

PROTECCION JURIDICA DEL EMBRION EN LA LEGISLACION CHILENA

Carmen Gloria Fuenzalida Zúñiga

Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

A través del proceso de fecundación humana comienza la vida, y cabe preguntarse cuál es la naturaleza del producto de tal proceso, ya que en algún momento será una persona, titular de derechos y merecedora del respeto y la protección de la sociedad. Es este el comienzo de un tema polémico, puesto que hablamos de un proceso biológico minucioso, y hasta el momento la ciencia moderna, a pesar de haber llegado a un alto grado de observación, todavía desconoce todos los detalles.

Es necesario entonces encontrar el momento en el que se comienza a ser persona, basándose en la biología, filosofía, y principios de derecho natural, para establecer el momento desde el cual se gozan de todos los derechos fundamentales de la persona humana, inherentes a su calidad de tal.

La hipótesis en estudio consiste en el comienzo de la personalidad desde la concepción, buscándose tal reconocimiento en la legislación chilena vigente, y la consecuente protección del embrión como persona.

Reconocido el cigoto humano como persona, nuestra Constitución Política, y los códigos Civil y Penal, además de otras leyes, estarían actualmente resguardando los derechos esenciales del embrión.

Las consecuencias de este planteamiento son radicales, ya que quedarían fuera de discusión toda manipulación y experimentación que involucre fetos humanos, independiente de su tiempo de gestación, debido a su oposición con las garantías fundamentales que establece la Constitución de 1980, y que respaldan las demás leyes chilenas. El nasciturus, en su calidad de persona, gozaría de su derecho a la vida y a la integridad, además de su igualdad ante la ley con los demás individuos humanos, con independencia de su "edad, sexo o condición".

Muchas doctrinas modernas, dentro de las diferentes áreas de la ciencia han buscado respuesta al tema del comienzo de la personalidad humana, dándose diferentes lapsos de gestación para poner el límite entre el objeto y la persona. De este modo se busca abrir un espacio a la investigación científica, donde se le permita avanzar en conocimientos acerca de la reproducción y genética humanas.

Actualmente hablamos de un tema esencial. En todo el mundo no hay duda de los derechos de que goza toda persona humana por su propia naturaleza; se habla de derechos de igualdad, de integridad, de libertad, y fundamentalmente del primer derecho de un ser humano, la vida. En estos términos, numerosas prácticas médicas y científicas, como la criopreservación, la experimentación sobre embriones humanos, la clonación, la selección de características genéticas determinadas, entre otras, están sujetas al riesgo de manipular personas, con todas las consecuencias y perspectivas éticas que el tema conlleva. La confusión que se suscita, da pie a llevar adelante el desarrollo científico, sin detenerse a establecer límites morales que puedan coartar la investigación, e incluso desarrollando teorías que permitan conciliar un máximo de experimentos

y avances con un mínimo de ética que enmarque la ciencia, dejando al embrión en una posición totalmente desventajosa respecto de sus derechos.

Es importante, en definitiva, estudiar detalladamente el comienzo de la vida humana, los procesos biológicos, las teorías filosóficas, la esencia de la naturaleza humana, para demostrar que desde la concepción se es persona, gozando así el nasciturus de derechos inherentes a todos los hombres desde sus comienzos, y dando así un marco moral a las manipulaciones que se pretenden, que nos muestran que muchas veces la ciencia se olvida que su objeto es el progreso y bienestar de la humanidad, y que está al servicio de todos los hombres.

Así, si se acepta que existe persona desde la fecundación, se hace indispensable resolver si bastan las leyes actualmente en vigor para resguardarla, o si se hace necesario un estatuto propio para este específico grupo de individuos. *Importa asimismo comprobar si nuestras leyes tienen la debida correspondencia con la realidad, haciéndose de este modo verdaderas y justas, protegiendo a la persona en su integridad y derechos desde que comienza a existir.*

1. FORMACIÓN DEL EMBRIÓN

El embrión humano se forma a partir de un proceso llamado fecundación o concepción. El concepto no biológico de "concepción", tanto en sus acepciones latinas como anglosajonas, se relaciona inequívocamente con el comienzo de la vida humana.

El mecanismo de la fertilización en la especie humana fue demostrado en 1875 por Hertwig, y a partir de entonces se han desarrollado nuevos conceptos para determinar los procesos y estructuras descubiertos en el procedimiento de reproducción humana, como genes, cromosomas, cigoto, etc.

La fecundación es un período breve, de aproximadamente unas 24 horas, del proceso de reproducción durante el cual se origina la vida de un ser. En nuestra especie transmitimos la vida por un mecanismo sexual que depende de la fusión de dos células, un gameto masculino y uno femenino. Tanto espermio como óvulo son células haploides, es decir, contienen sólo la mitad de cromosomas correspondientes a la especie, de modo que al unirse formando el cigoto, completan la estructura cromosómica del nuevo individuo. Los cromosomas contienen toda la información genética de cada individuo; se agrupan en pares que codifican para las mismas características, pero uno viene de la madre y el otro del padre.

El proceso de fecundación comienza al atravesar el espermio las cubiertas ovocitarias: cúmulo oóforo, corona radiata y zona pelúcida, esta última esencial en la identificación de los espermios de la especie, encargada de impedir la fecundación interespecífica. Atravesada la zona pelúcida, se unen las membranas plasmáticas de ambos gametos, introduciéndose

se el espermio en el óvulo. En este momento se producen una serie de cambios morfológicos y químicos en la célula, llamados activación del ovocito. Este termina su segunda división meiótica, liberando el segundo corpúsculo polar.

Formada esta célula primordial, se libera el contenido de los gránulos corticales, lo cual produce un cambio en las propiedades químicas de la zona pelúcida, impidiéndose así la entrada de otros espermios.

Aproximadamente 18 horas después de que el espermio entra en contacto con el óvulo femenino, se observan dos estructuras redondeadas en la nueva célula, llamadas pronúcleos. Cada uno de ellos representa la condensación del material genético de cada gameto participante de la fecundación. Los pronúcleos duplican sus cromosomas, se aproximan al centro de la célula y desintegran sus membranas¹; se descondensan los cromosomas y se alinean por pares en el eje central de la célula. Inmediatamente después ocurre la primera división celular, quedando completa la fecundación.

Al formarse el cigoto, esta nueva célula contiene una fórmula genética llamada genotipo, que es completamente diferente al de sus progenitores, su constitución genética es distinta a los gametos. La teoría genética sostiene que desde el momento de la concepción se forma el genotipo definitivo del nuevo ser huma-

¹ Cabe destacar que los pronúcleos masculino y femenino no se fusionan, no ocurre la llamada singamia. SANTOS, M. "¿Qué es lo sustancialmente nuevo que ha revelado la investigación moderna en biogenética?", en *Revista Universitaria*, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 58, 1997.

no, al originarse el cigoto que es su célula primordial.

Sin embargo, este proceso de transmisión genética no es un transporte material de moléculas, sino un sistema de copia por molde de un mensaje genético, contenido en las hebras moleculares de ADN que forman los cromosomas. De este modo, lo que se transmite es una hebra de ADN paterna y se copia una cadena complementaria que es diferente. Este proceso es básico para explicar que la estructura biológica del nuevo ser tiene una identidad genética absolutamente exclusiva y nueva, que nunca existirá de nuevo en toda la especie. Incluso recientemente se ha descubierto que los cromosomas que transmiten los padres tienen una modificación química propia, diferente en el material genético aportado por cada padre, lo cual se denomina impronta genética o *imprinting*, carácter que apoya la individualidad del cigoto. Este es el genotipo del nuevo individuo, y el desarrollo de este ser hasta su muerte se hará sobre la base de esta información primitiva grabada en el ADN desde la formación del cigoto.

Estas son las explicaciones físicas que demuestran que la concepción da origen a un ser humano único y diferente a todos los demás que han existido en la especie. A partir de este molde original determinado en la fecundación, comienza su período de vida y continuo desarrollo, intra y extrauterino, desde que se forma el cigoto. Es un proceso de cambio, una ampliación del mensaje primitivo del ADN.

Durante toda la vida intrauterina el individuo es denominado feto genéricamente, sin embargo, a lo largo de las distintas fases de desarrollo que atraviesa va recibiendo otros nombres: blastocito, antes de la implantación en el útero materno; embrión, desde que se implanta; feto, cuando adquiere forma humana alrededor de los 3 meses; feto viable, a partir del quinto mes, en que llega a la posibilidad de vivir fuera de su madre.

A raíz de todos los procesos bioquímicos señalados, en la nueva célula quedan marcados sus propios planes de desarrollo, lo que en un comienzo se manifiesta como una intensa multiplicación celular, y posteriormente como una evolución continua del individuo humano.

Es importante mencionar que todas las demás células del individuo tendrán exactamente la misma configuración genética que la primera, según la misma información, lo que deja a

la luz la *unidad*, característica esencial del embrión. También el individuo posee una unidad funcional, dada por los mecanismos de ordenación que hacen del conjunto de células un sistema orgánico. Tanto la característica que llamamos unidad genético molecular, como la unidad funcional, tienen su supuesto en la unidad ontológica del ser, la que indica su consistencia entitativa, y que la doctrina tradicional cristiana ha identificado, con propiedad, con el alma. La naturaleza espiritual no puede ser desconocida en ningún individuo humano, puesto que la persona es una unidad de materia y espíritu.

También es esencial el hecho de que se trata de una vida autónoma, esto es, el nuevo ser, independientemente del estado de la madre, toma de su medio todo lo necesario para su subsistencia. El cigoto, en su código genético particular, diferente al de todos los demás, contiene la información destinada a regir su desarrollo y sus características. Esta *autonomía* es relativa en cuanto el feto necesita a su madre para alimentarse, recibir oxígeno, etcétera, pero esto también sucede con las personas ya nacidas. Más bien se enfoca esta característica a la capacidad del embrión de regir y controlar autónomamente sus propios procesos, gracias al patrimonio genético que dirige su actividad.

La distinción de toda otra especie también es propia del individuo humano. El cigoto tiene una organización específicamente humana, bioquímica y estructuralmente. Esta plena y absoluta *especificidad* existe desde que el organismo es una sola célula, completamente diferente de la fase inicial de cualquier otro mamífero o unicelular.

Es importante señalar que, aun desde su fase cigótica, el ser humano es un individuo. Este se define como "ejemplar viviente que pertenece a una especie dada; ser organizado que vive una existencia propia. Puede ser capaz de dividirse y dar origen a varios individuos de la misma especie"².

En filosofía, individuo quiere decir lo que existe en sí como ser singular. La *individualidad* vendría a ser lo contrario al ser universal. El embrión es individuo en ambos sentidos.

² ANDORNO, Roberto. "El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?" en *Cuadernos de Bioética*, volumen IV. Nº 15, 3º, 1993.

2. COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

La vida humana desde su comienzo hasta su fin es un proceso; un proceso de desarrollo y cambios del ser que la posee. Su naturaleza propia es tanto material como espiritual (razón y voluntad, atributos esenciales que nos distinguen de otras especies, pero que por sí solos no constituyen a un ser humano).

Sin embargo, aun cuando la vida es un proceso, es indispensable aclarar que el momento en que esta comienza es instantáneo, así como el momento en que termina también lo es. Se comienza a ser sujeto, o se deja de ser sujeto, eventos que no admitan proceso alguno, que son espontáneos, ya que no se puede ser y no ser al mismo tiempo y en un mismo sentido. Esta reflexión implica la importancia de un examen filosófico acerca del comienzo de la vida humana, ya que buscamos el momento en que el ser se hace humano, cuando adquiere su parte inmaterial, su "alma".

