

¿EXISTE UN DERECHO A TENER HIJOS? UNA RESPUESTA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE AUTONOMÍA Y ACCESO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*

IS THERE A RIGHT TO HAVE CHILDREN? CHILEAN CONSTITUTIONAL LAW ON AUTONOMY AND ACCESS TO ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNIQUES

VERÓNICA UNDURRAGA VALDÉS**

Resumen: En Chile existe una sofisticada oferta de técnicas de reproducción asistida (TRA) que se ha desarrollado sin que exista regulación estatal. El status constitucional del embrión preimplantacional es incierto, al existir fallos contradictorios en la materia del Tribunal Constitucional Chileno y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de opiniones divergentes en la doctrina y jurisprudencia sobre los términos de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno. El artículo afirma que el derecho a tener hijos mediante TRA se adscribe a las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales que reconocen la autonomía personal, el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, el derecho a beneficiarse del progreso científico y el derecho a formar una familia y a la protección de esta. Siendo un derecho *prima facie* protegido por la Constitución, admite limitaciones y da lugar a obligaciones positivas por parte del Estado.

Palabras clave: Reproducción asistida; Artavia Murillo; derecho a tener hijos; status jurídico del embrión; autonomía

Abstract: Chile has a sophisticated offer of assisted reproductive techniques (TRA) which has developed in the absence of state regulations. The constitutional status of the embryo before implantation is uncertain, due to the coexistence of contradictory decisions of the Chilean Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights, as well as an ongoing debate regarding the terms of incorporation of international human rights into the domestic legal system. The author asserts that the right to have children using TRA is protected under the constitutional and international human rights provisions guaranteeing personal autonomy, the free and equal

* Fecha de recepción: 8 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2017.

** Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. El presente artículo se enmarca en el desarrollo del Proyecto CEAL-AL2015-02 sobre «Presente y futuro de la reproducción asistida en el Derecho de familia del siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México)». Aspectos jurídicos, sociales y éticos», cuya investigadora principal es Pilar BENAVENTE MOREDA y del cual la autora es investigadora del grupo chileno. Agradezco el excelente trabajo de Camila Bosch como ayudante de investigación. Correo electrónico: veronica.undurraga@uai.cl.

access to health care, the right to benefit from scientific progress and the right to form a family and to its protection. As a right protected *prima facie* by the Constitution, it allows for limitations and gives rise to positive state obligations.

Key words: Assisted reproduction; Artavia Murillo; right to have a child; legal status of the embryo; personal autonomy

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA REALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN CHILE Y EL SILENCIO NORMATIVO; III. ¿RECONOCE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO UN DERECHO A TENER HIJOS MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?; 1. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre Anticoncepción de Emergencia y su posible impacto en la constitucionalidad de las TRA; 2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fertilización in vitro) y su recepción en Chile; IV. UNA OPINIÓN ACADÉMICA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS TRA EN CHILE. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo responde afirmativamente a la pregunta sobre si existe en Chile un derecho constitucionalmente protegido a tener hijos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (TRA)¹. Defiende además la tesis de que, como manifestación de la autonomía personal, es un derecho *prima facie* protegido por la Constitución, pero que admite limitaciones. Sin embargo, la tesis de que existe un derecho a tener hijos mediante TRA es controvertida en el país por quienes sostienen que las TRA desprotegen la vida prenatal. No existe jurisprudencia constitucional que se haya pronunciado directamente sobre TRA aunque sí hay un fallo del Tribunal Constitucional Chileno (TC) sobre anticoncepción de emergencia que interpretó el deber constitucional del legislador a proteger la vida del que está por nacer en términos tan absolutos que prohibió la distribución pública de la anticoncepción de emergencia (AE) porque no se había descartado (ni probado) el riesgo de que el mecanismo de acción de la AE impidiera la implantación del óvulo fecundado en el endometrio. Cuatro años después, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ Técnicas de reproducción asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. Las TRA no incluyen inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MONITORING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (ICMART) Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el Traducción al español Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. 2010. Disponible en <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/> [Consultado el 8/4/17].

(CtIDH) afirmó que el derecho a la vida bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no era aplicable al embrión antes de su implantación. Al momento de escribirse este artículo, la AE se distribuye en todos los consultorios del país luego de ser autorizada por una ley dictada con posterioridad al fallo del TC (cuya constitucionalidad nunca ha sido impugnada)² y se está discutiendo en el Congreso la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales (Proyecto IVE)³. En el marco de esta discusión, han vuelto a surgir las controversias sobre el estatus del embrión, la ponderación que debe hacerse entre la protección de la vida prenatal y el derecho de autonomía de las mujeres (entre otros derechos afectados por la prohibición del aborto) y sobre los términos de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Mientras transcurre este debate, cientos de mujeres y parejas recurren a clínicas y acceden a las más modernas técnicas disponibles y son asistidas en el proceso de tener un hijo. La autorregulación de los oferentes de las TRA ha sustituido a la normativa estatal. En este momento hay más interés en evitar el debate político sobre regulación de las TRA que en plantearlo. Esa solución, sin duda, no está exenta de problemas.

