



Revista de
Derecho
privado

**APROXIMACIÓN Y ALCANCES DEL
DERECHO A LA PROCREACIÓN**

Erika M. Isler Soto

Contenido

Resumen.....	3
Palabras Clave.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. FUNDAMENTO POSITIVO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN.....	4
2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN.....	7
3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN.....	8
4. LÍMITES AL DERECHO A LA PROCREACIÓN.....	15
CONCLUSIONES.....	21
BIBLIOGRAFÍA.....	22

“Hay cuatro ejes esenciales en toda reflexión ética: el derecho inalienable a la vida, pues de ella depende el ejercicio de los demás derechos; la igualdad de todos los seres humanos en dignidad; su conducida biológica en cada momento de existencia; y su autonomía para reflexionar y decidir libremente. Todo aquello que vulnere, limite o anule cualquiera de estos grandes fundamentos éticos, debe evitarse o contrarrestarse eficazmente”².

APROXIMACIÓN Y ALCANCES DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN

Erika M. Isler Soto¹

Resumen

El presente trabajo analiza la existencia, contenido y limitaciones del derecho a la procreación.

Mediante la revisión de los instrumentos internacionales y científicos sobre la materia, se llega a la conclusión de que de ellos es posible inferir la existencia de un verdadero derecho subjetivo a la transmisión de la vida, sin perjuicio del contenido que podamos darle.

Con posterioridad, se analizan, mediante la revisión de textos doctrinarios, los derechos involucrados en dicha garantía, entre los cuales se pueden mencionar el derecho a la expectativa del hijo, derecho a la salud reproductiva, derecho a la no esterilización forzada y derecho a la planificación familiar.

Este derecho, no es irrestricto, por lo que se señalan por último las limitaciones de su ejercicio.

Palabras Clave

Derecho a la procreación, fertilización, embrión, filiación.

Abstract

This paper analyzes the existence, content and limitations of the reproductive rights.

By reviewing the international instruments and scientists on the subject, you come to the conclusion that is possible to infer the existence of a genuine legal right to the transmission of Life, wich has a peculiar content.

After, I analyze, through the reading of doctrinal texts, the rights involved in that guarantee. For example, we can mention the right to the expectation of the child, right to reproductive health, right to the free sterilization and the right to family planning.

This right is not unrestricted, so that finally brought the limitations of its use.

Keywords

Reproductive rights, fertilization, embryo, parenthood.

¹ Abogado; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magister en Derecho [©], mención Derecho Privado, Universidad de Chile, erikaisler@yahoo.es.

² HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN ANTONIO: "La clonación terapéutica contra la vida del embrión y la utilización de células madre adultas", en Medicina y Ética N° 3, año 2007, pp. 231 y 232.

INTRODUCCIÓN

Cada vez con mayor frecuencia, vemos proliferar clínicas de salud reproductiva, cuyo giro comercial, radica precisamente en la prestación de servicios médicos de tal índole.

Lo anterior se ve relevado en atención a que los sujetos que concurren a dichos establecimientos, son cada vez más variados y numerosos. En efecto, la prensa nos da a conocer continuamente casos de mujeres de la tercera edad, parejas de un mismo sexo, solteros, casados, viudas, divorciados y otros individuos que concurren a un centro médico, con el objeto de concebir un hijo, en aras de su derecho a la reproducción.

El derecho internacional y los códigos de ética han hecho lo suyo, regulando y reconociendo –sea según los sistemas de mínimos o máximos–, garantías relativas a la capacidad del hombre para generar un nuevo individuo, tendencia que ha comenzado a ser seguida por las legislaciones internas de varios países.

Así las cosas, es que se ha planteado la discusión ética y jurídica, relativa a la existencia, contenido y límites de un eventual derecho subjetivo a la procreación, cuestión que trasciende el campo jurídico, para adquirir ribetes de naturaleza moral, ética, religiosa y médica.

Surgen entonces interrogantes que sorprenden al jurista y lo obliga a introducirse en el novedoso campo de la bioética, entre las cuales se encuentran las siguientes: ¿Puede permitir el derecho, que una mujer conciba un hijo a una edad ya avanzada? ¿Debe proteger el ordenamiento jurídico, la pretensión una persona divorciada para utilizar material genético de su otrora cónyuge, con el fin de tener un hijo, contra la voluntad de aquél? ¿Constituye la fecundación post mortem una garantía inalienable?

La problemática que gira en torno a este tema

no es menor, si consideramos la galopante postergación de la maternidad, con la consecuente disminución de la fertilidad femenina y que ha hecho proliferar las denominadas técnicas de reproducción asistida³.

El presente trabajo tiene por objeto introducir al denominado derecho a la procreación, estableciendo si es posible defender la existencia de una garantía fundamental a la procreación, así como enunciar su eventual contenido y límites, cuestiones éstas últimas, que serán abordadas en un próximo trabajo.

1. FUNDAMENTO POSITIVO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN

Un primer punto que debemos analizar, es si es posible inferir de los instrumentos normativos vigentes –sean de naturaleza internacional o interna– la existencia de un derecho subjetivo a generar descendencia, toda vez que en general las legislaciones y tratados internacionales no han consagrado expresamente, la garantía que nos ocupa.

No obstante lo anterior, del reconocimiento positivo de otras instituciones jurídicas, es posible inferir la procedencia de la potestad de dejar prole.

i. El *ius connubii*.

El *ius connubii*, consiste en el derecho a contraer matrimonio, entendiendo en general por éste, a aquel "contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente"⁴.

3 Cfr. SÁNCHEZ ABAD, PEDRO JOSÉ, Y LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: "Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 347.

4 Art. 102 Código Civil de Chile, cuyo tenor es compartido ampliamente por la legislación comparada. A modo de ejemplo: Art. 81 C.C. ecuatoriano: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente"; en el mismo sentido Art. 113 C.C. colombiano.

Se trata de una manifestación de la libertad contractual en el ámbito del Derecho de Familia y que se traduce en la facultad que se le otorga a todo individuo de poder decidir si contrae el vínculo señalado o no, escoger a su contraparte, y que su consentimiento en torno a lo anterior sea libre, informado y ausente de vicios.

De una manera galopante, las legislaciones sobre matrimonio civil se han ido modernizando, incorporando nuevas instituciones⁵ y consagrando derechos antes olvidados, entre los cuales se encuentra precisamente el *ius connubii*. De esta manera, distintos cuerpos normativos han ido reconociendo de manera amplia, el derecho de todo ser humano a contraer matrimonio, del que se originará precisamente la principal forma de familia reconocida por los ordenamientos jurídicos, cual es la matrimonial.

En efecto, leyes civiles⁶, tratados internacionales⁷, e incluso la normativa canónica⁸ han reconocido de manera general, la procedencia de esta garantía de orden público, que además es considerada como consustancial a la persona humana, y por tanto no limitable por pacto entre partes.

5 Por ejemplo, la separación judicial, la compensación económica, etc.

6 Ley 19.947 de Chile, Art. 2 inc. 1º: "La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello"; C.C. español, Art. 44 inc. 1º: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código".

7 Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 16.1: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia"; Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 12: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho"; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23.2: "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 17.2: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención"; Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW) Art. 16.1: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio".

8 Canon 1058, Código de Derecho Canónico.

Ahora bien, y en relación a lo que nos ocupa, cabe señalar que el *ius connubii* se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la procreación, desde el momento en que la propia definición de matrimonio menciona que una de sus finalidades, es precisamente la generación de nuevos individuos.

Así las cosas, se ha sostenido que "si uno de los fines del matrimonio es la procreación, debe existir un derecho a los actos propios de ella"⁹.

Lo anterior cobra fuerza también si se toman en consideración otras prescripciones legales, tales como la prohibición de casarse entre parientes consanguíneos¹⁰, y la circunstancia de que el *ius connubii* se adquiere únicamente, una vez que se ha llegado a la edad núbil.

ii. El derecho a la familia.

De manera similar, y de manera más amplia que la garantía anterior, se ha reconocido el derecho de las personas a formar una familia, entendiendo por ésta a un "conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco, a las que la ley les reconoce un efecto jurídico"¹¹.

Tal como se señaló, este concepto es más amplio que el de matrimonio, puesto que abarca a cualquier conjunto de personas que reúnan los requisitos para ser considerados como tal, siendo el modelo matrimonial, uno entre otras formas de formar una familia.

9 SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL: "Procreación asistida", Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1997, p. 54.

10 Así Art. 242 C.C. peruano; Art. 6 Ley 19.497 chilena; Art. 87 C.C. italiano; Art. 166 C.C. argentino; Art. 47 C.C. español.

11 CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: "Derecho Civil Español Común y Foral", Tomo V, Vol I, p. 28 citado por MOSCOSO, PIA: "Sida y sus principales desafíos jurídicos en el Derecho de Familia chileno", Jornadas Derecho Civil, 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 457.