En todos los tipos de reproducción sexual, la unión de las dos células progenitoras señala el comienzo de la vida de un nuevo individuo. Las clásicas características que definen la vida son las más fácilmente observables y perceptibles: absorción, asimilación, excreción, excitabilidad, adaptabilidad, reproducción, y la continua e ininterrumpida renovación de los materiales que constituyen a un ser vivo. Todos estos caracteres están presentes en el producto de la fecundación.

Hace años, por falta de métodos de observación adecuados, hoy, más bien por las distintas interpretaciones de lo observado, es difícil establecer con exactitud el momento preciso en que comienza y también en que termina la vida humana. Se hace necesario determinar con la mayor precocidad posible los efectos que sólo pueden surgir de la espontánea aparición de un principio organizador, el que constituye el nuevo sujeto que progresivamente está formándose, desplegando sus potencialidades a través del tiempo.

Está claro que espermio y óvulo por separado no constituyen vida, aun cuando son las células encargadas de transmitirla. Sin embargo, cada una de ellas por sí solas no son capaces de producir un ser vivo.

Los gametos tienen por destino unirse para completar la dotación cromosómica de la especie. Están estructurados y dotados de funciones con la finalidad de esta unión. Todas sus características se mantienen por ende hasta

dicha unión, que se produce al fusionarse las membranas plasmáticas de ambos, momento en que dejan de existir los gametos, para dar paso a un ser diferente. Antes de este momento se puede volver atrás y continuar siendo gametos separados, con una finalidad propia, después de este momento, su actividad y su forma están en función de algo común, dejaron de ser gametos.

Es necesario considerar la unidad sustancial del cigoto; desde la unión de membranas de óvulo y espermio, se nos revela un orden, una unidad. Este orden y unidad nacen intrínsecamente del cigoto mismo, demostrándose esto en la sucesión encadenada de eventos que comienzan desde esta unión. En este momento comienza un sujeto, "la unidad y el orden que aparecen intrínsecamente, nacen como un principio de organización y actividad íntimo, cuyas acciones nacen y terminan en él, es la aparición de un sujeto"³. Pues bien, es ilógico pensar que al aparecer el sujeto como tal, en el momento de la fusión de membranas, aparece sólo como ente sustancial, material, y no espiritual. La especie humana, como se mencionó anteriormente, se constituye de una naturaleza mixta, por lo que se hace evidente que al existir un sujeto material de dicha especie, existe lógicamente también su aspecto espiritual, lo que lo hace persona. Este sujeto, por tanto, "no es sólo individuo humano, sino persona humana, porque la organicidad e individualidad humanas que tiene no pueden ser causadas sino por la forma sustancial humana, que es el alma espiritual, la cual le otorga al individuo el carácter de persona"⁴.

A partir de esta unión de membranas comienzan múltiples eventos encadenados, un proceso irreversible de desarrollo de una persona, proceso completamente contenido en su genotipo único, y que culminará en la muerte del individuo, y que sólo puede alterarse por agentes circunstanciales externos a él mismo.

Pienso que hay un gran error al buscar el inicio de la vida en un punto determinado dentro de este proceso de desarrollo. En él se va pasando por diferentes etapas, en las que el ser

³ BESIO, Mauricio, "Inicio de la vida humana, la necesidad de una reflexión filosófica", en *Revista Médica de Chile*, vol. 125, N° 12, 1997, pág. 1498.

⁴ DIAZ, Francisco, "Cuerpo y alma desde la concepción", en diario *El Mercurio*, 30 de mayo, 1997.

humano toma diversas condiciones y caracteres, y va teniendo distintas necesidades; considerar alguna de estas fases como su comienzo u origen desde luego constituye una arbitrariedad.

Quizás esta confusión la provoca el hecho de que hay una etapa de este desarrollo que requiere ciertas condiciones y ambiente determinado, como lo es el útero materno, para evolucionar satisfactoriamente, circunstancias que no son necesarias en ningún otro momento de la vida humana. Pero dentro o fuera de la madre es un solo proceso. El nacimiento es sólo un hito importante en la vida de una persona, puesto que se cambia radicalmente de ambiente y se adquieren nuevas y diferentes necesidades.

Muchos autores señalan como punto de partida de un nuevo individuo humano el de la singamia, unión de los pronúcleos aportados por los gametos⁵. En tal caso, sería necesario establecer qué es la célula penetrada por el espermio, antes de la fusión de los pronúcleos. ¿Es sólo una agrupación de células?, ¿por qué motivo la alineación del material genético en el centro de la célula sería un hito suficientemente importante, para señalarlo como inicio del individuo humano? El argumento que se esgrime es el que en ese momento habría un solo material genético. Sin embargo, al fusionarse las membranas, el cigoto ya tiene un solo material genético, aun cuando no esté alineado en el huso mitótico. Aún es más evidente, al constatar que la duplicación de los cromosomas en esta fase comienza mucho antes de que los pronúcleos lleguen a acercarse —la fusión de pronúcleos no llega a producirse, ya que se desintegran las membranas al centrarse en la célula—, razón por la cual no podemos negarle entidad a una célula que ya comienza a dividirse.

Otros autores han ido aún más allá, señalando que el individuo humano comienza al desarrollarse de algún modo el sistema nervioso del embrión, puesto que este sistema evidenciaría capacidad para pensar, acto propio de la persona humana⁶. Esta teoría ha encontrado grandes problemas en fijar en qué etapa

del desarrollo cerebral comenzaría la vida humana, y si sostenemos que la información para su desarrollo está contenida en el genotipo del embrión desde su concepción, queda claramente descartada.

La medicina enseña que al fusionarse las membranas de los gametos, y tras la entrada del espermio con su cabeza en el óvulo, comienza un procedimiento único, autónomo, irreversible y *continuo*. Esta continuidad es evidente, y significa que el ser en desarrollo sea el mismo al iniciarse el proceso, durante él y al terminarse, por lo que no es posible señalar un punto dentro de este proceso continuo como el inicio de la vida humana, sin caer en una arbitrariedad, más producto de un consenso que de la realidad.

Si bien casi todos los autores captan que desde la fecundación se inicia un proceso original de eventos, no todos concuerdan en lo que él significa. Por esta razón, la lógica lleva a proteger el embrión lo antes posible, en el punto en que el proceso irreversible comienza, donde claramente empieza el desarrollo de la *vida*.

3. EMBRIÓN-PERSONA

Para poder postular que el embrión tiene personalidad desde su origen, es preciso definir y analizar el concepto de PERSONA.

3.1. CONCEPCION FILOSOFICA DE PERSONA

El concepto persona expresa una condición esencial del hombre y no una característica accidental en él, en cuanto el individuo humano tiene un estatuto ontológico que lo define como persona humana.

Tanto la etimología griega —*prosopon*, rostro del hombre, máscara— como la romana —*personare*, resonar con fuerza, aplicado a las máscaras teatrales— nos muestran que el origen de la palabra persona tiene un sentido de entorno, de relación con un cierto contexto social. Estas acepciones, con el tiempo derivaron en la designación de persona como el hombre en cuanto tal, el concepto vulgar que queda hasta hoy en día, y en la designación de su posición social externa, la forma como presentarse ante los demás, su papel en la sociedad.

⁵ ZEGERS H., Fernando, "Reflexiones sobre los inicios del individuo humano", en *Revista Médica de Chile*, vol. 125, N° 12, 1997.

⁶ JONES, D.G., *Brain and Personal Identity*, J. Med. Ethics 15(4), 1989.

Pero el sentido filosófico de persona no surge sino con la teología cristiana, al explicar la Trinidad Divina. En Ella se distingue la concepción global del ser divino y los tres sujetos individuales existentes en El. Se indicó que Dios era una única sustancia, pero con tres subsistencias, y se usó la palabra *persona* para explicarlas y delimitarlas entre sí. El mismo concepto se aplicó posteriormente al hombre.

En la filosofía tomista, la persona está caracterizada por existir por sí misma, excediendo así en dignidad a todo otro ser. En este modo de existir por sí misma, la persona tiene dominio sobre sus actos, especialmente el conocimiento y la voluntad, lo que implica capacidad de autodeterminarse, constituyéndose en un fin en sí misma, de valor absoluto.

Así surgió la acepción filosófica de persona como ser subsistente de naturaleza intelectual o espiritual, a la que se llama también sentido ontológico de persona, por referirse al ser natural, al individuo real. Este significado envuelve, como área propia de una persona, la relación o sociabilidad: la persona como un ser en relación.

Según lo expuesto, la idea de persona es eminentemente cristiana, y es fundamental esta raíz para entender su dignidad, ya que con este concepto se pretende expresar la dimensión divina del hombre, y la doble naturaleza que conforma una sola persona en Cristo.

Así llegamos a la clásica definición de Boecio de persona, "sustancia individual de naturaleza racional"⁷. Analizando esta definición, en primer lugar, la persona es sustancia, es decir existe en sí, oponiéndose al accidente que sólo existe en otra cosa. En segundo lugar, no sólo es sustancia, sino sustancia individual, esto es completa, lo que la filosofía aristotélica señalaba como sustancia primera, y la escolástica como "supuesto". Finalmente, esta sustancia es de naturaleza racional, atributo este esencial en el ser humano, que lo distingue de toda otra especie.

Todo ente se compone pues de sustancia y accidentes. La sustancia es aquello que es por sí, sujeto especificador e individualizador. Los accidentes, en cambio, son las determinaciones del sujeto.

Al ser sustancia, el hombre individual permanece completo, siempre el mismo, inaltera-

ble a pesar de los cambios accidentales que pueda sufrir a lo largo de su vida. Sus accidentes pueden cambiar sin cambiar su esencia, permaneciendo como ser humano. Si modifico el sujeto, la sustancia, el individuo desaparece, pierde su ser.

Existe entonces una naturaleza común en los hombres y esto es el *sujeto*, individualmente invariable durante su vida, común a toda la especie humana. Pero el modo de ser del sujeto, en la especie humana, es la racionalidad, esto es lo que distingue a la persona de otros individuos, por lo tanto, ambas calidades, la de individuo humano y la de persona, comienzan a un tiempo en el ser humano. Desde que constatamos la existencia de un individuo de la especie humana, necesariamente estamos frente a una persona, ya que este es su modo específico de ser sujeto. Hablamos de un mismo asunto mirado desde dos diferentes puntos de vista, el hombre en su aspecto material y en su aspecto espiritual o racional, en razón de la naturaleza mixta de nuestra especie.

Un ser humano se constituye de materia y espíritu, esa es su esencia. Esta naturaleza mixta es lo que distingue a las personas de otras especies y las dota de sus facultades propias, razón y voluntad, caracteres que las hacen libres y trascendentes. De esta naturaleza específica es de la que emanan derechos que existen antes que la ley positiva y que conforman la ley natural de la especie humana. Esto es lo que llamamos moral: normas inscritas en nuestra naturaleza y que descubrimos por la razón (específicamente mediante la facultad de la conciencia), y están ordenadas a nuestra perfección. Si estas normas se refieren a otro, se llama *derecho natural*.

La especie humana se constituye en cada uno de sus individuos como materia o cuerpo y espíritu o alma. Esta dualidad es propia de la especie y debe tenerse presente al estudiar la naturaleza humana. El cuerpo es nuestra dimensión fisiológica, biológica, química; la espiritualidad es el principio de la existencia del derecho como "facultad moral inviolable" de toda persona para alcanzar su perfección.