II. LA REALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN CHILE Y EL SILENCIO NORMATIVO

En Chile existe una amplia y sofisticada oferta de TRA, por parte principalmente del sector privado de salud y accesible a personas de altos medios económicos. El Estado, en cambio, tiene una oferta limitada a estas técnicas, especialmente escasa respecto de las técnicas de alta complejidad⁴. No existe regulación sobre las TRA aplicable al sector privado y no se prevé que exista en el mediano plazo. La opinión pública favorece ampliamente la existencia en Chile de las TRA y hay agrupaciones que luchan por el aumento de su oferta estatal. Los centros y médicos que las practican prefieren la autorregulación, porque asumen, con toda razón, que cualquier regulación estatal de las mismas va a limitar la libertad actual e imponer visiones ideológicas por sobre criterios técnicos y bioéticos. El sector académico que se opone a las TRA, vinculado mayoritariamente a universidades católicas, está por el momento concentrado en tratar de impedir la aprobación del Proyecto IVE en el Congreso. La regulación de las TRA no es un tema que esté movilizándolo al feminismo chileno, el que, en general, celebra el hecho de que las parejas de lesbianas accedan a estas

² Ley N.º 20.418 Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de enero de 2010.

³ Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín 9895-011), presentado por mensaje 1230-362 de la Presidenta de la República, 31 de enero de 2015.

⁴ DEVOTO C, L., «Problemas de justicia distributiva en el acceso a la medicina reproductiva: Programa Nacional de Fertilización In Vitro MINSAL/FONASA del IDIMI», Ponencia pronunciada en el Seminario Académico 2012 Los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida, Observatorio de bioética y derecho de la Universidad del Desarrollo. Disponible en <<http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2012/08/INFORME-SEMINARIO-REPRODUCCI%C3%93N-HUMANA-ASISTIDA-2012.pdf>> [Consultado el 8/4/17].

técnicas en algunas clínicas, gracias a la desregulación existente. La discusión de un proyecto de ley sobre TRA probablemente terminaría quitándoles esa posibilidad. Cuando se han discutido proyectos de ley sobre TRA en el Congreso, han terminado archivados antes de terminar su tramitación o se encuentran sin movimiento hace años⁵. No hay tampoco sentencias chilenas sobre TRA que ayuden a avanzar en un análisis constitucional sobre la existencia de un derecho a tener hijos.

El silencio normativo que caracteriza al actual panorama jurídico sobre las TRA en Chile se debe a un verdadero consenso traslapado de los legisladores y actores políticos sobre los beneficios de no levantar el tema de la necesidad de regular las TRA, a pesar de existir plena conciencia del vacío normativo que existe y de los problemas que eso acarrea. Los legisladores interesados en garantizar el acceso a TRA como prestaciones asociadas a los derechos sexuales y reproductivos de las personas, no están planteando el tema en este momento porque, dada la composición actual del Congreso, con una importante presencia conservadora, y el ambiente político creado por la discusión del Proyecto IVE, prevén que cualquier legislación que se apruebe restringiría las actuales prácticas respecto a quiénes podrían calificar como usuarios de las TRA y a los procedimientos a los que se podría acceder legalmente. Como además existen otras prioridades en cuanto al uso de los recursos públicos, tampoco hay factibilidad política de que se apruebe una ley que considere el acceso a las TRA como un derecho social garantizado por el Estado. Por otra parte, los legisladores de la vereda conservadora, mayoritariamente de derecha, han sostenido enfáticamente, primero respecto de la AE y luego en el contexto de la discusión del Proyecto IVE, que la Constitución reconoce el derecho a la vida desde el momento de la fecundación. Haber utilizado este argumento antes en esas instancias le da poco margen ahora para autorizar las TRA, al menos si se atiende a la línea argumental que hasta ahora se ha deducido de esa premisa en Chile y América Latina y que concluye en la necesidad de prohibir las TRA por

⁵ Proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas (Boletín N.º 1026-07), presentado por moción del senador Sebastián Piñera, 6 de julio de 1993, archivado el 20 agosto de 2008; Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida (Boletín N.º 4346-11), presentado por moción del senador Mariano Ruiz-Esquide, 18 de julio de 2006, archivado el 20 de agosto de 2008; Proyecto de ley que regula la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (Boletín N.º 4573-11), presentado por moción del senador Guido Guirardi, 3 de octubre de 2006, archivado el 5 de enero del 2009; Proyecto de ley que establece ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos (Boletín N.º 2608 -11), presentado por los diputados Allende, Ascencio y otros, 19 octubre de 2000, archivado el 10 de mayo de 2016; Proyecto de ley que establece ley marco sobre salud y derechos sexuales y reproductivos (Boletín N.º 5933-11), presentado por los diputados Accorsi, Lobos y otros, 1 de julio de 2008, archivado el 10 de marzo de 2011; Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario en orden a ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud (Boletín N.º 6624-11), presentado por los diputados Chahuán, de Urresti y otros, 28 julio de 2009, en primer trámite constitucional y sin movimiento desde el 28 de julio del 2009. Los proyectos contenidos en los boletines N.º 2608-11 y N.º 5933-11 solo hacen referencias marginales a las TRA. El proyecto contenido en el Boletín N.º 6624-11 solo incorpora al concepto de salud reproductiva los trastornos de fertilidad, pero no contiene normas sobre TRA.

el riesgo de muerte al que someten a los embriones y por su manejo instrumental contrario a la dignidad propia de un titular de derechos. La afirmación conservadora común, de que la intensidad de la protección constitucional de la vida es exactamente la misma tratándose de un cigoto, un embrión implantado o de una persona nacida, cuando es aplicado a las TRA, es percibida como muy extrema, incluso por personas que la utilizan sin dificultad en el contexto del aborto. Para la derecha, plantear simultáneamente el argumento en el debate sobre despenalización del aborto por causales y en relación a las TRA, puede perjudicar su eficacia en el contexto de la despenalización del aborto, al evidenciar las consecuencias no deseadas por la mayoría de su propia base electoral a que lleva el argumento de la protección absoluta de la vida prenatal si se aplica en el contexto de las TRA. La postura excesivamente restrictiva frente a las TRA, que es favorecida por los grupos conservadores más católicos, no tiene apoyo en la opinión pública, que se muestra partidaria de las TRA ni tampoco en la profesión médica. De prohibirse las TRA, con toda seguridad, los médicos y las empresas médicas que ofrecen estos servicios reclamarían la afectación inconstitucional de la libertad de trabajo⁶, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica⁷ y el derecho de propiedad⁸, todos los cuales han sido, históricamente, derechos férreamente defendidos por los legisladores de la derecha política chilena.