Se trata de una garantía nacida del derecho internacional humanitario¹², que ha permeado las legislaciones internas, de tal manera que hoy por hoy constituye un principio informador del Derecho de Familia, que tiene aplicación directa en los distintos ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, y respecto de la materia que nos ocupa, se debe señalar que este derecho, puede tener su fuente tanto en el matrimonio –el que ya vimos se encuentra relacionado con la procreación– como en otras relaciones afectivas que también estén llamadas a dejar descendencia, pero que no revistan la forma matrimonial.

iii. Las reivindicaciones de género.

La acción de los movimientos feministas ha adoptado una fuerza galopante que ha influido enormemente tanto en el Derecho Internacional Humanitario, como en las legislaciones internas de los distintos países de Occidente.

En efecto, la labor perseverante de estos grupos ideológicos permitieron en una primera etapa, que se igualara la aplicación de ciertos derechos comunes a hombres y mujeres, pero cuyo ejercicio se reconocía únicamente a los primeros¹³.

En una segunda fase, se logró la incorporación en los catálogos de derechos fundamentales, de ciertas garantías propias de las mujeres, que tenían por finalidad equiparar las situaciones de desigualdad que pudieren existir.

Se comienzan a organizar entonces conferencias

internacionales¹⁴, concertadas con el objeto de reivindicar derechos, antes inexistentes o simplemente no reconocidos. Se redactan por otra parte, documentos de gran relevancia normativa, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁵, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer¹⁶.

Es en esta etapa donde se comienzan a reconocer garantías tales como el derecho a la elección del momento de la maternidad y el número de hijos¹⁷, derecho al acceso a servicios de atención médica relativos a la planificación familiar¹⁸ y el derecho a la salud reproductiva¹⁹, todos los cuales tienen como fin principal resguardar de manera efectiva la legítima expectativa de la mujer a concebir y criar a sus hijos.

Así las cosas, y de acuerdo a este nuevo panorama normativo, no cabe duda que la comunidad jurídica y estatal reconoce –al menos a la mujer en virtud de los tratados señalados–, el derecho subjetivo a la procreación, sin perjuicio de los límites y restricciones que se mencionarán más adelante.

iv. El bien común.

Conforme al principio aristotélico-tomista, el Estado se encuentra al servicio del ser humano y su existencia tiene como fundamento la satisfacción del bien común. Así las cosas, las normas jurídicas a que de origen, son concebidas como una prescripción de la razón orientada a la

12 Art. 6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella"; Art. 16.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 15.2 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador": "Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna";

13 Por ejemplo, el derecho a sufragio, a postular a cargos públicos, etc, los que también se vieron positivados en instrumentos tales como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1954.

14 Así las Conferencia Mundiales sobre la Mujer, México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985 y Beijing, 2000.

15 Convención de Belem do Para.

16 En adelante CEDAW.

17 Art. 16 CEDAW. En el mismo sentido, aunque sin fuerza vinculante estatal: Art. 1 Declaración de Barcelona sobre los Derechos de la Madre y de Recién Nacido, 24.09.2001.

18 Art. 12 CEDAW.

19 N° 61, Declaración de compromiso en la lucha contra el Sida.

protección de los gobernados, que debe estar en cualquier caso, orientada al bienestar del pueblo.

En este sentido, Constituciones tales como la chilena, además de reconocer expresamente el principio señalado, han prescrito que el Estado tiene como obligación contribuir a crear las condiciones sociales que permita a todos y cada uno de los integrantes de la nación, su mayor realización, tanto en el ámbito espiritual como material²⁰.

Así las cosas, y de acuerdo al mandato constitucional, los poderes del Estado se encuentran en la obligación de tomar –dentro de sus facultades y en el ámbito de su competencia– todas las providencias que permitan la realización del individuo, que no es más que su desarrollo personal, y en el cual tiene especial relevancia la formación de la familia, núcleo de la sociedad²¹.

De esta manera, y de acuerdo a lo señalado ya en torno a la relación existente entre la potestad de formar una familia y la filiación, el reconocimiento del derecho a procrear resulta evidente.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN

Habiendo ya determinado la existencia del derecho objeto del presente trabajo, corresponde mencionar sus peculiaridades.

i. Se trata de un derecho facultativo.

En efecto, la garantía en cuestión, constituye un derecho facultativo, esto es, que su ejercicio se

encuentra sujeto a la voluntad libre del individuo, entendiendo por esta última, a “la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”²².

Así las cosas, y tal como se mencionará más adelante, la autonomía de la voluntad cobra mayor fuerza en este ámbito que en el Derecho Patrimonial, puesto que ni aún mediando pacto civil entre partes que lo señale, se puede exigir coercitivamente la realización de actos que tengan por objeto la procreación. Lo anterior tiene su fundamento tanto en el impacto para la vida de un individuo que conlleva la concepción de un hijo, como en el interés superior de este último.

En este sentido, es posible sostener que el derecho a la procreación, debe ser ejercido de manera autónoma y en virtud de una voluntad libre y ausente de vicios. Así las cosas, se hace necesaria una adecuada política pública que eduque a la población en torno a estas materias²³, toda vez que únicamente en razón de ello, es que se puede actuar de manera consciente e informada²⁴.

Cabe señalar que en cualquier caso, si bien se trata de un derecho de ejercicio libre, no es ilimitado, encontrando como primeras restricciones, a los principios clásicos de la bioética, a saber, beneficencia, no maleficencia y justicia²⁵.

20 Art. 1 inc. 4° Constitución Política de la República de Chile: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

21 Art. 1 inc. 2° Constitución Política de la República de Chile: “La familia es el núcleo de la sociedad”.

22 LEÓN HURTADO, AVELINO: “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 33.

23 Ya la CEDAW en su Art. 5 señala que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social (...)”.

24 Cfr. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, LOURDES: “¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana?”, en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 243.

25 Cfr. COLLAZO CHAO, ELISEO: “Valoración de los artículos 33 y 59 del Código de Deontología de los Médicos de Cataluña (2005), anulados judicialmente”, En Cuadernos de Bioética, XX; 2009, España, p. 58.

ii. Se trata de un derecho fundamental y de orden público.

Si bien el derecho que nos ocupa es de tardío reconocimiento, comparte las características propias de todo derecho fundamental, esto es, pertenece a la esencia de la naturaleza humana, y por tanto resulta anterior incluso a su regulación positiva²⁶.

Así las cosas, si bien se trata de una garantía consagrada mayoritariamente por instrumentos internacionales, tiene fuerza obligatoria no sólo respecto de los estados que han suscrito dichos documentos, sino que por todo ordenamiento jurídico que se precie de respetar los derechos inherentes a la persona humana.

Cabe recordar también que en ciertas legislaciones, tales como la chilena, los derechos de esta naturaleza consagrados por tratados internacionales, se entienden incorporados en la misma Constitución Política de la República, por lo que cualquier interpretación legal debe realizarse conforme a ellos²⁷.

Se debe tener presente por último que, al pertenecer a la esencia del individuo, el derecho a la procreación es de orden público, extrapatrimonial, indisponible para las partes y constituye un verdadero límite a la soberanía del Estado.

iii. Se trata de un derecho subjetivo.

De acuerdo a esta característica, el derecho a la reproducción, es oponible erga omnes, esto es, quien sea su titular "puede hacer prohibir o sancionar el comportamiento de quienes se lo

desconozcan"²⁸, de tal manera que tiene como sujeto pasivo a la sociedad completa²⁹, incluyendo al Estado, el que no puede desconocerla de manera arbitraria.

Así las cosas, en caso de un conflicto de interés, el derecho debe inclinarse por el sujeto que sea titular del derecho subjetivo, en la especie, aquel a quien se le reconoce el derecho a generar descendencia. Lo anterior no puede ser de otra forma, toda vez –y tal como lo ha señalado REVECO URZÚA– "el derecho subjetivo implica un poder que se reconoce a sus titulares de inclinarse a su favor el respectivo conflicto de intereses, afectando así los intereses de terceros. Es decir, el Derecho a través de los derechos subjetivos opta por un interés por sobre otro, el titular de dicho derecho podrá exigir que su interés prevalezca por sobre el ajeno, ya que el ordenamiento jurídico le ampara"³⁰.

Naturalmente, esta consideración se entiende, sin perjuicio de un eventual conflicto, ya no de intereses, sino que de derechos subjetivos, en los que el derecho se encuentra llamado a decidir cuál de ellos prevalecerá.

3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN

A continuación se mencionarán algunas de las manifestaciones que llenan de contenido el derecho a la procreación.

i. Derecho a la expectativa de un hijo.

Existen quienes han señalado que el derecho esencial a procrear, conlleva el de obtener

26 Cfr. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, LOURDES: Op. Cit., p. 239

27 Art. 5 inc. 2º Constitución Política de la República de Chile: "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".