En función a esta esencia mixta, aun cuando una persona esté impedida de alguna de sus funciones propias de hombre, no deja de ser persona, ya que permaneciendo la unión que lo conforma, de materia y espíritu, sigue manteniendo su dignidad ontológica.

La dignidad humana nace precisamente de esta naturaleza dual y común a todos los seres

⁷ BOECIO. *Liber de persona et duabus naturis*, cap. III, en PL. 64, 1343.

humanos, exigiendo un respeto hacia los miembros de esta especie: nos hace diferentes y superiores a las demás criaturas y nos asemeja a Dios al buscar libremente el bien y la verdad, a través de la voluntad y la razón respectivamente, facultades propias y exclusivas del hombre. Esta dignidad se tiene por el mero hecho de ser humano, por poseer esta esencia, no por ejercer las capacidades propias de ella.

El sujeto que actúa no se identifica con el ejercicio de sus capacidades. Pese a que hay ciertas propiedades por las cuales afirmamos la existencia de un ser, no son ellas el ser mismo. Este punto es precisamente el punto controvertido en el tema de la personalidad del embrión, puesto que estas capacidades o propiedades van surgiendo lenta y progresivamente a través del desarrollo del individuo. Es por lo tanto necesario distinguir entre el sujeto mismo, sus propiedades como tal, y el ejercicio o actualización de ellas.

Partiendo de la noción clásica de persona, "sustancia individual de naturaleza racional", se desprende que todo individuo de esa naturaleza es una persona. Por esta definición no hay ser humano que no sea una persona. El embrión después de este estudio queda claro que es un individuo humano, en consecuencia, una persona.

El hombre no posee otra modalidad de existencia que la de ser persona, y si el cigoto tiene una naturaleza humana, porque su organización, su estructura y su carga genética son humanas, se deduce que debe ser persona. Esos son los signos que lo identifican.

En conclusión, conforme al análisis de los capítulos anteriores sobre formación del embrión y comienzo de la vida humana, tenemos que desde la unión de las membranas plasmáticas de los gametos y tras la entrada de la cabeza del espermio en el ovocito, existe un individuo nuevo de la especie humana. En consecuencia, existe un sujeto humano, o sustancia, que permanecerá toda la vida del individuo, pese a todo cambio accidental que pueda sufrir, que no modificará su esencia.

Existiendo un nuevo sujeto humano, a partir del análisis filosófico anteriormente mencionado, concluimos que existe también una *persona humana* nueva, la cual está en acto, en posesión de todas sus cualidades potenciales. Como nueva persona humana, exige el reconocimiento y respeto de todos los derechos inherentes a su dignidad.

Muchas doctrinas opinan que no hay personalidad desde la fecundación, aun cuando reconocen la existencia de un individuo humano a partir de ese momento. Disocian estas teorías el concepto de individuo humano con el de persona humana, considerando que es posible la existencia de uno sin la otra. Claramente, como se señaló con anterioridad, el modo de ser del sujeto humano, sustancia organizadora que constituye un individuo humano, es precisamente ser persona, la racionalidad, por lo que no cabe la separación de ambos conceptos en la existencia de un hombre⁸.

Una teoría postula que lo que distingue a una persona es la conciencia, voluntad y razón, facultades que para ser realizadas necesitan del sistema nervioso. En consecuencia existiría persona desde que el cerebro alcanza un determinado punto de desarrollo⁹.

Esta teoría se fundamenta en la identificación de la persona con sus actos racionales propios. El cerebro y en general el sistema nervioso se postulan por lo tanto, como criterios empíricos de la personalidad.

Esta tesis es claramente arbitraria, en razón de todo lo expuesto en los capítulos anteriores sobre la persona humana y su independencia como individuo respecto de sus funciones propiamente humanas. Viene a ser necesario, en este caso, la fijación de un punto dentro del desarrollo del cerebro, en el cual comenzaría la personalidad, punto que, según diferentes autores, varía entre el día 19 desde la concepción, donde se diferencia el primitivo sistema nervioso del embrión, y el día del nacimiento, si es que se comprueba que el individuo está sano.

Otra teoría establece que la personalidad de un individuo la da su cultura y su humanización a través del tiempo¹⁰. Esto no ocurriría en un determinado momento del desarrollo, puesto que es un proceso y no de carácter fisiológico. El individuo se iría personificando a través del tiempo, mediante su culturización y

⁸ SERANI, Alejandro, "El estatuto antropológico y ético del embrión humano", en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, n.º 31, 3.º, 1997, pág. 1063 a 1073.

⁹ JONES, D.G., ob. cit. pág. 9.

¹⁰ MATURANA H., "¿Cuándo se es humano? Reflexiones sobre un artículo de C.R. Austin Arch. Biol. Med. Exp. 1990.

su conocimiento, lo cual no es lógico si identificamos el concepto persona como una calidad esencial del ser humano, y no un accidente modificable.

Se señala también como argumento para negar la personalidad, y más aún, la individualidad del cigoto, el hecho de que hasta la nidación en el útero materno es posible que en condiciones naturales se generen gemelos idénticos. Sin embargo, la individualidad no siempre significa indivisibilidad. Los individuos compuestos son divisibles y no dejan de ser individuos. Incluso esta teoría es de por sí refutable, puesto que en la actualidad la ciencia no sabe con certidumbre en qué momento se determina la gemelación, por lo que no se descarta la posibilidad de que estuviera determinado en el genotipo del cigoto.

Es realmente una arbitrariedad tratar de encontrar un momento dentro del desarrollo de la persona, en el que adquiera tal calidad. Doctrinariamente se han postulado muchas teorías, como las recién mencionadas, sin embargo parecen tener más relación con el tipo de investigaciones que quieren hacer los mentores de cada postura con los embriones. Estas arbitrariedades no dan con la solución. Hay demasiados argumentos para probar que se equivocan, que no hay razón de separar el comienzo de la vida con el de la personalidad.

La naturaleza racional se posee no sólo cuando se está ejerciendo, sería absurdo verlo de otro modo. El cerebro, el sistema nervioso, son los órganos para desarrollar estas funciones, pero no constituyen al ser humano; no sólo merecen respeto quienes están ejerciendo actualmente en plenitud sus facultades espirituales.

La naturaleza es, desde Aristóteles, sinónimo de principio de operaciones, principio presente en el feto desde su fase cigótica, y que está en acto, aunque no sus facultades. Lo que importa es la naturaleza a la que pertenece el individuo, no su estado actual en un determinado momento. Es necesario abarcar la plenitud de la esencia y el desarrollo humanos, y no un instante.

Pero así como no puede ser desconocida la dimensión espiritual del hombre, tampoco podemos dejar de lado su dimensión biológica. El hombre no deja de ser persona por una menor evolución de su espiritualidad, aun cuando su mayor ejercicio lo acerque a una mayor perfección. Se es persona desde antes de desarrollar las potencias del espíritu, no pueden sepa-

rarse los dos ámbitos que constituyen al ser humano, ambos juntos son su esencia.

En razón de lo expuesto, desde que tenemos una unidad ontológica, funcional y material, desde que tenemos un embrión humano, tenemos una persona digna, sujeto de todos los derechos inherentes a su naturaleza.

"El embrión que ha empezado a vivir y a desarrollarse con autonomía es siempre un valor, y como individuo humano en desarrollo, es el máximo valor que existe en realidad, no importando la fase de su crecimiento en la cual se encuentre"¹¹.

3.2. CONCEPCION JURIDICA DE PERSONA. PERSONA EN EL DERECHO CHILENO

Establecido el concepto filosófico de persona, queda claro que el embrión goza de tal calidad desde la concepción.

Es necesario señalar si para nuestro derecho el no nacido goza o no de personalidad. El planteamiento de esta tesis es justamente ese: el embrión en nuestras normas vigentes es considerado persona, por lo que todos sus derechos quedan reconocidos y garantizados por la Constitución y leyes nacionales.

Para el derecho chileno solamente son sujetos de derechos las personas, sean naturales, los seres humanos, o jurídicas, las asociaciones que obtienen esta personalidad. Sólo en las personas se manifiestan las cualidades exclusivas, o al menos su potencia, de querer y obrar. Por lo tanto, respecto del no nacido no puede haber una posición intermedia, o se lo considera sujeto, o se lo ve como objeto.

Luego de las reflexiones anteriores, el embrión es en primer lugar un individuo distinto de sus padres, con un genotipo propio y único. En segundo lugar es humano, ya que viene de gametos humanos, y constituye un ser vivo. En nuestra legislación, la calidad de humano asume la de persona, en consecuencia la de sujeto de derechos, como se desarrollará a continuación. Por su mera condición de ser humano, es que tanto el derecho natural como el positivo consideran al individuo humano capaz de ser sujeto de derechos.

¹¹ CORRADO Viafora, "¿Tiene el feto derecho a la vida?", en *Revista Medicina y Ética*, vol. II, N° 4, 1991.

Sin embargo, para algunos, no hay una identidad entre los conceptos filosófico y jurídico de persona, incluso antiguamente se negó esta calidad por el derecho a esclavos y extranjeros, y se reconoció a cosas que para la filosofía nunca han sido personas. Ciertas doctrinas insisten en esta independencia del concepto jurídico de persona, respecto del filosófico. Para ellos este concepto es un instrumento del derecho para organizar al hombre en sus relaciones sociales. El hombre es persona por obra del derecho, como sujeto de derechos, no por propia naturaleza¹².

Contrariamente, creo que sin la concepción filosófica como base, la noción "persona" sería puramente un concepto, una definición para establecer un sujeto susceptible de imputarle derechos y obligaciones en la legislación. Toda norma positiva se fundamenta y encuentra su razón de ser en normas de derecho natural, es decir, en la realidad.

Es necesario que todo concepto, para no quedar sólo en la categoría de un mero concepto, tenga correspondencia en la realidad. En este caso esa realidad es la persona humana en toda su materialidad y espiritualidad.

Las leyes crean la personalidad a partir del ser humano, como es lógico. Al crear categorías, el derecho regula el mundo real, para lo que es natural que parta de sus necesidades y de su desarrollo.

Las normas jurídicas deben establecerse considerando la dignidad del hombre como persona y sus atributos como tal. La existencia de la persona no puede condicionarse a las normas. El ser humano es anterior al derecho, por lo que no cabe una visión únicamente jurídica del concepto persona. El ordenamiento jurídico no está llamado a conceder la personalidad, sino a reconocerla¹³.

En consecuencia, la legislación topa con un límite: no puede dejar de reconocer la calidad de persona al ser humano, sea cual sea su condición o situación, ni tampoco puede alcanzar los derechos naturales al restringirla.

La doctrina tradicional chilena, en base al Código Civil, distingue entre la existencia na-

tural y la existencia legal de la persona, fundándose en su artículo 74 que dispone:

"La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre"¹⁴.

"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás"¹⁵.

La existencia natural principia con la concepción y se prolonga hasta el nacimiento. De este modo el parto marca la existencia legal de la persona. Esta sería el principio de la personalidad del ser humano. Desde entonces sería sujeto de derechos. Sin embargo, pese a no tener existencia legal, se protege la vida del que está por nacer en el artículo 75 del Código Civil y en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política¹⁶:

"La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento"¹⁷.

"La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas.

La ley protege la vida del que está por nacer. (...)"¹⁸

No está permitida en Chile ninguna clase de aborto (Artículo 119 del Código Sanitario), el cual se configura como delito en el Código

¹² GARCIA AMIGO, M., *Instituciones de Derecho Civil I*, Parte General, Edersa, 1979, y Espasa Calpe, *Enciclopedia Universal Ilustrada*. Tomo 10, hijos de J. Espasa editores.

