

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTATUTO DEL EMBRION PREIMPLANTACIONAL EN CHILE*

Jonatan Valenzuela Saldías*

1. Generalidades; 2. Estatuto del embrión preimplantacional en el sistema regulatorio chileno; 3. Tratamiento a nivel de proyecto de ley en Chile : 3.a. Moción del senador Sebastián Piñera y primera indicación sustitutiva; 3.b. Informe de las Comisiones unidas de Salud y Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

1. Generalidades

El presente trabajo tiene por objeto la revisión del tratamiento, en especial a nivel de proyecto de ley en Chile, respecto de la protección a la vida en su tercer nivel. A este efecto debemos centrar nuestra atención en al menos dos temas previos, el primero de ellos referido a la protección penal a la vida humana, es decir la justificación de pena respecto de los diversos tipos de atentados a la vida humana. El segundo, los niveles o grados que admite esa protección, diferenciados o demarcados por distintos criterios, hitos o cesuras. Además preliminarmente debe enunciarse el problema metodológico que involucra la asunción de la teoría del bien jurídico.

En este sentido el problema pasa por la adopción de la teoría del bien jurídico como criterio definitorio en cuanto a la legitimación de la pena y de la incriminación, o por otro lado prescindir de éste criterio y justificar la legitimación de la acción punitiva estatal, desde la incriminación hasta la aplicación completa de la pena. En éste punto la discusión está dada por la opción que se tome entre el funcionalismo radical y el funcionalismo ortodoxo. A efectos de este solo trabajo la opción será la segunda, es decir se considera la teoría del bien jurídico como criterio legitimatorio de la acción punitiva estatal.

En este sentido debe ser considerada la opción defendida por el profesor de la Universidad de Bonn, Urs Kindhäuser, en cuanto a considerar que bajo tal término debe entenderse “*características de las personas, cosas o instituciones, que son objeto de posiciones jurídicas. Estos bienes son penalmente relevantes cuando su garantía pertenece a la protección del derecho penal*”¹. De esta manera tenemos que asumiendo tal estructura los intereses relevante de que se trate deberán enmarcarse dentro de los márgenes de la idea anotada, de otro modo deberemos tender a considerarlos irrelevantes penalmente.

La relevancia de tales bienes jurídicos estará a su vez determinada por la representatividad de la “*identidad jurídica de una sociedad de estructura concreta, como también los*

* Debo agradecer al profesor Antonio Bascañán Rodríguez por la guía en la realización del trabajo del que éste artículo es parte, así como por su enorme generosidad académica y orientación en el interés por el estudio científico del Derecho Penal. Además debo también agradecer al profesor Miguel Soto Piñero y a la profesora María Inés Horvitz Lennon por despertar en el estudio de la parte general, mi interés en la materia.

* Egresado Facultad de Derecho Universidad de Chile.

¹ Kindhäuser, Urs, “Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, editado por la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, traducción de Claudia López Díaz, pág.67.

presupuestos para su constante reproducción”, de esta manera, y siguiendo aún a Kindhäuser debemos considerar a los bienes jurídicos como “las condiciones de participación orientadas al acuerdo, en una integración justa, igualitaria y social”².

Si asumimos la estructura del bien jurídico como objeto de protección (relevante) por el derecho penal, y si además asumimos, metodológicamente al menos, la estructura propuesta por Kindhäuser, tenemos que el ejercicio que resta, a efectos del presente trabajo es la revisión del rendimiento del bien jurídico identificado como “vida humana” a la luz de la estructura propuesta, y acotado al estadio de desarrollo en análisis.

Dentro de las expectativas posibles de ser asumidas en el marco de la estructura dominada por los acuerdos pertenecientes al contrato social y su suscripción, puede encontrarse sin un esfuerzo constataivo mayor el interés en la propia existencia como en la conservación de la vida. En éste sentido podemos asumirlo, dentro del sistema chileno y en el derecho comparado en general, al menos a nivel de abstracción, como un presupuesto metodológico desde la enunciación presente en el artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República, así como una construcción identificable según el ordenamiento que se trate.

El carácter de presupuesto metodológico de esta enunciación juega a su vez una doble función. De un lado traslada la pregunta de “lo protegido” desde la abstracción genérica del bien jurídico³ hacia la pregunta concreta del rendimiento del bien jurídico vida humana en sede de respuesta ante la pregunta de legitimidad de la acción punitiva estatal. De otro lado despeja los obstáculos que la prescindencia de una estructura como esa pueda generar a la hora de constatar los posibles conflictos de intereses, tornando el problema en una decisión entre la afectación de distintos bienes jurídicos (por ejemplo la tensión entre la vida humana dependiente y la autonomía reproductiva de la mujer).