28 LARROUMET, CHRISTIAN: "Teoría general del contrato", Vol. I, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 10

29 LARROUMET, CHRISTIAN: Op. Cit., p. 10: "todo derecho subjetivo supone una relación social".

30 REVECO URZÚA RICARDO: "Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno", en Revista del Magister y Doctorado en Derecho, N° 1, 2007, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 77.

su consecuencia esperada, esto es, de que efectivamente se conciba un hijo. Así las cosas, del derecho subjetivo, nacería una obligación de resultado correlativa.

En razón de lo anterior, es que se han visto satisfechas las intenciones de ciertas personas que –bajo el pretexto del ejercicio de sus derechos–, conciben o hacen concebir nuevas criaturas, sin tomar en consideración el bienestar del nuevo individuo al que se le dio vida.

A modo de ejemplo podemos señalar a el caso de mujeres de muy avanzada edad, que conciben un hijo mediante técnicas de reproducción asistida, sin importar si el niño que se encuentra en su vientre, tendrá una madre viva en parte de su infancia, o si tendrá, en el mejor de los casos, una progenitora, que –producto de las enfermedades de la vejez– no pueda hacerse cargo de sus necesidades.

Esta nueva realidad social ha conllevado que el actual panorama filiativo difiera en gran medida de las concepciones de paternidad y maternidad acogidas en general por los códigos civiles decimonónicos.

Así las cosas, surgen nuevas interrogantes jurídicas, que han sorprendido a juristas y legisladores, y respecto de los cuales no han logrado ponerse de acuerdo. Disputas tales como la paternidad en las técnicas de reproducción asistida, la propiedad sobre los gametos femeninos y masculinos, la confusión de parentesco, serán los nuevos temas sobre los cuales deberá pronunciarse el Derecho de Familia, que en esta oportunidad me limito a mencionarlos, por no ser el objeto del presente trabajo.

Ahora bien, y volviendo a la tesis de quienes sostiene que la paternidad/maternidad constituye un título para obtener un resultado, cabe señalar que ha conllevado a otra consideración de menor inocuidad: "el niño deja de ser un fin en sí mismo e incluso empieza a dejar de ser una

inversión humana más o menos accesible a la pareja y se convierte en objeto de la satisfacción individual"³¹.

De esta manera, y desafiando las categorías jurídicas tradicionales, se ha comenzado a configurar un fenómeno peculiar, tal como explica RAMIRO GARCÍA: "se está estableciendo un contrato mercantil, puesto que se paga por un producto: el niño. No se está pagando la asistencia a una enfermedad, o los medicamentos que se utilizan, sino por la obtención de un producto. Hasta tal punto es así, que se están produciendo reclamaciones judiciales, y con éxito, porque el niño que nace no tiene las características que se habrían contratado, o porque tiene algún defecto"³².

En efecto, los padres que contratan un tratamiento de índole reproductivo, muchas veces lo realizan, en atención a que consideran –la mayoría de las veces sin culpa, sino que por ignorancia– que son titulares de un derecho a dejar descendencia, sin importar muchas veces el costo que ello implique. Es más, conforme al contenido de muchos de los contratos de reproducción asistida, la progenie debe tener ciertas características físicas y no adolecer de enfermedad alguna, puesto que en caso contrario, no existiría cumplimiento contractual pleno, tal como si se tratara de un producto defectuoso.

Así las cosas, estas pretensiones han proliferado, fenómeno en el cual ha influido fuertemente, la consideración de que la medicina todo lo puede. Ya lo había señalado con razón PESSINI: "la omnipotencia técnico-científica al servicio de la ciencia médica ha creado la ilusión de la salud perfecta que vence todas las molestias e imperfecciones. En consecuencia, no acepta un fracaso frente a la enfermedad y la muerte"³³.

31 ROS CODOÑER, JAVIER: "Familia, procreación y valor de la vida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 75.

32 RAMIRO GARCÍA, FRANCISCO JOSÉ: "Técnicas de Asistencia a la Reproducción Humana", Grafite Ediciones, Bilbao, España, 2000, p. 170.

33 PESSINI, LEOCIR: "Bioética y cuestiones éticas esenciales en el final de la vida", en LOLAS STEPKE, FERNANDO Editor: "Diálogo y Cooperación en Salud. Diez años de bioética en la OPS", Organización Panamericana de la Salud, Santiago, 2004, p. 53.

Ahora bien, ¿existe verdaderamente un derecho a la concepción efectiva de un hijo?

Según RAMIRO GARCÍA, correctamente a mi juicio, en realidad "estamos ante una legítima aspiración más que ante un auténtico derecho. Pongamos el caso paralelo de una persona que aspira a que una empresa le contrate porque tiene todos los requisitos necesarios para el puesto. Tiene una aspiración, una ilusión e incluso una legítima expectativa de que se lo concedan, pero todo el mundo entiende que no puede alegar un derecho a ser contratado. Tanto en uno como en otro caso, se pone de manifiesto que una legítima expectativa no es lo mismo que un derecho, y por tanto la frustración de esa expectativa no supone la quiebra de ningún derecho"³⁴.

Otro autor, GUMUCIO, estima que como manifestación de lo señalado con anterioridad, una viuda no tendría el derecho a inseminarse del material genético de su marido, no sólo por las consideraciones señaladas, sino que en atención a que además podría producirse un gran salto generacional, en el sentido de que el hijo podría nacer muchos años después de la muerte del padre³⁵.

Por otra parte, debemos tomar en consideración que en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida, nos encontraremos frente a una relación jurídica en la cual se ven envueltas tres personas: el paciente, el médico y el hijo que nacerá, todas las cuales presentan igual grado de importancia. De acuerdo a lo anterior, es que se deben respetar de manera igualitaria el derecho de los tres sujetos involucrados³⁶, debiendo respetar pacientes y médicos, los derechos y garantías de aquel que no puede velar autónomamente por sus intereses, esto es, el futuro hijo.

34 RAMIRO GARCÍA, FRANCISCO JOSÉ: Op. Cit., p. 157.

35 Cfr. GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL: Op. Cit., p. 210.

36 Digo de los tres sujetos involucrados, toda vez que al médico tratante también le asisten derechos, como la objeción de conciencia, que a menudo le son negados.

No obstante lo anterior, en la práctica ocurre con frecuencia que el sujeto que se concibe, muchas veces es olvidado y sus intereses y derechos dejados a un lado, de tal manera que "deja de tener relevancia la persona que nace, y que aparece ante la sociedad (...) sin ninguna titularidad de derechos ya que no es capaz de reclamarlos"³⁷.

En efecto, "una línea de pensamiento que parta del derecho a conseguir todo lo que se desea, (...) puede considerar el derecho a tener hijos como algo incondicional, y por tanto sin que haya límite a los medios que haya que poner, e incluso sin importar la situación del hijo que vaya a nacer o a la situación en que van a quedar otros hijos que no lleguen a nacer"³⁸.

En cualquier caso, y en relación a las técnicas de reproducción asistida, debemos recordar que es una premisa de general aceptación el que las prestaciones que nacen de un contrato de salud, constituyen obligaciones de medios y no de resultado, por lo que, no es posible exigir ante los tribunales, el nacimiento o la concepción que se busca con el tratamiento.

De acuerdo a lo anterior, y a modo de conclusión, podemos inferir que en realidad se tiene un derecho a tener la expectativa de procrear, mas no al hijo, ni mucho menos a que éste último posea determinadas características. Lo anterior no puede entenderse de otra forma, toda vez que desde la abolición de la esclavitud, no es posible sustentar jurídicamente, la procedencia de una relación de propiedad, cuyo objeto sea un ser humano.

ii. Derecho a no ser esterilizado forzosamente.
Un método de planificación familiar bastante utilizado, sobre todo por personas que ya han tenido progenie, es la esterilización permanente, la que a diferencia de las técnicas de reproducción asistida, tiene por finalidad generar el efecto

37 RAMIRO GARCÍA, FRANCISCO JOSÉ: Op. Cit., p. 46.

38 RAMIRO GARCÍA, FRANCISCO JOSÉ: Op. Cit., p. 46.

contrario, esto es, la imposibilidad física de procrear.

Sin perjuicio de lo anterior, se trata de un mecanismo, cuya naturaleza médica es discutida, toda vez que algunos autores, como CORVALÁN PUCHULÚ, le han desconocido tal carácter, señalando que "el médico no podrá nunca realizar un acto a nombre de su ciencia que le impida a un ser humano realizar plenamente su humanidad. Por lo tanto, la esterilización quirúrgica no ha sido nunca ni será jamás un acto llamado médico. Pues su finalidad es la de mutilar un órgano sano (la trompa de Falopio o los conductos deferentes) para prevenir una posibilidad (embarazo) que de por sí es evitable (...) "³⁹.

En cualquier caso, en razón del principio del consentimiento informado, que debe inspirar el actuar bioético de todos los operadores de la salud, este procedimiento debe realizarse previo conocimiento y consentimiento del afectado, en aras del el derecho a la plena autodeterminación que le asiste a todo paciente⁴⁰, salvo naturalmente, que se encuentre impedido de tomar una decisión racional u oportuna, en cuyo caso, puede ser subrogada su voluntad⁴¹.

