMBRIÓN**

En la compraventa también existe un contrato anexo de implantación, respecto del cual nos remitimos a lo señalado a propósito de la donación.

### **2.2.7. Efectos del contrato de compraventa**

#### **a) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS VENDEDORES**

Los vendedores tienen la obligación de entregar los preembriones.

Su derecho principal es al pago del precio estipulado.

Debieran también tener derecho al anonimato y exención de responsabilidades respecto del menor nacido, como también a que se respete el fin para el cual vendieron los preembriones.

#### b) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Como no existe regulación al respecto, el comprador puede ser la pareja o mujer a quienes se les implantará el preembrión, un tercero que lo adquiera para revenderlo o un centro médico especializado en la materia, sea de fertilización humana o de investigación.

Cualquiera de ellos tiene la obligación de pagar el precio, y destinar los preembriones al propósito señalado por el vendedor. Además, en atención a la naturaleza de los preembriones, deben buscar los medios para conservar los preembriones.

### 2.3 DEPÓSITO

Ya sabemos que de un proceso de fertilización in vitro pueden sobrar preembriones, los cuales si no son desechados, deberán ser mantenidos congelados para prolongar su vida. Este proceso de congelación recibe el nombre de crioconservación, y es realizado por el mismo centro médico que intervino en la FIV.

Luego, los preembriones criocongelados son trasladados a un banco de embriones, donde son mantenidos hasta que se decida qué hacer con ellos. Aún cuando, ellos hayan sido vendidos o donados, deben mantenerse congelados en un banco hasta que no se disponga físicamente de ellos.



Entre el banco de embriones y los titulares de los preembriones mediará un contrato: el depósito, del cual el artículo 2215 de nuestro Código Civil nos dice: “El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante”

Entonces, el titular de los preembriones es quien los entrega al banco, para que éste los guarde, conserve y restituya en especie cuando el depositante lo solicite.

Se trata de un contrato absolutamente lícito y necesario, dado el alto número de embriones sobrantes que se registra mundialmente.

No existiendo regulación especial al respecto, debemos aplicar las normas generales del depósito que establece el Código Civil, con algunas diferencias que trataremos a continuación en el análisis pormenorizado que haremos de esta figura:

### **2.3.1. Voluntad**

El depositante puede ser la pareja de progenitores, donatarios o compradores de los preembriones. Por su parte, el depositario consistirá, por regla general, una institución especializada en la conservación de embriones, pero nada impide que se trate de una persona natural que cuente con el equipamiento necesario para su conservación y almacenamiento. Ellos son quienes deben manifestar el consentimiento necesario para formar el contrato.

Este contrato también debe ser **solemne** y escriturarse, por la importancia de lo que se está depositando. Lo ideal es que se señale el

propósito para el cual serán destinados los preembriones, o un plazo para determinarlo.

El artículo 11.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida española, dispone: “Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro, que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser criopreservados en los bancos autorizados para ello. La criopreservación (...) se podrá prolongar hasta el momento en que se considere (...) que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.”

Esta ley señala como posibles destinos de los preembriones criopreservados su utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación y el cese de conservación sin otra utilización una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos anteriormente mencionados. La utilización de los preembriones requiere el consentimiento de los progenitores.

Como en nuestro país no existe una norma similar, son las partes quienes debieran determinar el plazo y destino.

### **2.3.2. Capacidad**

Internacionalmente, la tendencia es a exigir que el depositario sea una institución especializada supervisada por las autoridades sanitarias del país.

A falta de regulación, en nuestro país, el depositario podría ser un particular.

Como lo señala el artículo 2218 las partes deben ser plenamente capaces para contratar un depósito.

Solamente haremos un alcance al respecto, creemos que en todo contrato que tenga como objeto preembriones, las personas naturales deben actuar personalmente, sin posibilidad de representación, siendo plenamente capaces.

### **2.3.3. Objeto**

En este contrato los objetos a depositar son los preembriones.

Se trata de un objeto lícito.

### **2.3.4. Causa**

#### **a) DOCTRINA CLÁSICA**

Por definición, el depósito es un contrato unilateral por lo que su causa sería la mera liberalidad.

En el depósito de preembriones, siempre se generarán expensas por la conservación de éstos y, por lo general, se cobrará una remuneración por el cuidado de ellos, por lo que se trata de un

contrato bilateral, en que la causa de una de las partes es la obligación correlativa de la otra parte.

A este respecto, el artículo 2219 inciso 2° del Código Civil dispone que en el caso de que se cobre una remuneración, el depósito degenera en arrendamiento de servicios. Esta afirmación no es efectiva, puesto que el propio Código en el mismo artículo prescribe que, salvo la modificación en la culpa por la cual responde el depositario, en todo lo demás, este último tiene los derechos y deberes de depositario. Es decir, no hay un cambio sustantivo en las normas que rigen al depósito remunerado, por lo que en definitiva, en la práctica no pasa a ser un arrendamiento de servicios. Esto se corrobora por lo dispuesto en el artículo 2222 que trata la culpa por la cual responde el depositario, señalando que responderá de culpa leve si se le concede una remuneración, reconociendo implícitamente que en este caso se trata de un depósito.

En todo caso, se trata de una causa lícita.

#### b) DOCTRINA DE LOS MÓVILES SICOLÓGICOS

El motivo para contratar del depositante es la conservación de los preembriones, con lo que la causa es lícita.

El móvil para el depositario consistirá, por lo general, en el dinero que conseguirá por la prestación de este servicio, la mera liberalidad, en el caso que no cobre e, incluso, el afán investigativo, en el caso de que se estipule que si no son utilizados dentro de un plazo determinado, sean destinados a la experimentación.

Opinamos que en todos estos casos se trata de causa lícitas.

### **2.3.5. Elementos especiales del depósito de preembriones**

#### **a) GRATUIDAD**

Un elemento de la naturaleza del depósito es su gratuidad, pero nada obsta a que se pacte una remuneración, como lo señala el artículo 2222 N° 2, que nos habla del depósito remunerado.

En la práctica, la regla general, es que los bancos de embriones cobren una remuneración, por lo que la gratuidad es excepcional.

#### **b) CULPA POR LA QUE RESPONDE EL DEPOSITARIO**

Según las normas generales del depósito del Código Civil, el depositario responde sólo de la culpa grave.

Si el depósito es remunerado, como en la práctica general, es responsable de culpa leve.

Podría responder de culpa levísima sólo si así se estipula.

### **2.3.6. Efectos del contrato de depósito**

#### **a) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO**

Según las normas generales, el depositario tiene la obligación de conservar los preembriones, utilizando los medios necesarios para ello.

Además, debe restituir los preembriones cuando su titular lo decida o en el plazo que se determine.

Si se estipuló que después de cierto plazo los preembriones se destinen a la investigación u otra finalidad, el depositario debe realizar las gestiones necesarias para que ello se cumpla.

Tiene derecho a una remuneración si ello se ha estipulado.

## b) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

El depositante tiene la obligación de pagar las expensas de conservación de los embriones, y la remuneración que se haya pactado con el depositario.

Tiene derecho a que se le restituyan los preembriones cuando así lo estime, pero esta restitución debe hacerse para un fin determinado, aún cuando este fin sea la muerte de los preembriones por descongelamiento.

**CUARTA PARTE:**  
**DISPONIBILIDAD DE LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y**  
**DERECHO**

A continuación, haremos un análisis normativo de la legislación vigente aplicable al tema de nuestra memoria.

Comenzaremos tratando el Derecho Internacional y los diversos instrumentos que se pueden relacionar con el tema en cuestión, luego proseguiremos con algunos ejemplos del Derecho Comparado que han regulado expresamente la materia, para finalmente revisar la legislación nacional, y analizar qué normas son aplicables, ya que no existe una ley especial sobre el tema, razón por la cual también estudiaremos los diversos proyectos de ley que existen al respecto.

Antes de entrar en materia, haremos referencia a los bienes jurídicos que pueden encontrarse en conflicto en relación con la manipulación y disposición de preembriones, para que durante el análisis de las diversas normativas veamos como ellas consideran esos bienes.

# 1. BIENES JURÍDICOS INVOLUCRADOS CON RELACIÓN A LA DISPOSICIÓN DE LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS

## 1.1 DERECHO A LA VIDA Y DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

El primer interés susceptible de verse involucrado en este tema es el **derecho a la vida, a la integridad física y síquica, y la dignidad humana**, derecho fundamental consagrado constitucionalmente a nivel mundial, y que puede verse afectado según como entendamos que este derecho se relaciona con el preembrión y cuál es el estatuto jurídico que le asignemos a este último.

No hay duda de que todo ser humano nacido goza de este derecho y todo atentado en su contra es reprochado y castigado. Pero existen dudas sobre si este derecho corresponde también al embrión humano preimplantacional. A grandes rasgos tres son las posibles calificaciones que se le pueden otorgar a ellos:<sup>96</sup>

- a) El preembrión es persona en iguales condiciones que todo ser humano nacido, por lo que goza del derecho a la vida en toda su expresión. Esta es la postura de la Iglesia Católica y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Este último ha declarado que la dignidad se encuentra presente en todo ser humano, desde la concepción, siendo ésta intangible, aunque no ha

---

<sup>96</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “Después de la píldora”, Ob. Cit., Pág. 235 a 244



reconocido expresamente que el feto sea titular del derecho fundamental a la vida.

- b) El embrión preimplantado no es persona, pero su vida es un objeto que merece protección en algún sentido comparable con la vida de las personas. El Tribunal Constitucional español sigue esta opción considerando la vida humana como un proceso continuo sometido a cambios cualitativos, lo que implica reconocer estatutos diferentes. Sólo el ser humano nacido es titular del derecho constitucional a la vida, mientras que respecto del ser humano no nacido su vida se configura como un valor fundamental de orden constitucional que no tiene el mismo peso que el derecho a la vida de los seres humanos nacidos.
- c) Finalmente, se puede considerar que el embrión preimplantacional no es persona y la protección de su vida no tiene relevancia constitucional. Esta es la opción de la Corte Suprema federal norteamericana, según la cual la vida de los preembriones puede representar un legítimo interés estatal legal, pero sin relevancia constitucional.

Así, para quienes el preembrión tiene el estatus de persona, cualquier utilización de éste, que no sea su implantación en el útero materno, atenta contra el derecho a la dignidad humana. Además, toda experimentación que utilice embriones implica un menoscabo en su integridad física. Por otro lado, cualquier creación artificial de embriones para su posterior implantación debe limitarse al máximo en su número, para evitar la muerte

de embriones, de lo contrario se estaría atentando contra el derecho constitucional a la vida.

Incluso, existen posiciones más extremas, como la del profesor Hernán Corral Talciani<sup>97</sup>, quien considera ilegítima la práctica de la fertilización in vitro, ya que por su alto índice de fracasos, supone la muerte premeditada de embriones, lo que constituye un ataque al derecho a la vida y dignidad humana.

Para quienes sostienen que el embrión preimplantado es una cosa, no existe un conflicto con el derecho a la vida, puesto que no es titular de este derecho en la forma que la constitución lo consagra. Pese a ello, muchos adeptos a esta postura consideran que atendido que el preembrión es una persona en potencia, merece un mínimo de respeto en su vida y dignidad, por lo que no es admisible su utilización y destrucción indiscriminada.

Nosotras hemos señalado que consideramos al preembrión una categoría ontológica especial, que goza en cierta medida del derecho a la dignidad personal, atendido el germen de vida que conlleva, por lo que su utilización debe ser regulada por el ordenamiento jurídico.

## 1.2 AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

En capítulos anteriores hemos señalado que toda persona goza del derecho a determinar libremente el número de hijos que desea tener y el intervalo que debe existir entre ellos. Se trata de los llamados **derechos**

---

<sup>97</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Derecho y derechos de familia”, Ob. Cit. Pág. 238

**reproductivos**, que no son más que una especificación de la libertad de cada individuo en el ámbito de su propia reproducción.

Dichos derechos abarcan tanto la decisión de tener hijos, y someterse a tratamientos contra la infertilidad si ello no es posible, como la de no tenerlos.

