

***Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria.* Maricruz Gómez de la Torre (dir.), Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2013, 308 pp.**

La obra que se comenta titulada *Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, dirigida por Maricruz Gómez de la Torre y coordinada por Cristián Lepin, reúne 11 artículos que con distintas perspectivas revisan las principales problemáticas jurídicas, sociales, médicas y éticas que plantea la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRA o TRHA).

Si bien las Técnicas de Reproducción Humana Asistida surgen con el objetivo principal de maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable, ya no se trata solo del estudio y tratamiento de la esterilidad o la infertilidad (la esterilidad se refiere a la incapacidad para concebir y la infertilidad a la incapacidad para tener un hijo vivo), hoy en día su aplicación representa un tema complejo pues conjuntamente con haber abierto las expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, se han generado problemáticas, incertidumbres e implicancias con alcances sociales, médicos, éticos y jurídicos ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas.

Tanto en Chile como en Argentina carecer de una ley que regule las TRA no ha sido obstáculo para que esta técnica médica se lleve a cabo con cierta frecuencia, por ello la relevancia de reflexionar en torno a algunos de los principales problemas éticos y jurídicos que se pueden plantear. En específico los artículos que conforman el Libro que se comenta pueden agruparse en torno a cuatro problemas centrales: I. La determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas y el rol de la voluntad; II. El derecho de toda persona a conocer sus orígenes; III. El derecho a la reproducción y sus implicancias; y IV. Los límites éticos y jurídicos de la aplicación de estas técnicas.

1) LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE ESTAS TÉCNICAS Y EL ROL DE LA VOLUNTAD

Las TRA generan el cuestionamiento del elemento biológico en la filiación, este cuestionamiento lo es en doble vertiente; en el plano conceptual, dada la diferencia que se produce entre las nociones de padre y de progenitor por consecuencia de la distinción entre filiación real o biológica y filiación legal; y en el plano de las consecuencias jurídico-prácticas asociadas, principalmente vinculadas a determinar la filiación del nacido. La aplicación de las TRA remece las tradicionales nociones de paternidad y maternidad y consecuentemente la claridad de las acciones de filiación.

La determinación en Chile de la filiación de menores nacidos mediante TRA resulta de lo dispuesto en el artículo 182 del Código Civil, que regla una situación de hechos consumados estableciendo a quién corresponde la calidad jurídica de padre y de madre y prohibiendo el ejercicio de acciones de impugnación o reclamación respecto de la filiación así determinada. Se trata de una norma parca que no distingue las diversas situaciones que pueden dar lugar a dichas técnicas, lo que cobra especial relevancia a propósito del consentimiento y de las voluntades involucradas fundamentalmente en aquellos casos en que ha intervenido el material genético de terceros donantes; pero lo mismo sucede cuando se trata de una mujer sola, separada judicialmente o viuda. Ante la falta de referentes legales claros, la profesora Daniela Jarufe propone la revisión de la solución española contenida en la Ley 14/2006 y plantea interesantes reflexiones particularmente para aquellas situaciones de TRA heterólogas, es decir, con aportación de terceros donantes, donde el elemento biológico de la filiación es sustituido plenamente por la voluntad de quienes deciden que el menor nazca con el material genético del donante, al punto que en los casos de filiación no biológica matrimonial ni el marido ni la mujer pueden impugnar la filiación. Nos ilustra también sobre una serie de supuestos más complejos, algunos sin solución legal, como el de la paternidad solitaria o el de la segunda maternidad cuando es una pareja de mujeres la que recurre a las TRA. La revisión de la regulación de las TRA en el Derecho español se ve enriquecida con las aportaciones del catedrático de la UNED Carlos Lasarte, quien pone de manifiesto como desde 1988 la descendencia genética o el origen biológico en sí mismo considerados dejan de ser determinantes de la paternidad o la maternidad, avanzando también en la exposición de la situación de la maternidad subrogada, que si bien aparece expresamente prohibida en la Ley española 14/2006 (igual como lo fue en su antecesora, la Ley 35/1988), se puede presentar en la práctica por vía de la adopción y más actualmente mediante el recurso a la vía reglamentaria. Ambos autores, con una mirada crítica de la legislación española actual ponen de manifiesto sus vacíos y oscuridades.