En este sentido ha señalado ECHEVERRÍA BUNSTER, que "si consideramos que la autonomía es algo importante, debe entonces pedírsele al paciente su consentimiento, en forma previa, frente a cualquier maniobra o tratamiento que se le plantee como posible de aplicar en su caso específico"⁴².

Así las cosas, y en atención a que todo individuo tiene la potestad de rechazar total o parcialmente un tratamiento médico, la realización de una intervención como la señalada, debe quedar al arbitrio únicamente del afectado, decisión que debe ser respetada por el médico tratante⁴³.

Esta garantía sólo puede ser satisfecha, si se le otorga al paciente la adecuada información para la toma de decisión, puesto que claramente en una relación tan particular, como lo es la existente entre un médico y su cliente, existe normalmente una inmensa asimetría de información respecto de los riesgos, alcances y efectos de un tratamiento de salud, de tal manera, que es obligación del profesional ilustrar al paciente, para que sea éste último, quien tome una decisión definitiva⁴⁴.

39 CORVALÁN PUCHULÚ, SERGIO: "Visión ética de la reproducción humana", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: "Ética y Humanidad en la Medicina Actual", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993, p. 85.

40 Art. 25 Código de Ética del Colegio Médico de Chile: "Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente"; Art. 3.a Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, octubre 1981, revisada en octubre 2005: "El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión"; Art. 3.b Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, octubre 1981, revisada en octubre 2005: "El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento".

41 Art. 10.5 Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03: "Si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional"; Art. 6 Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, octubre 1981, revisada en

octubre 2005: "El diagnóstico o tratamiento se puede realizar contra la voluntad del paciente, en casos excepcionales sola y específicamente si lo autoriza la ley y conforme a los principios de ética médica".

42 ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS IGNACIO: "El consentimiento informado: conceptos y limitaciones", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: Op. Cit., p. 124.

43 Así el Art. 59 del Código de deontología de los médicos de Cataluña, 2005: "El médico no practicará nunca interrupción del embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una información correcta, en especial cuando éste sea menor pero con capacidad para comprender aquello en que consiente. Cuando no haya esta capacidad, hará falta el consentimiento de las personas vinculadas responsables"; Art. 9.2 Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03: "El médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible de las consecuencias que puedan derivarse de su negativa".

44 Art. 25.1 Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03: "El médico deberá dar información pertinente en materia de reproducción humana a fin de que las personas que la han solicitado puedan decidir con suficiente conocimiento y responsabilidad".

Ahora bien, y en relación a los antecedentes que se deben otorgar al paciente, el respeto de esta garantía exige que, ellos deben decir relación "no sólo a los datos bioquímicos o fisiopatológicos, sino también a los aspectos psicológicos, a la significación de la sexualidad humana y de la transmisión de la vida humana, y a sus implicancias morales"⁴⁵.

En algunos países de Latinoamérica, se ha verificado la lamentable política pública de esterilizar a hombres y mujeres, sin su consentimiento y aún más, sin su conocimiento, lo cual además suele afectar en mayor medida, a sujetos de menores recursos⁴⁶.

Esta práctica estatal, además de transgredir las disposiciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, constituye una verdadera violación a las garantías de orden público que le asisten a todo ser humano, y de las que ya hemos hablado. A modo meramente ejemplificador se pueden señalar los siguientes: derechos reproductivos, la libertad de fundar una familia, el derecho a la planificación familiar⁴⁷, la libre determinación del cuerpo y el respeto de las convicciones del paciente⁴⁸.

Se trata asimismo de una práctica con consecuencias no menores, toda vez que afectan los derechos extrapatrimoniales del individuo, de tal manera que cualquier vulneración a ellos afecta el fuero íntimo del individuo. En razón

de ello es que algunos han sostenido que el profesional tratante debe tomar en consideración a la hora de recomendar un tratamiento, las propias creencias del paciente, y así evitar, dentro de lo posible "aplicar o aconsejar tratamientos que contradigan esas convicciones, y cumplir así su deber moral de no violentar la conciencia de su paciente y de respetar las limitaciones que le impone su credo religioso o sus tradiciones culturales"⁴⁹.

Así las cosas, es posible sostener que el derecho a que se respete la voluntad de toda persona en torno a este tipo de mecanismos, debe primar sobre la supuesta conveniencia económica pública de las esterilizaciones masivas no consentidas. Lo anterior no puede entenderse de otra forma, si consideramos que los derechos de orden patrimonial ceden frente a los que presentan la naturaleza contraria, por tener ser estos últimos de orden público y por tanto no sujetos a renuncia anticipada.

iii. Derecho a la planificación familiar.

Se trata también de una herencia del derecho internacional y dice relación con la facultad de cada persona de decidir el momento y el número de hijos que tendrá a lo largo de su vida.

En este sentido, instrumentos internacionales, tales como la CEDAW y la Convención de los Derechos del Niño, han establecido la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas que se estimen pertinentes, para propender a la igualdad entre hombres y mujeres, en torno a la toma de decisión referente al número de hijos y el intervalo que se desea establecer entre ellos⁵⁰.

45 , GONZALO: "Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica", Editorial Eunsa, Pamplona, 1992, p. 122.

46 Cfr. MACKLIN, RUTH: "Bioethics in Latin America and the Caribbean: Sexual and Reproductive Health", en LOLAS STEPKE, FERNANDO Editor: Op. Cit., p. 94.

47 Cfr. MACKLIN, RUTH: Op. Cit., p. 96.

48 Art. 8.1 Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03: "En el ejercicio de su profesión el médico respetará las convicciones de sus pacientes y se abstendrá de imponerles las propias"; Art. 10.a Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, octubre 1981, revisada en octubre 2005: "La dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores".

49 HERRANZ, GONZALO: Op. Cit., p. 43.

50 Art. 16.1 CEDAW: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos 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".

En el mismo sentido, pero esta vez sin fuerza vinculante, la Declaración de Barcelona sobre los Derechos de la Madre y del Recién Nacido ha recogido la misma idea, señalando que "toda mujer tiene el derecho de decidir libremente sobre el momento más adecuado para tener sus hijos, el espacio inter-genésico y cuántos hijos quiere tener"⁵¹.

Cabe señalar que el derecho a la planificación de la familia conlleva a su vez otras garantías especiales, tales como el derecho a una adecuada atención médica⁵² y a la información oportuna, de tal manera que sea posible para toda persona tomar una decisión libre y consciente. Esto no puede entenderse de otro modo, toda vez que influye directamente en el bienestar físico del progenitor, razón por la cual se ha señalado respecto de la mujer que "la capacidad de regular y controlar la fecundidad debe considerarse como un componente principal de la salud física y mental de la mujer, como también de bienestar social"⁵³.

No obstante lo anterior, se debe señalar que nuevamente nos encontramos frente a un derecho limitado, que no puede ser ejercido de manera absoluta. Así las cosas por ejemplo, y a diferencia de lo que consideran ciertos grupos de presión, el aborto no puede ser considerado un método de planificación filiativa legítimo, toda vez que su realización atenta contra de la vida del no nacido e incluso contra los mismos intereses de la mujer que se somete a este procedimiento⁵⁴.

51 Art. 1 Declaración de Barcelona sobre los Derechos de la Madre y de Recién Nacido, 24.09.2001.

52 Art. 12.1 CEDAW: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia"; Art. 24, N°2, letra f) Convención de los Derechos del Niño: "Los Estados Partes (...) adoptarán las medidas apropiadas para: f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia".

53 Art. 2 Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la planificación familiar y el derecho de la mujer a la anticoncepción, Octubre 1996.

En el mismo sentido, pero ahora en lo referente al régimen conyugal, DUVAUCHELLE estima que el ejercicio ilimitado de la facultad de planificar la familia, puede contradecir la definición misma de la institución civil del matrimonio, en razón de la finalidad procreadora que le atribuyen en general las legislaciones sobre la materia. Por tal razón, explica este autor que "la negación absoluta y definitiva de uno o ambos cónyuges a procrear representa, indudablemente, alterar la naturaleza misma del matrimonio, en términos tales que tal vinculación (...) tendría aspectos que se asemejarían al matrimonio pero que en definitiva, al variar uno de sus propósitos fundamentales, pasaría a constituir un contrato o convención diferente"⁵⁵.

iv. Derecho a la salud reproductiva.

No existe un concepto unívoco de salud. Para DIEGO GRACIA, se entiende por tal a "la posesión o apropiación por parte del hombre de su propio cuerpo"⁵⁶, en tanto que la OMS la concibe como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"⁵⁷.

Para ROQUÉ SÁNCHEZ por su parte, la determinación de si una persona se encuentra enferma o sana, requiere del análisis conjunto de elementos tanto fisiológicos como psíquicos. Así, ha estimado esta autora que "la salud y la enfermedad son conceptos intrínsecamente valorativos y por tanto no pueden ser definidos

54 Así, COLLAZO CHAO, ELISEO: Op. Cit., p. 60: "El aborto es una intervención negativa y ninguna mujer la desea, puesto que el derecho de la mujer a su integridad física y psíquica está por encima de su libertad de elección".