Así visto, tenemos que, asumiendo la estructura argumental propia de la teoría del bien jurídico, el bien vida admite, desde la perspectiva del proceso que involucra, importantes variaciones o mutaciones, en cuanto objeto de ataque u objeto de la acción delictiva. De hecho, debe proscribirse la posibilidad de enunciación clara de momentos claramente diferenciables, pues como se sabe dentro lo que podemos entender como desarrollo de vida humana tenemos una serie de procesos concatenados de difícil separación temporal, y de casi nula separación eficiente desde la perspectiva del derecho penal.

Si centramos nuestro análisis en los tipos penales que asumen la protección de la vida, es decir si consideramos como criterio de diferenciación de los distintos estadios o grados que admite el bien jurídico objeto de ésta protección, justamente a las expresiones de respuesta incriminatoria dentro del sistema, tenemos que es plausible distinguir tres estadios en el desarrollo del proceso de vida humana.

Estos estadios dan lugar a tres niveles diferenciados de protección penal a la vida humana. Estos niveles se encuentran separados a su vez por tres cesuras, que cumplen el papel de criterios diferenciadores.

² Kindhäuser, Urs, op.cit.

³ La construcción legitimatoria de las estructuras argumentales relativas al bien jurídico en general, están reservadas a las distintas respuestas que a este nivel puedan darse en la parte general.

El primer nivel de protección a la vida humana corresponde a los delitos de homicidio (en las distintas formas que pueda asumir dentro del desarrollo de los tipos en la parte especial), son ataques a la vida humana independiente. El criterio diferenciador o cesura entre éste nivel y el segundo se encuentra en el parto o nacimiento⁴.

El segundo nivel corresponde al delito de aborto como respuesta en sede de incriminación. Aquí el atentado está concebido contra la vida humana dependiente como objeto de ataque. Se estima mayoritariamente que la cesura que da comienzo a éste nivel se encuentra en la anidación⁵⁻⁶.

Luego tenemos al tercer nivel de protección penal a la vida humana. Corresponde a los delitos surgidos respecto de la regulación de la fecundación asistida (dada la posibilidad de fecundación extracorporal). El momento que da origen a éste nivel de protección es algo que se encuentra en un plano poco pacífico y varía de legislación en legislación. Podemos determinarlo en función del segundo nivel de protección penal a la vida que llega hasta la anidación (donde comienza la respuesta a nivel de delito de aborto).

El tercer nivel de protección a la vida humana está determinado por la cesura de la anidación. Es decir el día 14 en que el ovocito se implanta en las paredes uterinas. Éste es el punto en que dentro del contexto de éste trabajo debemos centrar nuestra atención, el tercer nivel de protección penal a la vida humana.

Dentro de los principales problemas planteados en sede de éste nivel de protección a la vida humana, encontramos la dificultad de determinar exactamente cual es el *estatus* del embrión preimplantacional, pues es ésta estructura la susceptible de sufrir los ataques directos que pueden ser entendidos como ataques contra la vida humana. Éste punto será abordado más adelante.

Otro punto de vital importancia es determinar con exactitud los marcos, inferior y superior desde una perspectiva temporal, del nivel de protección en general, cuidando el problema de la comisión de atentados *durante* alguno de los límites.

Un tercer punto es la determinación de calificación de la técnica legislativa empleada, tentativamente por el legislador chileno. Dentro de éste punto debe a su vez recurrirse inevitablemente a las consideraciones adoptadas en otras legislaciones al mismo respecto.

⁴ Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Introducción a la regulación penal de los atentados contra la vida humana”, material editado para el uso de los estudiantes del curso Derecho Penal, Parte especial, de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, borrador en elaboración, páginas 39 y siguientes.

⁵ De aquí que pueda constatarse sin un esfuerzo mayor que la causación de la cesación de la vida antes de la anidación en ningún caso puede tener como respuesta en sede de incriminación al delito de aborto, pues es claro que el estado de la vida que se ve afectado por el uso de medicamentos (levonorgestrel) se encuentra fuera de éste segundo nivel.

⁶ Dejando fuera en este punto la discusión sobre la respuesta diferenciada o no respecto de éste nivel o del tercer nivel para los casos de atentados a la vida *durante* el proceso de nacimiento. Es decir en el proceso mismo en que se constata la cesura. Para una interesante ilustración véase el caso contra Rogelia Maldonado Maldonado, Corte de Valparaíso, 28 de Octubre de 1935. Gaceta de los Tribunales, 1935 – II, Sentencia N° 123, página 414, *Muerte al feto durante el parto*.

Un cuarto punto que dejaré fuera de la discusión de ésta exposición, es la determinación de un criterio estándar de relevancia de la existencia del *concepto* intrauterino, pues como se sabe desde el día 1 hasta el día 14, la mujer puede no, y no lo está la mayoría de las veces, estar enterada de la existencia del ovocito. La necesidad de adopción de éste criterio debe tender a la limitación de los elementos subjetivos a nivel de tipo (en específico proscribir, en el mejor de los casos, la incriminación a título de conducta imprudente).