Es por ello que cualquier intento por prohibir las técnicas de reproducción asistida atentan contra este derecho, como también lo es el forzar a la mujer a que se implante los embriones sobrantes de un proceso de FIV, para evitar su desecho.

Debemos tener presente que antes de someterse a cualquier tratamiento contra la infertilidad se requiere el consentimiento libre e informado de la paciente, pero dicho consentimiento es revocable, por lo que aún cuando la mujer haya prestado su consentimiento para una FIV, ella podrá arrepentirse en cualquier momento, aunque ya se hayan fecundado los óvulos y estén listos para su implantación.

### 1.3 LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Es un derecho fundamental la libertad para poder realizar cualquier investigación científica, utilizando los medios adecuados.

Dicha actividad puede tener como objeto de investigación a los preembriones que se encuentran en una placa de laboratorio, razón por la que hay quienes la consideran un atentado contra su vida y dignidad no justificable bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, debemos tener presente que el avance científico es de suma importancia para procurar el bien común de la sociedad, dado que las investigaciones y experimentaciones con embriones buscan ese fin, como por ejemplo, la prevención y cura de enfermedades degenerativas como el Parkinson o el cáncer.

No sólo en ese aspecto puede verse afectado este interés legítimo, sino que también, durante la realización de técnicas de reproducción asistida podría omitirse la participación de especialistas médicos en decisiones importantes, como por ejemplo, la de poner fin a la existencia del embrión, o la selección de los embriones supranumerarios que deben ser desechados y cuales no.

Ahora es momento de ver como las diversas legislaciones e instrumentos internacionales consideran al embrión y ponderan los bienes jurídicos recién tratados.

## **2. DERECHO INTERNACIONAL**

### **2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE**

Ella fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y como un intento de sentar las bases de un nuevo orden internacional.

En su artículo 3 señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

Desde la perspectiva de quienes sostienen que la vida humana comienza en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y que a partir de ese instante el embrión es persona o individuo, la utilización de embriones con fines no reproductivos constituye un atentado contra este derecho. Para quienes la vida humana comienza después, dicho derecho no se vería afectado.

Por otro lado, pese a que la autodeterminación reproductiva y la libre investigación científica no se encuentran expresamente consagrados en esta Declaración, ellos no son más que manifestaciones de la libertad individual que estatuye el artículo 1 de la Declaración, al decir: “**Todos los seres humanos nacen libres** e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y en varios artículos que tratan las diversas manifestaciones de ella.

Por ello, cualquier impedimento para la investigación con preembriones, para quienes sostenemos que no es persona, constituye un atentado contra este derecho.

## 2.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

También conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos

Humanos, realizada en San José de Costa Rica en Noviembre de 1969 por la Organización de Estados Americanos.

El artículo 1.2 establece: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Por su parte el artículo 4.1 nos señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Se evidencia aquí que esta convención protege la vida desde la concepción, considerando al embrión persona desde ese momento, por lo que cualquier utilización de éste, o el uso de técnicas de reproducción asistida que pongan en riesgo su vida, infringen este instrumento.

El artículo 7 consagra la libertad personal; los artículos 12 y 13 las libertades de conciencia y religión, y las de pensamiento y expresión respectivamente. Por otra parte, como ya fue señalado, la autonomía reproductiva y la libre investigación científica son sólo manifestaciones de la libertad general. Sin embargo, el ejercicio de ellas no puede implicar un atentado a la integridad o riesgo para la vida de un embrión.

### 2.3. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1979.

En su Preámbulo señala que teniendo presente la igualdad entre hombres y mujeres consagrada en diversos convenios internacionales de Derechos Humanos, su finalidad es que los Estados Partes tomen todas las medidas necesarias para terminar con la discriminación que ellas sufren.

En este marco de ideas, esta convención consagra la autonomía reproductiva de la mujer, en los términos dispuestos en el artículo 16.1 letra e): “Los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”

Así, para este convenio el respeto de los derechos reproductivos de la mujer, es necesario para velar por su igualdad ante los hombres.

#### 2.4. CÓDIGO DE NÜREMBERG

Es el nombre que se ha dado a las primeras directrices que se dieron históricamente en materia de experimentación con seres humanos.

Ellas fueron adoptadas en el marco del juicio de Nüremberg, donde se juzgó por crímenes de guerra a los nazis por los delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, y en particular en el caso “Estados Unidos contra Karl Brant”, donde se debatió el tema de la experimentación médica en seres humanos. Finalmente, en el veredicto de este caso, una sección del fallo se tituló “Experimentos médicos permitidos”, que es lo que hoy conocemos por Código de Nüremberg.

Estas directrices deben tenerse presente frente a cualquier experimentación que se realice con preembriones, ya que aun cuando

sostuviéramos la teoría de que ellos constituyen una cosa, no debe olvidarse que en ellos se encuentra el principio de toda persona, por lo que no puede disponerse arbitrariamente de él.

Resultan aplicables:

El número 1 que señala que el consentimiento voluntario de la persona, antes de someterse a cualquier experimentación médica, es esencial.

En el número 2 se expresa que el experimento debe buscar resultados fructíferos que procuren el bien de la sociedad, y que no se puedan obtener por otros medios.

A su vez, el número 5 nos dice: “El experimento debe ser ejecutado de tal manera que evite todo sufrimiento físico, mental y daño innecesario.”

## 2.5. DECLARACIÓN DE HELSINKI

Estas recomendaciones fueron adoptadas por la 18° Asamblea Médica Mundial, celebrada en Helsinki, en junio de 1964, y ratificadas posteriormente en la 29° y 35° Asambleas Médicas Mundiales, celebradas en Tokio y Venecia, en octubre de 1975 y octubre de 1983, respectivamente.

Está destinada a guiar a los médicos en las investigaciones científicas que involucren a seres humanos.



Este instrumento también debe tenerse presente en las investigaciones con embriones, por las mismas razones que el Código de Núremberg.

Particularmente debemos tener presente que en la investigación con seres humanos:

- La preocupación por el bienestar del ser humano debe primar sobre los intereses de la ciencia y la sociedad. (párrafo 5)
- El deber del médico es proteger la vida, salud, intimidad y dignidad del ser humano. (párrafo 10)
- Sólo debe realizarse si la importancia de su objetivo es mayor a sus riesgos. (párrafo 18)
- Las personas deben participar de manera libre e informada. (párrafo 20)
- “Cuando la persona sea legalmente incapaz, o inhábil física o mentalmente de otorgar consentimiento, o menor de edad, el investigador debe obtener el consentimiento informado del representante legal y de acuerdo con la ley vigente. Estos grupos no deben ser incluidos en la investigación a menos que ésta sea necesaria para promover la salud de la población representada y esta investigación no pueda realizarse en personas legalmente capaces.” (párrafo 24)

## 2.6. CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO CON RESPECTO A LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA

También es conocida como el Convenio de Asturias de Bioética o Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

Fue suscrito por el Comité de Ministros del Consejo Europeo el 4 de Abril de 1997, y constituye el primer instrumento vinculante que protege a las personas frente a las investigaciones científicas.

En su Preámbulo hace referencia a diversos tratados internacionales que protegen a la persona humana y su dignidad, y expresa: “Conscientes de los rápidos avances de la biología y la medicina, convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad; conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina; afirmando que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras...”

De lo anterior se desprende que este instrumento estima necesario establecer garantías para proteger la dignidad y demás derechos de la persona humana, sin detener el progreso científico.

Es así como el artículo 1º al señalar el **objeto y finalidad** del convenio, prescribe: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser

humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.”

Por su parte el artículo 2 establece la **primacía del ser humano** en los siguientes términos: “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.”

Estas normas reflejan que los bienes jurídicos fundamentales para este instrumento son la integridad y dignidad de la persona, por sobre los intereses científicos, y por ende, la libertad de investigación científica.

Si bien esta convención no define qué se entiende por ser humano, es un principio generalmente reconocido que quienes trabajaron en ella entendían que el ser humano debía respetarse desde el momento de la concepción.

El artículo 5 establece que las intervenciones sólo pueden hacerse en las personas previo consentimiento libre e informado, pudiendo éste ser revocado.

Tratándose de personas incapaces de expresar su consentimiento libre, el artículo 6 señala que las intervenciones se realizarán sólo si son en su beneficio directo. En este punto podemos incluir a los embriones, por lo que cualquier experimento con ellos debe ser en beneficio directo de los mismos.

Por su parte, el artículo 15 expresa: “Las investigaciones científicas en el campo de la biología y la medicina pueden ser llevadas a cabo libremente, sujetas a las disposiciones de esta Convención y a las otras disposiciones legales que aseguran la protección del ser humano.” Así, este artículo consagra la libertad de investigación científica, pero con el límite de los derechos fundamentales de la persona humana.

El artículo 18 trata expresamente el tema de la **experimentación con embriones** in vitro señalando: “1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”

Este instrumento permite la experimentación con embriones, mientras proteja su integridad y dignidad, prohibiéndose la creación de embriones con la sola finalidad de investigar.

Otros artículos aplicables a la materia en comento son el 21 y el 22, que señalan lo siguiente: Artículo 21 “Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.”

Artículo 22 “Utilización de una parte extraída del cuerpo humano. Cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados.”

Por analogía podemos aplicar los últimos dos artículos al caso de los embriones, ya que si una parte cualquiera del cuerpo humano no puede ser objeto de lucro y debe destinarse a la finalidad para la cual se consintió su

extracción, con mayor razón los embriones deben estar sujetos a estas limitantes.

## 2.7. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Este instrumento fue aprobado en París, en Julio de 1997, por la Conferencia General de la UNESCO. Su finalidad fue dar un efectivo cumplimiento al respeto de la dignidad y demás derechos de la persona humana garantizados en diversos tratados internacionales, en relación a la investigación y experimentación científica relativa al genoma humano.

Así, su Preámbulo señala: “Reconociendo que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas.”

El artículo 1° reconoce al genoma humano como base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia y reconocimiento de su dignidad y diversidad, otorgándole la calidad de patrimonio de la humanidad.

Por su parte, el artículo 2 reconoce el derecho a la dignidad de cada individuo sin importar las características genéticas, cualidades que deben ser respetadas, manteniendo el carácter de único de cada individuo y su diversidad.

El artículo 5 establece que toda investigación, tratamiento o diagnóstico en relación con el genoma de un individuo debe hacerse previa evaluación de riesgos, y consentida de manera libre e informada por la persona. Si ella no es capaz de prestar el consentimiento sólo se realizará el procedimiento si va en beneficio directo de su salud.

Siguiendo con el tema de la investigación, el artículo 10 señala: “Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.”

El artículo precedente consagra una de las ideas centrales de esta Declaración: la primacía del respeto de los derechos humanos por sobre las investigaciones de la biología, medicina y genética.

El artículo 11 señala que no deben permitirse prácticas contrarias a la dignidad humana, y señala como ejemplo la clonación con fines reproductivos.

Los artículos 12, 14 y 15 establecen la libertad de investigación científica, la que tiene como límites la dignidad y derechos de la persona:

- Artículo 12: “a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos.

b) La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la

biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad.”

- Artículo 14 “Los Estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en la presente Declaración.”

- Artículo 15 “Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública. Velarán por que los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse con fines no pacíficos”

En definitiva, esta Declaración limita las intervenciones de carácter genético que puedan realizarse a los embriones, aceptando sólo la terapia genética y no la manipulación. Además, incorpora un nuevo bien jurídico a proteger, el genoma humano.

## 2.8. RESOLUCIÓN SOBRE CLONACIÓN DEL EMBRIÓN HUMANO

Esta resolución fue adoptada en 1993, por el Parlamento Europeo con el fin de impedir la práctica generalizada de la clonación humana, luego de la clonación de embriones defectuosos realizada por el Doctor Hall.

Debemos tener presente que las resoluciones de este parlamento no son vinculantes, si ellas no son recogidas por las legislaciones nacionales. Son meras recomendaciones.

Las disposiciones más importantes relativas a nuestro tema son:

C) “Convencido de que la clonación de seres humanos realizada de modo experimental, en el marco de tratamientos de esterilidad, de diagnósticos preimplantatorios y de trasplantes de tejido o cualquier otro fin que sea contrario a la ética, es moralmente reprobable y contraria al respeto de la persona y constituye una grave violación de los derechos fundamentales del hombre y, en consecuencia, no sería, justificada ni aceptada en ningún caso”.