III. ¿RECONOCE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO UN DERECHO A TENER HIJOS MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

El derecho a tener hijos mediante TRA no es un derecho que esté directamente estatuido en forma explícita en la Constitución de Chile. En esto, nuestra constitución no difiere de la mayoría de las constituciones del mundo. En el derecho comparado es común que el derecho a acceder a TRA se reconozca por vía jurisprudencial y que sean los tribunales, apoyados en la doctrina jurídica, los que deriven este derecho específico a partir de cláusulas generales de derechos fundamentales que le sirven de sustento. Sin embargo, la situación de Chile es particular en otro sentido. Como se adelantó, no tenemos fallos judiciales que se hayan pronunciado directamente reconociendo un derecho constitucional a tener hijos mediante TRA. Lo que existe a nivel constitucional es una única sentencia del TC que se pronunció en 2008 a propósito de la impugnación de un decreto supremo que consideraba la distribución de la anticoncepción de emergencia en los servicios públicos de salud. Este fallo confiere el estatus jurídico de persona y titular del derecho a la vida al embrión humano desde el momento de la fecundación. Otra sentencia relevante es la dictada por la CtIDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fertilización in vitro)*⁹. Este fallo

⁶ Constitución Política. Chile. Artículo 19, n.º 16.

⁷ Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 21.

⁸ Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 24.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y Otros («Fecundación in Vitro»)* vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

sí se refiere específicamente al derecho a acceder a TRA y niega que el embrión humano sea titular del derecho a la vida. Más adelante en este trabajo se analizan ambas sentencias. Por el momento, me interesa señalar la tensión en que se encuentran esas dos decisiones y que contribuye al ambiente de incertidumbre jurídica en que se desarrollan y ofrecen las TRA en Chile.

Como es inevitable cuando la práctica se anticipa a la regulación, los tribunales han debido resolver conflictos relacionados con los efectos o consecuencias derivados del uso de las TRA, como, por ejemplo, los problemas sobre la determinación de la filiación de niños y niñas nacidos mediante estas técnicas. Frente a esta casuística, el legislador ha reaccionado dictando normas específicas. El actual artículo 182 del Código Civil establece que «el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas» y que «no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta». Esta norma ha sido criticada por su posible conflicto con otras reglas del Código Civil y también con el principio de interés superior del menor y el derecho de los niños y niñas conocer su origen, a los que los tribunales le han reconocido jerarquía suprallegal¹⁰. Es decir, a la pregunta sobre la constitucionalidad de la autorización de las TRA se han sumado nuevas dudas constitucionales sobre la constitucionalidad de las respuestas legales a ciertos problemas derivados del uso de las TRA, que han sido regulados en forma aislada y fragmentaria. La discusión constitucional está abierta en varios frentes.

Aunque se han presentado algunos proyectos de ley al Congreso para regular directamente las TRA, ninguno de estos ha prosperado¹¹. Sin embargo, del análisis de los textos de los proyectos y de la discusión parlamentaria previa a su archivo, se infiere que el legislador partía del supuesto de que estas técnicas se practican en el país y consideraba necesario darles una autorización legal, por lo que podemos entender, en principio, que el legislador tenía un juicio favorable sobre la constitucionalidad de, al menos, algunas de estas técnicas. En el ambiente académico, entre quienes consideran que las técnicas de reproducción asistida violan el derecho a la vida y a la dignidad del embrión, algunos abogan por su prohibición absoluta¹², mientras otros aluden a un “principio de realidad” para promover la regulación

¹⁰ ESPADA MALLORQUÍN, S., «Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación» *Revista IUS online*, vol. 11 n.º 39, ene/jun 2017, Puebla. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100004&lng=es&nrm=iso>. [Consultado el 8/4/17].

¹¹ Ob. cit., nota 6.

¹² Entre otros, UGARTE GODOY, J.J., «El derecho a la vida y la constitución», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm.3. 2006, pp. 509 – 527; HENRÍQUEZ H, I., «Análisis jurídico y propuestas normativas sobre criopreservación de embriones y diagnóstico genético preimplantacional». Ponencia pronunciada en el Seminario Académico 2012 Los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida, Observatorio de bioética y derecho de la Universidad del Desarrollo. Disponible en <<http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2012/08/INFORME-SEMINARIO-REPRODUCCI%C3%93N-HUMANA-ASISTIDA-2012.pdf>> [Consultado el 8/4/17].

de las TRA bajo un régimen más restrictivo que el que actualmente opera en los hechos¹³. Esta última postura se refleja en la discusión de algunos de los proyectos de ley, en que se justifica la necesidad de regular las TRA en el mandato de protección de la vida del que está por nacer¹⁴.