2. Estatuto del embrión preimplantacional en el sistema regulatorio chileno

Al embrión preimplantacional se le han otorgado tres niveles regulatorios en el derecho chileno⁷:

- 1) Regulación del Código Civil;
- 2) Regulación de la Constitución;
- 3) Regulación en proyectos de ley sobre reproducción asistida.

La regulación a nivel de Código Civil está estructurada en base a cuatro reglas básicas: los artículos 55, 74, 75 y 77. Éstas cuatro reglas estructurantes juegan papeles diferentes y se relacionan a su vez por medio de criterios diversos. El artículo 55 contiene la definición de persona, el 74 contiene una definición del principio de existencia legal de la persona, el 75 una declaración de la vida del que está por nacer como objeto de protección, y el 77 una regla suspensiva de goce de derechos antes del nacimiento.

Además de éstas cuatro reglas señaladas por el profesor Bascuñán Rodríguez, puede plantearse la interrogante en torno a la trascendencia de la regla contenida en el artículo 76 del Código Civil chileno. Esto porque como se sabe el artículo 76 del Código Civil contiene una regla de presunción del período de la concepción. Establece el artículo 76 del Código Civil chileno: *“De la época del nacimiento se colige la de la concepción según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.”*

Tal regla puede tener importantes consecuencias pues como aparece, queda establecido el día cero de existencia⁸ lo que nos otorga el piso demarcatorio de trascendencia de existencia de la vida humana para el sistema jurídico chileno. Lo interesante es que dentro de ésta consecuencia puede advertirse que la determinación del mencionado *momento cero* sólo puede hacerse producida la cesura del nacimiento. Dicho de otra manera la determinación del día cero desde la perspectiva otorgada por la regla contenida en el artículo 76 del Código Civil chileno necesita o presupone la determinación de la medianoche del día en que comienza el proceso de parto. De ésta forma el día cero de existencia de la vida humana trascendente a efectos del sistema normativo chileno requiere la constatación de un momento determinado a su vez por un proceso

⁷ Siguiendo en éste punto la exposición que a este respecto hace el profesor Bascuñán Rodríguez, en “El estatus del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, contenido en “El embrión humano”, Beca Infante, Juan Pablo, editorial Mediterráneo, páginas 161 y siguientes.

⁸ Utilizo la expresión “día cero” en el sentido de determinar el primer día correspondiente a la existencia orgánica del protoembrión.

independiente (sobre todo desde la perspectiva de la protección penal a la vida humana), el comienzo del proceso de parto o nacimiento.

Puede entonces junto con las reglas de los artículos 55, 74, 75 y 77 del Código Civil chileno encontrarse una regla de reconstrucción temporal del primer momento de trascendencia de la existencia de vida humana susceptible de ser protegido, o que puede encontrarse enmarcada dentro del campo de acción que determina el inciso segundo del artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República.

La discusión en éste punto trascendente está radicada en torno a considerar si en éstas reglas civiles se encuentra un reconocimiento institucional de existencia del *nasciturus* y su correlativa consideración como persona. En éste sentido puede asumirse como postura la consideración de que todo miembro o ser de la especie humana cualquiera sea su edad es susceptible de ser considerado persona, contraponiendo la idea de *existencia legal* a la de *existencia natural*, y decidiendo a favor de ésta última⁹.

Otra posición susceptible de ser asumida es la señalada por el profesor Gonzalo Figueroa¹⁰, que plantea una clara disyunción en torno a la calificación de existencia del embrión contraponiéndose a la regulación que existe a favor del *nasciturus*, es decir el embrión implantado. Así para Figueroa el momento de la anidación constituye un criterio satisfactorio para determinar un *antes* y un *después* en cuanto a la calificación de certeza de la calidad de persona del embrión, es entonces, persona el embrión que se encuentra dentro del marco delimitado por el criterio de la implantación y no lo es, consecuentemente, el que no lo está.

Sin embargo, siguiendo la interpretación del profesor Antonio Bascañán Rodríguez, referida a las reglas civiles de regulación pertinentes en ésta materia, debemos deducir que las dos posiciones anteriormente anotadas son erróneas, para el profesor Bascañán el mensaje normativo contenido en las disposiciones anotadas es que el *nasciturus* no es persona como un nacido vivo, es decir a pesar de no contar con existencia legal, el legislador ha optado por otorgarle a su vida cierta protección. Es decir a pesar de ser claro que el *nasciturus* ostenta una calidad inequívocamente diversa a la del nacido con existencia legal, no puede desconocerse una opción, en cuanto orientación de voluntad del legislador, que apunta a otorgarle protección a esa vida del *nasciturus*. Es decir se desvirtúan las consideraciones tendientes a considerar junto a la existencia (legal) una segunda y de mayor entidad existencia (natural) de la cual derivar un mandato genérico de protección. Además la tesis del profesor Figueroa puede verse afectada ante la interpretación planteada por el profesor Bascañán, pues es dudosa la aplicación radical de la disyunción presente en la interpretación del profesor Figueroa al marcar un antes y un después que afecte directamente el mandato de protección (contenido en el Art. 19 número 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República).