1) “Denuncia la clonación de seres humanos realizada con el fin que sea, inclusive la investigación, como una grave violación de los derechos fundamentales del hombre y como un acto contrario al respeto del individuo, moralmente detestable y éticamente inaceptable”;

3) “Exige a los científicos, investigadores y facultativos que trabajen con la tecnología de reproducción humana, financiados por el sector público y por el sector privado, que se comprometan a no dedicarse a la clonación de embriones, sin importar su objetivo, durante el período precedente a la entrada en vigor de una prohibición de esta clase que tenga carácter obligatorio”.



## 2.9 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA CLONACIÓN HUMANA

Fue aprobada en septiembre del año 2000, como respuesta a la propuesta del Reino Unido que permite la clonación nuclear con fines terapéuticos, solicitando al parlamento británico que, en definitiva, rechace dicha propuesta.

Algunas de las razones esgrimidas para adoptar dicha resolución fueron las siguientes:

“A. Considerando que la dignidad humana y el consiguiente valor de todo ser humano son los principales objetivos de los Estados miembros, tal como se proclama en numerosas constituciones modernas,”

“B. Considerando que la indudable necesidad de llevar a cabo investigaciones médicas como resultado del progreso en el conocimiento de la genética humana debe sopesarse frente a estrictas limitaciones éticas y sociales,”

“C. Considerando que existen formas de curar enfermedades graves sin recurrir a la clonación de embriones, como los métodos consistentes en obtener células madre a partir de personas adultas o del cordón umbilical de recién nacidos, y que existen otras causas externas de enfermedad sobre las que debe investigarse,”

“H. Considerando que no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos, y que cualquier flexibilización de la prohibición vigente originará presiones

para poder seguir desarrollando la producción y la utilización de embriones,”

“2. Considera que la "clonación terapéutica", que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea.”

### **3. DERECHO COMPARADO**

En este capítulo analizaremos cómo diversos países han enfrentado el tema del estatuto jurídico del embrión y la posibilidad de disponer de él cuando ha sido creado en una placa de laboratorio.

Primero examinaremos la legislación de España, Alemania y el Reino Unido, quienes han resuelto de diferente manera el tratamiento de estos temas. Luego, haremos un análisis comparativo de cómo éstos países han resuelto los conflictos de intereses que surgen a raíz de estas cuestiones.

España fue uno de los primeros países en regular de manera sistemática las técnicas de reproducción asistida y los potenciales destinos de los embriones supranumerarios, sirviendo de base para posteriores legislaciones de otros países. Esta normativa se encuentra tratada actualmente en la Ley 14/2006, de 27 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Esta ley no sólo regula las técnicas de

reproducción asistida, sino que abre la posibilidad para la investigación y experimentación con embriones.

La legislación alemana es una de las protectoras del embrión en el mundo, otorgándole un status jurídico especial y estableciendo una serie de prohibiciones respecto a su manipulación. Esta regulación se encuentra en dos leyes especiales: la Ley 745/1990 de Protección del Embrión, de 13 de Diciembre de 1990 y Ley de Garantía de la Protección del Embrión en relación con la Importación y Utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano, de 28 de Junio de 2002.

En cambio, la legislación británica es más liberal al respecto, porque permite la experimentación con embriones e, incluso, su clonación con fines terapéuticos. Esto se encuentra en la Ley de Fertilización Humana y Embriología (Human Fertilisation and Embryology Act) aprobada por el Parlamento Británico el 1º de Noviembre de 1990, la que ha sufrido diversas enmiendas.

### 3.1 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La primera ley que reguló esta materia en España fue la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la que fue modificada posteriormente por la Ley 45/2003, de 21 de Noviembre.

Hoy, la normativa vigente se encuentra en la Ley 14/2006, de 27 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que derogó las leyes precedentemente mencionadas, y cuyo propósito fue actualizar la legislación para dar cabida a las nuevas técnicas de reproducción asistida y

dar una respuesta uniforme al destino de los embriones supranumerarios, ya que, como se verá más adelante, la Ley 45/2003 establecía diferentes fines según si los preembriones se generaron antes o después de la entrada en vigencia de dicha ley.

Desde un comienzo esta legislación **distinguió entre “preembrión” y “embrión”**, estableciendo como límite entre ambos el día 14 de desarrollo embriológico, reconociendo que la vida humana comienza una vez transcurrido ese período de tiempo.

Esta ley sólo regula la utilización de los preembriones.

En cambio, el uso de embriones se encuentra normado por la Ley 42/1988 sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, que sólo admite la donación y utilización de embriones no viables o muertos. Esta es toda la referencia que haremos al respecto, ya que nuestra Memoria se limita a la disponibilidad de los preembriones.

La ley 14/2006 en su artículo 1.2 define expresamente qué entiende por preembrión como: “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito que es fecundado hasta 14 días más tarde”

Los preembriones de los que se puede disponer son los sobrantes de procesos de fertilización in vitro. La ley 45/2003 limitaba el número de ovocitos que se podía fecundar por cada ciclo de la mujer a tres. La actual normativa elimina esa restricción, ya que ésta dificultaba las prácticas de las técnicas de reproducción asistida. En cambio, en el artículo 3.2 la ley

vigente sólo limita a tres la transferencia de preembriones en una mujer por cada ciclo reproductivo.

Los preembriones sobrantes de los procesos de fertilización in vitro que no sean transferidos a la mujer, pueden ser **crioconservados** en bancos autorizados para ello, hasta el momento que se considere, previo examen de especialistas, que la receptora no reúne los requisitos adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida. La ley 35/1988 establecía un tiempo de crioconservación máximo de 5 años. Esto se modificó por la ley 45/2003 señalando que se crioconservarían por el tiempo que durara la vida fértil de la mujer.

El artículo 11.4 de la actual legislación señala los posibles **destinos** que pueden darse a los preembriones crioconservados:

- “ a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.”

La utilización de los preembriones requiere consentimiento previo a la generación de ellos e informado por parte de la mujer, y si ella está casada, también de su marido. Cada dos años se exige la renovación o modificación de este consentimiento. Si no se puede obtener esta renovación en cuatro años, los preembriones quedarán a disposición del

centro que los mantenga crioconservados, quienes los pueden destinar a cualquiera de los fines señalados en el artículo 11.4.

Esta legislación admite diversos tipos de intervenciones sobre el preembrión:

En primer lugar, el artículo 12 nos señala la posibilidad de realizar un **diagnóstico preimplantacional**, por los centros autorizados, con el objeto de detectar enfermedades hereditarias graves, que no se puedan tratar de forma posnatal, con el fin de efectuar selección de embriones aptos para ser transferidos al útero materno. Con el mismo propósito, también se debe detectar otras alteraciones que afecten la viabilidad del embrión. La utilización del diagnóstico con otros fines requiere autorización expresa de la autoridad sanitaria correspondiente.

El artículo 13 de la ley en análisis permite las **intervenciones con fines terapéuticos** en el preembrión in vitro sólo para tratar enfermedades o impedir su transmisión, siempre que los resultados favorables cuenten con garantías razonables y constatadas, previo consentimiento informado de la mujer o la pareja, y que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se utilice con el fin de seleccionar individuos o su raza.

De lo anterior, se desprende que se admite la terapia genética y no la manipulación genética. Al respecto, el artículo 159 del Código Penal califica como delito y castiga a quienes manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo, con una finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves,

La utilización de preembriones supranumerarios con fines de **investigación** se encuentra tratada en los artículos 15 y 16 de la Ley 14/2006, los que establecen los siguientes requisitos:

- El preembrión no debe haberse desarrollado más allá de 14 días desde su fecundación, sin contar el tiempo que estuvo congelado.
- Consentimiento previo e informado de la pareja o de la mujer.
- El proyecto de investigación debe haber sido presentado y autorizado por la autoridad sanitaria competente, y realizado por equipos científicos capacitados en los centros autorizados.

En esta materia se presenta el cambio más significativo respecto de la Ley 35/1988, ya que ella sólo permitía la investigación sobre embriones no viables o muertos, exigencia que queda fuera de la nueva ley. Esta normativa ya había sido modificada por la ley 45/2003 que autorizaba la utilización con fines de investigación a los preembriones que se encontraran crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor (21 de noviembre del 2003), mientras que no la permitía respecto de los que fueran criocongelados en una fecha posterior.

La actual normativa prohíbe sólo la **clonación** con fines reproductivos, pero, además, elimina la prohibición que establecía la ley 35/1988, de fecundar óvulos humanos con fines no reproductivos.

Estas normas abren la puerta a la generación de embriones y clonación con fines investigativos y terapéuticos en favor de terceros.

El artículo 6 de la ley en comento regula de forma pormenorizada la **donación de gametos y preembriones**, señalando que se trata de un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro

autorizado, admitiéndose la revocación cuando el donante necesite para sí los gametos.

La donación será anónima, y debe garantizarse la confidencialidad. Los hijos nacidos y las receptoras de gametos y embriones tendrán derecho a obtener información general del donante, pero no su identidad, la cual sólo será revelada en caso de que sea necesario para evitar el peligro para la vida o salud del hijo o cuando proceda según las leyes procesales penales.

Se debe velar porque el número máximo de hijos nacidos en España provenientes de gametos de un mismo donante no sea superior a seis.

La normativa actual refuerza el papel de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que es un órgano colegiado destinado a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, y a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos.

Además del Registro de donantes, ya existente con la legislación anterior, en donde se inscriben los donantes de gametos y preembriones con fines reproductivos, manteniendo la confidencialidad de sus datos, y donde también se consigna la identidad de los hijos nacidos, mujeres o parejas receptoras, se crea el Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida, en donde se registrarán los datos sobre las técnicas y procedimientos, tasa de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a la gente acerca de la calidad de cada centro.



### 3.2 LEGISLACIÓN ALEMANA

La finalidad principal de la Ley 745/1990 de Protección del Embrión, es la que su mismo nombre señala, pero no se limita a eso, sino que establece medidas contra formas de reproducción no deseadas por el legislador alemán, como la maternidad subrogada. Además, la protección de esta ley cesa con la anidación del embrión en el útero, ya que a partir de ese momento entran a regir las normas del Código Penal relativas a la interrupción voluntaria del embarazo.

Con los avances científicos esta ley quedó atrás, debido a que esta normativa dejó, sin saberlo, abierta la puerta para la investigación con células troncales embrionarias, razón por la cual el legislador alemán se vio en la necesidad de llenar esta laguna, reforzando la protección del embrión a través de la Ley de Garantía de la Protección del Embrión en relación con la Importación y Utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano, del año 2002.

En primer lugar veremos la ley 745/1990, que define “embrión”, señalando en su artículo 8 que: “1. En el espíritu de la presente ley, hay embrión desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo. 2. El óvulo sexual humano fecundado se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las primeras 24 horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares, a menos que se

hubiere constatado, antes del transcurso de ese período, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio unicelular...”

Lo importante de esta definición es que desconoce el término preembrión, por lo que la protección que brinda esta ley al embrión comienza desde el momento de la concepción.

La protección que esta legislación brinda a los embriones implica reconocerles un status especial, cuya vida, integridad y dignidad es merecedora de respeto y resguardo. Para el legislador alemán los embriones no son cosas de las cuales podamos disponer libremente.

En esta línea la Ley de Protección del Embrión de 1990 sanciona, en su artículo 1, a quien fecunde más óvulos que los que pueden ser transferidos a una mujer en un mismo ciclo, siendo tres la cantidad de embriones que pueden transferirse a una mujer por cada ciclo.

Con esta norma se pretende evitar que se generen embriones sobrantes. Pero puede ocurrir que un óvulo se fecunde para una posterior implantación o eventualmente se podrían generar embriones que en definitiva no se implanten, como en el caso de arrepentimiento de la mujer (la misma ley sanciona la transferencia de un embrión a una mujer sin su consentimiento), la ley no señala una forma determinada de conservación, sólo que ella debe realizarse por personal médico especializado (artículo 9). Es por ello que creemos que estos embriones pueden ser **crioconservados** hasta el momento de su implantación.