¹³ ESTELLEZ, Pilar. "La persona del concebido", en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, n° 31, 3°, 1997, pág. 1123-1124.

¹⁴ Artículo 74 inciso 1, Código Civil chileno.

¹⁵ Artículo 74 inciso 2, Código Civil chileno.

¹⁶ VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho Civil*, Editorial Jurídica ConoSur, primera edición, 1996.

¹⁷ Artículo 75 Código Civil chileno.

¹⁸ Artículo 19 N°1, primera parte, de la Constitución Política de Chile de 1980.

Penal. Varias otras normas protegen a la madre y al hijo no nacido (Código Sanitario, artículos 16 y 17 y Código del Trabajo, artículo 195, entre otras).

En su artículo primero, la Carta Fundamental señala que "Los hombres *nacen* libres e iguales (...)", adoptando el principio de existencia legal de la persona, que establece el Código Civil.

La Constitución, para esta doctrina, se acogería al criterio civil de persona, por ende su protección al *nasciturus* no vendría del derecho a la vida de este, sino de una valoración legislativa, por lo que este resguardo sólo cubriría la vida del embrión y no otros derechos, ni se garantizaría esta protección con ningún recurso (no se trataría de un verdadero derecho constitucional)¹⁹.

Sin embargo esta postura no expresa el carácter de nuestra Ley Suprema, ni el del conjunto de la legislación nacional.

Lo lógico no es que la Constitución se acoja a una definición dada por una ley de jerarquía inferior, sino a la inversa. Debemos buscar el concepto de persona en la Norma Fundamental misma.

Partiendo por el artículo 1º, se nos señala que "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", reconociéndose así que estas son características inherentes a las personas y que el derecho está al servicio de ellas. A partir de esto la legislación positiva se nos presenta como reconocedora de derechos y no como creadora de ellos.

El artículo 5º confirma esto, estableciendo que el ejercicio de la soberanía limita en el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en consecuencia no puede *mandar, prohibir, ni permitir nada* contrario a tales derechos.

El artículo 1º también consagra al derecho como servidor de las personas, de todas ellas sin distinción:

"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (...)"

No se nos define a estos destinatarios de la protección legislativa, sin embargo se nos señala su naturaleza espiritual y material al men-

cionar como fin del Estado el colaborar para lograr la mayor realización espiritual y material posible de las personas.

El artículo 19, que reconoce los derechos fundamentales de la persona humana, asegura tales derechos a "*todas las personas*", y no hace distinción alguna entre estos sujetos.

Cabe entender que la Constitución no pretende excluir a ningún individuo de naturaleza espiritual y material, puesto que no estableció diferencia alguna. La mención especial de la protección del que está por nacer en el N° 1 de dicho artículo, no viene a crear un derecho a la vida distinto del de las demás personas, sino más bien a rescatar específicamente que también quedan los embriones incluidos en este derecho único al vida reconocidos por la Carta Fundamental para evitar posteriores dudas interpretativas.

Quitarle a este "que está por nacer" al que se refiere este inciso su calidad de persona, sería equivocar totalmente el sentido del artículo 19, cuyo objetivo es reconocer derechos fundamentales de las personas, emanados de su naturaleza. Si el embrión no fuera una persona, este inciso no estaría ubicado en dicho artículo. En él se reconocen derechos esenciales, no se establecen mandatos simples al legislador, como podría ser "proteger la vida del que está por nacer". Al contrario, se le protege porque es su derecho intrínseco, inherente a su calidad de persona.

Conuerdo personalmente con esta postura, conforme a la concepción filosófica de persona, la cual no puede ser desconocida, como se vio, por la legislación, y considerando el espíritu de la Constitución y legislación general chilena, que pone al Estado al servicio de la persona humana, más acorde con esta postura, que con la analizada con anterioridad.

Esto se confirma en el Código Civil :

"Son personas *todos los individuos de la especie humana*, cualquiera que sea su *edad, sexo, estirpe o condición*"²⁰.

Queda claro, y más todavía al establecerse esta protección constitucional al no nacido al comienzo del libro de las personas, el reconocimiento de esta calidad a todo individuo humano, sin distinción.

¹⁹ CEA E., José Luis, Curso de Derecho Constitucional, apuntes de cátedra, 1993.

²⁰ Artículo 55, Código Civil chileno.

Todo esto pugnaría con la idea de existencia legal que trata este código. Sin embargo este choque es sólo aparente. El estipular que el nacimiento es el principio de existencia legal, no significa que el ser humano antes de nacer no sea persona, sólo se hace referencia al inicio de los derechos civiles y su ejercicio, no al punto de partida de derechos esenciales, puesto que ellos no comienzan sino con la existencia misma, por el solo hecho de ser humano. Los derechos naturales y esenciales de las personas son inherentes a ella misma, la cual es anterior y superior al Estado y a la legislación. Por esto, es fundamental que el derecho reconozca a la persona como tal, para legitimar su autoridad en el respeto a su dignidad.

Esta interpretación queda corroborada, al señalarse que si el niño muere antes de nacer o no sobrevive a la separación de su madre, "se reputará no haber existido jamás", lo que claramente indica que sí existió, pero se finge para efectos prácticos que no lo hizo, entendiéndose que legalmente, para no crear conflictos de derechos civiles²¹.

El artículo 77 del mismo código establece que la criatura podría ser sujeto de derechos civiles aún en el vientre materno, pero se suspenden hasta que nazca. En este mismo artículo otra vez se recurre a la ficción legal de no existencia: "pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

Finalmente es todo el código, en su conjunto y contenido, el que indica que un embrión es persona. Una expresión de esto, es que la concepción para nuestro Código Civil es un hito tan importante, que no sólo establece cómo determinar su fecha (artículo 76), sino que se erige como punto de partida de algo tan importante como la calidad de hijo legítimo.

Todo, pues, en nuestro Código Civil indica claramente el carácter de persona del embrión, comenzando por la conceptualización de esta calidad. La protección que ordena el legislador a la vida y a la salud del no nacido en el artículo 75, son una expresión clara de ello. ¿Qué fin tendría si no este resguardo?

4. CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN

4.1. TEORIA DEL ESTATUTO DEL EMBRION HUMANO

Los derechos individuales no pueden exigirse de modo absoluto, sino que deben tenerse en cuenta los deberes que su ejercicio comporta. Esto es válido para toda área, pero tiene especial importancia en el ámbito de la reproducción. Los derechos a la "procreación", a la "salud reproductiva" y otros, conllevan deberes para con la dignidad de la persona en su acción procreadora y para con un tercero, fruto de las decisiones tomadas: el hijo.

La práctica jurídica se ha ido enfocando cada vez más a una protección del individuo concebido; así surge el estatuto del embrión humano. Reconocido el no nacido como persona desde su concepción, goza de los derechos inherentes a tal calidad, esto viene a ser una consecuencia de lo anterior. Estos derechos, llamados derechos humanos, son anteriores a la existencia del derecho positivo, por lo que para que este sea justo, debe fundarse en lo que se ordena a la perfección de las personas. Nos referimos al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la identidad personal y a ser tratado como persona sobre la base de la igualdad.

DERECHO A LA VIDA:

Este se tiene, como es lógico, desde que hay vida, vale decir, desde la fecundación, y se refiere al primer derecho que tienen los seres humanos: la posibilidad de existir.

El concepto vida es una expresión abstracta, no designa un ser o una sustancia, sino el carácter de ciertos actos y una propiedad del ser que realiza esos actos. Lo que existe realmente son los seres vivos, entes individuales con vida limitada, ya que nacen y mueren.

Para definir la vida, podemos dar tres nociones. La primera, una noción empírica, que nace de la observación, enfoca el concepto desde el punto de vista del movimiento espontáneo que caracteriza a lo viviente. El movimiento intrínseco de un ente es signo de vida. La segunda, una noción científica, dice relación con las operaciones propias que se observan en todo ser vivo: organización, nutrición, reproducción, evolución. Y por último la tercera noción de vida es metafísica, que concep-

²¹ Artículo 74, Código Civil chileno.

tualiza la vida en la espontaneidad e inmanencia del movimiento. El paso de potencia al acto en el ser vivo no sólo es intrínseco, sino que además el ser actúa sobre sí mismo, el término de la acción es el mismo sujeto. Con estas tres nociones se tiene una idea de lo que alcanza el concepto vida, el cual implica la opción de existir, de ser, por medio de las operaciones básicas de todo ser vivo.

La vida, así comprendida, constituye la finalidad y la razón de ser del derecho, puesto que sobre la base de la existencia de las personas, se configuran todos los otros derechos inherentes a ellas, el derecho a la vida contiene y justifica la existencia de los demás derechos humanos.

Implica este derecho, en el caso del embrión, evitar toda práctica o manipulación que pueda provocar, directa o indirectamente, su muerte.

DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA:

El embrión tiene derecho a gozar de salud y a conservar su integridad. Es la posibilidad de un desarrollo intrauterino sano, completo, personal e ininterrumpido. Si se distingue al no nacido como un paciente distinto de la madre, es normal que pueda acceder a una atención médica que pretenda preservar su vida y salud sin manipularlo como cosa.

El embrión debe tener la opción de desarrollarse en condiciones naturales.

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL:

Este está estrechamente relacionado con el derecho a la vida, porque al empezar a existir, el individuo debe ser reconocido como nuevo ser, sin alterar sus factores genéticos propios, sin cambiar su familia consanguínea de origen, el nombre o la edad.

"Este es el derecho a ser uno mismo, a que sean respetados todos y cada uno de los elementos básicos y constitutivos del individuo. Es el derecho al ejercicio de la libertad, que no sólo es manifestación de la voluntad del hombre, sino principio de autodeterminación e independencia de interferencias ajenas"²².

La identidad personal está dada por el conocimiento del propio origen genético junto con otros elementos y constituye el punto básico del derecho a la intimidad (conciencia que cada uno de nosotros tiene como sujeto irrepetible).

DERECHO A SER TRATADO COMO PERSONA SOBRE LA BASE DE LA IGUALDAD:

Dado que consideramos al embrión una persona, aceptamos la especial dignidad que posee. Por esta razón, le corresponde un desarrollo acorde a tal calidad, desde el momento en que comienza a existir. Esto es válido para toda persona, puesto que no se puede discriminar entre ellas en razón a su condición, edad o estado de desarrollo.

Este derecho consiste en un trato digno, eliminando toda práctica degradante o que le dé un valor comercial a un embrión.

4.2. PRACTICAS Y PROYECTOS CIENTIFICOS QUE AFECTAN ETICAMENTE AL NO NACIDO

Existen acciones y a veces también omisiones que atentan contra estos derechos.

El aborto constituye el mayor atentado contra los derechos del embrión, puesto que atenta contra el valor más fundamental de un ser humano: su vida. Nos referimos a la interrupción del embarazo y puede ser voluntaria o espontánea. Obviamente esta última no constituye un acto inmoral, ya que sus causas son naturales. Es el aborto inducido el que configura un delito, aun de mayor gravedad que un homicidio simple, ya que la víctima no está capacitada para defenderse bajo ninguna circunstancia; el sujeto que comente el aborto abusa de una situación ventajosa.

La criopreservación, que consiste en la conservación del embrión mediante su congelamiento, vulnera la dignidad de la persona y en gran parte de los casos termina con la vida del feto. Esta práctica, definitivamente ilícita, causó en 1996 gran polémica, en el caso de los embriones desechados en Inglaterra. Las leyes locales prohibían mantener embriones congelados por más de cinco años, por lo que transcurrido ese tiempo debían eliminarse, si es que no había un mejor destino para ellos. El recordar este solo hecho, demuestra lo inmoral de

²² VILLA-CORO, M. Dolores, "Padre referencial e identidad personal", en *Cuadernos de Bioética*, vol. VII, N° 25, 1996.

esta grave manipulación; no es posible prever los daños que a futuro provocan este tipo de actos.