El error compartido por éstas dos posiciones (la existencia natural y el criterio de todo o nada de Figueroa) es considerar como conceptualmente relevante el problema en

⁹ Lo que implica a su vez que la interpretación correcta, en ésta postura, del art. 77 del Código Civil debe referirse al deferimiento de derechos solamente patrimoniales y no de derechos consustanciales a la existencia natural, lo que puede ser desvirtuado, en mi opinión desde la estructura de la obligación jurídica planteada por el profesor Günther Jakobs, en “La génesis de la obligación jurídica”, conferencia dictada en la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Mayo de 2000.

¹⁰ Figueroa, Gonzalo, “Derecho Civil de la persona”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001

torno a determinar *si el nasciturus es o no persona*, sobre todo considerando que el proceso de la vida humana es un proceso de difícil demarcación y por lo tanto de un carácter difuso innecesario en cuanto consideración con probables efectos normativos.

En el marco de la regulación de la Constitución Política de la República de 1980 debemos sentar las bases del primer y gran problema metodológico con que puede tropezarse, las dificultades surgidas desde la redacción misma, en el seno de la Comisión de estudios para la Nueva Constitución, y su posterior interpretación y reconstrucción.

Lo pertinente aparece en el inciso segundo del art. 19 número 1 “*La ley protege la vida del que está por nacer*”. Para cierta parte de los profesores de Derecho Constitucional en éste inciso segundo la posición de voluntad del constituyente está orientada a establecer un mandato absoluto o imperativo al legislador en cuanto a ordenar su actuación a favor de la vida “*del que está por nacer*”. Sin embargo ésta interpretación tropieza con un primer gran obstáculo, considerando lo contemplado en las “Actas oficiales de la comisión constituyente”¹¹, pues es claro que el propósito envuelto en la redacción del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 es justamente el contrario a establecer un mandato de protección imperativa para el legislador respecto de la vida del no nacido, es decir aparece claramente diferenciado el tratamiento de protección absoluta para la vida (del nacido) y para la vida del *nasciturus*, estableciéndose en éste segundo caso un deseo de “*elasticidad al legislador, para que en determinados casos, como por ejemplo, en el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto*”¹². Es entonces plausible la calificación del deber de protección como “*no absoluto*”, contenido en el inciso segundo del artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República.

En el marco del desarrollo de la discusión de la Comisión Constituyente puede advertirse una posición que exactamente engarza con las interpretaciones tendientes a considerar que puede sostenerse seriamente que desde el inciso segundo del número 1 del artículo 19 existe: (a) un derecho absoluto a la vida del *nasciturus*; (b) existe para el legislador un mandato absoluto en cuanto a protección del derecho subjetivo señalado para el *nasciturus*.

Esta posición tiene como más ilustre generador al fallecido profesor de Derecho Constitucional Jaime Guzmán Errázuriz. Su posición en la Comisión Constituyente tendía a reconocer no sólo un derecho subjetivo vida con protección absoluta, sino que pretendió existiera imposibilidad absoluta de atentado contra la vida humana en cualquiera de sus estados.

Los restantes miembros de la comisión se opusieron a ésta posición, quedando la redacción actual del precepto, es decir constituyendo la actual redacción la manifestación del rechazo a la posición sostenida por Guzmán, por lo que es dificultoso reconstruir desde la manifestación del rechazo de la comisión al planteamiento de Jaime Guzmán, su posición original

Tanto en la regulación presente en el Código Civil como en la regulación Constitucional del derecho a la vida el esquema de la discusión está dado por el “*cuanto*” en relación a la protección, lo que lleva necesariamente a considerar, para concretar la

¹¹ “Actas oficiales de la comisión constituyente, sesión 87ª, 14 de Noviembre de 1974, p. 16.

¹² “Actas oficiales de la comisión constituyente, sesión 87ª, 14 de Noviembre de 1974, p. 16

protección, los distintos derechos subjetivos que pueden verse afectados en la realización de la protección, es decir el esquema dado por la determinación de si el *nasciturus* o *conceptus* es o bien persona o bien cosa¹³, resulta plausiblemente prescindible para determinar *cuánto* proteger y *qué* intereses legítimos de terceros pueden verse ilegítimamente afectados por la concreción de esa prohibición.

Este esquema interpretativo se encuentra manifestado difusamente en la jurisprudencia nacional. Baste la referencia a la sentencia de la Corte Suprema respecto del recurso de protección presentado para impedir la comercialización del *Postinor* (*Levonorgestrel*). En este caso la Corte Suprema pudo asumir el esquema del cuanto debe proteger el legislador, del cual protegible es la vida en el estado preimplantacional, sin embargo no se divisa la distinción básica de niveles de protección a la vida humana, centrando su debate en la consideración del *conceptus* como persona desde un punto de vista ontológico, desentendiéndose por completo del problema central. No se mencionó en ningún momento que el acoger el recurso, impedir la comercialización del *Levonorgestrel*, podía al menos potencialmente, lesionar intereses legítimos de terceros (nunca se menciona esta posibilidad por ejemplo para la lesión a la autonomía reproductiva de la mujer).