Esta ley es enfática en su artículo 1 en castigar la fecundación de un óvulo con un fin distinto a su implantación en el útero de la mujer de la cual fue extraído, o el desarrollo extracorporal de un embrión para un fin

distinto al de provocar un embarazo, en su artículo 2. De ello se desprende que el **único destino** posible de los embriones es su implantación en el útero materno para llevar a cabo un embarazo.

Como para la legislación alemana la vida humana comienza en el momento de la fecundación, y la tutela de la dignidad humana es un valor máximo consagrado en su Constitución, la normativa relativa a los embriones **prohíbe toda investigación y experimentación con ellos.**

Además, castiga: 1) toda manipulación de embriones que no tenga por objeto asegurar su conservación y supervivencia; 2) la intervención sobre el embrión para modificar su cromosoma sexual, salvo para evitar patologías graves ligadas al sexo y reconocidas oficialmente (Art. 3); 3) la creación de embriones con gametos que hayan sufrido alguna alteración genética (Art. 5); 4) la formación de quimeras o híbridos (Art.7)<sup>98</sup>

Por otra parte, la ley del año 2002, con el objeto de proteger el derecho a la vida del ser humano, **prohíbe la importación y utilización de células troncales embrionarias.** Lo que se pretende evitar es la creación o importación de embriones para obtener células troncales. Excepcionalmente, se permite la importación y utilización de estas células, bajo determinadas condiciones, que son a saber:

- Que las células troncales hayan sido obtenidas antes del 1° de Enero del año 2002 de acuerdo a las normas del país de procedencia y se encuentren crioconservadas. (Art.4)

---

<sup>98</sup> CANALES, PATRICIA, “El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia”, Departamento de estudios, extensión y publicaciones, Biblioteca Congreso Nacional de Chile, Santiago de Chile, Julio 2004.

- Que los embriones de los cuales provengan las células fueran generados con motivo de una FIV con el objeto de dar lugar a un embarazo, sin que se empleen para tal fin, y no exista ninguna indicación de que ello sucede por razones que se encuentran en el propio embrión. (Art.4)
- No exista ninguna prestación económica involucrada. (Art.4)
- Se autorice la importación por la autoridad competente. (Art.4)
- Que los trabajos de investigación que se realicen sirvan a fines científicos de primera magnitud para la ampliación de conocimientos médicos para el desarrollo de procedimientos diagnósticos, preventivos o terapéuticos que sean de aplicación en seres humanos. (Art. 5)
- Que las interrogantes previstas en el proyecto hayan sido previamente clarificadas en el máximo grado posible en modelos con células de animales. (Art. 5)
- Que la obtención del conocimiento al que se aspira sólo sea alcanzable con células troncales embrionarias. (Art. 5)

Dicha ley creó la Comisión de Ética Central de Investigación con Células Troncales la que comprobará y evaluará que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 5 y que el proyecto de investigación sea éticamente aceptable, debiendo presentar un informe a la autoridad competente que decidirá si autoriza o no la importación y utilización de células troncales embrionarias.

El artículo 6 de la Ley 745/1990 prohíbe la **clonación** de cualquier tipo.

Esta ley no se pronuncia expresamente acerca de la **donación de embriones**, pero se desprende que ella no está permitida de dos supuestos

sancionados en artículo 1.1: “Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con una multa quien: 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos a los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo (...) 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección”

Además, el artículo 2.1 castiga la comercialización de embriones sancionando a “quien enajenare un embrión humano concebido de forma extracorporal, o extrajera de una mujer un embrión, antes de su anidación en el útero, o lo cediera, adquiriera o utilizara para un fin distinto al de su preservación.”

También sanciona la transferencia a una mujer del óvulo de otra.

En cambio, nada dice respecto de la donación de espermatozoides.

### 3.3 LEGISLACIÓN BRITÁNICA

Pese a las modificaciones sufridas, la normativa vigente en esta materia en el Reino Unido es la “Ley sobre Fertilización Humana y Embriología” del 1º de noviembre de 1990, cuyo ámbito de aplicación se refiere a regular los actos tendientes a la creación de un embrión, específicamente los generados fuera del cuerpo humano, además, de la conservación y utilización de embriones fuera del cuerpo humano (Art. 2). En Mayo de 1996 entró en vigencia el “Reglamento de la Fertilización Humana y Embriología”, que vino a complementar la ley anterior en el sentido de reglar el tiempo de conservación de embriones permitido.

El artículo 1° de la Ley define “**embrión**”, prescribiendo: “Por embrión se entiende: - un embrión humano vivo donde la fertilización se ha completado, y

- la referencia a un embrión incluye al huevo en el proceso de fertilización y, para este propósito, la fertilización no está completa sino hasta la aparición de un cigoto de dos células.”

Si bien esta ley no reconoce el concepto de preembrión, considerándolo embrión desde la fecundación, le otorga un status jurídico distinto durante sus primeros 14 días desde la fecundación, ya que éste es el tiempo máximo de desarrollo que puede darse al embrión antes de su implantación, y para investigarlo y experimentar con él. Es así como el artículo 3 establece que no se puede mantener o utilizar un embrión más allá del período de 14 días desde que los gametos se mezclan, sin contar el tiempo durante el cual el embrión se encuentra almacenado.

En cuanto a la disponibilidad de los embriones, la ley prescribe una serie de prohibiciones en su artículo 3: “Ninguna persona puede crear, guardar o utilizar un embrión si no cuenta con una licencia que lo autorice.

Ninguna persona podrá colocar en una mujer un embrión vivo distinto al embrión humano, así como tampoco ningún gameto vivo distinto a los gametos humanos.

Ninguna licencia podrá autorizar: la conservación y uso de un embrión después del tiempo permitido; la colocación de un embrión humano en algún animal; mantener o utilizar un embrión en alguna circunstancia en que la regulación prohíba su utilización o uso; sustituir el

núcleo de una célula de un embrión por un núcleo tomado de una célula de alguna persona, embrión o subsecuente desarrollo de un embrión.”

En definitiva esta norma establece que la creación, conservación y uso de embriones requiere de una licencia especial; prohíbe la generación de híbridos; y la clonación humana.

La autoridad competente puede otorgar las siguientes licencias (Art. 11):

- **Licencia para proporcionar servicios de tratamiento**, que incluyen la creación de embriones in vitro, conservarlos, usar gametos, y colocar cualquier embrión en una mujer, entre otras.
- **Licencia para el almacenaje y conservación de gametos y embriones.**
- **Licencia para el desarrollo de un proyecto de investigación**, que permite la creación de embriones in vitro, conservar y utilizar los embriones, debiendo señalarse específicamente cuál es el proyecto de investigación.

Por tanto, bajo la legislación británica no sólo pueden utilizarse los embriones sobrantes de procesos de fertilización in vitro, sino que también se pueden crear embriones con fines de investigación.

La utilización de los embriones requiere el consentimiento previo y expreso de los progenitores, a través del cual se debe especificar el propósito para el cuál se usará el embrión, señalándose taxativamente cuáles son estos destinos (apéndice 3):

- Para proporcionar un tratamiento a la persona que otorga el consentimiento, o a esa persona y otra determinada en conjunto.

- Para proporcionar un tratamiento a una persona cualquiera, excluyendo a quien otorga el consentimiento.
- Para llevar a cabo cualquier proyecto de investigación.

Cuando se otorgue el consentimiento para la **crioconservación** de gametos y embriones se debe señalar el período máximo de tiempo que permanecerán guardados, y qué se hará con ellos si la persona que manifiesta su consentimiento muere o queda incapacitada de modificar o revocar su consentimiento.

Por su parte, el Reglamento de la Fertilización Humana y Embriología señala que bajo determinadas circunstancias, el tiempo de conservación permitido se sustituirá por 5 años. Estas circunstancias se encuentran en el numeral 2 y son:

- a) “Que cada una de las personas relevantes en consentir hayan confirmado por escrito que no tienen objeción para que cualquier embrión que sea creado usando gametos proporcionados por esas mismas personas sean conservados por un período por sobre cinco años para su uso en el marco de un tratamiento.
- b) La mujer que está siendo tratada sea menor de 50 años en la fecha relevante (comienzo del tratamiento), y el tratamiento en cuestión no producirá en su ser el resultado de convertirla en madre subrogante, según la definición establecida en la sección primera del “Surrogacy Arrangements Act 1985”; y
- c) En opinión escrita de dos médicos practicantes registrados, una de las personas relevantes o, donde ella no sea una de estas personas, la



mujer que sea tratada, es o probablemente sea prematura y completamente infértil”.

Además, el **numeral tercero** establece que, bajo determinadas circunstancias, “el tiempo de conservación se entenderá que se sustituye si la mujer que es tratada tiene 45 años o menos en la fecha relevante, por diez años; o, si ella tiene 46 años o más, por el período apropiado especificado en el esquema de esta Regulación (cinco años)”. Las circunstancias son:

- a) “Las circunstancias mencionadas anteriormente en las letras a) y b) anteriores; y
- b) Que en la opinión escrita de dos médicos practicantes registrados una de las personas relevantes o, donde ella no sea una de estas personas, la mujer que sea tratada: (1) Tenga, o pareciera que desarrollará, perceptiblemente infertilidad, o (2) Tiene gen o genes tales que un niño nacido con ese gen o genes pueda sufrir anomalías físicas o mentales que lo conviertan en un lisiado”.

La legislación británica autoriza la **intervención diagnóstica y terapéutica** en embriones, mientras no se utilice para alterar el patrimonio genético hereditario del embrión, o su selección por razones que no tengan que ver con su viabilidad.

La Ley de Fecundación Humana y Embriología también permite la **investigación** con embriones humanos para determinados fines, entre los que se encuentran las investigaciones sobre el aborto espontáneo, la infertilidad y las enfermedades genéticas. El año 2001 se dictó el “Reglamento sobre la Fertilización Humana y Embriología (con fines de

investigación)” permitiéndose el uso de embriones para la investigación de enfermedades graves y sus respectivos tratamientos, y para la investigación sobre el desarrollo de embriones humanos.

A partir de esta normativa es posible la creación de embriones para obtener células madre y así curar enfermedades graves. Incluso, se permite la clonación terapéutica, con el fin de crear tejidos y combatir enfermedades.

Este reglamento establece, además, que los embriones creados con fines de investigación sólo pueden conservarse por 14 días, plazo después del cual deben ser destruidos.

Por otro lado, en diciembre del año 2001 fue promulgada la “Ley sobre Clonación Humana Reproductiva” que penaliza la implantación de un embrión humano clonado en el útero de una mujer.

En cuanto a la **donación de gametos y embriones**, ella es permitida por la actual normativa, aunque no la trata de forma orgánica.

El órgano encargado de otorgar las licencias y velar por el cumplimiento de la normativa es la “Human Fertilisation and Embryology Authority.”

### 3.4 ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE CÓMO RESUELVEN LOS CONFLICTOS ENTRE BIENES JURÍDICOS INVOLUCRADOS EN LOS TRES PAÍSES EXAMINADOS<sup>99</sup>

#### **3.4.1. Conflicto entre la protección del embrión preimplantacional (derecho a la vida, integridad y dignidad) y la libertad genérica de acción.**

Las tres legislaciones se inclinan en favor del embrión. Por ello, las técnicas de reproducción asistida se encuentran sujetas a fuertes controles administrativos y la exigencia de justificación en cada procedimiento que implique una fecundación in vitro. La razón de la limitación y la vigilancia de la creación extracorporal de embriones se encuentran en alguna consideración distinta que los intereses de las personas vivas, lo que implica que esas restricciones sólo se justifican si esas legislaciones asignan al embrión una calidad distinta a la de mera cosa.

#### **3.4.2. Conflicto entre la protección del embrión preimplantacional y las libertades básicas, y/o los bienes de ellas derivados.**

La intangibilidad del embrión colisiona con la preservación de la salud de otro embrión (caso de diagnóstico preimplantacional que se realiza mediante la separación de una célula embrionaria susceptible de desarrollo), con la libertad de investigación científica, con la libertad

---

<sup>99</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde el punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Págs.182 a 185

económica (comercialización) e incluso con el derecho a la salud de personas vivas (aplicaciones terapéuticas).