55 DUVAUCHELLE R., MARIO: "Regulación de la fecundidad. Mesa Redonda", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: Op. Cit., p. 96.

56 GRACIA, DIEGO: "Bioética clínica", Bogotá, El Búho, 1998, citado por ÁLVAREZ DÍAZ, JORGE ALBERTO: "Las muertas de Juárez. Bioética, Género, Poder e Injusticia", en Acta Bioethica, Año IX, N°2, 2003, Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago, 2003, p. 222.

57 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

totalmente en términos biológicos o psicológicos. Decir que una persona está sana, significa en parte que esta persona tiene un estado satisfactorio en lo físico o mental. Y decir que una persona tiene una enfermedad significa que no posee plena capacidad, que ha contraído alguna cosa para ella negativa o mala. La primera teoría es un intento de construir su discurso de la salud en términos puramente biológicos y bioestadísticos. La segunda teoría tiene en su base dos fenómenos, el subjetivo, representado por cierta percepción de facilidad y de bienestar en el caso de la salud, y de dolor y de sufrimiento en el caso de la enfermedad, y el objetivo o la capacidad e incapacidad, como indicadores de salud y enfermedad respectivamente⁵⁸.

La salud reproductiva en tanto, y en consideración a la definición de la OMS señalada, ha sido conceptualizada por la ICPD⁵⁹ como "un estado de completo bienestar físico, mental y social en todos los sentidos, relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos⁶⁰. Así las cosas, la salud reproductiva abarca tanto la atención médica antes de la concepción, durante el embarazo y con posterioridad al nacimiento.

Ahora bien, respecto al derecho a la salud –en general y también específicamente en lo referente a la salud reproductiva–, cabe señalar que ha sido recogido ampliamente por los catálogos de derechos inalienables de la persona, incluidos en las distintas Cartas Fundamentales⁶¹, así como en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos⁶², sin perjuicio de que puede colegirse

58 ROQUÉ SÁNCHEZ, MARÍA VICTORIA: "Equívocos en torno a los conceptos de vida y calidad de vida", En Cuadernos de Bioética, XIX; 2008, p. 230.

59 International Conference on Population and Development.

60 Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Capítulo 7, letra A, en idioma original: "Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being in all matters relating to the reproductive system and to its functions and process. It implies that people have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so".

61 Así, Art. 19 N° 9 CPR Chile,

además de la obligación del Estado de propender al bien común⁶³.

Respecto al contenido que debe dársele al derecho a la salud reproductiva, se trata de un tema de disímil respuesta. Así, algunos han estimado que "contiene la capacidad de las personas de reproducirse y la libertad de decidir si lo realizan, cuándo y dónde. Implica lo anterior, el derecho de los hombres y mujeres a ser informados y tener acceso efectivo y asequible a adecuados métodos de planificación familiar de su elección, así como otras técnicas de su elección para la regulación de la fertilidad, que no sean contrarios al derecho y al derecho de acceso a la salud que permitan a la mujer a tener un embarazo y parto seguros. El cuidado de la salud reproductiva incluye además la salud sexual, el propósito de la cual son el desarrollo de la vida y las relaciones personales"⁶⁴.

En un sentido bastante similar, señala MAHMOUD

62 Art. 10.1 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador": "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto bienestar físico, mental y social", en el mismo sentido Art. 24.2 Convención de los Derechos del Niño, Art. XI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; N° 61, Declaración de compromiso en la lucha contra el Sida: los Estados Partes se comprometen a "poner en práctica medidas para que las mujeres y las adolescentes estén en mejores condiciones de protegerse del riesgo de infección por el VIH, principalmente mediante la prestación de servicios de atención de la salud y de salud, incluidos servicios de salud sexual y reproductiva".

63 Art. 1 inc. 3° Constitución Política de la República de Chile: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

64 Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Capítulo 7, letra A, en idioma original: "Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being in all matters relating to the reproductive system and to its functions and process. It implies that people have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so. Implicit in this is the right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as other methods of their choice for regulation of fertility, which are not against the law, and the right of access to health-care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth. Reproductive health care also includes sexual health, the purpose of which is the enhancement of life and personal relations".

FATHALLA que esta garantía "implica que las personas tienen la facultad de reproducirse, regular su fertilidad; y de que las mujeres se encuentran facultadas para tener un embarazo y parto seguro; y de que la reproducción debe conllevar a la sobrevivencia y bienestar de infantes y niños"⁶⁵.

En cualquier caso, se debe tener presente que las prestaciones médicas, tal como se señaló, son obligaciones de medios, de tal manera que el derecho a la salud no conlleva la obligación de restaurarla, sino que de realizar todos los actos tendientes a que tal resultado se produzca, independiente de si esto último ocurre o no.

4. LÍMITES AL DERECHO A LA PROCREACIÓN

*"La técnica es una amenaza cuando está regida solo por ella misma y ofrece actualmente un poder tan grande, tan tentador, que puede imponerse al hombre y destruirlo"*⁶⁶.

Tal como se había ido adelantando, el ejercicio del derecho a la procreación no es absoluto, de tal manera que se ve limitado por su propia naturaleza y los derechos de terceros, no existiendo por tanto una garantía irrestricta a la transmisión de la vida⁶⁷.

Recordemos en este punto la tradicional máxima conforme a la cual, los derechos de una persona, se encuentran limitados por los derechos de los otros, postulado reconocido por el mismo derecho internacional que es fuente de los derechos de índole reproductiva⁶⁸.

i. Derecho a la vida.

Se trata del primer derecho fundamental garantido por la comunidad jurídica, toda vez que sirve de sustento a toda otra prerrogativa que se le reconozca al hombre. Con justa razón se ha dicho al respecto: "la paradoja del derecho a la vida está en que con ella no se trata de un objeto ni de una prestación ajena, sino de la precondition básica de todos los bienes humanos que son objeto de derecho"⁶⁹.

Pero ¿qué es la vida, y por tanto qué es lo que está protegido por el derecho? ROQUÉ ha intentado dar respuesta a esta interrogante, señalando que "la vida es la condición de posibilidad de la existencia y, en este sentido, no es un bien sujeto a variaciones, es un bien intrínseco, se es viviente o no se es, no hay término medio, el único cambio sustancial que se produce es el de la muerte. Para nosotros, los hombres, ser es vivir. La vida no es una propiedad añadida a un ente, sino que constituye el ser de este ente"⁷⁰. Dicho en otras palabras, en el caso de los seres vivos, quien es, vive.

65 En su idioma original: "Reproductive health, (...) would have a number of basic elements. It would mean that people have the ability to reproduce, to regulate their fertility; and that women are able to go safely through pregnancy and childbirth; and that reproduction is carried to a successful outcome through infant and child survival and well-being. To this may be added that people are able to enjoy and are safe in having sex", en MAHMOUD FATHALLA: "Promotion of research in human reproduction: Global needs and perspectives", en Human Reproduction, 1988, 3:7-10, citado por MACKLIN, RUTH: Op. Cit., pp. 94 y 95.

66 PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, JUAN JOSÉ: "Bioética de los principios", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 45.

67 En este sentido, MARCÓ, JAVIER Y TARASCO, MARTHA: Diez temas de reproducción asistida, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, España, 2001, p. 40: "No existe un derecho humano a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio, ya que este derecho sería contrario a la dignidad del hijo".

68 Art. 28 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático"; Art. 32 N° 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"; Art. 4 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Asamblea Constituyente, Francia, 1789: "la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro".

69 FERRER SANTOS, URBANO: "El viviente, la vida y la calidad de vida", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 215.

70 ROQUÉ SÁNCHEZ, MARÍA VICTORIA: "Equívocos en torno a los conceptos de vida y calidad de vida", en Cuadernos de Bioética, XIX; 2008, p. 227.

Según FERRER SANTOS, el derecho a la vida en realidad no dice relación con la facultad de exigir el derecho a adquirirla, sino que ella no sea quitada a quien ya la tiene⁷¹, derecho éste último que debe ser respetado por la sociedad toda, incluida la comunidad médica⁷².

Así las cosas, para poder determinar quién es el titular de este derecho, se debe haber clarificado desde cuándo una persona concebida adquiere el carácter de tal, esto es, el momento en el cual el ser ya biológicamente constituido adquiere personalidad, instante que según PARDO presenta aún más importancia que la propia concepción biológica, toda vez que a partir de entonces merece el mismo respeto que cualquier otro ser humano⁷³.

Se trata de una cuestión ampliamente debatida por profesionales de distintas disciplinas, y respecto del cual no se ha logrado llegar a un consenso, señalándose distintos momentos a partir de los cuales el sujeto concebido adquiriría personalidad, a saber: concepción, día 14 de vida, nacimiento, viabilidad del parto, entre otros.