La criopreservación destruye además la identidad familiar del hijo nacido. ¿Qué pasó con sus hermanos concebidos junto con ellos? Los "desechados" pierden su derecho a nacer dentro de su familia; su derecho a vivir en el útero de su madre, por lo que se estaría produciendo una intromisión en el desarrollo del que está por nacer, contraviniéndose su derecho a una evolución intrauterina en condiciones naturales. El congelamiento también rompe la edad genética del embrión, su tiempo natural, su espacio. Para ver el grave impacto, tanto individual como social, que ocasionaría esta práctica, basta pensar en congelar a un adulto.

También se pueden contravenir los derechos a la integridad y a la identidad del embrión. Deben rechazarse los intentos de alterar sus características fisiológicas normales, como elegir su sexo o cambiar sus rasgos específicos (obviamente no se incluyen intervenciones cuyo objetivo sea curar enfermedades o anomalías genéticas). Al formarse un cigoto, existe un genoma propio y único, que no es lícito alterar bajo ninguna circunstancia.

No es justo tampoco cambiar la familia genética, el nombre, la edad del embrión. Estos actos borran la identidad personal de un individuo. En la práctica, la donación de gametos es el más violento ataque contra este derecho del niño, que a lo largo de su vida alterará sus relaciones personales y familiares, causándole inestabilidad social y jurídica, además de los problemas psíquicos que conlleva la situación. Menoscabar la identidad de una persona afecta toda la sociedad, lo que se demuestra en que la donación de espermios u óvulos se realiza en el más estricto secreto en relación a los datos del donante; esto produce a la larga graves conflictos sociales, partiendo por la destrucción de la verdadera familia, núcleo de la comunidad. ¿Cómo saber la verdadera relación de parentesco entre dos personas, si una de ellas no conoce su propia identidad? Jurídicamente, existirían graves problemas de filiación y derechos familiares del niño.

Otro atentado contra el embrión humano es el darle un valor comercial, que cambiaría su naturaleza por la de un objeto. Esto no es moralmente posible, puesto que el embrión está fuera del comercio humano, al igual que los gametos como células transmisoras de vida. La maternidad subrogada trae conflictos

a las partes involucradas, ya que el objeto del contrato es una persona. Obviamente este contrato, al versar sobre la maternidad, adolece de objeto ilícito y por lo tanto es nulo para el derecho.

No sólo el llamado "arriendo de útero" constituye una valoración comercial del embrión, sino también todo tipo de manipulaciones, investigaciones y experimentaciones sobre él, que significan pasar a llevar su dignidad de persona y ponerlo al nivel de una cosa.

Todo esto no se opone de ninguna forma al avance científico, como muchos creen, sino que se trata más bien de coordinar la tecnología y el orden de la sociedad, cuyo fundamento es el respeto a las personas y la búsqueda de su perfección.

La crisis de valores humanos actual está cambiando el sentido de la ciencia médica. Imperceptiblemente ya no se busca curar y proteger la vida, sino mejorar la calidad de esta y satisfacer necesidades individuales. Se debe humanizar nuevamente la ciencia, basándose en pilares que privilegien la dignidad humana por sobre otros objetivos.

5. DERECHOS DEL EMBRIÓN EN CHILE

Una vez explicado los derechos que por su naturaleza posee el embrión humano, es necesario llevar esto a la práctica y comprobar su reconocimiento expreso en nuestra legislación nacional.

5.1. PROTECCION CONSTITUCIONAL

Ya analizamos, algunos capítulos atrás, los artículos de la Constitución, de los cuales se desprende el reconocimiento de la personalidad del embrión. Estos son el artículo 1º, al reconocer la igualdad de todos los hombres, tanto en dignidad como derecho, el establecer a la familia como núcleo de la sociedad y el tener en cuenta la naturaleza mixta del ser humano, de espíritu y de cuerpo.

El artículo 19, a su vez, en su Nº 1, reconoce el derecho a la vida y a la integridad de la persona, y aclara expresamente, para disipar toda duda, que el embrión también participa de esta calidad, al establecer en el segundo inciso: "La ley protege la vida del que está por nacer".

A su vez, el Nº 2 del mismo artículo, asegura la igualdad ante la ley y desecha toda dis-

criminación entre personas o grupos de ellas, enfatizando, "En Chile no hay persona ni grupo privilegiados".

El N° 4 del artículo 19 garantiza el respeto y protección a la vida privada, en este caso, el derecho a un desarrollo natural en el útero materno. Se reconoce también el derecho a la protección de la salud y se establece que es el Estado quien debe resguardar el acceso "libre e igualitario" a todo tipo de acciones en relación a la salud (protección, rehabilitación, promoción), asegurar su ejecución, coordinarlas y controlarlas (artículo 19 N°9). Lógicamente, esta protección también apunta al embrión, reconociéndole la posibilidad de un desarrollo sano, el acceso a la atención médica, como un paciente diferente de su madre. Por regla general, son sus padres quienes deben exigir esto; no obstante, la autoridad o un tercero, puede hacerlo en caso de negligencia de sus procreadores. Este derecho se refiere al debido cuidado del *nasciturus* en toda situación y bajo cualquier evento.

Todos estos derechos quedan absolutamente corroborados en el artículo 19 N° 26, ya que este establece como principio fundamental el no afectarlos en esencia:

"Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

N° 26: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Este número garantiza el reconocimiento y resguardo por toda la sociedad de los derechos humanos, prohibiendo alterar su esencia o condicionarlos en toda circunstancia.

Sin embargo, la garantía de todos los derechos esenciales del embrión no sería suficiente para protegerlo, ya que, además de reconocerlos, se deben dar acciones que permitan defender su ejercicio. Con este objetivo, aparece el artículo 20 de la Constitución Política, que instituye el recurso de protección, en otras palabras, el modo de hacer valer los derechos esenciales.

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturba-

ción o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos (...), podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado...".

El ejercicio de este recurso no impide la opción de hacer valer otros derechos ante los tribunales o la autoridad.

La Constitución Política de Chile, en su artículo 5°, amplía el artículo 19, dando cabida a todos los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, y ratificados por Chile. Así para la doctrina y para las Cortes de Apelaciones estos derechos tienen rango constitucional en Chile; sin embargo, la Corte Suprema les niega sistemáticamente este carácter.

"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"²³.

La enumeración del artículo 19 no es, por lo tanto, taxativa. Nuestra soberanía se ejerce dentro de los límites que establece este artículo 5°: el respeto a todos los derechos humanos reconocidos por Chile, aun por vías de acuerdos internacionales.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", reconocen derechos que emanan de la naturaleza humana. Ambas fueron ratificados por Chile y promulgados en los decretos 778 de 1989 y 873 de 1991, respectivamente, lo que les da los requisitos necesarios para quedar comprendidos en el artículo 5°²⁴.

²³ Artículo 5°, inciso 2, Constitución Política de 1980.

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, resolución N° 2.200, del 16 de diciembre de 1966, promulgado en Chile por Decreto N° 778, publicado en abril de 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita con fecha 22 de noviembre de 1969, promulgada en Chile por Decreto N° 873, publicado en enero de 1991.

Básicamente, se reconoce a la persona humana desde la concepción, y a partir de entonces se garantiza su derecho a la vida, a la integridad y a la igualdad ante la ley y ante los tribunales de justicia, lo que hace a todo ser humano acreedor de igual protección ante ellos de sus derechos. Esto último resalta la posibilidad de usar el recurso de protección también en favor de un no nacido.

El Pacto de San José establece en su artículo 1 N° 2 que "persona es *todo* ser humano" y consagra en su artículo 4 N° 1 su derecho a la vida desde la concepción. Señala que existe el derecho de cada uno de que sea reconocida su dignidad y se respete la integridad moral del individuo, además de la física y psíquica. En este pacto, el niño de tiene derecho a resguardo específicamente por su calidad de menor, y lógicamente si se interpreta de acuerdo al contenido global del tratado, se entiende que el embrión también queda incluido.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es importante rescatar que se menciona la igualdad de goce de todos estos derechos, por lo que se confirma el sentido universal de los derechos reconocidos sin distinciones de ningún tipo (artículo 3). También en este tratado se reconocen expresamente el derecho a la vida, como inherente a la persona humana, y el derecho a la integridad de la persona, rechazando tratos crueles o degradantes (artículos 6 y 7).

En definitiva, ambos acuerdos ratificados y vigentes en Chile, reconocen al ser humano como persona desde su concepción, y protegen sus derechos fundamentales sobre la base de la igualdad.

5.2. PROTECCION LEGAL

Nuestros códigos, Civil y Penal, también contribuyen al resguardo del *nasciturus*.

Los artículos 342 y siguientes del Código Penal configuran el delito de aborto, estableciendo como máxima pena el presidio mayor en su grado medio. Al ser una figura delictiva, se afianza el derecho a la vida del embrión.

El Código Sanitario, a su vez, prohíbe terminantemente ejecutar acciones cuyo fin sea provocar el aborto, por lo tanto, desaparece incluso el aborto terapéutico.

En 1985 el Ministerio de Salud dicta la resolución N° 1072, declarando en relación a la fecundación asistida, que todos los óvulos fer-

tilizados y normales deben transferirse a la madre y prohibiendo el congelamiento de embriones para transferencia diferida o para fines de investigación. En todo caso prima el Código Civil y la Constitución sobre esto.

En el Código Civil, el estatuto del embrión está contenido en el Libro Primero, titulado "De las personas".

Como ya se trató, el artículo 55 da el concepto de persona incluyendo a todo individuo de la especie humana; se desprende de la inclusión del no nacido, puesto que es un individuo y pertenece a nuestra especie desde que es concebido.

Al tratarse el principio de existencia de las personas, se instituye la existencia legal de ellas, cuyo punto de partida sería el nacimiento. Esta existencia se refiere sólo al inicio de derechos civiles y no naturales. Claramente, según el sentido general del Código Civil, que considera persona a todo individuo de la especie humana y protege la vida del que está por nacer, y conforme a la redacción y términos de sus disposiciones al respecto, que establecen una ficción legal consistente en reputar el no haber existido jamás a quien efectivamente tuvo existencia natural por haber sido concebido, se puede entrever que el legislador reconoce una existencia anterior a la legal, propia de todo ser humano y que se distingue de la consagrada en el artículo 74, con el fin de señalar el comienzo del goce de ciertos derechos. Lógicamente, estos no pueden ser sino los derechos civiles que adquiere un individuo, ya que los naturales son inherentes a las personas y anteriores a la ley, por lo que se tienen desde que se es ser humano y por el solo hecho de serlo, por ende, desde la concepción²⁵.

El artículo 75 protege vida y salud del embrión y se ordena que los castigos impuestos a la madre que amenacen al no nacido, se aplacen hasta después del parto.

El embrión tiene también derecho a ser reconocido como hijo legítimo desde su concepción (artículo 76 y 179 CC).

Pero no sólo se protegen derechos esenciales al embrión, también están resguardados sus

²⁵ LECAROS Z., Raúl, "Las Personas", Apuntes de Derecho Civil II, cátedra 1998, y DONOSO L., Crescente, "El derecho positivo frente a las nuevas posibilidades de reproducción humana", en *Problemas Contemporáneos en Bioética*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

eventuales derechos civiles, suspendiendo su ejercicio hasta que el nacimiento se efectúe. Sobre estos derechos también se ejerce la patria potestad (artículo 240) e incluso puede nombrarse para ellos un curador de bienes.