Para dar una visión acabada sobre la escasa normativa existente sobre las TRA, es necesario referirse también a la regulación administrativa. En el ámbito administrativo opera para el Sistema Público de Salud la Resolución Exenta 1072, de 28 de junio de 1985 del Ministerio de Salud, que establece las normas aplicables para la fertilización in vitro (FIV) y la transferencia embrionaria (TE) y que no ha tenido ninguna actualización desde que fue dictada hace más de treinta años. Esta directiva ministerial afirma la existencia de un «derecho a procrear y consecuentemente [al] acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción»¹⁵. Curiosamente el texto deriva este derecho a procrear de «la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, que prevé el artículo 19 n.º 1 de la Constitución Política de la República»¹⁶. En otras palabras, el regulador administrativo entendió que la permisión de la FIV y de la TE tenía sustento constitucional exclusivamente en la cláusula que reconoce el derecho a la vida y que ordena al Estado la protección del que está por nacer. No hay indicios, por ejemplo, de que la protección de la libertad personal, del libre desarrollo de la personalidad o de la vida privada de la mujer o miembros de la pareja fueran relevantes como fundamentos constitucionales. A pesar de haber afirmado el carácter fundamental del derecho a procrear, lo que llevaría a entender que el titular del derecho es la persona individual, la Resolución solo considera como usuaria potencial de estas técnicas a la pareja infértil, ya que no contempla la posibilidad de acceder a FIV a personas sin pareja ni a parejas del mismo sexo formadas por personas fértiles. De acuerdo a esta directiva ministerial, cada institución que practique la FIV y la TE deberá designar un Comité de Ética encargado de garantizar «la protección de los derechos de la pareja y del embrión y feto obtenido»¹⁷. Al hacer referencia a los derechos del embrión y del feto, la Resolución adelantó un juicio constitucional sobre el estatus jurídico del embrión (antes y después de la implantación) y del feto, asumiendo la tesis de que éstos son titulares de derechos. La Resolución ordena transferir «todos los óvulos fertilizados y normales» a «la madre» (SIC) y prohíbe «practi-

¹³ RAMOS VERGARA, P., ARENAS MASSA, Á. y SANTOS ALCANTARA, M. «La persona y su dignidad al inicio de la vida: el concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile», *Acta bioeth online*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 169-179. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000200004&lng=es&nrm=iso>. [Consultado el 8/4/17]; CORRAL TALCIANI, H., «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, 1992, pp. 439-460.

¹⁴ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «La fecundación in vitro ante el Derecho penal chileno», en *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Santiago (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2013, pp. 261-262.

¹⁵ Resolución Exenta, n.º 1072 del Ministerio de Salud, 28 de junio de 1985, considerando primero.

¹⁶ Resolución Exenta n.º 1072, ob cit.

¹⁷ Resolución Exenta n.º 1072, ob cit artículo 7 letra a).

car congelación para transferencia diferida ni menos con fines de investigación»¹⁸. Puede inferirse de la lectura de esta norma, que el artículo 19 n.º 1 de la Constitución se utilizó al mismo tiempo como fundamento de la existencia del derecho constitucional a acceder a estas TRA y como justificación de las restricciones que se impusieron en su práctica. Aunque esta Resolución solo es aplicable al sector público, es posible que la categórica prohibición de la transferencia diferida de embriones que contempla, haya contribuido, sumada a la incertidumbre existente en Chile sobre el estatuto jurídico del embrión preimplantacional, a la riesgosa y generalizada práctica de transferencia múltiple de embriones, que fue común en las décadas pasadas en las clínicas privadas¹⁹. La significativa baja que hoy puede apreciarse en las tasas de embarazos múltiples en el contexto de la aplicación de TRA en Chile se debe a mejores prácticas de autorregulación de la profesión médica que se acoge a estándares internacionales²⁰, a un clima de mayor tolerancia frente a la criopreservación de embriones y el desarrollo del sistema de vitrificación de blastocitos que permite mejorar la sobrevida embrionaria. Estas condiciones permiten transferir uno o máximo dos embriones y así evitar los graves riesgos asociados a los embarazos múltiples y a la vez, si hay embriones remanentes, vitrificarlos para una futura transferencia sin necesidad de repetir la estimulación ovárica²¹.

1. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre Anticoncepción de Emergencia y su posible impacto en la constitucionalidad de las TRA

El año 2008 el TC declaró que el artículo 19 número 1, inciso segundo de la Constitución²² reconoce un derecho subjetivo a la vida del *nasciturus* desde el momento de la concepción, entendida esta como la unión del óvulo con el espermatozoide²³. Esta interpretación del precepto llevó al TC a declarar inconstitucional aquellas reglas establecidas en el Decreto Supremo n.º 48 del año 2007 del Ministerio de Salud, que aprobó las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad y que autorizaban la distribución y uso de la

¹⁸ Resolución Exenta n.º 1072, ob. cit. artículo 8 inciso segundo. No obstante la norma, sí se está realizando criopreservación en el sector público. Sobre este punto, ver ob. cit. nota 5.

¹⁹ Sociedad Chilena de Medicina Reproductiva (SOCMER), «20 años de Reproducción Asistida. Registro Chileno de Reproducción Asistida 1990-2009». Disponible en <<http://www.socmer.org/uploads/registro-chileno-1990-2009.pdf>>. [Consultado el 8/4/17].

²⁰ Sociedad Chilena de Medicina Reproductiva (SOCMER), ob. cit.

²¹ ZEGERS-HOCHSCHILD, F., CROSBY, J.A., SALAS, S.P., «Fundamentos biomédicos y éticos de la criopreservación de embriones», *Rev. Med Chile*, vol. 142, 2014, pp. 896-902.

²² El artículo 19 n.º 1 en sus incisos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Chile señala, «La Constitución asegura a todas las personas: 1.º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer».

²³ Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia 74 0-07-CDS, de 18 de abril de 2008. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=914>> [Consultado el 8/4/2017].

AE en el Sistema Público de Salud. El TC consideró que había una duda razonable sobre el eventual efecto abortivo de la AE²⁴ y ante eso estimó que:

«solo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio *favor persona o pro homine* en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud»²⁵.