Alemania resuelve el conflicto en favor del embrión, prohibiendo la creación de embriones con fines no reproductivos y limitando los óvulos para la fecundación al número de preembriones que en definitiva van a implantarse, evitando la generación de embriones supranumerarios, aunque esto se ve aminorado con la posibilidad de importar preembriones con fines investigativos.

España e Inglaterra se deciden en favor de las libertades, pero bajo el cumplimiento de estrictos requisitos. En todo caso, la comerciabilidad en estos dos países se restringe a la donación y depósito de preembriones, no aceptando su venta.

### **3.4.3. Conflicto entre la protección del embrión y la autonomía reproductiva de las personas y el bienestar de la mujer.**

La fecundación de embriones supranumerarios y su posterior criconservación son prácticas orientadas a reducir al mínimo las intrusiones en el cuerpo de la mujer requeridas por la FIV, y por tanto el bienestar de la mujer. Las legislaciones que permiten estas prácticas (Inglaterra y España) se basan en el criterio del día 14, no reconociendo el estatuto de persona al preembrión en el período previo de desarrollo. En cambio, Alemania no las permite ya que implícitamente reconoce el estatuto de persona al embrión desde su concepción.

En cuanto a la autonomía reproductiva negativa de la mujer (que no se le obligue a tener hijos) es un bien jurídico preponderante indiscutido en

materia de técnicas de reproducción asistida en las tres legislaciones tratadas. Así la mujer destinataria de la transferencia de embriones puede rehusarse legítimamente, lo que es contradictorio en Alemania, ya que esto implicaría para ellos dejar morir un ser humano.

Toda FIV tiene como riesgo la muerte de preembriones, más aún si respetamos la autonomía reproductiva negativa de la mujer. Las tres legislaciones aceptan esta consecuencia, porque se inclinan en favor de la autonomía reproductiva positiva de las persona (derecho a tener hijos).

## **4. LEGISLACIÓN CHILENA**

### **4.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE**

Nuestra Constitución Política se refiere al comienzo de la vida específicamente en el artículo 19 N° 1 que señala: “La Constitución asegura a todas las personas: 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.”**

Esta norma se ha interpretado en el sentido de que la Constitución entiende que hay un ser humano antes de su nacimiento, cuya vida debe ser protegida. Ya antes del nacimiento nos encontraríamos con una persona que tiene derechos y deberes que emanan de su propia naturaleza.

Por otro lado, en la Fertilización in Vitro no todos los óvulos fecundados terminarán siendo niños nacidos. Muchos de ellos morirán en el intento debido a la baja tasa de éxito (20%), como ya se explicó, y otros,

simplemente, quedarán congelados a la espera de ser implantados, o ser destinados a otro fin.

En atención a lo recién expuesto, la creación artificial de embriones sería inconstitucional, ya que si el ser humano comienza desde la concepción, implica la pérdida de demasiadas vidas humanas, lo que no se justifica bajo ninguna circunstancia.

Según esa misma interpretación, la crioconservación de preembriones atentaría contra la vida e integridad física de ellos, lo que también significa una contravención a nuestra Constitución Política.

Además, la utilización del preembrión como objeto de investigación, experimentación o comercialización implica la instrumentalización de la persona, atentando contra su dignidad, y en consecuencia, desconociendo su carácter de persona.

Siguiendo en esta línea argumentativa, estos actos también atentaría contra las bases de nuestra institucionalidad. Así, el artículo 5 de la Constitución Política prescribe: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Según esta interpretación, si el Estado, órgano supremo de nuestro país, tiene como límite “el respeto de los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana”, entre los que se encuentra el derecho a la vida e integridad física que detentan los preembriones por ser personas, con mayor razón las personas naturales (científicos y médicos) y las personas jurídicas (centros de investigación) tienen la misma limitación.<sup>100</sup>

Además, el Estado se encuentra al servicio de la persona, y no al revés, por ello debe ser el garante del derecho a la vida detentado por el embrión preimplantado.

Siendo más específicas, podemos decir que en los procesos de FIV se pierden muchas vidas humanas protegidas constitucionalmente. La crioconservación de preembriones atenta contra la integridad física y dignidad personal de estos seres humanos, dado que los somete a un futuro incierto completamente evitable.

Toda investigación y experimentación en embriones que tenga una finalidad distinta al bienestar del mismo, implica su instrumentalización, lo que atenta contra su dignidad humana.

En cuanto a la terapia genética, son muchos los riesgos que se asumen con esta técnica, los éxitos no justifican los fracasos, ya que se obtiene un escaso número de embriones sanos, lo que implica la destrucción del resto, situación que no es aceptable ya que estaríamos en presencia de vidas humanas.

---

<sup>100</sup> VÁSQUEZ LEPE, MACARENA, “¿Es la manipulación genética de embriones humanos un atentado contra nuestra constitución?”, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 26 N° 4, 1999, Pág.1038

Por otra parte, frente al diagnóstico preimplantacional utilizado para seleccionar embriones debemos tener presente que nadie tiene derecho a privar de la vida a un embrión por padecer de algún defecto.

Para el profesor Antonio Bascuñan Rodríguez, la interpretación de la Constitución, precedentemente expuesta, ha ocultado de forma sistemática el hecho de que la redacción del texto constitucional obedece a un propósito opuesto al señalado de reconocer personalidad al no nacido.

Dicho propósito se refleja en la afirmación del Presidente de la Comisión Constituyente, don Enrique Ortúzar, respecto de la redacción del artículo 19 N° 1, expresó: “ en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida del que está por nacer (...) en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar una cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. La única solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política”<sup>101</sup>

Lo sucedido fue que dos miembros de la Comisión propusieron que se reconociera expresamente al nasciturus el derecho a la vida, prohibiendo de manera absoluta el aborto. Los tres miembros restantes se opusieron, por lo que la redacción de este artículo obedece a este rechazo.

Esta redacción, por una parte relativiza la prohibición de abortar, y por otra, protege “al que está por nacer”, se entiende como una especie de

---

<sup>101</sup> Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 87ª, 14 de Noviembre de 1974, Pág. 16



compensación: “el deber de protección del que está por nacer compensa la inexistencia de la prohibición de atentar contra su vida, que existiría si fuera una persona con derecho a la vida.”<sup>102</sup>

La ventaja de esta redacción es que desplaza la discusión desde la disyuntiva del “todo o nada” (persona o cosa) a la pregunta del “cuánto” de protección. El problema ya no es si el preembrión es o no persona, sino cuánta protección merece, atendido que existen otros intereses involucrados, también merecedores de protección.<sup>103</sup>

Entonces, la creación de embriones y su utilización no son necesariamente actos inconstitucionales, ya que ellos pueden ser autorizados por el legislador si considera que los intereses que ellos benefician son superiores a la protección del preembrión, que como hemos dicho no constituye una persona.

Por otra parte, según el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, la Constitución protege la vida “del que está por nacer”, y éste no puede ser otro que el embrión ya implantado en las paredes del útero, ya que sólo existe certeza de que alguien está por nacer cuando la mujer se encuentra embarazada, condición que adquiere una vez que ha ocurrido la anidación del embrión.

Podríamos pensar que la tesis recién descrita contradice el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida

---

<sup>102</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde el punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Págs.189

<sup>103</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde el punto de vista jurídico”, Ob. Cit. Págs.189

arbitrariamente”, tratado que se encuentra ratificado por Chile. Ello no es así por las siguientes razones:<sup>104</sup>

- El propio Pacto de San José encarga a la ley la protección de la vida. Esta ley, que no es otra que la nacional, queda habilitada para establecer el momento de la concepción en la implantación del embrión en las paredes uterinas.

- Además, el mismo pacto señala que esta regla debe entenderse “en general”, dejando abierto el camino para los casos particulares que la ley desee establecer.

Así, el que un ordenamiento otorgue a toda persona el derecho a que se respete su vida no da al embrión “in vitro” un derecho a nacer. No existe una obligación correlativa para “hacerlo nacer” bajo cualquier circunstancia. No hay una obligación de resultado, a lo más de medios, la de brindar un ambiente apto para que llegue a convertirse en persona.<sup>105</sup>

## 4.2 CÓDIGO CIVIL

La regulación de nuestro Código Civil, aplicable a esta materia, se encuentra en cuatro artículos ubicados en el título segundo del libro primero, denominado “Del principio y fin de la existencia de las personas”

En primer lugar, encontramos el artículo 55, que nos entrega una definición de persona, señalando que: “ Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.”

---

<sup>104</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona..”, Ob. Cit. Pág. 140-141

<sup>105</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, “Derecho civil de la persona..”, Ob. Cit. Pág. 140

Luego, el artículo 74 prescribe: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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

La norma más importante es la contenida en el artículo 75 que establece que el que está por nacer merece protección legal: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”

Finalmente, el artículo 77 dispone una regla suspensiva del goce de derechos antes del nacimiento en los siguientes términos: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.”

Muchos han visto en estas disposiciones un reconocimiento de la calidad de persona del que está por nacer, ya que con el nacimiento sólo comenzaría la existencia legal de la persona y la suspensión de derechos tendría referencia a los derechos patrimoniales. Así, sería persona todo ser humano nacido o no, su existencia natural tendría mayor importancia que

la existencia legal y los derechos personalísimos no estarían suspensos hasta el nacimiento.<sup>106</sup>

Sin embargo, la redacción del Código Civil, al igual que la de nuestra Constitución, no otorga personalidad al nasciturus, sólo le brinda protección.

Además, cabe señalar que el embrión sólo se convertirá en “el que está por nacer”, una vez implantado en el útero materno, por lo que la protección brindada por el Código Civil no lo alcanza.

Esta posición coincide con la tipificación del aborto en el Código Penal, que razona siempre sobre la base de una mujer embarazada, y que trataremos a continuación.

### 4.3 CÓDIGO PENAL

Nuestro Código Penal regula el delito de aborto en su título séptimo denominado “Crímenes y simples delitos contra el orden público de las familias y contra la moralidad pública”, específicamente en los artículos 342 a 345.

La doctrina nacional está de acuerdo en considerar que la conducta típica descrita en estos artículos es matar al no nacido, por cualquier medio, mientras se encuentra dentro del cuerpo de la madre, por lo que para aplicarlo a nuestro tema, requiere como mínimo un embrión in vivo, es decir, intracorporal.

---

<sup>106</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria” Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 17, 1990, Pág. 301 y sgtes.

Lo que se ha discutido en nuestro medio, particularmente con ocasión del caso de la llamada “píldora del día después”, es si constituye aborto matar a un embrión in vivo antes de su implantación en las paredes del útero.

Existen dos razones fundamentales para que sostengamos que la regulación del aborto no es aplicable a la muerte del embrión antes de su implantación:

1.- El aborto es un delito que presupone la existencia de una mujer embarazada. El embarazo es una relación estable entre el organismo del embrión y el organismo de la mujer. Dicha relación se consolida con la implantación del embrión en las paredes del útero. Esta es la razón por la cual los denominados embarazos tubarios, no sean, a la luz de la regulación del aborto, embarazos. En definitiva, sin implantación no hay embarazo, y sin embarazo no hay aborto.

2.- El delito de aborto requiere la acreditación de un resultado y su imputación a un agente. Estos hechos son posibles una vez ocurrida la implantación, ya que se necesita la expulsión del embrión o feto. La expulsión de un embrión preimplantacional in vivo es un hecho propio de la menstruación, por lo que no se puede demostrar que la ingesta de una sustancia química sea la responsable de ello, ya que pudo existir un rechazo previo del propio organismo de la mujer.

#### 4.4 LEY SOBRE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SER HUMANO, SU GENOMA, Y PROHÍBE LA CLONACIÓN HUMANA

El proyecto de esta ley se inició por moción parlamentaria presentada el 12 de Marzo de 1997 por los senadores Mariano Ruiz-Esquide Jara, Juan Hamilton Depassier, Nicolás Díaz Sánchez, Sergio Páez Verdugo y Andrés Zaldívar Larraín, siendo aprobado en Agosto del 2006 en el Congreso, y publicado el 22 de Septiembre del mismo año. Corresponde a la Ley 20.120.