Todas estas disposiciones nos muestran al no nacido como sujeto de derechos, por lo tanto, como persona, puesto que en la legislación distinguimos entre sujetos y objetos, y sólo los primeros pueden ser titulares de derechos.

Finalmente, se debe interpretar estas normas según la intención del legislador de proteger al ser humano antes del nacimiento, por lo tanto, también se resguarda al concebido *in vitro*.

6. SITUACIÓN DEL EMBRIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES

Muy pocos países tienen leyes especiales que protejan al embrión (Alemania, por ejemplo). Sin embargo muchas veces su protección está dada por la limitación del aborto, por el establecimiento de principios de bioética, por leyes religiosas, que directa o indirectamente enmarcan la situación jurídica del que está por nacer y señalan su posición en la mentalidad de las diversas culturas.

Se analizarán a continuación, a grandes rasgos, algunas de estas legislaciones, con el fin de señalar la repercusión posible a nivel mundial, en virtud de la importancia como potencia de ciertos países, como en el caso de la legislación europea al respecto, o con el fin de confrontarla con la cultura occidental, como en el caso de la legislación islámica.

6.1. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos rige el sistema de gobierno federal, por lo que cada estado que conforma el país tiene su legislación propia, a la cual queda entregada en consecuencia la mayor o menor protección jurídica de los embriones.

Sin embargo, es posible encontrar en la Constitución Política, a la cual se someten todos los estados federales de la república, un principio base, que permite orientar las legislaciones federales.

Respecto a la vida, la Constitución norteamericana en su V enmienda de 1791, establece que nadie puede ser privado de ella, sin el

debido proceso legal. El mismo principio se consagra en su enmienda XIV de 1868, agregando que ningún estado puede denegar a nadie dentro de su jurisdicción, la protección igualitaria de las leyes. Este último postulado se estableció centralmente para eliminar la discriminación racial, sin embargo se aplica como norma general en cualquier ámbito. La Corte Suprema así lo ha sostenido.

Estos principios constitucionales reconocen y resguardan el derecho a la vida de toda persona sin discriminación, pero nuevamente se vuelve al problema, esta vez científico y filosófico, de establecer el momento desde el cual se comienza a ser persona, para incluir o no al embrión en esta protección constitucional.

Actualmente varios estados norteamericanos permiten en su legislación el aborto, por lo que el embrión deja de estar protegido como persona; el derecho a la vida y a la integridad pasan a ser puramente teóricos respecto del no nacido. Se aplican en plenitud las distintas doctrinas científicas acerca del comienzo de la persona humana, señalando diferentes momentos dentro del desarrollo intrauterino del embrión, para indicar el comienzo de su personalidad, y en definitiva el comienzo de su resguardo.

Un claro ejemplo de esto es el fallo de 1973, *Roe V. Wade*, donde radicalmente se señala que en el vientre materno no hay más que una potencial vida humana, pero hasta el nacimiento no sería vida propiamente tal, menos aún persona. Este principio lleva a la conclusión de que el aborto es un derecho de la madre, que no daña ningún valor constitucional, por lo que la madre puede ejercerlo libremente hasta el nacimiento²⁶.

En la década de los setenta se planteó un problema acerca de la ética médica; esta en su forma tradicional no alcanzaba para resolver conflictos ocasionados a raíz de los nuevos métodos de la tecnología, entre ellas la tecnología reproductiva y genética.

Buscando solucionar esto, en 1974 el Informe Belmont, en un anexo de la National Research Act, establece cuatro principios guías, tomados del Código de Núremberg, que se convirtieron en base para la nueva ética médica:

²⁶ STITH, Richard. "El feto en la jurisprudencia constitucional occidental", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 2, 1989.

- autonomía
- no maleficencia
- beneficencia
- justicia

Estos principios se aplicarían entre otras materias al área reproductiva, por lo tanto al origen de la vida humana y al respeto del embrión. Son sin embargo tan amplios que sólo sirven como límites, y al no haber jerarquía alguna entre ellos no es posible decidir en caso de conflicto.

A partir del 30 de septiembre de 1996 se aplica la prohibición del Presidente Bill Clinton de financiar por el gobierno las investigaciones con embriones humanos. Se refiere no sólo a los formados con este fin, sino también los sobrantes de la fertilización *in vitro*. Esta prohibición genera un principio de reconocimiento y respeto a la dignidad del ser humano desde sus orígenes.

6.2. EUROPA

Respecto a estos mismos temas, en Europa se trató de transferir los principios aplicados en Estados Unidos, pero no fue posible, puesto que no se adecuaban al contexto y mentalidad europea. Considerando ambos factores, los principios sobre los que en Europa debía partir una ética médica serían "la dignidad del ser humano y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales derivadas de su dignidad".

Así se establecieron en la Convención Europea para Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en 1950, documento vinculante legalmente para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Basándose en esta convención, el Consejo empezó a emitir recomendaciones y resoluciones para aplicar la nueva medicina y biología en seres humanos, algunas de ellas directamente relacionadas con la protección de embriones humanos (Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria de 1982 sobre ingeniería genética; de 1986 sobre uso de embriones para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos y comerciales; de 1989 sobre usos de fetos en inventos científicos y el informe de 1989 sobre procreación artificial).

En 1991 la Asamblea Parlamentaria del Consejo se propuso elaborar un marco convencional que contuviera los principios fundamen-

tales para usar al formular los protocolos o recomendaciones, para lo cual creó el Comité de Expertos en Bioética que proyectarían este instrumento, una verdadera convención de Bioética.

El anteproyecto se publica en 1994 para discutirlo entre los Estados miembros. Varios países, Alemania sobre todo, se opusieron a muchos pasajes del documento.

Su contenido estaba marcado por el principio base de respeto por la dignidad humana, que ordena protegerla junto con la identidad de "todos los seres humanos sin discriminación" y garantiza a todos el respeto de su integridad y otros derechos y libertades fundamentales relacionadas con el avance biológico y médico. (art. 1).

Debido a la pluralidad de culturas, religiones, sistemas legales y convicciones que hay en Europa, ha sido difícil llegar a un acuerdo en temas específicos, que se requerirían en la actualidad. Por lo tanto la convención contiene sólo los temas en los que es posible alcanzar consenso, pero lo importante es que a cada Estado miembro se le permite establecer, con sus leyes nacionales, medidas más amplias de protección. (art. 22).

Lógicamente, atendiendo a esta diversidad en la cultura europea, las leyes propias de cada país podrán ser diametralmente opuestas, dependiendo del régimen legal imperante, de la religión, de las convicciones de la población, a pesar de tener una convención común.

Uno de los principales problemas ha sido el artículo 1, en el cual, ni en otros de la convención, no se define "ser humano", ni se expresa qué se quiso decir con la expresión "todos". ¿Está en definitiva o no protegido el embrión humano? No se quiso aclarar el alcance de "todos", no por no establecer el *status* del embrión, sino por el acuerdo silencioso a no decidir sobre la cuestión del aborto, dejando la solución de este problema a cada legislación nacional y dándole en la convención cabida a todas las posturas, debido a la expresión genérica usada. Cabe mencionar que se reconoce, sin embargo, como principio generalmente aceptado, que la dignidad humana debería ser respetada tan pronto como comenzara la vida.

Para abrirse más incluso a la posición de países que autorizan la investigación que descarta embriones, se incluyó en su artículo 15.1 la posibilidad de que en tales países este tipo de investigación se permita, pero sólo cuando

los embriones no se han desarrollado más allá de los 14 días.

Fue este punto uno de los principales conflictos, puesto que el citado artículo choca abiertamente con las convicciones legales éticas de otros Estados involucrados, especialmente Alemania (la ley alemana de protección al embrión no permite su descarte en investigación).

La Asamblea Parlamentaria decidió anular los artículos 1 y 15.1, terminando de esa forma con el conflicto, pero por otra parte dejando sin protección al no nacido.

6.2.1. Ley alemana de protección al embrión

Es destacable que en Alemania se haya creado una ley especial para proteger a los embriones humanos. El 13 de diciembre de 1990 fue aprobada por el Parlamento Federal Alemán.

Esta ley está constituida por trece párrafos, a lo largo de los cuales se prohíben en general todo tipo de abusos y manipulaciones excesivas contra embriones, sobre todo si no se orientan a producir un embarazo normal o si intentan hacer del embrión un objeto comerciable.

De esta forma quedan prohibidas expresamente la clonación de seres humanos (vivos y muertos, y no sólo embriones), la maternidad subrogada, la fecundación interespecífica, la formación de híbridos embrionarios, la elección del sexo del feto, la alteración genética artificial de los gametos y su empleo en posteriores fecundaciones, la fertilización *post mortem* (con semen de un hombre fallecido), el comercio, ya sea enajenación o cesión de embriones, y la utilización abusiva de la fecundación artificial.

Es notable que en casi todos los casos la tentativa es punible; lógicamente esta medida se funda en la gran posibilidad de que en medio de estas prácticas y manipulaciones nunca llegue a constituirse el tipo penal establecido, aun cuando se tengan como fin.

Las penas correspondientes a estos delitos fluctúan entre uno y cinco años de privación de libertad o un equivalente en pena pecuniaria, pero siempre existen las dos posibilidades.

Para evitar posteriores conflictos de interpretación, queda establecido en la misma ley qué se entiende exactamente por "embrión":

"el óvulo humano desde que hay fecundación y es susceptible de desarrollarse, a partir de la fusión de los núcleos celulares, así como toda célula totipotente extraída de un embrión que, dados los demás presupuestos necesarios al efecto, es susceptible de dividirse y desarrollarse hasta llegar a formar un individuo"²⁷.

"El huevo humano fecundado se entiende que es susceptible de desarrollo tras el curso de las veinticuatro primeras horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares"²⁸.

REFLEXIONES AL RESPECTO

Esta ley, que pretende proteger al embrión, no trata ni siquiera indirectamente el tema del aborto, más aún, en ningún momento menciona que se habla de una persona al referirse al embrión.

El inciso (2) del párrafo 8 especifica que un huevo fecundado es susceptible de desarrollo transcurridas las veinticuatro primeras horas de la fusión de los núcleos. Esto en relación al inciso anterior en que se define embrión, podría interpretarse como una protección al ser humano sólo a partir de las 24 horas de la fecundación. Cabe preguntarse, ¿existe algún embrión que no sea susceptible de desarrollo? Tengamos en cuenta que en el momento de penetrar el espermio al óvulo se inicia una actividad, un proceso de desarrollo irreversible. ¿Por qué se establecen 24 horas? ¿Dónde queda la protección del embrión antes de ese lapso?

Sin embargo, es de gran importancia que se haya elaborado una regulación especialmente dirigida al embrión, en su interés. Esto indica que la ley alemana reconoce en el embrión, si bien no está claro si a una persona, al menos sí a un principio de personalidad humana, y le ha otorgado su especial protección.

Este podría representar un excelente ejemplo de la obligación de la ley de proteger a las personas, de estar a su servicio, tomando una posición verdaderamente neutral —la protec-

²⁷ Párrafo 8, inciso (1), Ley Alemana de Protección al Embrión, Ley N° 745, 1990. Traducción M. José Villalobos.

²⁸ Párrafo 8, inciso (2), Ley Alemana de Protección al Embrión, Ley N° 745, 1990. Traducción M. José Villalobos.

ción de lo que tiene altas posibilidades de ser una persona— y no una postura que aparenta ser neutra —la indiferencia legislativa— y que termina considerando al embrión como una cosa.