Por su parte, las profesoras Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, coinciden en que las grandes problemáticas de las técnicas permitidas tienen que ver básicamente con la determinación de la filiación de las personas nacidas mediante ellas; informan sobre los principales debates en la Argentina, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, y se manifiestan decididamente por la necesidad de pronta regulación en su país, al tiempo que reconocen que la aplicación de estas técnicas representa una “crisis” –en el sentido de cambio– en la familia, al ensanchar la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales.

En estos tres estudios se releva cómo la voluntad adquiere una importancia superlativa como elemento central de la filiación por medio

de la aplicación de las TRA, superponiéndose a la verdad genética y a la biológica, así las TRA dan cuenta del proceso de cambio o expansión que sufre la filiación.

2) EL DERECHO DE TODA PERSONA A CONOCER SUS ORÍGENES

El derecho que todo niño tiene a conocer a sus padres, en la medida de lo posible, conforme al art. 7 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, hace que se generen dudas sobre la constitucionalidad del artículo 182 Cc chileno cuando declara que *No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.*

Los profesores Rodrigo Barcia y Carolina Riveros defienden la existencia de una acción constitucional para conocer el origen biológico de los hijos nacidos por medio de TRA distinta e independiente de las acciones de filiación, fundada en el desarrollo de la personalidad y la dignidad humana y en nuestro país especialmente como componente del derecho a la identidad según deriva de referido art. 7 de la CDN. Se trataría de un derecho/acción que cobra especial sentido en los casos de adopción y TRA por cuanto en ellos los menores se ven privados del ejercicio de las acciones de filiación. El objetivo de esta acción constitucional sería el conocimiento de la verdad biológica pero sin llevar consigo la alteración de la filiación. En semejantes términos reconoce el derecho a conocer los orígenes como parte integrante del derecho a la identidad personal la profesora Maricruz Gómez de la Torre, quien estima que si al adoptado se le niega el conocimiento de su identidad biológica se le niega el derecho a la identidad. Propone la distinción entre la identidad biológica y la identidad genética a que puede dar acceso la acción de conocimiento. En el caso de la adopción se permitiría el conocimiento de la primera pero no de la segunda, en las TRA propone que toda persona pueda tener acceso a la historia clínica de su fecundación y al nombre del o los donantes esto es, el acceso tanto a la identidad biológica como genética, incluso sostiene que el art. 182 Cc solo ampara la situación de hijos nacidos de parejas que recurren a las técnicas, pero no se aplicaría en casos de mujeres solteras, divorciadas, viudas o en maternidad subrogada, en cuyo caso, el hijo podría interponer la acción de reclamación para que quede determinada su paternidad respecto del donante. A mi juicio estos casos ofrecen una complejidad jurídica mayor pues por un lado se encuentra el derecho del donante al anonimato, basado en la ausencia de voluntad para procrear (se trata de una persona que dona, pero que no desea engendrar) y, por otro, el derecho del menor a conocer sus orígenes.

3) EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN Y SUS IMPLICANCIAS

En este ámbito uno de los ejes jurídicos de la discusión se plantea por el conflicto entre la idea de protección al hijo concebido artificialmente y la visión exclusivamente individualista, en la que se configura un verdadero “derecho a la maternidad” o derecho a la reproducción incluso de la mujer sola, homosexual o *post mortem*. El texto no avanza mucho en los aspectos jurídicos de estas cuestiones, pero sí aborda algunas de las implicancias psicológicas, médicas y demográficas de este derecho a la reproducción.

Respecto de aquellas parejas que recurren a la fertilización *in vitro* y a la inyección intracitoplasmática como terapia reproductiva es decir, como una técnica médica dirigida a ayudar a quienes debido a una patología reproductiva no pueden concebir un hijo de manera espontánea, la infertilidad es revelada por la psicóloga Irene Furman, en base a su experiencia clínica, no como una enfermedad médica, sino como una verdadera “situación de vida” que afecta todas las áreas de funcionamiento de la persona (individual, de pareja, familiar, social y laboral) alterando el equilibrio personal y relacional de los sujetos afectados. Desde ese punto de vista, el reconocimiento y valoración de los factores psicosociales en el manejo de la infertilidad puede proporcionar una respuesta más completa al tiempo de incorporar la necesaria regulación legal.