Por no ser el objeto del presente trabajo, omitiré la larga discusión señalada, y asumiré la tesis conforme a la cual se es ser humano desde el momento de la concepción, pudiendo quien lo quisiera revisar una amplia bibliografía que lo fundamenta⁷⁴.

Sin perjuicio de lo anterior y a modo de resumen me limitaré a mencionar los principales argumentos sobre los cuales descansa esta tesis: la existencia en el embrión de un ADN suficiente y distinto al de los progenitores⁷⁵; la inconsistencia de la tesis que distingue entre el preembrión y el embrión⁷⁶; la determinación génica del embrión⁷⁷; la totipotencia del cigoto⁷⁸, etc.

Así las cosas, y al ser el embrión un individuo de la especie humana, merece igual respeto que cualquier otro sujeto que tenga tal calidad, consideración que ha dado origen al estatuto jurídico del embrión, el que no obstante carecer de regulación orgánica y sistematizada, ha sido derivado por la doctrina, de otras normativas vigentes. De esta manera, surge una nueva regulación que defiende los derechos de aquellos que se encuentran en una situación desmejorada

71 Cfr. FERRER SANTOS, URBANO: "El viviente, la vida y la calidad de vida", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 215.

72 Cfr. LEAL HERERO, FERNANDO: "Psicopatología del aborto espontáneo y trastornos tras las técnicas de reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 403.

73 Cfr. PARDO CABALLOS, ANTONIO: "La determinación del comienzo de la vida humana: cuestiones de método", en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007, España, p. 336.

74 Respecto de la cuestión de la personalidad del embrión, Vide: ANSON, FRANCISCO: "Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana", Ediciones Rialp, Madrid, 1988, pp. 183 y ss.; DÍAZ DE TERÁN VELASCO, MARÍA CRUZ: "El embrión in vitro como fuente de células troncales: Análisis Jurídico-Crítico", en Cuadernos de Bioética, 2004, 2º, pp. 317 y ss.; GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL: Op. Cit., pp. 95 y ss.; HERRANZ, GONZALO: Op. Cit., pp. 117 y ss.; HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN ANTONIO: Op. Cit., pp. 205 y ss.; ISLER SOTO, CARLOS: "En torno a la personalidad del embrión", Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XI, Valdivia, Chile, 2000, pp. 121 a 126.; LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: "Clonación Terapéutica", en "Persona y Bioética", 2004, Año 8, N° 22 y 23, pp. 6 y ss.; MARCÓ, JAVIER Y TARASCO, MARTHA: Op. Cit., pp. 12 y ss; Conclusiones del VII Congreso Nacional de Bioética, "Bioética y con-ciencia", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 505.

75 Cfr. CORRAL GARCÍA, EDUARDO: "La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción asistida y la ley de investigación biomédica", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 186.

76 LÓPEZ BARAHONA, MÓNICA: "El respeto al embrión humano y la Ley 14/2006 vigente en España de Reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007, España, pp. 348 y 349: "Existen embriones y gametos, pero no 'preembriones'. La utilización de este término, además de faltar al rigor científico, establece dos categorías de embriones: los de menos de 14 días de vida y los de más de 14 días de vida, siendo los primeros susceptibles de ser congelados o empleados para investigar con su consecuente muerte en el proceso. No hay una diferencia sustancial entre un embrión de 14 días de vida o de 15. El término es arbitrario, subjetivo y manipulador del lenguaje".

77 LÓPEZ BARAHONA, MÓNICA: Op. Cit., p. 350: "en cuanto célula como ya se ha mencionado el cigoto es unidad de vida y en cuanto portador de un genoma específicamente humano, la vida existente en el cigoto es vida humana".

78 LÓPEZ BARAHONA, MÓNICA: Op. Cit., p. 350: "El cigoto es una célula totipotente. Es decir contiene en sí misma, en el modo en que un organismo unicelular puede contenerla, toda la información para generar todos los tipos celulares, tejidos y órganos en tiempo y forma que constituyen al individuo de la especie humana".

para hacerlo por sí mismos, tal como ha ocurrido con otras ramas del Derecho que tienen similar fundamento⁷⁹.

Esta nueva realidad jurídica "permite concluir que en tanto en cuanto el embrión humano es un individuo de la especie humana, es merecedor de los mismos derechos que poseen los seres humanos en etapas posteriores de su desarrollo, pues no es la fase de desarrollo en que se encuentra un ser humano el hecho que le confiere derechos, sino el mero hecho de ser un individuo de la especie humana. Y de aquí puede consecuentemente deducirse el estatuto antropológico del embrión humano"⁸⁰.

De esta manera, las garantías e intereses jurídicos del nasciturus, no se anulan por la sola circunstancia de que su vida dependa de otro. Se ha sostenido en este sentido que, "el hijo es el 'presente-ausente', cuyos intereses deben ser defendidos por los padres, ya tutores del hijo en el momento de ser concebido (...). Y sus intereses también deben ser tenidos en cuenta por los médicos, que se deben al bien de sus pacientes"⁸¹.

De acuerdo a lo anterior, las técnicas que se utilicen para acceder a la concepción de un ser humano, en ningún caso pueden vulnerar el derecho a la vida del embrión que se generará, o de aquellos que sobrarán, también denominados supernumerarios. En efecto, tal como sostiene DUVAUCHELLE, "se violenta el derecho, cuando se emplea cualquier método de regulación de fecundidad dirigido a anularla o impedir la, que en sí signifique necesaria o consecuentemente quitar la vida de un óvulo fecundado, sea que se encuentre anidado o no en el vientre materno"⁸².

ii. Derecho a la continuidad de la existencia.

En directa relación con el derecho a la vida, se encuentra el derecho a la continuidad de la existencia, y que se refiere a la facultad que le asiste a todo individuo de que se le permita su propio desarrollo a lo largo de la vida. Por tal razón en el caso de la existencia embrionaria, se identifica con el derecho a que no se interrumpa voluntariamente la gestación.

Se fundamenta este derecho en la circunstancia de que una persona es única e irrepetible, y cuyo desarrollo viene únicamente a actualizar unas características que le eran propias desde el principio.

De manera didáctica ha ejemplificado STITH: "Supongamos que una señora ha sacado una foto con su antigua máquina fotográfica Polaroid, con la que cada foto se auto-revela ('develops itself') dentro de un especie de sobre, después de sacar este sobre de la máquina. Supongamos que la foto es única y valiosa, como consideramos a cada ser humano. (Digamos que es una foto irrepetible de un jaguar mexicano que salió de la jungla sólo un segundo.) Ahora bien: sin esperar el tiempo requerido, un compañero saca el sobre de la cámara de esta señora y lo abre inmediatamente, destruyendo la foto.

Cuando ella se enfada, él se defiende diciendo 'Pero, mira, no hice mucho daño. Todavía era sólo una mancha marrón. Seguro que no te importan las manchas marrones'. ¿Sería aceptable esta defensa? Por supuesto que no (...). Lo cierto es que la imagen está en la foto ya desde el momento de sacarla, aunque precise tiempo para manifestarse"⁸³.

79 A modo de ejemplo: Derecho del Consumidor, Derecho del Menor, Derecho Laboral, etc.

80 LÓPEZ BARAHONA, MÓNICA: Op. Cit., p. 350.

81 LEÓN CORREA, FRANCISCO J.: "El diálogo bioético en las técnicas de reproducción asistida", en Acta Bioética, 2007, N° 13, p. 164.

82 DUVAUCHELLE R., MARIO: Op. Cit., p. 97; en el mismo sentido LÓPEZ BARAHONA, MÓNICA: Op. Cit., p. 348; LEAL HERERO, FERNANDO: "Psicopatología del aborto espontáneo y trastornos tras las técnicas de reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 402.

83 STITH, RICHARD: "Construcción vs. Desarrollo: La raíz de nuestros malentendidos sobre el principio de la vida", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 517.

Así las cosas, el respeto por el derecho del embrión a su propio desarrollo, constituye una consecuencia lógica de su propia naturaleza y exige que sus garantías le sean amparadas al igual que cualquier otro ser humano.

Al respecto ha señalado REQUENA: "Si no se defiende un concepto de dignidad inherente al ser humano, un concepto de dignidad que obliga a respetar a todos los miembros de la especie humana independientemente de su desarrollo somático y de sus capacidades, los discursos sobre la igualdad y la no discriminación no dejarán de ser algo puramente retórico"⁸⁴.

De acuerdo a lo anterior, prácticas tales como la eliminación o congelación de embriones no permiten el desarrollo del ser humano en etapa embrionaria, y por tanto constituye un límite al derecho a la procreación, tal como lo ha advertido anteriormente ROA, "la congelación de embriones por meses o años viola el derecho a la continuidad de la existencia. A ningún adulto se le podría congelar contra su voluntad, manteniéndolo guardado en un oscuro rincón durante el tiempo que sea, lo cual con el avance de la tecnología no queda fuera de lo posible; podría ser utilizado por ciertos regímenes contra enemigos políticos; también en el caso de embriones pudieran usarse para satisfacer deseos extravagantes, como el de una madre que tuviese hijos a los 18 años y quisiese implantarse embriones de esa época veinte años después"⁸⁵.

iii. Derecho a la dignidad humana.