El fallo fue muy criticado por amplios sectores de la población y de la academia²⁶. Una de las razones del malestar social que generó fue que la prohibición de la distribución pública de la AE siguió coexistiendo con la autorización, lograda antes mediante litigio ante los tribunales ordinarios²⁷, de la venta de los mismos fármacos en las farmacias privadas, con lo cual se hizo evidente una desigualdad en el acceso propiciada por el propio derecho.

Una de las mayores críticas que se hicieron a la sentencia del TC sobre AE, fue su total invisibilización de los derechos de las mujeres que necesitaban el acceso medicamento. En ningún momento el voto de mayoría se hace cargo de la colisión de intereses constitucionales que implica negar el acceso a la AE a las mujeres con el fin de proteger la vida prenatal. No aplicó ningún criterio de proporcionalidad para determinar la legitimidad de la afectación de la autonomía (entre otros derechos) de las mujeres, porque simplemente no

²⁴ A lo que quiso referirse el TC fue a la duda sobre el efecto antiimplantatorio del fármaco.

²⁵ Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol 740-2008, de 18 de abril de 2008, considerando sexagésimo noveno.

²⁶ ACCATINO SCAGLIOTTI. D, BORDALÍ SALAMANCA. A, y MARSHALL BARBERÁN. P, «Sentencia sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo n.º 48 del Ministerio de Salud en la parte que autoriza la distribución de la píldora del día después en el sistema de salud (Tribunal Constitucional)», en *Anuario de Derechos Humanos*, vol 21, núm. 1, 2018 pp. 155-170. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000100007&script=sci_arttext> [Consultado el 3/4/17]; FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO. R, «Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del 2008» en *Anuario de derecho público UDP*, 1ª ed., Santiago (Ediciones Diego Portales), 2010, pp. 144-162, disponible en: <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/09_Figueroa.pdf> [Consultado el 8/4/17].

²⁷ Corte Suprema. Chile, Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública de Chile (nulidad de derecho público/acto administrativo autorizador) (casación en el fondo y en la forma), Sentencia Rol n.º 1039-2005, de 28 de noviembre de 2005.

vio esa afectación en términos de restricciones de derechos constitucionales²⁸. Esa ceguera hizo posible que el TC considerara que la incertidumbre acerca del eventual efecto antiimplantatorio del fármaco fuera argumento suficiente para darle precedencia a la protección de la vida embrionaria por sobre los derechos de la mujer en toda circunstancia.

El fallo del TC debía ser acatado por el gobierno, por lo que se eliminaron de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad los artículos que se referían a la AE. Sin embargo, las protestas sociales que siguieron al fallo finalmente derivaron en que el Congreso, el año 2010, aprobara la ley 20.418, que ordenó la distribución estatal de la AE²⁹. Esta vez no hubo quórum entre los congresistas para impugnar la constitucionalidad de la ley³⁰. Actualmente el debate sobre la anticoncepción de emergencia está superado en Chile y los mismos legisladores que se opusieron a su distribución usan el argumento de su disponibilidad para argumentar que es innecesario despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, porque la víctima puede evitar el embarazo accediendo a la píldora del día después³¹.

La sentencia del TC no zanjó la discusión sobre el estatus constitucional del *nasciturus*. En Chile, los fallos del TC no establecen precedentes y el debate en este punto se ha mantenido activo en la doctrina³². Es posible que en un futuro el TC reconsidere su postura,

²⁸ Solo después de haber anunciado que declararía la inconstitucionalidad, en el considerando septuagésimo del fallo, el TC se refiere al impacto de la decisión en las mujeres diciendo que «[n]o escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables».

²⁹ Ley n.º 20.418, ob. cit., nota 3.

³⁰ El artículo 4.º de esta ley deja explícitamente fuera de la política pública en materia de regulación de la fertilidad «aquellos métodos *cuyo objetivo o efecto directo* sea provocar un aborto» con lo cual se buscó la permisión del uso de la anticoncepción de emergencia, respecto de la cual, a lo más podía existir un riesgo de pérdida del embrión (cursivas añadidas).

³¹ En la cámara de diputados el diputado René Manuel García sostuvo: «Por otro lado, decían que habría que darles la píldora del día después. Al respecto, hubo otra discusión. Bueno, tómese la píldora si quiere, pero no maten a la guagua. Me parece injusto matar a los niños que están por nacer». En la misma sesión de la Cámara de Diputados, el diputado Bernardo Berger señaló como parte de su discusión: «Activaría a tiempo métodos de anticoncepción más inmediatos menos invasivos y menos perturbadores, los que están ya disponibles, como la píldora del día después, que se puede usar en los casos en que aún es efectiva». Finalmente el diputado Gustavo Hasbún sostuvo: «Cuando se habla de un embarazo que es consecuencia de una violación, surge la siguiente pregunta: ¿Para qué existe la pastilla del día después? Recordemos que en la Comisión de Salud se pidió formalmente a la ministra que para su venta se retirara la exigencia de receta médica, de modo que cualquier mujer pudiera acceder a la pastilla del día después. Entonces, si existe este mecanismo de prevención, ¿para qué queremos legalizar el aborto en caso de violación? ¿Para qué queremos abrir esa puerta?». Cámara de Diputados de la República de Chile, primer trámite constitucional, 16 de marzo, 2016.