También es importante mencionar que se está considerando además a las células del embrión que pueden dividirse y formar otro individuo. Así se restringe toda opción de manipular también a los seres humanos formados naturalmente a partir de otro embrión, y no se deja ningún área sin proteger.

6.2.2. Francia

En Francia el no nacido es considerado jurídicamente como una cosa. El hecho de que pueda retrotraerse su personalidad al momento de la concepción, en pro de sus intereses, se tiene puramente como una ficción legal y no puede entenderse en el sentido de anticipar su calidad de persona. Aunque algunas doctrinas intenten acercarlo a tal *status*, como persona potencial o condicional, la realidad es que actualmente no es un sujeto de derechos subjetivos, ni es independiente, entendiéndose que forma parte del cuerpo de la madre.

Desde 1975 la Ley Veil permite el aborto, llamado interrupción voluntaria del embarazo²⁹. Antes de ella, el principio que imperaba era que el embrión era un ser vivo que debía ser respetado por el derecho, como persona o al menos como una persona potencial.

Con la Ley Veil se distingue entre el feto de menos de diez semanas de gestación, el cual está total y absolutamente desprotegido, y el de más de diez semanas, que sigue siendo parte del cuerpo de la madre, pero esta tiene limitado su derecho a disponer de él.

En cuanto a los embriones *in vitro*, el Consejo de Estado recomendó que se prohibieran las manipulaciones abusivas, las destinadas a modificar el genoma humano, la clonación y las quimeras, pero sugirió que se destruyeran los embriones al cabo de cinco años de conservación, si es que no se ha decidido su destino. Estas recomendaciones fueron recogidas en la legislación vigente. Sin embargo el Código Penal y el Código de Salud Pública sancionan la destinación de embriones humanos a fines comerciales, industriales o de experimentación.

²⁹ Ley Veil, texto definitivo en Ley N° 162, 1979.

En general las normas nos llevan a la conclusión de que jurídicamente el embrión *in vitro* también es una cosa, a la cual el derecho protege, pero limitadamente, ya que ordena su destrucción tras cinco años de conservación.

Como una reflexión posterior, me gustaría comentar que no deja de llamar la atención el hecho de que a raíz de la legalización del aborto se hayan destruido convicciones de orden moral y reconocidas por el derecho. Hasta qué punto está la legislación al servicio del hombre, si se cambian las leyes para justificar actos que no caben en un derecho justo. Pareciera ser que las personas se están haciendo esclavas de la ley, y que esta no está cumpliendo su objetivo de poner por escrito la ley intrínseca a la naturaleza humana y que conduce a su mayor perfección.

Esta finalidad lógica se está cambiando por una adecuación a todo tipo de manipulaciones y acciones que quieren lograrse. Es muy fácil cambiar papeles escritos, pero no se puede cambiar lo que subyace detrás de ellos.

6.3. ISLAM Y ABORTO

En los países islámicos la configuración del delito de aborto perfila la protección del embrión.

El Corán es el libro religioso primordial de la fe musulmana, que contiene toda la norma de vida de sus fieles, pero además es ley de los países islámicos y por tanto obliga con fuerza de ley básica en todos ellos. En él se establecen en varios pasajes, seis etapas de la generación de una persona humana:

“Y ciertamente nosotros creamos al hombre de finísima arcilla, luego hicimos una gota de esperma en receptáculo seguro. Luego la gota de esperma la transformamos en masa blanda, la masa blanda la transformamos en huesos; vestimos los huesos de carne ¡y produjimos una vez más una creación nueva!” (Corán 23, 13-14).

Esta última frase la tradición musulmana la interpreta como la infusión del alma en el nuevo individuo por Dios, a los 120 días de la concepción. Como la naturaleza humana es mixta, materia y espíritu, sólo en ese momento comenzaría la verdadera vida. Como consecuencia, pasados estos 120 días, el aborto que-

da prohibido, salvo que la mujer corra peligro de muerte. En el período anterior a la infusión del alma hay distintas opiniones respecto al aborto, según las escuelas jurídicas.

Pese a esto, la continua e indispensable intervención divina en la historia humana, pensamiento que funda la ley islámica, conduce a los musulmanes a considerar las etapas del desarrollo del feto que aparecen en el Corán, como una serie de creaciones divinas, en que la "animación" es sólo una de ellas. De esta manera, el delito de aborto tiene una gravedad distinta según la edad del embrión. La vida comienza en la concepción, pero se trataría de niveles de vida diferentes, cada vez más perfectos, hasta llegar al momento de la animación, donde ya se trataría de una persona.

Actualmente, y sin contar algunos pasajes más liberales, en los países islámicos se aplican leyes muy restrictivas sobre el aborto. Se condena con multas y cárcel, salvo que el aborto se realice ante la inminencia de un grave daño para la salud de la madre, ante peligro de que ella muera, en previsión de graves daños cerebrales del feto. Además se establecen en estos casos extremos condiciones para que se permita eliminar al embrión: tiempo de gestación (según animación del individuo), consentimiento de la mujer, incluso de su cónyuge, constancia médica de los motivos que lo fundan y también la cantidad de hijos vivos de la pareja.

En todo caso, como opinión jurídica contemporánea se puede citar a la "Conferencia Internacional sobre Medicina Islámica", en que se establece que el principio sagrado de la vida humana abarca todos los estados de la vida, incluso la intrauterina. La vida no puede por lo tanto quitarse voluntariamente, salvo los casos previstos en la ley (en todo caso ninguno de ellos tiene que ver con el ejercicio de la medicina).

"No matéis a vuestro prójimo al que Dios ha hecho sagrado, sino por una causa justa."

CONCLUSIONES

¿Desde cuándo existe una determinada persona humana? Es esta la pregunta central que motiva el estudio del tema relativo a la protección jurídica del embrión en la legislación chilena vigente. En la actualidad existen numerosos avances científicos que llevan a preocuparse por el comienzo de la personali-

dad humana, por ende comienzo de los derechos inherentes a toda persona en atención a su calidad de tal.

A partir del proceso de fecundación humana, más específicamente desde la unión de las membranas de los gametos que intervienen en el proceso de reproducción, comienza el desarrollo de la vida. Comienza en este punto la discusión acerca del momento en que esta vida constituye un individuo humano, y fundamentalmente, del instante en que se está en presencia de una persona humana. Se hace necesario establecer este hito dentro del desarrollo de la vida, con el fin de respetar a TODA persona, conforme a todas las legislaciones mundiales sobre derechos humanos, y de señalar los límites de la ciencia, la que a menudo se enfoca a intereses particulares, sacrificando su verdadero objetivo al servicio de la humanidad.

Al formarse un cigoto mediante la fertilización del espermio al óvulo, la nueva célula constituye un individuo nuevo, caracterizado por su unidad, autonomía, especificidad e individualidad. El cigoto contiene una fórmula genética única, aportada por ambos padres, pero completamente diferente a la de ellos, desde el momento en que se unen las membranas de ambos gametos y se incorpora el acrosoma del espermatozoide en el citoplasma ovocitario. El desarrollo del nuevo ser se hará hasta su muerte en base a este código original, el que se repetirá en cada célula del nuevo individuo. Hablo de individuo, por el hecho de existir el embrión en sí como ser singular.

Una vez establecido el hecho de que *el embrión es un individuo, y humano*, puesto que está formado por gametos humanos, descubrimos que *el único modo de ser de un humano, es como persona*, única forma sustancial de nuestra especie de naturaleza mixta, espiritual y material. Definiendo el concepto persona según Boeccio, como la sustancia individual de naturaleza racional, tenemos como sustrato común a todos los hombres, el sujeto, y como modo de ser exclusivo y propio de él, la persona. En consecuencia, *todo individuo humano es persona*.

Podemos agregar que existirá persona, mientras se mantenga la dualidad de cuerpo y espíritu que conforma a nuestra especie, aun cuando el individuo pierda temporalmente alguna de sus facultades, puesto que el sujeto no se identifica con el ejercicio de sus capacidades.

Se puede concluir, en consecuencia, que existiendo un nuevo sujeto humano, como es el cigoto, existe también una nueva persona humana, digna de respeto y dueña de derechos propios de todo ser humano.

La ley moral nos otorga los derechos esenciales que poseemos por ser personas, derechos actualmente reconocidos y garantizados a nivel mundial, por los distintos sistemas jurídicos. Existe, por tanto, una relación entre la ley moral y la ley civil, en lo relativo al respeto a personas humanas, pero esta congruencia no es de hecho tan clara en lo relativo al embrión.

El Concilio Vaticano II, basado en la naturaleza humana y su dignidad, ha propuesto la constante doctrina de la Iglesia, según la cual la vida ya concebida debe salvaguardarse desde el momento de la concepción. Desde la fecundación se inaugura la vida de un nuevo ser humano, el que no llegaría a ser persona si no lo ha sido desde entonces. La biología, y más específicamente la genética, confirman esta postura cristiana, reconociendo que en el cigoto está ya constituida la identidad genética de un individuo humano nuevo. ¿Cómo un individuo humano podría no ser persona humana? Por lo tanto el ser humano debe ser respetado y protegido desde su concepción, con todos sus derechos inherentes a su ser, como lo es primeramente la vida.

En nuestro derecho, el embrión se encuentra reconocido como persona, aunque no directamente, pero sí en orden al espíritu y contexto de los cuerpos legales vigentes.

Nuestro derecho considera como sujetos de derechos sólo a las personas, por lo que el embrión, como titular del derecho a la vida e integridad, según la Constitución y los códigos Civil y Penal, y eventualmente de derechos patrimoniales, suspendidos en nuestra legislación hasta su nacimiento, obviamente queda en la categoría jurídica de persona. Y persona como concepto jurídico, se identifica plenamente con la concepción filosófica de la persona, ya que sin esta base de filosofía sería una noción vacía, sin correspondencia en la realidad, lo que parece ilógico en atención al fundamento real que tiene el derecho de regular relaciones entre personas, las que son anteriores a toda legislación. El ordenamiento jurídico sólo reconoce la personalidad.

Nuestra Constitución reconoce la igualdad en dignidad y derechos de los hombres, estableciendo como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos esenciales ema-

nados de la naturaleza humana, reconociéndose y garantizándose todos ellos en su artículo fundamental a TODAS las personas, sin distinción. Se refiere el constituyente respecto a la vida, especialmente al que está por nacer, aclarando cualquier duda que pudiese presentarse, y resolviendo de antemano la situación.

Los códigos Civil y Penal confirman esta teoría, conceptualizando el primero a la persona como todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, y configurando el segundo como delito el aborto, por atentar contra la vida e integridad del no nacido.

Todo este análisis nos deja una imagen de un embrión titular de derechos esenciales a la persona, como son la vida, la integridad, la igualdad, la salud y, suspendidos hasta su nacimiento, los derechos patrimoniales de que pudiese hacerse acreedor.

Este principio, aplicado a nuestra Constitución Política y demás normas en vigor, acarrea una serie de consecuencias prácticas, que se perfilan como el rechazo en nuestra legislación de numerosos proyectos y experimentos científicos sobre embriones humanos, así como todo tipo de manipulaciones relativas a él.

En primer lugar el embrión deberá ser defendido en su integridad, cuidado y sanado como cualquier otra persona. El diagnóstico prenatal será lícito en la medida que los métodos utilizados resguarden la vida e integridad del embrión y de la madre, orientándose a su cuidado o curación. Sin embargo, si se hace con el propósito de provocar un aborto, si el resultado del diagnóstico fuese desfavorable, se atentaría contra la integridad del embrión, resguardado en la Constitución respecto de todas las personas.