La voz "dignidad" proviene del latín dignitas, esto es aquello que tiene una prioridad, importancia, preeminencia⁸⁶. MARCÓ Y TARASCO por su parte, la definen como "todo aquello que sea acorde y promueva la naturaleza ontológica de la misma"⁸⁷.

En cualquier caso, no obstante ser un concepto que no se encuentra definido por los ordenamientos jurídicos, no cabe duda que su respeto constituye un principio orientador de toda legislación que se haya dictado en un estado de derecho.

Ahora bien ¿quién es el sujeto titular de la dignidad? Nos responde GORDILLO: "Entre todas las substancias el hombre tiene dignidad, preeminencia entre las demás cosas y es preeminente porque tiene intelecto y voluntad: libertad"⁸⁸.

Lo anterior, no significa que se pueda hacer un uso abusivo de los demás bienes⁸⁹, sino que entre todo lo que nos rodea, el hombre es merecedor de una dignidad mayor, derivada de su libertad de acción, capacidad que se encuentra disminuida –en mayor o menor medida–, en los otros seres vivos⁹⁰. Esta característica –hombre libre y por tanto digno–, trae aparejada al mismo tiempo la posibilidad de que sea responsabilizado por sus actos, atribución que en razón de su propia naturaleza, no ocurre con los demás seres.

Así las cosas, la dignidad del individuo, exige que se le trate como tal, también en los actos

84 REQUENA MEANA, PABLO: "Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 268.

85 ROA REBOLLEDO, ARMANDO: "La responsabilidad del médico", en ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS IGNACIO: "El consentimiento informado: conceptos y limitaciones", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: Op. Cit., p. 165.

86 Cfr. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, LOURDES: "¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana?", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 251.

87 MARCÓ, JAVIER Y TARASCO, MARTHA: Op. Cit., p. 12.

88 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, LOURDES: Op. Cit., p. 251.

89 Conducta prohibida por el abuso del derecho.

90 Respecto de la relación entre la libertad y la dignidad del hombre: GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, LOURDES: Op. Cit., pp. 251 a 253: "El valor sustantivo de la específica dignidad del ser humano se llama libertad, sea cual sea su uso"; "Todo hombre posee una dignidad ni más ni menos que en tanto que es hombre, es decir, por el hecho de ser persona humana (...)" ; "En suma, la dignidad de la persona humana es un trasunto de la dignidad de su origen. La dignidad de la persona humana es también radicalmente exigencia de libertad".

médicos, desde la concepción hasta la muerte, de tal manera que en su respeto "no es lícito atentar contra la vida o la salud de ningún ser humano, independientemente de sus capacidades actuales, de su estado de salud, de su raza, de su sexo, de su edad, con el fin de obtener un beneficio para otro individuo o para la colectividad"⁹².

De acuerdo a lo anterior, es que la utilización de técnicas que ayuden a la reproducción del hombre, que impliquen tratar al *nasciturus* desconociendo su naturaleza humana, atentaría contra el derecho a la dignidad. A modo de ejemplo, se puede señalar que la congelación o manipulación de embriones, la producción de quimeras⁹³, y la generación de seres humanos con el único objeto de obtener un órgano sano, constituyen situaciones en las cuales se atenta contra su dignidad.

Lo anterior, no puede ser de otra forma, si consideramos que "el ser humano nunca puede ser tratado como un medio, ya que es el único ser que vale por sí mismo y no pertenece a la categoría de bienes útiles o instrumentales"⁹⁴.

iv. Derecho a la identidad propia.

Tal como se señaló con anterioridad, se está generando un verdadero mercado de niños, en el cual se solicitan hijos de tal o cual sexo, con determinadas características físicas y carentes de enfermedades.

Esta tendencia, comenzó con la denominada "verificación de embriones", procedimiento inicialmente destinado a la selección de individuos sanos, esto es, que no conlleven a un riesgo de enfermedad. No obstante lo anterior, nada debe extrañarnos que conforme a las expectativas de aquellos que se someten a una técnica de reproducción que implique selección de sujetos, se modifique su finalidad, solicitándose hijos con determinadas características físicas. Así se ha señalado que "en un futuro, esa misma técnica podrá ser utilizada para otros fines como, por ejemplo, la selección del sexo atendiendo a las preferencias de los padres, etc. Tal tecnología implica optar, decisivamente, por una concepción utilitarista, ignorando la dignidad y cualidad de lo humano"⁹⁵.

En la actualidad, afortunadamente, tanto las técnicas eugenésicas⁹⁶ como de eliminación en razón del sexo⁹⁷, son rechazados por la comunidad internacional y científica, sin perjuicio de que nada obsta a que en el futuro se transformen en prácticas de estilo.

⁹⁵ LÓPEZ GUZMÁN, JOSÉ: "El diagnóstico preimplantatorio: Una nueva forma de violencia social", en Cuadernos de Bioética, VIII, 2007, España, p. 362.

⁹⁶ Art. 24.2 Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03: "El médico únicamente podrá efectuar una intervención que trate de modificar el genoma humano con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos. Se prohíben las intervenciones dirigidas a la modificación de características genéticas que no estén asociadas a una enfermedad y las que traten de introducir cualquier modificación en el genoma de los descendientes"; Art. 13 Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, Oviedo 4 de abril de 1997: "Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia"; Art. 12 Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, Oviedo 4 de abril de 1997: "Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado".

⁹⁷ Art. 24.3 Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03: "Salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo, el médico no utilizará técnicas de asistencia a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer"; Art. 14 Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, Oviedo 4 de abril de 1997: "No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo".

⁹¹ LA-ROSA SALAS, VIRGINIA Y TRICAS-SAURAS-SANDRA: "Equity in health care", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 365: "Human dignity lies at the heart of all health care, constituting both its base and its purpose".

⁹² REQUENA MEANA, PABLO: "Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España, p. 264.

⁹³ Seres híbridos, de naturaleza humana y animal.

⁹⁴ MARCÓ, JAVIER Y TARASCO, MARTHA: Op. Cit., p. 60, en el mismo sentido MONGE, FERNANDO: "Persona humana y procreación artificial", Editorial MC, Madrid, 1988, p. 91: "La vida humana no puede ser nunca un simple instrumento ni para el progreso de la medicina ni para el beneficio de otras personas".

Cabe señalar que, sin perjuicio de la licitud del análisis preimplantatorio, la eliminación de embriones conforme a él, no goza de la misma calificación, tanto si se refiere a la existencia de enfermedades o a otro tipo de circunstancias selectivas. No obstante lo anterior, se trata de procedimientos a los que erróneamente se los ha pretendido tildar de *derecho humano*⁹⁸, aunque atente contra la dignidad de un tercero.

En este sentido, ha señalado LÓPEZ GUZMÁN: "El diagnóstico preimplantatorio rompe con la naturaleza de las relaciones paterno-filiales, —basadas en el respeto y el cuidado del débil—, para sustituir estos criterios por los de violencia y pervivencia del fuerte sobre el necesitado. (...) De esta forma el embrión seleccionado podrá seguir viviendo (...) si se prevé que no va a padecer ninguna enfermedad. En cambio, estará abocado a la muerte si no supera el control de calidad genético. En este caso, la pretensión de eliminar una hipotética patología se resuelve con la supresión del portador de la misma"⁹⁹.

En este sentido, estas prácticas pueden atentar contra el derecho a la propia identidad, tan en boga actualmente. En efecto, la selección en razón de las características personales, pueden traer como consecuencia no sólo a la eliminación de sujetos que no cumplen un determinado nivel, sino que además el desprecio en vida de aquellos que, habiendo nacido, son portadores de las enfermedades o características inicialmente rechazadas¹⁰⁰.

A lo anterior cabe agregar otro peligro, analizado desde el punto de vista macro sistémico: con el tiempo podemos encontrarnos con una gran cantidad de sujetos de similares características —por ejemplo, por moda se solicitan individuos con las características de Brad Pitt o Angelina Jolie—, dejando de posibilitar el nacimiento de sujetos con otras peculiaridades menos deseadas.

v. El interés superior del menor.

Si bien no existe una definición única de lo que debemos entender por interés superior del niño, sí existe consenso doctrinario y legislativo, en que, de presentarse un conflicto de intereses jurídicos en el cual se encuentre comprometido¹⁰¹, debe primar siempre.

Así las cosas, no es posible satisfacer el deseo ilimitado de un sujeto a la maternidad o paternidad, si ello implicará perjuicios inevitables en la persona del menor.

La limitación, cabe advertir, dice relación con características absolutas y permanentes, tales como la avanzada edad de la madre, la muerte de uno de los progenitores ocurrida con anterioridad a la concepción, o el mero capricho. De esta manera, la restricción no resulta aplicable a otras circunstancias que pueden modificarse, tales como la situación económica de los progenitores.