³² En la sentencia del año 2008 la tesis de la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* desde la concepción recibió la adhesión de 5 de los 9 jueces del TC. Hubo dos ministros que en sus respectivos votos disidentes se opusieron a esta tesis y otros dos ministros que se abstuvieron de pronunciarse sobre ella por considerarlo innecesario para resolver el caso. El voto concurrente el ministro Venegas, quien suscribió la tesis de la titularidad del derecho a la vida desde la concepción, consideró que esa tesis era compatible con admitir

especialmente teniendo en cuenta la evolución legislativa que siguió al fallo, la posterior dictación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y la eventual aprobación de una ley de interrupción voluntaria del embarazo por tres causales.

También es necesario tener presente las diferencias relevantes que presenta la pregunta sobre la protección constitucional del embrión en los contextos de la anticoncepción de emergencia y de las TRA. El fallo sobre anticoncepción de emergencia buscaba proteger a embriones alojados dentro del cuerpo de una mujer, antes de su implantación en las paredes del útero. En el caso de las TRA, la pregunta alcanza al embrión in vitro, antes de su transferencia. Incluso partiendo del supuesto del TC de que el inicio de la protección constitucional de la vida se produce desde el momento de la unión entre el óvulo y el espermatozoide (lo que en el caso de la FIV se produce extracorpóreamente), es necesario tener en consideración que la intensidad de afectación de los derechos de la mujer no es equivalente en el caso de prohibir la ingesta de un fármaco que podría impedir la implantación que en el caso de la transferencia embrionaria forzada que se requeriría si se busca proteger al embrión in vitro a todo evento. En este último supuesto hay una invasión física no consentida en el cuerpo de la mujer.

Aunque no existe en la legislación penal chilena una norma que proteja explícitamente a la mujer frente a una transferencia de embriones fecundados in vitro³³, esta actuación podría caer bajo distintos tipos penales, dependiendo de sus circunstancias y consecuencias: amenazas condicionales³⁴, coacción³⁵ o lesiones³⁶. Para que la transferencia forzada de embriones fuera jurídicamente admisible, sería necesario argumentar que el interés constitucional de supervivencia del embrión in vitro tiene un peso tal que puede configurar una causa de justificación bajo, por ejemplo, la figura del estado de necesidad contemplado en el artículo 10 n.º 11 del Código Penal³⁷ o la del cumplimiento de un deber médico, amparándose en el artículo 10 n.º 10 del Código Penal³⁸. Un juicio de ponderación que atienda al peso específico que tienen los intereses en colisión bajo el derecho penal hace imposible que opere una causa de justificación, ya que mientras la transferencia forzada de un embrión in vitro a la mujer es un comportamiento *prima facie* punible, dejar morir al embrión

hipótesis de aborto legal bajo causales calificadas. Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008. Voto concurrente del ministro Mario Venegas, párrafo B.

³³ Sobre el tratamiento penal de la FIV, ver BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «La fecundación in vitro ante el Derecho penal chileno», en GÓMEZ DE LA TORRE, M., (dir.) y LEPIN MOLINA, C. (coord.), *Técnicas de reproducción humana: desafíos del siglo XXI - Una mirada transdisciplinaria*, Santiago, (Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Thomson Reuters), 2013, pp. 261-297.

³⁴ Código Penal. Chile. Artículos 296 n.º 1 y 2, 297.

³⁵ Código Penal. Chile. Artículo 494 n.º 16).

³⁶ Código Penal. Chile. Artículo 397 n.º 1, artículo 397 n.º 2, artículo 494 n.º 5.

³⁷ Código Penal. Chile. Artículo 10 n.º 11.

³⁸ Código Penal. Chile. Artículo 10 n.º 10.

in vitro es un comportamiento jurídico-penalmente irrelevante³⁹. Más aún, tanto en Chile como en el derecho comparado, el consentimiento sobre las intervenciones del cuerpo se entiende que es esencialmente revocable. En Chile esto es claro respecto de la autorización para trasplantes y para experimentación científica. De aplicarse el mismo criterio de revocabilidad del consentimiento respecto de la autorización dada para la transferencia futura de embriones, es evidente que no sería posible invocar una causal de justificación para autorizar una transferencia contraria a la manifestación de la voluntad posterior de la mujer de no recibir ese embrión⁴⁰.

2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fertilización in vitro) y su recepción en Chile*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) dictó el año 2012 una importante sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fertilización in vitro)*⁴¹ en la que condenó al Estado de Costa Rica por violar los derechos consagrados en los artículos 5.1 (integridad personal), 7 (libertad personal), 11.2 (vida privada y familiar, dignidad y honra) y 17.2 (derecho a contraer matrimonio y formar una familia) en relación al artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos sin discriminación) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), al haber la Corte Suprema de ese país impedido a los peticionarios, que eran personas infértiles, el acceso a tratamientos de FIV y con ello la posibilidad de ser madres y padres biológicos. La falta de acceso a la FIV se produjo luego de que la sala constitucional de la Corte Suprema declarara inconstitucional el decreto ejecutivo⁴² que autorizaba la práctica de la FIV por estimar que éste vulneraba el derecho a la vida consagrado en la constitución de Costa Rica y en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La sentencia de la CtIDH es importante porque es el primer (y hasta ahora el único) fallo de ese tribunal que se pronuncia directamente sobre la aplicación, respecto de embriones, del artículo 4.1 de la CADH, que reconoce el derecho a la vida «en general, desde el momento de la concepción». La CtIDH declaró que «concepción» alude al momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero y que, por lo tanto, el artículo 4.1 no es aplicable a los embriones antes de la implantación. La CtIDH agregó que el embrión no es persona bajo la CADH y que la protección que le reconoce el artículo 4.1 a los no nacidos a partir de la implantación es de carácter gradual o incremental y no tiene carácter absoluto.