Esta ley es bastante miscelánea y su propósito es la protección de la vida e integridad del ser humano frente a las investigaciones científicas. Si bien trata específicamente el tema de la manipulación embrionaria en un aspecto, su normativa puede aplicarse de manera más amplia.

Luego de varias modificaciones al proyecto original, el texto aprobado es el que analizaremos de forma pormenorizada a continuación.

Los primeros artículos de esta ley pretenden fijar límites a las actividades de investigación y experimentación, cuando ellas recaigan sobre seres humanos. Dichos límites derivan de los derechos fundamentales que emana de la naturaleza humana que se encuentran consagrados por nuestra Constitución Política.

Así, el artículo 1° de la ley señala su finalidad: “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.” El elemento más importante de este artículo es que dispone de manera clara la protección de la vida e integridad del ser humano desde el momento de la concepción, lo que limitaría la utilización de preembriones, cualquiera sea el estado de desarrollo, a las acciones que no atenten contra su vida e integridad. Cabe resaltar que este artículo no atribuye personalidad a los embriones, por lo que no elimina totalmente la posibilidad de su utilización.

La norma anterior se ve reforzada por el artículo 2 que prescribe lo siguiente: “La libertad para llevar a cabo actividades de investigación científica biomédica en seres humanos tiene como límite el respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos tanto por la Constitución Política de la República como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” En el fondo este artículo vuelve a limitar la investigación científica en virtud de la protección de los derechos que emanan de la naturaleza humana.

Por su parte, el artículo 3 prohíbe la práctica eugenésica, es decir, los procedimientos destinados a mejorar la raza humana.

En esta misma línea, el artículo 4 prohíbe toda discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético de las personas.

El artículo 5 prohíbe: “la clonación de seres humanos, cualesquiera que sean el fin perseguido y la técnica utilizada.”

Esta ley se refiere específicamente a los embriones en el artículo 6, para prohibir su destrucción para obtener células troncales. Este artículo nos dice: “El cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de

diagnósticos terapéuticos o de investigación científica. En ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos.”

El artículo 7 autoriza la terapia génica en células somáticas, sólo con fines terapéuticos y preventivos.

Se reconoce que el genoma humano es patrimonio común de la humanidad en el artículo 8 de esta normativa.

El artículo 9 establece la reserva de la identidad genética de las personas, autorizando su investigación sólo si se cuenta con el consentimiento previo e informado del afectado o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley. Ello, sin perjuicio de la facultad de los tribunales de justicia, en la forma y en los casos establecidos en la ley. Por su parte el artículo 12 establece la reserva de la información genética facultando a los tribunales de justicia a revelarla, en la forma y casos establecidos por la ley.

En el artículo 10 se contienen las directrices generales a que debe ajustarse toda investigación en seres humanos. Así, dispone que dichas investigaciones deben ser realizadas por personal capacitado, y que toda investigación científica biomédica deberá contar con la autorización expresa del director del establecimiento dentro del cual se efectúe, previo informe favorable del Comité Ético Científico que corresponda, según el reglamento. Además, el artículo 11, señala que dicha investigación requiere el consentimiento previo, expreso, libre e informado, de la persona sometida a la investigación, o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley.



El artículo 15 crea la “Comisión Nacional de Bioética, que estará integrada por nueve profesionales, expertos en bioética, designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especial convocada al efecto.

Los miembros de esta Comisión durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. El Presidente de la República, en el momento de solicitar el acuerdo del Senado, propondrá al miembro que asumirá el cargo de Presidente.

La Comisión tendrá una Secretaría Ejecutiva, que coordinará su funcionamiento y cumplirá los acuerdos que aquella adopte y estará conformada por el personal que al efecto asigne el Ministerio de Salud.”

El artículo 16 señala algunas funciones de esta Comisión: “asesorar a los distintos Poderes del Estado en los asuntos éticos que se presenten como producto de los avances científicos y tecnológicos en biomedicina, así como en las materias relacionadas con la investigación científica biomédica en seres humanos, recomendando la dictación, modificación y supresión de las normas que la regulen.”

El problema de esta Comisión es que resulta inoperante, ya que sus miembros no son remunerados, no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propio, y tampoco se le asigna presupuesto, lo que le impedirá llevar a cabo funciones como evacuar informes que requieran estudios

previos.<sup>107</sup> Además, se trata de una comisión meramente consultiva, no resolutive, lo que complica aún más el cumplimiento de sus objetivos.

Los artículos 17 a 20 establecen las sanciones a las infracciones a lo dispuesto en esta ley.

Finalmente, en el artículo 21 señala: “Corresponderá al Ministerio de Salud establecer, mediante reglamento, las normas que complementen o desarrollen los contenidos de esta ley.”

#### 4.5 PROYECTOS DE LEY RELATIVOS A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Actualmente, existen dos proyectos que se refieren al tema:

El primer proyecto de ley “Regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana y asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas”, y fue presentado por moción del senador Sebastián Piñera Echeñique el 6 de Julio de 1993, el que encontrándose en el primer trámite constitucional fue archivado con fecha el 22 de Abril del 2002, para luego ser desarchivado el 8 de Agosto del 2006. (Boletín 1026-07).

El 16 de Agosto del 2006 se remitió a la Comisión de Salud para que sea estudiado en forma conjunta con el segundo proyecto de ley relativo a esta materia “Sobre reproducción humana asistida” (Boletín 4346-11), iniciado por moción del senador Mariano Ruiz-Esqvide Jara, el 18 de Julio

---

<sup>107</sup> MORENO SANTANDER, CARLOS, “Comentarios acerca de los proyectos de ley sobre materias de orden genético”, Gaceta Jurídica, Editorial Lexis Nexis, N° 287, Mayo 2004, Pág. 20

del 2006, y que se encuentra en el primer trámite constitucional, siendo estudiado por la Comisión de Salud en conjunto con el proyecto de Piñera.

En primer lugar analizaremos las normas más importantes del proyecto de 1993, que constituye la primera iniciativa legislativa sobre esta materia en Chile.

El artículo 1° del proyecto contiene una definición de embrión: “ser humano desde el momento de la fecundación hasta su nacimiento.” En el fondo, esta norma busca uniformar la protección del ser humano desde la concepción al parto, evitando generar un período de desprotección del embrión en sus primeros días.

En el artículo 2 establece los requisitos de las técnicas de reproducción asistida, señalando los siguientes:

“1° Que se trate de parejas matrimoniales que no puedan tener hijos.

2° Que hayan sido médicamente descartadas otras terapias por ineficaces, hecho que deberá ser acreditado por el informe de dos especialistas pertenecientes a un centro médico distinto de aquel en el cual se llevará a efecto la reproducción asistida.

3° Que los riesgos asumidos por el paciente y su médico sean debidamente analizados y, en todo caso, inferiores al valor eficaz real del método, según cada caso.

4° Que la aplicación de estos procedimientos no implique riesgo de muerte, sea para el paciente o para el embrión.”

El primero de estos números nos muestra que se trata de un proyecto bastante conservador, puesto que restringe el acceso a las técnicas sólo a

los matrimonios legalmente constituidos, discriminando a las uniones de hecho.

Esta característica se ve reflejada también en el artículo 3 que prohíbe las técnicas heterólogas de reproducción, al disponer: “La capacidad generativa es personalísima. En consecuencia, es contrario al orden público chileno todo acto en virtud del cual una persona ceda a otra a cualquier título gametos propios.”

Este proyecto prohíbe la fertilización de óvulos humanos con un fin distinto al de la procreación humana, en su artículo 4.

Además, establece la necesidad de la autorización del Ministerio de Salud para la aplicación de toda técnica de reproducción asistida, evitando señalar las técnicas específicas que regula. (Art. 5)

También establece la necesidad del consentimiento libre, consciente, solemne e informado de los cónyuges solicitantes, para la aplicación de las técnicas. La solemnidad consiste en su otorgamiento por escrito, autorizado por notario.

El párrafo 2º de este proyecto señala las reglas a seguir en caso de llevarse a cabo reproducciones asistidas en personas no casadas o utilizando algún gameto no perteneciente a los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en el último párrafo del proyecto.

Así, prescribe su artículo 10 que “es madre de un hijo aquella mujer que lo parió, y es padre aquel varón cuyos gametos participaron en la concepción de su vida.”

La intención de esta norma es desincentivar la maternidad por subrogación, pero su redacción no es apropiada, ya que según lo señalado

por el profesor Corral Talciani no es “coherente que la titularidad de los gametos sea solamente eficaz para determinar la filiación en el caso del varón y no de la mujer.”<sup>108</sup>

En opinión de este catedrático sería mejor opción que la determinación de la paternidad y maternidad se efectúe mediante la aportación genética, y que en el caso de la gestación por encargo se considere que la madre sustituta adopta al niño por el solo ministerio de la ley.

Concordamos en que sería una buena solución si se quiere desincentivar la maternidad subrogada, pero nosotras creemos que ella sólo debe permitirse en caso de que la madre siendo capaz de producir óvulos propios, no lo sea para llevar al hijo en su vientre.

Una incongruencia de la norma proyectada consiste en que a pesar de determinar la maternidad por el parto, se establece que la madre genética y su eventual marido deben alimentos a hijo.

Otra norma que tiene por fin desincentivar la maternidad por subrogación es el artículo 13 que dice: “Se prohíbe a la mujer con cuyos óvulos ha sido concebida una persona y que no es su madre, adoptarla en cualquier forma.”

Las instituciones médicas requerirán la autorización previa del Ministerio de Salud para poder desarrollar programas de fertilización asistida, correspondientes (Art. 15), la cual sólo se otorgará a aquellas que cuenten con médicos especialistas en reproducción humana, con materiales

---

<sup>108</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Proyecto de ley sobre técnicas de procreación asistida. Comentarios después de una primera lectura”, Gaceta Jurídica, Editorial Jurídica, N° 160, 1993, Pág. 30

técnicamente adecuados, y que utilicen procedimientos que no sean contrarios a esta ley ni al orden público chileno (Art. 16).

El párrafo 4° establece las sanciones para quienes contravengan las normas expuestas.

El artículo 21 penaliza la criopreservación, comercialización y destrucción de embriones, como también la experimentación genética de embriones y su utilización para un fin distinto del de la reproducción humana. Además, penaliza la maternidad por subrogación.

El problema de la prohibición de estas acciones es que, al no establecer un límite de óvulos por fecundar en cada ciclo de la mujer, de todas formas quedarán embriones sobrantes de los procesos de FIV, los que no podrían ser utilizados ni siquiera para fertilizaciones posteriores ya que no se pueden crioconservar, tampoco podrían destruirse ni usarse con fines no reproductivos. La única opción sería su donación, pero esta ley también prohíbe la reproducción heteróloga.

En definitiva, implícitamente, fuerza la fecundación limitada al número de óvulos que serán implantados. ¿Pero qué sucede si la mujer se arrepiente?. En ninguna parte se garantiza la autonomía reproductiva de la mujer. ¿Es que acaso considera legítimo el embarazo forzado?. Esta pregunta nos muestra una de las grandes falencias de este proyecto, sin mencionar que además atenta contra la libertad de investigación científica, puesto que no permite la investigación con embriones, tan necesaria para el avance científico. Además, no regula las técnicas de diagnóstico prenatal ni la fertilización post mortem.

A nuestro parecer es un proyecto necesita varias modificaciones, y completarse en varios temas.

El proyecto del senador Mariano Ruiz- Esquide es más corto que el anterior, sólo cuenta con doce artículos, pero trata varias materias.

En el artículo 1° señala su campo de aplicación y define qué entiende por técnicas de reproducción asistida: “La presente ley autoriza y establece normas que regulan las técnicas de reproducción humana asistida, entendidas como aquellas intervenciones de carácter artificial realizadas con el objeto de fecundar un óvulo humano por un espermio, también humano, con un fin procreativo, realizadas por un equipo especializado debidamente autorizado y acreditado.”

Además, en este artículo se prohíbe la utilización de estas técnicas con fines no reproductivos.

También establece que debe resguardarse la vida y la salud del embrión humano (Art. 2).