98 Cfr. FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO: "Hacia la Eugenesia Social. Ideología y Bioética en la Construcción de la Política Social", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 46.

99 LÓPEZ GUZMÁN, JOSÉ: "El diagnóstico preimplantatorio: Una nueva forma de violencia social", en Cuadernos de Bioética, VIII, 2007, España, pp. 363 y 364.

100 Cfr. LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: "Comparecencia ante la subcomisión del Congreso de los Diputados para la modificación de la Ley del Aborto", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España, p. 252.

101 Sin perjuicio de las legislaciones internas conforme al Art. 1 Convención de los Derechos del Niño, se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años.

CONCLUSIONES

- i. El derecho en general no menciona expresamente el derecho a la procreación en los catálogos de garantías tuteladas, sin perjuicio de que es posible derivarlo de otras instituciones y potestades si reguladas y reconocidas.
- ii. El derecho a la procreación, es una garantía de orden público, facultativa, extrapatrimonial y constituye un derecho fundamental, de tal manera que resulta indisponible para las partes.
- iii. El derecho a la procreación, presenta un contenido amplio y discutible, no obstante que se puedan señalar las siguientes prerrogativas anexadas a él: derecho a la expectativa del hijo, a la no esterilización forzada, a la salud reproductiva y a la planificación familiar.
- iv. La práctica de la esterilización forzada, esto es, la realizada sin consentimiento del afectado, constituye una clara vulneración a los derechos reproductivos del individuo.
- v. El ejercicio de las garantías reproductivas, reconocen como limitación, los derechos de terceros involucrados, tales como el derecho a la vida, continuidad de la existencia, dignidad, identidad propia e interés superior del hijo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Textos legislativos.

- Ley 19.947 de Chile.
- Código Civil de Chile.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Código de Derecho Canónico.
- Código Civil de España.
- Código Civil de Ecuador.
- Código Civil de Colombia.
- Código Civil de Argentina.
- Código Civil de Italia.

2.- Textos doctrinarios.

- ÁLVAREZ DÍAZ, JORGE ALBERTO: "Las muertas de Juárez. Bioética, Género, Poder e Injusticia", en Acta Bioethica, Año IX, N°2, 2003, Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago, 2003.
- ANSON, FRANCISCO: "Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana", Ediciones Rialp, Madrid, 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: "Derecho Civil Español Común y Foral", Tomo V, Vol I, p. 28 citado por MOSCOSO, PÍA: "Sida y sus principales desafíos jurídicos en el Derecho de Familia chileno", Jornadas Derecho Civil, 2005, Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- COLLAZO CHAO, ELISEO: "Valoración de los artículos 33 y 59 del Código de Deontología de los Médicos de Cataluña (2005), anulados judicialmente", En Cuadernos de Bioética, XX, 2009.
- CORRAL GARCÍA, EDUARDO: "La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción asistida y la ley de investigación biomédica", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009.

- CORVALÁN PUCHULÚ, SERGIO: "Visión ética de la reproducción humana", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: "Ética y Humanidad en la Medicina Actual", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993.

- DÍAZ DE TERÁN VELASCO, MARÍA CRUZ: "El embrión in vitro como fuente de células troncales: Análisis Jurídico-Crítico", en Cuadernos de Bioética, N° 2, 2004.

- DUVAUCHELLE R., MARIO: "Regulación de la fecundidad. Mesa Redonda", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: "Ética y Humanidad en la Medicina Actual", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993.

- ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS IGNACIO: "El consentimiento informado: conceptos y limitaciones", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: "Ética y Humanidad en la Medicina Actual", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993.

- FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO: "Hacia la Eugenesia Social. Ideología y Bioética en la Construcción de la Política Social", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009.

- FERRER SANTOS, URBANO: "El viviente, la vida y la calidad de vida", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008.

- GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, LOURDES: "¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana?", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008, España.

- GRACIA, DIEGO: "Bioética clínica", Bogotá, El Búho, 1998, citado por ÁLVAREZ DÍAZ, JORGE ALBERTO: "Las muertas de Juárez. Bioética, Género, Poder e Injusticia", en Acta Bioethica,

- Año IX, N°2, 2003, Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, Santiago, 2003.
- GUMUCIO SCHÖNTHALER, JUAN CRISTÓBAL: "Procreación asistida", Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1997.
 - HERRANZ, GONZALO: "Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica", Editorial Eunsa, Pamplona, 1992.
 - HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN ANTONIO: "La clonación terapéutica contra la vida del embrión y la utilización de células madre adultas", en Medicina y Ética N° 3, año 2007.
 - ISLER SOTO, CARLOS: "En torno a la personalidad del embrión", Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XI, Valdivia, Chile, 2000.
 - LA-ROSA SALAS, VIRGINIA Y TRICAS-SAURAS-SANDRA: "Equity in health care", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008.
 - LARROUMET, CHRISTIAN: "Teoría general del contrato", Vol. I, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.
 - LEAL HERERO, FERNANDO: "Psicopatología del aborto espontáneo y trastornos tras las técnicas de reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009.
 - LEÓN CORREA, FRANCISCO J.: "El diálogo bioético en las técnicas de reproducción asistida", en Acta Bioética, 2007, N° 13.
 - LEÓN HURTADO, AVELINO: "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
 - LÓPEZ BARAHONA, MÓNICA: "El respeto al embrión humano y la Ley 14/2006 vigente en España de Reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007.
 - LÓPEZ GUZMÁN, JOSÉ: "El diagnóstico preimplantatorio: Una nueva forma de violencia social", en Cuadernos de Bioética, VIII, 2007.
 - LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: "Clonación Terapéutica", en "Persona y Bioética", 2004, Año 8.
 - LÓPEZ MORATALLA, NATALIA: "Comparecencia ante la subcomisión del Congreso de los Diputados para la modificación de la Ley del Aborto", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009.
 - MACKLIN, RUTH: "Bioethics in Latin America and the Caribbean: Sexual and Reproductive Health", en LOLAS STEPKE, FERNANDO Editor: "Diálogo y Cooperación en Salud. Diez años de bioética en la OPS", Organización Panamericana de la Salud, Santiago, 2004.
 - MARCÓ, JAVIER Y TARASCO, MARTHA: "Diez temas de reproducción asistida", Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, España, 2001.
 - MONGE, FERNANDO: "Persona humana y procreación artificial", Editorial MC, Madrid, 1988.
 - PARDO CABALLOS, ANTONIO: "La determinación del comienzo de la vida humana: cuestiones de método", en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007.
 - PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, JUAN JOSÉ: "Bioética de los principios", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008.
 - PESSINI, LEOCIR: "Bioética y cuestiones éticas esenciales en el final de la vida", en LOLAS STEPKE, FERNANDO Editor: "Diálogo y Cooperación en Salud. Diez años de bioética en la OPS", Organización Panamericana de la Salud, Santiago, 2004.

- **RAMIRO GARCÍA, FRANCISCO JOSÉ:** "Técnicas de Asistencia a la Reproducción Humana", Grafite Ediciones, Bilbao, España, 2000.
 - **REQUENA MEANA, PABLO:** "Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008.
 - **REVECO URZÚA RICARDO:** "Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno", en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, N° 1, 2007, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
 - **ROA REBOLLEDO, ARMANDO:** "La responsabilidad del médico", en ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS IGNACIO: "El consentimiento informado: conceptos y limitaciones", en CORREA DONOSO, EDUARDO; ECHEVERRÍA BUNSTER, CARLOS; ROJAS OSORIO, ALBERTO, Editores: "Ética y Humanidad en la Medicina Actual", Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1993.
 - **ROQUÉ SÁNCHEZ, MARÍA VICTORIA:** "Equívocos en torno a los conceptos de vida y calidad de vida", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008.
 - **ROS CODOÑER, JAVIER:** "Familia, procreación y valor de la vida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009.
 - **SÁNCHEZ ABAD, PEDRO JOSÉ, Y LÓPEZ MORATALLA, NATALIA:** "Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009, España.
 - **STITH, RICHARD:** "Construcción vs. Desarrollo: La raíz de nuestros malentendidos sobre el principio de la vida", en Cuadernos de Bioética, XIX, 2008.
- 3.- Instrumentos internacionales y otras declaraciones.**
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
 - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
 - Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
 - Declaración de compromiso en la lucha contra el Sida.
 - Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente.
 - Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la planificación familiar y el derecho de la mujer a la anticoncepción, Octubre 1996.
 - Declaración de Barcelona sobre los Derechos de la Madre y de Recién Nacido, 24.09.2001.
 - Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
 - Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, Oviedo 4 de abril de 1997.
 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 - Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
 - Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.
 - Convención de los Derechos del Niño.
 - Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador.

- Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Código de Ética del Colegio Médico de Chile.
- Código de Ética y Deontología Médica Español, Organización Médica Colegial Española; Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, publicado el 10.09.99, comprobado el 18.02.03.
- Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.
- Conclusiones del VII Congreso Nacional Español de Bioética, "Bioética y conciencia", en Cuadernos de Bioética, XX, 2009.