³⁹ Para un mayor desarrollo de esta idea, ver BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. «La fecundación in vitro ante el Derecho penal chileno», ob cit.

⁴⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. «La fecundación in vitro ante el Derecho penal chileno», ob cit.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in Vitro)* vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

⁴² Decreto Ejecutivo n.º 24029-S del Ministerio de Salud, 3 de febrero de 1995.

La CtIDH rechazó el argumento del Estado denunciado que defendió la prohibición de la FIV señalando que Costa Rica había decidido dar una protección más amplia al derecho a la vida en el ámbito interno, en el legítimo ejercicio de su margen de apreciación. De acuerdo a la CtIDH la protección absoluta del derecho a la vida del embrión que pretendía Costa Rica es contraria al objeto y fin de la CADH que es la protección de todos los derechos humanos. El artículo 4.1 mediante la expresión «y en general», tiene como fin permitir excepciones a la protección de la vida prenatal de manera de no anular el goce y ejercicio de otros derechos reconocidos en la CADH.

La sentencia de la CtIDH tiene un impacto directo en los sistemas jurídicos de los estados que son parte de la CADH y que han reconocido la jerarquía suprallegal de los tratados internacionales de derechos humanos, o de los derechos humanos reconocidos en estos tratados. Como puede apreciarse, esta sentencia va a tener relevancia no solo en la regulación de las TRA, sino también en la regulación de la AE y de la interrupción voluntaria del embarazo en los países de América. Hasta hoy, un número significativo de congresos y tribunales de la región, incluido el TC chileno en su sentencia sobre AE del año 2008, han justificado la prohibición de la AE y la penalización estricta del aborto consentido con el mismo argumento que utilizó Costa Rica y que fue desestimado por la CtIDH en el caso de la FIV: en la protección absoluta del derecho a la vida desde el momento de la concepción, fundada en los textos constitucionales y también en una interpretación del artículo 4.1 de la CADH que es contraria a la sostenida por la CtIDH en el caso *Artavia Murillo*. A la luz de *Artavia Murillo*, esas decisiones nacionales son violatorias de derechos contemplados en la CADH y exponen a los Estados respectivos a responsabilidad internacional.

La sentencia de la CtIDH también tiene relevancia para el desarrollo del propio derecho internacional de los derechos humanos. Esta sentencia refuerza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en varios aspectos. En primer lugar, confirma la interpretación que el TEDH hace del contenido del derecho a la privacidad, al considerar que el respeto a la privacidad incluye el derecho de las personas a decidir tener hijos y, en su caso, a acceder a las técnicas necesarias para ser madres y padres biológicos⁴³. Y en segundo lugar, se alinea con la jurisprudencia europea al afirmar que no es posible defender el carácter absoluto del derecho a la vida del *nasciturus*. Lo que constituye una novedad de la sentencia de la CtIDH respecto de la jurisprudencia del TEDH, es que hace un pronunciamiento explícito al excluir al embrión preimplantacional de la protección de la vida bajo la CADH. Hasta ahora, el TEDH ha considerado que cae bajo el margen de apreciación de los Estados el definir cuándo empieza la vida humana y por lo tanto la aplicabilidad, respecto del embrión, del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Dickson v. the United Kingdom*. Application n.º 53924/00. Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Costa and Pavan v. Italy*. Application n.º 54270/10. Sentencia de 28 de agosto de 2012.

Humanos que reconoce el derecho a la vida⁴⁴. Es claro que esta protección no puede ser absoluta y anular, por ejemplo, los derechos de la mujer embarazada bajo la Convención. Sin embargo, el TEDH ha eludido hasta el momento dar una interpretación propia sobre la titularidad del embrión bajo el artículo 2 del Convenio Europeo, como sí lo hizo la CtIDH respecto del artículo 4.1 de la CADH, al descartar de plano que el embrión preimplantacional esté cubierto por la protección de esta norma. La CtIDH hizo una revisión de los textos y los trabajos preparatorios de declaraciones y tratados de derechos humanos tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Universal: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la CADH, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). La CtIDH concluyó que estas declaraciones y tratados no sustentan la afirmación de que el embrión pueda ser considerado persona bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque la CtIDH hizo esta afirmación para argumentar que una interpretación sistemática del artículo 4.1 de la CADH que tomara en cuenta los otros tratados y declaraciones relevantes no sustentaba la tesis de la personalidad que había defendido la Corte Suprema de Costa Rica, la interpretación que hizo la CtIDH de esos tratados ciertamente tiene otro efecto: establece un precedente significativo para la comprensión que los organismos internacionales, los Estados y los órganos de supervisión de los respectivos tratados puedan tener en el futuro de la situación del nasciturus bajo esos otros tratados.

El caso *Artavia Murillo* presenta muchos otros aspectos de interés que merecen ser mencionados.

Uno muy relevante es la lectura que hace la CtIDH del contenido de ciertos derechos clásicos reconocidos en la CADH. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, el derecho a la privacidad y el derecho a la integridad física y síquica, que son todos derechos civiles y políticos que en su origen e historia han estado asociados a la protección de intereses individuales de libertad o negativos y a garantías que dicen relación con el ámbito de lo público, son mirados bajo una nueva luz, cuando se trata de aplicarlos a experiencias vitales nuevas (o si no nuevas, solo consideradas jurídicamente relevantes desde hace poco tiempo). ¿Cómo debe entenderse el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en el ámbito de la vida familiar? ¿Qué exige el derecho a la privacidad en una situación en que los titulares del derecho están decidiendo si quieren acceder a la maternidad o paternidad biológica? En esta sentencia, la CtIDH hace un ejercicio interesante y arriesgado al responder estas preguntas que se vincula con el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas. El fallo es un ejemplo notable de derivación de derechos reproductivos a partir de una reinterpretación de derechos clásicos. También, el