Son lícitas también las intervenciones médicas sobre el feto, como cualquier paciente, siempre que no lo expongan a riesgos desproporcionados, proponiéndose la mejora de su salud o su supervivencia. Más todavía, el embrión tendría derecho a la intervención médica oportuna, siendo necesario para su salud.

En cuanto a la investigación y experimentación sobre embriones humanos vivos, quedaría prohibida en nuestra legislación, por transgredir el derecho a la integridad, e incluso a la vida del no nacido, pasándose a llevar su dignidad personal, al manipularlo como un objeto de experimentación científica. Al tratarse de embriones vivos, hablamos de personas, los que viables o no deben ser respetados en sus

derechos esenciales, aun cuando los padres consientan libremente, puesto que no pueden disponer de la vida de un ser que no ha nacido. Además la experimentación conlleva un riesgo que *podría manifestarse a corto o largo plazo*.

Más inmoral todavía vendría a ser la producción de embriones *in vitro*, especialmente destinados a la investigación. Este grave atentado contra la dignidad e integridad humana, da la calidad de objeto al ser humano, exponiéndolo arbitrariamente a todo tipo de manipulaciones y riesgos.

La misma congelación de embriones, aun cuando su objetivo sea mantener vivos a los embriones, en nuestra legislación no estaría permitido, puesto que lo expone a peligro de muerte o daños, e importa una disposición de la vida humana y una manipulación lógicamente reprobable. Este procedimiento priva a la persona de su derecho a nacer en su momento correspondiente, estancando arbitrariamente su desarrollo normal, para adecuarlo a la voluntad o intereses particulares de los padres, lo cual claramente aparece como un ilícito.

Asimismo quedan excluidos del ámbito de lo lícito la selección de rasgos particulares o de sexo, por violar el derecho a la identidad del embrión; los experimentos de reproducción interespecífica, la clonación y en general toda práctica que manipule y falte al resguardo del embrión como persona digna, titular de derechos inherentes a su calidad.

Sin embargo, pese a toda la protección que se otorga por la Constitución y las leyes chilenas al no nacido, muchas de las prácticas mencionadas se están realizando de todas formas en la actualidad, lo que muestra que el resguardo ofrecido al embrión no está siendo efectivo. Asimismo, aún no hay en nuestra jurisprudencia algún recurso de protección intentado en favor de un embrión, a pesar de estar en la Constitución expresamente otorgada la facultad para entablarlo. Esto lleva a la conclusión de que se hacen indispensables normas especiales que pongan por escrito los principios de solución que se infieren de nuestras leyes en vigor, y que limiten de una vez las manipulaciones de un modo efectivo, garantizando el respeto del embrión de manera más eficaz. Hablamos de un tema altamente discutido, y de inmensa importancia ética; hablamos de la vida y derechos de personas indefensas y que el interés científico actual prefiere pasar por alto, para abrir campo al avance.

En nuestro país se intenta actualmente legislar al respecto. El senador Piñera, en el año 1993, presentó un proyecto de ley sobre Fecundación Asistida. La Comisión de Constitución Justicia y Reglamento en su discusión general aprobó por unanimidad la necesidad de legislar al respecto, y el proyecto se discute hasta hoy. Importa este proyecto en el tema en estudio, en cuanto se definió el término concepción, en el informe evacuado por la Comisión de Salud, como el momento de la singamia, esto es cuando el material genético de ambos gametos partícipes en la fecundación se integran y complementan en un núcleo único, señalándose que este era el comienzo de la vida humana.

Sin embargo, posteriormente, y previendo el espacio que abrían para realizar prácticas sobre cigotos en los momentos previos a la singamia, las comisiones unidas de Salud y de Constitución Justicia y Reglamento aprobaron por mayoría que la ley reconoce la existencia de vida humana a partir de la fusión de membranas de óvulo y espermio.

En fin, el proyecto todavía está sujeto a modificaciones, y dependerá de su acierto la eficacia en la protección jurídica de los embriones, con una base ya determinada resguardando sus derechos, dada por la Constitución chilena y la legislación vigente.

Finalmente, es indispensable para concluir el tema, salirse del campo específico que constituye esta tesis, para ir al género en lo relativo al rechazo a toda manipulación del ser humano. No es válido el determinar a la persona como un medio para conseguir algún objetivo de cualquier naturaleza que este sea, puesto que el hombre es en sí mismo un fin, en razón no sólo de su naturaleza racional, sino también de su esencia material, puesto que es una unidad de materia y espíritu. El hecho de que la persona tenga dominio de sus actos y facultad por tanto de autodeterminarse, confirma su naturaleza final, de valor absoluto.

Esta naturaleza común a todo ser humano, hace de cada uno un ser irrepetible e irremplazable, lo que lleva a la inaceptabilidad del hombre como instrumento. Su ser único es lo que lo constituye en un fin en sí, y por esta razón se reviste de una dignidad especial, que alcanza el cuerpo y el alma del individuo, como esencia unitaria de este, determinándose como nulo cualquier acto jurídico relativo a la cosificación de una persona. Los seres humanos son sujetos, fines, no objetos, medios.

Desde un punto de vista teológico, es posible llegar a la misma conclusión. La persona es creada a imagen y semejanza de Dios. Ser perfecto desde todo punto de vista, por tanto, el hombre aspira a la verdad, al bien, a la justicia, al amor. El hombre es creado libre, y es esa libertad el signo de su imagen y semejanza al Creador. Es llamado a perfeccionarse y hacerse más persona, acercándose al proyecto divino de ser humano, a ser semejanza divina, sobre la base de su libertad. Este destino libre, trascendente, como imagen de Dios, le infunde su dignidad de persona, y mirado desde esta perspectiva, el hombre no puede ser un medio, sino un fin.

En consecuencia, cualquier acto de experimentación o manipulación sobre una persona humana son inaceptables éticamente, en virtud de que la persona pasa a ser un objeto de utilidad, un instrumento de investigación científica, en beneficio de otros. En el caso de un embrión, ni aun el consentimiento de los padres es válido, ya que nadie puede disponer de la vida e integridad de otro ser humano, tampoco de un hijo. El ser humano no es un objeto de propiedad de nadie, es un sujeto cuyos derechos configuran el límite de los derechos de los demás.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALF. *Persona y embrión humano, nuevos problemas legales y su solución en el Derecho Chileno*, Tercer Concurso Nacional de Investigación Jurídica 'Francisco Bulnes Ripamonti', 1987.
2. ALVARADO, JOSE TOMAS. "El carácter individual del *nasciturus*", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 21, N° 2, 1994.
3. ANDORNO, ROBERTO, "El embrión humano, ¿merece ser protegido por el derecho?", en *Cuadernos de Bioética*, volumen N° 15, 3°, 1993.
4. ATIGHETCHI, DARIUSCH, Islam y Aborto", en *Medicina y Etica*, vol. VI, N° 1, 1995.
5. Asociación de editores del catecismo, *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1993.
6. BESÍO, MAURICIO, "Inicio de la vida humana, la necesidad de una reflexión filosófica", en *Revista Médica de Chile*, volumen 125, N° 12, diciembre 1997.
7. CASTILLA y CORTAZAR, BLANCA, "Persona y vida humana", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
8. CEA E., JOSE LUIS, *Manual de Derecho Constitucional*, cátedra del curso de derecho constitucional, tomo I, 1994, tomo II, 1996.
9. Congreso Mundial Vasco y Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco, *La filiación a finales del siglo XX*, Editorial Trivium, primera edición 1988.
10. CORRAL T., HERNAN, "Manipulación genética y legislación internacional comparada", en *Cuaderno Humanitas N° 9*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.
11. CHORRO, PALOMA y GRITA, LETIZIA, "Lenguaje y antilenguaje en algunos textos jurídicos europeos relativos a la reglamentación del aborto", en *Medicina y Etica*, volumen VII, N° 3, 1996.
12. DIAZ HERRERA, FRANCISCO, "Cuerpo y Alma desde la Concepción", en diario *El Mercurio*, 30 de mayo 1997.
13. DOYHARÇABAL, "El derecho a la vida del *nasciturus*", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, N° 2, 1994.
14. ESTELLES, PILAR, "La persona del concebido", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
15. FERRER, M. y PASTOR, L.M., "Génesis y uso del término *pre-embrión* en la literatura científica actual", en *Persona y Bioética, Revista Internacional*, volumen 2, N° 2, 1998.
16. FUCEK, IVAN, "Unidad y Dignidad. Persona en la antropología sexual cristiana", en *Medicina y Etica*, vol. II, N° 4, 1991.
17. GOMEZ PEREZ, RAFAEL, *Etica, problemas morales de la existencia humana*, Editorial Casals, sexta edición, 1993.
18. GONZALEZ, CRISTIAN, "Los límites de la ciencia", en diario *El Mercurio*, 14 de abril 1997.
19. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Lección IX "La persona", Ediciones Universidad de Navarra, 1992.
20. HONNEFELDER, LUDGER, "Naturaleza y status del embrión, aspectos filosóficos", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
21. HONNEFELDER, LUDGER, "La dignidad del hombre como principio fundamental de la bioética", en *Perspectivas bioética en las Américas*, volumen I, N° 1, 1996.
22. LAVADOS, MANUEL; MONGE, JUAN IGNACIO; QUINTANA, CARLOS y SERANI, ALEJANDRO, *Problemas contemporáneos en bioética*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.
23. LAVADOS, MANUEL y SERANI, ALEJANDRO, *Etica clínica, fundamentos y aplicación*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª edición, 1993.
24. LECAROS Z., RAUL; NAVAJAS U., M. CRISTINA y MADRID R., RAUL, *Declaración sobre fecundación asistida*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.

25. LOLAS, FERNANDO, "Bioética: una palabra con historia", en diario *El Mercurio*, 23 de marzo de 1997.
26. PASTOR, LUIS MIGUEL, "Bioética de la manipulación embrionaria humana", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
27. QUINTANA, CARLOS, *Los derechos del niño antes de nacer*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985.
28. RAGER, GÜNTER, "Embrión-Hombre persona. Acerca de la cuestión del comienzo de la vida personal", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
29. SANTOS A., MANUEL, "Aspectos Científicos de los principales avances de la genética humana", en *Cuaderno Humanistas N° 9*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.
30. SERANI, ALEJANDRO, "El estatuto antropológico y ético del embrión humano", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
31. SPAEMANN, ROBERT, "¿Son todos los hombres personas?", en *Cuadernos de Bioética*, volumen VIII, N° 31, 3°, 1997.
32. STITH, RICHARD, "El feto en la jurisprudencia constitucional occidental", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 2, 1989.
33. VERNEAUX, ROGER, *Filosofía del Hombre*, Curso de Filosofía Tomista, Editorial Herder, 1979.
34. VIAL L., JUAN DE DIOS, "La concepción original de la idea de persona", en *Revista Humanitas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 6, 1997.
35. VILLALOBOS, M. JOSE (traducción de), "Ley alemana de protección al embrión, Ley N° 745/90", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, N° 2, 1994.
36. VIVANCO ANGELA, *Implicancias jurídicas y éticas de la fecundación asistida*, Documento oficial de Seminario Interno de Cátedra, 11 de abril de 1997.
37. VODANOVIC, ANTONIO, *Manual de Derecho Civil*, Partes preliminar y general, Editorial Jurídica ConoSur, primera edición, 1996.
38. ZEGERS, FERNANDO, "Reflexiones sobre los inicios del individuo humano", en *Revista Médica de Chile*, volumen 125, N° 12, diciembre 1997.