Consecuente con lo anterior, la Corte omite la consideración en cuanto a que el estado de no nacido admite graduaciones y distinciones dentro de sus niveles de protección. Es decir considera que el segundo nivel de protección penal a la vida humana, cubierto a nivel de tipo por el delito de aborto, no merece distinción con el tercer nivel de protección penal a la vida humana (vida humana no anidada, no cubierta por el tipo del delito de aborto), lo que trae como consecuencia que debemos interpretar que el tercer nivel de protección penal a la vida tiene la misma entidad que el segundo, lo que con la sola constatación de la entidad de la reacción punitiva estatal, tanto a nivel nacional como a nivel de derecho comparado, resulta difícilmente plausible.

Por último en éste punto queda pendiente la exacta determinación de la justificación de tratamiento diferenciado para el embrión *in vitro* y para el embrión *in vivo*. Parece, como aproximación, que un criterio que debe ser tomado en cuenta es el relativo a la certeza de la existencia. Como se sabe el embrión *in vivo* en muchas ocasiones carece de formas de exteriorización de su existencia para la mujer, por lo que también muchas veces, se producen atentados bajo la forma de actuación negligente en contra de ese estado de vida humana. Para el caso del embrión *in vitro* el criterio de certeza se encuentra claramente determinado por el proceso de asistencia profesional consustancial a su existencia, por lo que el margen de reprochabilidad para la conducta negligente es mayor y no requiere de mayor especificación.

3. Tratamiento a nivel de proyecto de ley en Chile

3.a. Moción del senador Sebastián Piñera y primera indicación sustitutiva.

El seis de julio de 1993 el entonces senador Sebastián Piñera presentó una moción que pretende “Regular los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas”.

¹³ Es el esquema que aparece claramente establecido para el análisis del profesor Gonzalo Figueroa.

En la moción presentada, el párrafo primero está destinado a lo que denomina normas generales, y en el artículo 1 ensaya una definición de embrión: “*Llámanse embrión al ser humano desde el momento de la fecundación hasta su nacimiento*”. Ésta definición adolecía del problema de confundir dos niveles de protección a la vida humana, es decir extiende innecesariamente su ámbito de aplicación, considerando tanto la vida humana anidada como no anidada, es decir tanto al *conceptus* como al *nasciturus*. Si bien desde la embriología puede hablarse de período embrionario desde el día 0, no puede hablarse de tal período hasta el día del nacimiento, sino tan sólo hasta la conclusión del período metamórfico, es decir, el período que se ubica entre los días 35 a 55. Concluido este proceso debemos hablar de período fetal, por lo tanto de feto y no de embrión. Luego, la definición planteada en la moción del senador Piñera, excede con creces la estructura del proceso que intenta regular, haciéndose innecesariamente extensiva y tendiente a la confusión.

Realizando una interpretación sistemática de lo dispuesto en el Código Penal relativo a al delito de aborto debemos, y así aparece del resto de las disposiciones de la moción presentada por el senador Piñera, excluir de su ámbito de protección al sujeto¹⁴ que haya superado la etapa metamórfica y se encuentre por lo tanto en el período fetal. Debemos también excluir, y esto no puede descartarse del todo de lo dispuesto en la moción del senador Piñera, al sujeto que haya superado el período de implantación, pues desde ese momento se habrá consolidado la etapa de embarazo, cayendo absolutamente en el segundo nivel de protección penal a la vida humana, cubierto, como ya se ha anotado, de manera suficiente por el delito de aborto¹⁵.

Esta definición ha sido reemplazada en la primera indicación sustitutiva por la fórmula: “*el ser humano existe desde el momento de la concepción*”, lo que si bien salva por la omisión que contiene, en contraste con la declaración del primitivo artículo 1, el problema de la extensión, no otorga una solución del todo eficiente, pues la declaración de existencia del ser humano es plausiblemente descartable para un tratamiento normativo adecuado. Es decir no por tratarse de seres humanos se corrige la estructura de valoración de la vida presente en todo el ordenamiento, exactamente desde la prescripción constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 19 número 1, que el ser humano exista desde cuando exista es irrelevante, sigue siendo tratable de manera diversa la vida humana. También desde el punto de vista de la regulación del Código Civil en la materia tal declaración carece de efectos relevantes pues la distinción entre el que está por nacer y el nacido subsiste, careciendo de importancia si lo no nacido o nacido sea desde cuando sea ser humano. Incluso desde la perspectiva civil, atendiendo al artículo 55 y al 74, podemos llegar a considerar que desde el punto de vista de la existencia legal de la persona, antes de cumplida la cesura del nacimiento, existe, desde el corregido artículo 1, un ser humano que no existe en cuanto a su calidad de persona.