A diferencia del proyecto de 1993, no limita la utilización de estas técnicas a los matrimonios, sólo señala que debe garantizarse que “los hijos nacidos producto de estas técnicas lo hagan en un hogar constituido y estable, constituido por chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, que les brinde la oportunidad de tener un ambiente adecuado para su cabal desarrollo como persona” (Art. 2).

Nos parece favorable que no se restrinja la posibilidad de usar estas técnicas sólo a los matrimonios, recordemos que los derechos reproductivos pertenecen a cada persona de manera individual, por lo que la redacción de este artículo da lugar a interpretaciones amplias, que dan la

oportunidad de tener hijos a cualquier individuo que pueda brindar al menor un hogar estable y bien constituido.

El artículo 3 establece la necesidad del consentimiento libre, informado y prestado por escrito de las personas que se sometan a estas técnicas.

En cuanto a los establecimientos que apliquen las técnicas ellos deben acreditar que cumplen con las normas sanitarias vigentes, contar con un equipo de salud especializado, y se denominarán Centros Médicos de Reproducción Humana Asistida. Existirá un registro nacional de los establecimientos asistenciales en que se desarrollen técnicas de reproducción humana asistida. La autorización sanitaria deberá ser renovada cada cinco años (Art. 4).

El proyecto acepta la utilización de gametos donados por terceros sólo en el caso de ausencia de gametos o que éstos no sean útiles al fin reproductivo. “La utilización de gametos donados deberá ser consentida de manera específica por las personas que se someten al procedimiento. (...) El consentimiento para la donación podrá ser revocado en la misma forma, lo que sólo producirá efectos respecto de los gametos que no hayan sido empleados con anterioridad. El revocante podrá solicitar del centro médico que le informe si han sido utilizados algunos de sus gametos en un procedimiento de reproducción humana asistida.” (Art. 6)

En este mismo artículo se dispone la confidencialidad de “la información acerca de las personas que han donado gametos, así como la de la o las parejas que se hayan sometido a los procedimientos de fecundación humana asistida con gametos donados.”



En relación con el acceso a esta información el artículo 8 prescribe: “El acceso a la información vinculada a los donantes de gametos, parejas receptoras y criaturas nacidas deberá ser mantenida y procesada por una unidad especializada.

Por regla general esta información tendrá el carácter de reservada y será considerada dato sensible de acuerdo a lo indicado en la ley N°19.628, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que la ley le señale a los organismos o servicios públicos, y la solicitud de información que requieran los Tribunales Ordinarios de Justicia para la resolución de un caso sometido a su conocimiento.”

En cuanto a la crioconservación de embriones este proyecto señala en su artículo 9, que a partir de la entrada en vigencia de esta ley, ella queda prohibida. Para los embriones criopreservados antes de dicha entrada en vigencia, regirán las disposiciones siguientes:

“Los Centros Médicos que mantengan bancos de embriones criopreservados deberán informar al Ministerio de Salud, en el plazo de 90 días desde la entrada en vigencia de la presente ley, acerca de la cantidad de embriones que mantengan y la identidad de las parejas que se sometieron a las técnicas que dieron origen a ellos.

Las parejas que mantengan embriones criopreservados tendrán un plazo de cinco años para hacer uso de ellos, lapso después del cual los embriones serán de libre adopción por otras parejas. El procedimiento de adopción aplicable será el establecido en la ley N° 19.620, en lo que sea pertinente.

Dichos Centros no podrán destruir los embriones criopreservados, ni aun a pretexto de incumplimiento de las obligaciones económicas asumidas por los integrantes de la pareja que les dio origen.”

El párrafo 7° establece las sanciones pecuniarias a los infractores del proyecto. El artículo 11 sanciona las siguientes conductas:

“1°. El que entregue, reciba o prometa entregar o recibir a título oneroso gametos o un embrión humano humanos;

2°. El que criopreserve o destruya intencionalmente un embrión humano vivo. Con todo, respecto de los que a la entrada en vigencia de esta ley mantengan bancos de embriones criopreservados, se aplicará lo dispuesto en el artículo 9°;

3°. El que haga experimentos genéticos en un embrión humano;

4°. El que manipule un embrión humano con cualquier finalidad, que no sea la de mejorar las condiciones de salud del propio embrión;

5°. El que manipule un embrión humano con la finalidad de discriminar por razones no médicas,

6°. El que utilice un embrión humano para un fin distinto de la procreación,

7°. El que produzca artificialmente híbridos, quimeras, divisiones gemelares o clones de seres humanos vivos o fallecidos.

8°. La mujer que se sometiere a la técnica con el propósito de que se desarrolle en su cuerpo un embrión que luego, como criatura nacida, sea entregada a título oneroso, a otra persona; así como aquél que la indujere directamente a consentir en ello y el que haya aceptado recibir el niño.”

En conclusión, este proyecto también prefiere la vida del embrión por sobre la libertad de investigación científica y los derechos reproductivos, ya que en ese aspecto presenta los mismos problemas que el proyecto de 1993.

Podemos advertir avances positivos, puesto que esta moción permite la donación de gametos, e incluso la de embriones, en ciertos casos, pero dichos avances no son suficientes. Este proyecto también es incompleto y atenta contra las libertades esenciales del ser humano.

**QUINTA PARTE:**  
**CONCLUSIONES**

Queremos terminar este trabajo realizando una síntesis acerca de los puntos que hemos considerado más importantes y que deberían incluirse en la futura y necesaria legislación relativa a las técnicas de reproducción humana asistida y, particularmente, la referida a la disponibilidad de los embriones crioconservados.

Lo delicado de la materia que abarca nuestra Memoria hace que sea urgente e imperioso legislar sobre ella.

Hace más de veinte años que se utilizan las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, sin una normativa que las regule. Es así como se ha creado, implantado, congelado y utilizado preembriones sin limitación alguna, más que las normas sanitarias básicas.

Creemos que en todo Estado de Derecho como el nuestro, existe no sólo la necesidad, sino que la obligación de que el Derecho evolucione de la manera más simultánea posible al desarrollo social. Si bien ello es complejo, no es imposible, por lo que debe realizarse un esfuerzo para que así sea.

Por ello, ha llegado el momento de regular este tema, porque es inaceptable que el destino de cientos de embriones que, son personas en potencia, quede al arbitrio de los médicos sin que el Derecho nada diga al respecto.

Antes de entrar en materia, debemos dejar en claro, que cada uno de los puntos que a continuación se propongan, tienen como principal

argumento el que nosotras consideramos al preembrión como una categoría ontológica intermedia entre las personas y las cosas, y que pueden ser utilizados para diversos fines.

Dicho fines no pueden ser arbitrarios, sino que se encuentran limitados por la protección y respeto que el preembrión merece como potencial ser humano.

En todo caso, dichas limitantes no pueden constreñir los derechos reproductivos que toda persona posee, y la libertad de investigación científica.

Por todo lo anterior, en primer lugar es necesario definir un estatuto jurídico al embrión, para que sobre esa base se desarrolle la normativa referente a su creación y utilización.

En este punto, consideramos necesario que nuestra normativa reconozca la existencia del preembrión como una entidad distinta a la del embrión. Sobre el preembrión debe existir mayor libertad de manipulación, puesto que no constituye una persona, sino que una categoría intermedia entre personas y cosas, que por tratarse de un potencial ser humano, merece una especial consideración.

Por otra parte, deben definirse las técnicas de reproducción humana asistida de manera amplia, determinar los fines para los cuales se pueden llevar a cabo, y dar cabida a futuras técnicas que la ciencia médica pudiera desarrollar. Así, debe aceptarse la aplicación de todas ellas, siempre que no impliquen un peligro para la salud de la madre y se utilicen con fines reproductivos como una solución para quienes padecen de infertilidad diagnosticada.

Además, debe permitirse la aplicación de técnicas de reproducción heterólogas.

Respecto de la maternidad subrogada, el método más controvertido, ella debe permitirse sólo en caso de infertilidad médicamente comprobada, por una incapacidad de la matriz de la mujer que consista en no poder llevar a cabo un embarazo. En todo caso, debe tratarse de un contrato gratuito, es decir, la mujer que se someta a ella sólo debe pagar a la madre sustituta su manutención durante los meses de gestación. Ello para evitar que tal situación se transforme en un negocio.

En cuanto a la inseminación post mortem, esto es, la inseminación artificial de la mujer con semen de su pareja o marido quien ha fallecido con anterioridad a que la técnica se realice, debe permitirse si existe consentimiento escrito del hombre. El semen podrá utilizarse hasta 12 meses después de su muerte para fecundar a su mujer.

En atención a la autonomía reproductiva de que goza todo ser humano, se colige que toda persona tiene derecho a someterse a estas técnicas, y en consecuencia, a recurrir a tratamientos contra la infertilidad, entre los cuales se encuentran las técnicas de reproducción asistida. El único límite consiste en que se trate de personas legalmente capaces.

Además, quienes deseen recurrir a estas técnicas deben prestar su consentimiento previo, libre e informado, por escrito.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos fruto de la aplicación de estos procedimientos, resultan aplicables las normas del Código Civil, en especial el artículo 182, siendo padres del menor el hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas.

En la aplicación de la FIV, consideramos que no debe limitarse la cantidad de óvulos fecundados, puesto que dicha limitación dificulta la práctica de las técnicas de reproducción asistida y expone a la mujer a tener que someterse a múltiples intervenciones, necesarias para la producción múltiple de óvulos en un solo ciclo femenino, y su posterior extracción, procesos que dañan su integridad física y menoscaban su calidad de vida.

Si creemos necesario que no se permita la transferencia de más de tres preembriones, por cada ciclo de la mujer, con el fin de evitar los embarazos múltiples.

Los preembriones sobrantes de este proceso deben ser criocongelados. Su crioconservación puede prolongarse hasta que médicos especialistas determinen que la receptora de los preembriones no reúne los requisitos médicos necesarios para someterse a una técnica de reproducción asistida.

Los preembriones crioconservados pueden tener diferentes destinos, los que deben ser determinados por sus progenitores de forma informada y por escrito, al momento de someterse a estos procedimientos. Este destino puede ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación, cumpliendo con las mismas formalidades.

Los posibles destinos de los preembriones criocongelados son los siguientes:

- Utilización, ya sea por el hombre o por la mujer que los aportaron.
- Donación a terceros con fines reproductivos.
- Donación con fines de investigación.
- Descongelamiento.

La posibilidad de optar sólo es aplicable una vez transcurrido el tiempo máximo de congelación, y por decisión expresa de los progenitores.

Frente al caso excepcional de que llegado el tiempo máximo de congelación no exista determinación acerca del destino de los preembriones, éstos se deben destinar a fines de investigación.

Con relación a la donación, sea que ella recaiga en gametos o preembriones, se trata de un contrato gratuito, formal y confidencial. Puede revocarse en caso de que el donante requiera para si mismo el elemento donado.

La identidad del donante se mantendrá en secreto, pero sólo en casos justificados que tengan que ver con un riesgo para la salud o vida del menor, y por razones procesales penales, y siempre que sea indispensable, se podrá tener acceso a dicha información, la que en todo caso será restringida y no puede dar lugar a la publicidad de la identidad.

Además, sobre los preembriones puede realizarse diagnóstico preimplantacional con el fin de detectar enfermedades hereditarias graves, no susceptibles de tratamiento y otras alteraciones que comprometan la viabilidad del embrión, con el objeto de llevar a cabo una selección de embriones.

Los preembriones también pueden ser sometidos a intervenciones genéticas terapéuticas con el fin de tratar una enfermedad o impedir su transmisión.

Por otra parte, debe prohibirse absolutamente la venta de preembriones, la clonación con fines reproductivos y la manipulación genética de preembriones.



La legislación debe establecer normas que velen porque los Centros de Reproducción Asistida y los Bancos de Gametos y Preembriones cuenten con condiciones técnicas y personal especializado, que permitan llevar a cabo de manera eficaz éstos procedimientos.

Además, debe crearse un Registro Nacional de Donantes, al cual acudir en caso necesario, y un Registro Nacional de Actividad y Resultados de los Centros de Reproducción Asistida, para que las personas que quieran someterse a estos procedimientos puedan acceder a la información relativa a la eficiencia de cada centro.

Finalmente, creemos en la necesidad de discutir estos temas con el objeto de concretar una legislación eficiente e integral sobre estas materias.