Por su parte, los médicos Aníbal Scarella, Ariel Fuentes y Luigi Devoto, analizan las bases biológicas y las consecuencias demográficas del envejecimiento ovárico. Es un hecho conocido que existe un descenso de la fertilidad con la edad y que las complicaciones del embarazo se encuentran incrementadas en pacientes mayores, incluidas la mortalidad materna y fetal. Por otro lado, la disminución del número de hijos acarrea que en muchos países este sea insuficiente para reponer la población. Chile se encuentra en una etapa de transición de la fecundidad caracterizada por dos hechos: la disminución del número de hijos por mujer y el aumento de la edad en que las mujeres conciben, con la consecuente tendencia descendente de la capacidad reproductiva. En este contexto las TRA son solicitadas y utilizadas hoy por mujeres en edad reproductiva avanzada, lo que plantea una serie de cuestionamientos éticos y riesgos médicos tanto para la madre como para el hijo. En nuestro país no hay ley que regule la materia, ante lo cual la mayoría de las clínicas que realizan ovodonación han establecido como límite máximo para el acceso a las TRA mediante donación de gametos la edad aproximada de 50 años por corresponder al término absoluto de la fertilidad de la mujer. Se trata de un límite al derecho reproductivo de la mujer, fundado en el conocimiento científico sobre los riesgos que el ejercicio desmedido en mujeres de edad avanzada puede acarrear para ella misma y para el hijo: la protección de la vida e integridad constituyen un límite estructural al derecho reproductivo.

Antonio Bascuñán revisa la relevancia jurídico penal vinculada con la protección penal de la vida, que puede generar la solución al trilema práctico que se presenta en la *FIV* con transferencia embrionaria cuando la mujer que previamente había prestado su consentimiento se arrepiente y hay que resolver sobre el trato y la destinación del embrión (el conflicto se presenta entre la autonomía reproductiva positiva de la mujer o pareja; la autonomía reproductiva negativa de la mujer y la supervivencia de los embriones). El autor explica y sostiene una solución que podrá o no compartirse, con base en la legislación española y alemana: la primacía del derecho de la mujer a la inviolabilidad de su cuerpo, incluyendo su derecho a revocar el consentimiento que previamente había prestado para la transferencia del embrión. Esta primacía conlleva tener que resolver sobre la destinación de los embriones no transferidos, lo que supone básicamente tres alternativas: la criopreservación indefinida, el desecho masivo o el aprovechamiento para otros fines. En el eje de la discusión se encuentra la determinación de si el principio del respeto a la dignidad de la persona gobierna o no, como un imperativo categórico, la situación del embrión fecundado *in vitro*, lo que conecta inseparablemente con la última problemática.

4) LOS LÍMITES ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS

Algunos de los problemas éticos que presentan las TRA, especialmente en lo que se refiere a los embriones congelados, a la experimentación con embriones “sobrantes”, a su utilización para obtener “células madre” embrionarias y, también, a la legitimación ética de las técnicas han sido ampliamente analizados por la literatura extranjera y poco a poco por la nacional. Para algunos, la manipulación técnica del proceso de reproducción es legítima por la finalidad terapéutica que pretende; para otros, es inmoral por “cosificar” la vida humana embrionaria.