Además de contar con una definición que requirió ser reconstruida desde la embriología y desde la normativa propia del segundo nivel de protección a la vida, en lugar de negar lugar al problema (lo que sin embargo puede llegar a ser considerado un avance consciente) la moción del senador Piñera no reconoce efectivamente la posibilidad de lesión de intereses legítimos de terceros y desconoce casi absolutamente la autonomía reproductiva de la mujer.

¹⁴ Utilizo sujeto como sujeto de la norma en cuestión y no como sujeto susceptible de ser considerado agente eficaz en las conductas que esas normas prescriben.

¹⁵ Sin perjuicio de las deficiencias del tratamiento del delito de aborto, las que no viene al caso tocar.

De sus diversas disposiciones no puede colegirse satisfactoriamente una posición definida para los innegables conflictos de intereses que pueden producirse en ésta materia.

En primer lugar restringe a los sujetos capaces de involucrarse en el procedimiento de reproducción asistida, tan sólo a las “*parejas matrimoniales que no puedan tener hijos*”. Ésta restricción entra en una fuerte pugna con el principio de igualdad, conflicto que sin demasiados ni muy complejos ejercicios de ponderación debería ser resuelto a favor de la igualdad. Además desde la autonomía reproductiva de la mujer pareciera que se sujeta ésta al arbitrio del marido en su operatividad para someterse al procedimiento de reproducción humana asistida, ya que el requisito no es que *una* persona casada intervenga en tal procedimiento, sino que la *pareja* lo haga. Desde éste punto de vista puede considerarse que en éste ámbito se crea una incapacidad relativa de la mujer, lesionando de manera directa su autonomía general y en particular, por las características del proceso al que se somete, la reproductiva.

Sin dejar las cosas en el estado que aparecen a título de requisito, el senador Piñera fue más allá, estableciendo un correlato sancionatorio a la infracción a las normas antes reseñadas. De ésta manera el artículo 9 sujeta la contravención al requisito de pareja idónea a las reglas sancionatorias del párrafo cuarto del proyecto.

Si consideramos la pugna desde el principio de igualdad, que puede constatarse con la sola enunciación del requisito de idoneidad planteado en el artículo segundo, la asociación a la contravención de éste requisito de una sanción otorga plausibilidad al conflicto que se aprecia en la enunciación. No parece una medida de protección al embrión sujetar los procedimientos de reproducción asistida a requisitos de operación tan estrictos, sin embargo es claro, el origen que da a un conflicto de intereses entre los involucrados.

Junto con sujetar la contravención a éste requisito a las normas sancionatorias del párrafo cuarto del proyecto, se sujeta además a ciertas reglas de determinación. En éste sentido se determina quien se entenderá por madre y padre (artículo 10), una regla de legitimación procesal activa para pedir alimentos (artículo 11), una regla referida a la calidad hereditaria de la persona producto del embrión sujeto al procedimiento de reproducción asistida (artículo 12), y una singular prohibición en el artículo 13.

El artículo 13 “*prohíbe a la mujer con cuyos óvulos ha sido concebida una persona y que no es su madre, adoptarla en cualquier forma*”. Ésta regla debe entenderse integrada por la definición de madre del artículo 10, es decir se entenderá por madre de un hijo “*aquella mujer que lo parió*”. Es decir debe entenderse que la prohibición del artículo 13 está dirigida a todas las mujeres que no han parido a la persona concebida con intervención de sus gametos. De esta manera se desprende o puede ser al menos colegida, una estructura de valoración tenida en cuenta por el legislador.

De un lado considera lesivo o especialmente relevante que la mujer cuyos gametos intervienen en la concepción de una persona y que no lo haya parido, adopte a esa persona determinada. De este modo considera irrelevante que el hombre cuyos gametos han intervenido en la concepción de una persona lo adopte. Parece encontrarse dentro del espectro de reprochabilidad del legislador la dualidad conceptual de maternidad

que la propia ciencia medica entrega, coordinada con las posibilidades de la legislación civil.

Por último en el artículo 14 se establece la posibilidad de realización restringida del exámen de ADN, condicionada a la constancia de la calidad que se investiga por medio de ese examen en documentos auténticos o que hayan sido declarados por testigos presenciales.

En el párrafo cuarto la moción del senador Piñera contempla las sanciones asociadas a la contravención de sus normas. Establece un umbral máximo de pena de prisión en sus grados medio a máximo, estableciendo una rebaja de pena para el caso de los cónyuges respecto de quienes se ha llevado a cabo la fecundación asistida. Las conductas descritas en ésta disposición (artículo 20) son la intervención en cualquier forma en técnicas (procesos) de reproducción asistida que no se encuentren autorizadas por el Ministerio de Salud, y los que lleven a cabo estos procedimientos en establecimientos que no cuenten con la autorización para hacerlo.