Consideramos que la legislación propuesta debe contener al menos todos los puntos anteriormente tratados, para así lograr un equilibrio entre los derechos de las personas ya nacidas y los derechos de los preembriones.

**BIBLIOGRAFÍA**  
**Y REFERENCIAS ELECTRÓNICAS**

**1. BIBLIOGRAFÍA**

- 1) ACOSTA VALIENTE, ENITH y CIFUENTES SERÓN, CAROLINA. “El contrato de arrendamiento de útero”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Central, Chile, 2003.
- 2) Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 87ª, 14 de Noviembre de 1974.
- 3) ALCORTA IDIAQUEZ, ITZAR. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, Seminario sobre Derechos Reproductivos, Universidad de Bremen, Alemania, 28 de Junio de 2003.
- 4) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. “Tratado de los derechos reales” Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición Octubre 1997.
- 5) ANDORNO, ROBERTO. “La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión”, Cuadernos de Bioética, 2004
- 6) BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, en apuntes de VELOSO, PAULINA, “Estatuto jurídico del

embrión”, Curso Derecho Civil I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Segundo Semestre 2002.

- 7) BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Después de la píldora”, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 2006.
- 8) BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Fertilización in vitro y criopreservación”, Boletín News Universidad Adolfo Ibáñez, disponible en [http://www.uai.cl/p4\\_home/site/pags/20050926110216.html](http://www.uai.cl/p4_home/site/pags/20050926110216.html)
- 9) BELLVER CAPELLA, VICENTE. “¿Clonar?: Ética y derecho ante la clonación”, Editorial Comares, Granada, 2000.
- 10) BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, “Expertos opinan sobre alcances éticos de la clonación”, disponible en [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-19.6421488354/area\\_1.2005-10-19.4650987227#gomez](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-19.6421488354/area_1.2005-10-19.4650987227#gomez)
- 11) BIONET.ORG. “Células madre: ¿Qué es lo legal?”, disponible en [http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc\\_leg2.htm](http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_leg2.htm), publicado el año 2002.
- 12) BOZZATTO, GIANNI. “El embrión no es nunca nadie, es siempre alguien”, Universidad Santo Tomás, Instituto de la Familia Berit, Santiago, 2003.
- 13) CANALES, PATRICIA. “El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España,

Alemania y Francia”, Departamento de estudios, extensión y publicaciones, Biblioteca Congreso Nacional de Chile, Santiago, Julio 2004.

- 14) CARREÑO LARA, CAROLINA. “Los derechos reproductivos” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, Santiago, 2001.
- 15) “Consideraciones De La Sentencia De La Sala Constitucional De La Corte Suprema De Costa Rica Sobre La Prohibición De La Fecundación In Vitro”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 14, Enero-Junio 2001.
- 16) CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria” Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 17, Santiago, 1990.
- 17) CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Proyecto de ley sobre técnicas de procreación asistida. Comentarios después de una primera lectura”, Gaceta Jurídica, Editorial Jurídica de Chile, N° 160, Santiago, 1993.
- 18) CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Manipulación genética y legislación internacional comparada”, Revista Humanitas, de la Pontificia Universidad Católica de Chile N° 9, Santiago, 1997.
- 19) CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “ Notas sobre el status jurídico del concebido”, La Semana Jurídica, N°35, Santiago, del 9 al 15 de Julio, 2001.

- 20) CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Derecho y derechos de la familia”, Editorial Jurídica Grijley, Primera edición, Santiago, Febrero 2005.
- 21) CURIA CASTRO, EVA. “El estatuto jurídico del embrión humano” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, Santiago, 2001.
- 22) DÍAZ DE TERÁN VELASCO, MARÍA CRUZ. “El embrión in vitro como fuente de células troncales, análisis jurídico-crítico”, Cuadernos de Bioética, 2004.
- 23) EMBRIOS.ORG, “La clonación con fines terapéuticos”, disponible en [http://www.embrios.org/clonacion/fin\\_terapeutico.htm](http://www.embrios.org/clonacion/fin_terapeutico.htm)
- 24) EMBRYONET, “Embriogénesis Humana”, Tercera Semana, disponible en [http://mural.uv.es/alsago/semana\\_3.html](http://mural.uv.es/alsago/semana_3.html)
- 25) ESER, ALBINI Y KOCH, HANS- GEORG. “La investigación con células troncales embrionarias humanas. Fundamentos y límites penales”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 20, 2004.
- 26) FERRER, URBANO. Traducción y actualización de SUAREZ, ANTOINE. “Der menschliche embryo, eine person. Ein beweis” Der status des embryos, IMABE (Viena), Schweizerische Gesellschaft für Biotethik, Zurich, 1989.
- 27) FIGUEROA YÁÑEZ, GOZALO. “Persona, pareja y familia”, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1995
- 28) FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. “Derecho civil de la persona, del genoma al nacimiento” Editorial Jurídica de Chile, primera edición Julio 2001.

- 29) FIGUEROA YÁNEZ, GONZALO. “La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”, Revista de Derecho y Genoma Humano N° 18, Enero-Junio de 2003.
- 30) FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. “Derecho, bioética y genoma humano”, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- 31) GAFO, JAVIER y GUERRA FLECHA, JOSÉ MARÍA. “Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- 32) GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL. “Procreación asistida, un análisis a luz de la legislación chilena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997.
- 33) HENRIQUEZ, IAN. “Estudio biojurídico sobre el inicio de la vida humana. Comentario crítico a cinco tesis”, Tesis para optar al grado de Magíster de la Universidad de Chile, Santiago, 2000.
- 34) HERESI GAJARDO, FRANCISCA y RAVEAU HÜBNER. ISABEL, “Reproducción asistida y derecho”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- 35) HIRTLE, MARIE y KNOPPERS, BARTHA MARÍA. “Bancos de materiales humanos, derechos de propiedad intelectual y cuestiones relativas a la titularidad: nuevas tendencias en la literatura científica y posiciones en la normativa internacional”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 5, 1996.
- 36) INFRAMEDICA. COM, “Crioconservación”, disponible en <http://www.inframedica.com/pacientes/crioconservacion.htm>

- 37) ISPIZUA MUÑOZ, JORGE. “Bancos de gametos y embriones y su regulación jurídica”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- 38) JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL. “El embrión humano: una realidad necesitada de protección”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12, Enero-Junio 2000.
- 39) LACADENA, JUAN RAMÓN. “Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12 Enero-Junio 2000.
- 40) LACADENA, JUAN RAMÓN. “La experimentación con embriones sobrantes en España: Un comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 20 Enero-Junio, 2004.
- 41) MAÍSTO BONILLA, GIOVANNI. “Estatuto jurídico del embrión” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Central, Santiago, 2003.
- 42) MARKS, GONZALO y VALENZUELA, MARCELA. “El tercer nivel de protección penal del derecho a la vida”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- 43) MONTENEGRO ULLOA, VIVIANA. “Los derechos reproductivos como derechos subjetivos” Tesis para optar al grado

de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, 2002.

- 44) MORENO SANTANDER, CARLOS. “Comentarios acerca de los proyectos de ley sobre materias de orden genético”, Gaceta Jurídica, Editorial Lexis Nexis, N° 287, Santiago, Mayo 2004.
- 45) OVIEDO, GIOVANNA. “Inseminación y fecundación artificial” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Central, Santiago, 2001.
- 46) PAGURA, GUILLERMO. “Eugenesia: Una mirada retrospectiva para comprender el presente”, Portal web Monografías. com disponible en [www.monografias.com/trabajos33/eugenesia/eugenesia.shtml](http://www.monografias.com/trabajos33/eugenesia/eugenesia.shtml)
- 47) PALACIOS ZULOAGA, PATRICIA. “La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia internacional durante 2004”, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- 48) ROMEO CASBONA, CARLOS MARÍA. “Genética y derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- 49) ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. “El alcance del derecho a la vida en relación con el concebido según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 20, 2004.
- 50) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 95-0017334-00007-CO, Res:2000-02306, Considerado IX, citada en



Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2005

- 51) SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. “Estatuto Jurídico del embrión”, Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 30, Lima, Perú, Enero 2002.
- 52) SILVA RUIZ, PEDRO. “Manipulación de embriones humanos”, Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. XXV, Septiembre- Diciembre 1990 N° 1.
- 53) SILVA SALCEDO, PAULINA. “El contrato de arrendamiento de útero”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, 1993.
- 54) SILVA SALCEDO, PAULINA. “ La protección penal del embrión preimplantatorio humano”, Tesis para optar al grado de Doctor Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.
- 55) SINGER, PETER. “Repensar la vida y la muerte”, Editorial Paidós, 1997, Barcelona.
- 56) SOTO SILVA, RODRIGO. “Informe sobre el tratamiento del embrión humano en la jurisprudencia constitucional española”, Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, 2001.
- 57) SOTO SILVA, RODRIGO, “El derecho y la interpretación de los hechos biológicos: dos ejemplos de actualidad (células madre y clonación)”, Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Volumen XIII, Diciembre 2002

- 58) SOUTULLO, DANIEL. “Clonación humana no reproductiva: utilización de embriones para la obtención de tejidos para transplantes”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12, Enero-Junio, 2000.
- 59) SOUTULLO, DANIEL. “Selección de embriones y principios de bioética”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 21, 2004.
- 60) STARCK, CHRISTIAN. “El estatuto moral del embrión”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 15, Julio- Diciembre, 2001.
- 61) TESTART, JACQUES. “Investigaciones sobre el embrión humano”, Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 12 Enero-Junio, 2000.
- 62) UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN. “Momento en que el embrión es persona humana”, Centro de Estudios Públicos, N° 96, Santiago, Chile, 2004.
- 63) ÚGAS TAPIA, FRANCISCO. “El estatuto jurídico del embrión humano y la experimentación con ellos en la legislación chilena y comparada. Un enfoque biojurídico”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.
- 64) VÁSQUEZ LEPE, MACARENA. “¿Es la manipulación genética de embriones humanos un atentado contra nuestra constitución?”, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 26 N° 4.

- 65) VELOSO VALENZUELA, PAULINA. “El diagnóstico preimplantatorio y prenatal, el consejo genético y la terapia genética: límites éticos y jurídicos”, en Tercer encuentro latinoamericano de derecho, bioética y genoma humano”, Agosto, 2001.
- 66) VELOSO VALENZUELA, PAULINA. “La justicia frente a los Derechos Humanos de las mujeres”, Editorial Cono Sur Ltda., Santiago, 2000.
- 67) VIAL CORREA, JUAN DE DIOS. “El embrión humano”, Revista de estudios médicos humanísticos, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Estudios Médicos Humanísticos, Santiago, 2002.
- 68) VIDAL-BOTA, J. “En profundidad el Informe Warnock”, Página web de la Asociación Catalana de Bioética, disponible en <http://www.aceb.org/jv/mw/winf.htm>
- 69) WARNOCK, MARY. “Fabricando bebés: ¿existe un derecho a tener hijos?”, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- 70) YÉVENES HEVRERA, CLAUDIA. “Inseminación artificial y fecundación extrauterina, alcances médicos, éticos y jurídicos” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Central, Chile, 1995.
- 71) ZEGERS, FERNANDO. “Reflexiones sobre los inicios del individuo humano”, Revista Médica de Chile Nº 12, Diciembre de 1997.

## 2. REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- 1) <http://www.bioetica.org/>
- 2) <http://www.nooran.org/SP/Q/17.htm>
- 3) ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL,  
<http://www.wma.net/s/policy/r1.htm>
- 4) BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, <http://www.bcn.cl>
- 5) CONGRESO NACIONAL, TRAMITACIÓN DE  
PROYECTOS DE LEY, <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>
- 6) NACIONES UNIDAS, <http://www.un.org/spanish/>
- 7) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS  
NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS,  
<http://www.ohchr.org/spanish/index.htm>
- 8) PARLAMENTO EUROPEO,  
[http://www.europarl.europa.eu/transl\\_es/plataforma/pagina/pagdives  
.htm](http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/pagdives.htm)
- 9) UNESCO, [http://portal.unesco.org/es/ev.php-  
URL\\_ID=29011&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.ht  
ml](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=29011&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)