El libro que se comenta aborda tres cuestiones vinculadas con los límites y aspectos éticos de la aplicación de las TRA. En el ámbito ético-jurídico, Roberto Andorno plantea la persistencia de la cuestión ética de fondo que subyace al diagnóstico genético preimplantacional y que puede dar lugar a la eugenesia positiva (que selecciona entre los embriones sanos a aquellos que posean determinadas características) liberal (no impuesta por el Estado sino resultado de las decisiones de particulares que aspiran a seleccionar el hijo de “mejor calidad”), esto es, si la selección humana no contradice el principio según el cual todos los seres humanos tienen el mismo valor, independiente de su estado de salud. Se trata de una invitación a reflexionar acerca del sentido último de las tecnologías reproductivas, no desde la abstracción sino desde el argumento de la *pendiente*

resbaladiza en que se han colocado los países europeos que han autorizado y legislado tal diagnóstico y con revisión de las tres causas de la tendencia hacia una eugenesia selectiva: el paso de una medicina terapéutica hacia una medicina del deseo; la pérdida de conciencia del valor inefable de cada vida humana y la utopía acerca del poder ilimitado de la tecnociencia para mejorar al ser humano.

Conflictos éticos como el inicio de la vida y desde cuándo se es sujeto de derecho a la vida que plantean las TRHA, por ejemplo respecto de los embriones sobrantes no implantados obtenidos mediante esta técnicas, que son criopreservados y la facultad de los padres de disponer de ellos, son brevemente comentados por la profesora Rainieri Bernain. Las diversas interpretaciones existentes en la materia orientan sobre la complejidad del asunto y los diversos intereses involucrados, resaltando el valor de la vida en las decisiones judiciales. De algún modo se sugiere que el bien de la vida humana (bien humano básico) no puede ponerse en juego para conseguir otros bienes como la paternidad o la maternidad.

Por último, se presenta la cuestión de la maternidad subrogada que no solo plantea problemas legales (como la determinación de la filiación del nacido) sino además éticos vinculados a su aplicación con fines comerciales. Ante el resurgimiento público de este sistema de gestación por sustitución inicialmente repudiado, el profesor Corral Talciani, formula una valoración crítica de este tipo de maternidad principalmente porque a diferencia de las TRA no se trata de un tratamiento de la infertilidad ni está presente en ella la finalidad terapéutica. Califica la maternidad subrogada como ilícita y perjudicial para el orden público, el interés del niño y los valores propios de la dignidad de la mujer; y ya en el ámbito puramente privado argumenta la nulidad absoluta del contrato de gestación por cuenta ajena que conlleva en el fondo la posibilidad de adquirir un niño.

Destaco particularmente de esta obra –y en ello creo que se encuentra su mayor valor y utilidad– la aportación crítica de los autores desde sus diversas aproximaciones (psicológica, médica, ética, y jurídica y dentro de esta última, desde el ámbito constitucional, civil y penal) para el análisis del actual estado de cosas en la aplicación de las TRA. Esta mirada transdisciplinaria es especialmente relevante en un terreno donde la mirada exclusivamente jurídica solo ofrece soluciones parciales. Si bien estas diversas aproximaciones no agotan el universo de cuestiones prácticas relevantes que genera la aplicación de las TRA, sí evidencian con bastante contundencia la necesidad del diseño informado de una regulación legal integral, respetuosa de los derechos e intereses en conflicto.

Como se indicó al inicio, en nuestro país no existe una Ley que regule las TRA (la Ley 20.120 de 2006, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana y su reglamento n° 114 de 2010, recientemente modificado en enero de este año, no se

acercan a conformar una regulación de estas técnicas); sin embargo, en la práctica las TRA se aplican. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de temas concretos. Ahora bien, la ausencia de legislación específica no es argumento para no plantear soluciones basadas en principios y derechos constitucionales, en convenios internacionales y en el marco legal general, como sucede con buena parte de los artículos que conforman este libro.

Luego de su lectura cobra sentido volver a preguntarse, como hace años lo hiciera Francisco Cumplido (2009) si ha contribuido la tecnología a elevar los valores de vida, paz, justicia, libertad y solidaridad, o por el contrario, si tal desarrollo tecnológico afecta de algún modo a los derechos humanos. El lector podrá constatar las distintas respuestas que directa o indirectamente recibe esta interrogante de cara a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN*

* Profesora de Derecho de Familia de la Universidad de Talca. Magíster en Derecho. Doctora © Universidad de Zaragoza, e-mail: acunasm@utalca.cl.