El artículo 21 contempla presidio menor en sus grados mínimo a medio para los que de cualquier forma participen en: criopreservación de embriones (lo que trae notables consecuencias como se verá más adelante), comercialización de embriones, destrucción de embriones, experimentación genética de embriones, utilización de embriones para un fin distinto de la reproducción humana, utilización del vientre de una mujer para la gestación y/o posterior desarrollo en él de un embrión que será luego entregado, gratuita u onerosamente, a otra u otras personas, sea en calidad de tal o como un ser humano ya nacido.

En su artículo 22 señala una pena de multa para las instituciones que lleven a cabo técnicas de reproducción asistida sin estar autorizadas para hacerlo y a aquellas personas que no cuenten con su autorización. La aplicación de ésta se hará de acuerdo a su umbral máximo cuando las instituciones a que se refiere esta disposición realicen cualquiera de los hechos (conductas) descritas en el artículo 21.

El gran problema que la moción del senador Piñera y su primera indicación sustitutiva presentan es la falta de reconocimiento a las posibilidades de conflictos de intereses relevantes en el marco de la realización de procedimientos de fertilización asistida. Hasta aquí no es posible reconstruir regla alguna de atribución de solución a la existencia de tensiones entre el interés de protección a la vida humana (preimplantacional) y la autonomía reproductiva de la mujer. De hecho puede considerarse que las limitaciones desde el punto de vista de la idoneidad del sujeto susceptible de decidir eficientemente someterse a un procedimiento de fertilización asistida tiene como función el desconocimiento absoluto de la posibilidad siquiera de ponderación de intereses en caso de tensión. Así visto, puede argumentarse que esa posición tiende a configurar una regla de solución del posible conflicto, sin embargo desde el contexto constitucional referido al tratamiento de la protección de la vida del “que está por nacer” junto con el tratamiento a las libertades básicas reconocidas por el ordenamiento a la mujer, tal consideración aparece del todo insustentable.

3.b. Informe de las Comisiones unidas de Salud y Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

En el tránsito de tramitación del proyecto presentado por Piñera, además de la primera indicación sustitutiva de la Comisión de Salud¹⁶, encontramos el segundo informe de las Comisiones Unidas de Salud y Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (30 de Septiembre de 1997). Éste proyecto reformulado no recibió aprobación en sala debido a la coyuntura de la renovación electoral del senado (producida en Marzo de 1998). Se sostuvo entonces la necesidad de re - estudiar la iniciativa legislativa abriéndose la posibilidad de formular nuevas indicaciones, varias fueron formuladas pero el proyecto no siguió avanzando en su tramitación.

En lo esencial, el proyecto surgido de las Comisiones unidas contiene una delimitación en el artículo 3, en el sentido de establecer desde cuando comienza su ámbito de protección de manera específica: *el ser humano existe desde la fecundación, la que ocurre al momento de la penetración de la cabeza del espermatozoide en el óvulo a través de la membrana gamética.*

Haciéndose cargo parcialmente del problema planteado en el primer proyecto respecto de la determinación del sujeto idóneo para someterse al procedimiento de fertilización asistida, encontramos que en el artículo 4 de este nuevo proyecto se amplía la órbita de posibilidades, pues no aparece la restricción a la pareja matrimonial, sino que restringe a la pareja heterosexual, cumpliendo determinadas condiciones: tengan hogar constituido y estable, la mujer no sea menor de veintiún ni mayor de cuarenta y cinco años de edad y el hombre no sea menor de veinticinco ni mayor de sesenta, al iniciarse la fecundación asistida y ambos estén vivos al momento de efectuarse la fecundación del óvulo.

Además establece en su artículo 7 el otorgamiento de consentimiento, pero radicándolo en ambos componentes de la *“pareja estable”* susceptible de someterse al proceso de fecundación asistida, es decir las partes de la pareja heterosexual tratada en el artículo 4.

En los artículos 10, 11 y 12 se intenta establecer el secreto del donante de gametos para la realización del proceso de fertilización asistida, fijándose en el último de los artículos mencionados un tipo respecto de quien revele la identidad de los donantes, remitiéndose al artículo 247 del Código Penal (bajo el título de violación de secretos, con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa, estableciéndose además en el mismo artículo 12 del proyecto la suspensión de profesión titular en sus grados mínimo a medio).

En el párrafo 4 del proyecto se refiere a las sanciones, estableciendo en el artículo 18 un catálogo de conductas con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa, quitándose del catálogo y dejándolo en una categoría especial en el artículo 19 la prohibición de criopreservación, estableciendo una pena para este caso de multa, con una agravante para el caso del profesional médico o enfermera, en que además puede aplicarse suspensión en su grado medio a inhabilitación de profesión titular en su grado mínimo.

¹⁶ Tratado en conjunto con la moción en la letra “a”.

Finalmente en éste proyecto aparece la novedad de la sanción para 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, se entregará a otra persona, sanción que consiste en multa. Se sanciona además al que la indujo directamente a consentir en ello y al que haya aceptado a recibir al niño, sanción también consistente en multa. Ésta disposición puede ser criticada desde la perspectiva de la ausencia de la consideración como criterio director de la autonomía reproductiva de la mujer.

El punto radica, para ambos proyectos, en la determinación del estatuto del embrión preimplantacional desde un punto de vista normativo. Como señala el profesor Bascañán Rodríguez¹⁷, para cualquier postura moral que tome en serio la falacia naturalista la radicación de la atención del problema en el concepto ontológico de persona se encuentra vedada. No existe dato biológico que pueda otorgar un criterio de determinación respecto de quienes deben ser tratados como iguales en cuanto a dignidad y derechos, esa determinación es precisamente normativa y no ontológica, o al menos no derivable directamente de un dato biológico.

Desde la adopción del discurso de los derechos fundamentales tenemos que el concepto de persona relevante a efectos jurídicos es precisamente el normativo, dado que el concepto de derecho fundamental descansa en el concepto de derecho subjetivo, el que a su vez descansa en la noción de sujeto como agente con proyección práctica en sus intereses y/o voluntad. En éste marco parece aún más extraña la decisión (atribuible) al proyecto de ley de manejo embrionario en el sentido de desconocer el potencial interés de la mujer en su autonomía reproductiva, ya que si alguno de los involucrados en el probable conflicto de intereses tiene una proyección práctica de sus intereses y voluntades es precisamente la mujer.

De aquí puede acusarse otra deficiencia de los proyectos en trámite actualmente en el país. Junto con reconocer explícitamente, como criterio orientador a la autonomía reproductiva negativa de la mujer¹⁸, no existe concreción a nivel de tipo en los proyectos respecto de la infracción al consentimiento de la mujer respecto de su sometimiento a procesos de reproducción asistida. Es decir no existe norma que declare ilícito el procedimiento que infrinja el consentimiento de la mujer orientado a su sometimiento a los procesos de fertilización asistida¹⁹.

Así la transferencia de gametos mediante engaño o coacción no se encuentra tipificada como delito en ninguno de los proyectos, y aún más grave, se encuentra tipificada la destrucción de embriones. Esto nos otorga un campo de conflictos que deberían ser resueltos en contra de la autonomía de la mujer ya que ante la posibilidad de infringir una norma penal, mediante la destrucción de embriones, y lesionar la expectativa de la mujer, no cubierta por expresión alguna de incriminación, la ponderación y cálculo resultan evidentes.

¹⁷ Bascañán Rodríguez Antonio, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, en “El embrión humano”, Beca Infante, Juan Pablo, editorial Mediterráneo, páginas 161 y siguientes.

¹⁸ Se utiliza aquí negativa pues es en ésta forma de manifestación de voluntad de la mujer donde pueden producirse las tensiones más evidentes, contra la protección del embrión preimplantacional.

¹⁹ Consentimiento que debería ser libre, informado y *esencialmente revocable*.

A nivel de derecho comparado, específicamente en la ley alemana N° 745/90 de Protección al embrión, la consideración de la autonomía reproductiva de la mujer ha llevado a la consideración como carente de sentido de establecer una prohibición de destrucción del embrión. Esto es claro, ya que el legislador no ha querido poner al médico en el evento de tener que necesariamente infringir uno de los deberes, es decir proteger la vida del embrión contra la autonomía de la mujer.

Podría argumentarse que una salida al dilema, en el contexto de los proyectos chilenos podría encontrarse en el establecimiento de un deber de criopreservación indefinida para los centros médicos que practiquen fertilización asistida. Sin embargo desde el proyecto inicial existe precisamente una *prohibición* de criopreservación, por lo que el problema no se soluciona, sino que nos otorga una consecuencia innegable: ¿deberíamos entonces, entender que al legislador chileno le parecen penalmente irrelevante la causación de embarazos mediante engaño o coacción?. La respuesta en el contexto actual del tratamiento dado por los proyectos en trámite en Chile tiende, desde una lógica puramente formal, a ser afirmativa, lo que nos otorga un claro deber de exigencia de revisión primero, y reconstrucción luego de la reacción punitiva estatal para la protección del tercer nivel de vida humana. Tentativamente puede plantearse la pregunta acerca de la idoneidad del derecho penal como herramienta efectiva y proporcionada de reacción a las conductas reprochables o intolerables en este ámbito, y traspasando quizás la respuesta estatal al establecimiento de una respuesta en sede esencialmente administrativa, que otorgue una posición relevante a la autonomía reproductiva de la mujer. Desde este punto de vista el núcleo duro de la regulación y tratamiento de la protección a la vida humana preimplantacional estaría dado en sede administrativa, y acorde con el principio de *ultima ratio*, tan sólo los supuestos intolerables para la vida social encontraría una respuesta en sede penal (esencialmente los atentados contra la voluntad de la mujer en cuanto a la transferencia de gametos, y en general a la causación de embarazos forzados).