⁴⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos. *Case of H. v. Norway*. Application n.º 17004/90. Decisión de 19 de mayo de 1992 sobre la admisibilidad; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Boso v. Italy*. Application n.º 50490/99. Decisión sobre admisibilidad de 5 de septiembre de 2002; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Vo v. France*. Application n.º 53924/00. Sentencia de 8 de julio de 2004.

fallo muestra un razonamiento comprometido con la tesis de la interrelación de los derechos humanos. Por ejemplo, en el análisis que la CtIDH hace del derecho a la privacidad, la Corte relaciona el derecho a la privacidad con el derecho a la autonomía, con el derecho a acceso a servicios de salud reproductiva, con la protección de la integridad física y síquica (que considera a su vez directamente vinculados con el derecho a la salud), con el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos y el derecho a acceder a la información, educación y los medios para ejercer este derecho, y con el derecho al goce de los beneficios del progreso científico. Algunos de estos derechos, como el de la salud, el derecho al goce de los beneficios del progreso científico y el derecho a decidir el número de hijos están reconocidos en tratados distintos a la CADH, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador o la CEDAW, pero la Corte los «incorpora» bajo el contenido del derecho a la privacidad que sí está reconocido en la CADH.

A estas dos aproximaciones, la de reinterpretación del contenido de los derechos clásicos a la luz de nuevas experiencias vitales y la de una comprensión interrelacionada de los derechos, la CtIDH agrega un uso intensivo de la interpretación sistemática. El criterio de interpretación sistemática está contemplado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 31⁴⁵. La CtIDH hizo énfasis en que este criterio implica que para interpretar una norma de un tratado se toman también en cuenta no solo los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este, sino también «el sistema dentro del cual se inscribe». Sin embargo, como lo demuestra el voto de minoría, puede haber controversia sobre qué debe entenderse por «el sistema dentro del cual se inscribe». La CtIDH aplicó un concepto amplio y entendió sistema como el sistema internacional de los derechos humanos. Con ello, en la interpretación que hizo de los artículos de la CADH y específicamente del derecho a la vida, aplicó estándares jurisprudenciales elaborados por el TEDH, por ejemplo. Ese es un paso que se critica a la Corte por parte de autores que creen que la CADH se diferencia de la CEDH precisamente por darle una protección mayor al nasciturus. La

⁴⁵ El artículo 31 de la Convención de Viena Sobre Interpretación de Tratados señala, Regla general de interpretación

1.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3.- Juntamente, con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4.- Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

aplicación del criterio sistemático debiera, a juicio de estos autores, reconocer la singularidad del «sistema» interamericano y por lo tanto atenerse a este⁴⁶.

Los criterios que usó la CtIDH, de reinterpretación del contenido de los derechos clásicos a la luz de nuevas circunstancias y contextos, de interrelación de derechos contenidos en distintas fuentes jurídicas y de interpretación sistemática, resultan en lo que la CtIDH llama una interpretación evolutiva de las normas de la CADH. Ciertamente uno de los aspectos más interesantes de esta sentencia es la discusión que puede generar sobre la pertinencia, legitimidad, límites y proyecciones que tiene el uso de la interpretación evolutiva en el derecho internacional de los derechos humanos.

Otro aspecto de relevancia que plantea la sentencia de la CtIDH sobre la FIV dice relación con la doctrina del margen de apreciación, a que los representantes del Estado y algunas organizaciones que presentaron *amicus curiae* en apoyo a la posición del Estado, dieron gran importancia en sus argumentaciones. La doctrina del margen de apreciación implica que, en materias de derechos humanos en que no exista un consenso entre los Estados Parte del respectivo sistema de derechos, la Corte correspondiente debe reconocer que los Estados gozan de un «margen de apreciación» y deferir las decisiones a los propios Estados. Por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos y, posteriormente, el TEDH consideraron que no había un consenso entre los Estados Parte de la CEDH sobre si el nasciturus caía bajo la protección del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 de la CEDH y, por lo tanto, dijo que caía bajo el margen de apreciación de cada uno de los Estados decidir si consideraban o no al nasciturus protegido bajo esa disposición⁴⁷. En el caso Artavia Murillo, los representantes del Estado arguyeron que, considerando que entre los Estados Parte de la CADH había distintas posiciones respecto del grado de protección que se debía a la vida prenatal, debía reconocerse a Costa Rica un margen de apreciación para que éste pudiera otorgar una protección amplia al nasciturus, desde el momento de la concepción. La CtIDH decidió no pronunciarse directamente sobre la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, que hasta el momento no ha acogido explícitamente en su jurisprudencia, pero dejó claro que la protección absoluta que

⁴⁶ El voto disidente del Juez Eduardo Vío en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica ante la CtIDH de fecha 28 de noviembre 2012, argumenta en contra de la interpretación de la Corte del art 31 inciso 3 de la Convención de Viena Sobre Derechos de Los Tratados en los siguientes términos: «Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de esta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de esta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación. Y en lo atinente a las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados Partes, es evidente que ellas no son “*pertinentes*” al caso, tal como lo mandata el artículo 31.4 de la Convención de Viena». Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto disidente Juez Eduardo Vío, sentencia Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, pp. 16.

⁴⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos. Case of H. v. Norway. Application n.º 17004/90. Decisión de 19 de mayo de 1992 sobre la admisibilidad. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Boso v. Italy. Application n.º 50490/99. Decisión sobre admisibilidad de 5 de septiembre de 2002.

Costa Rica pretendía dar al nasciturus excedería cualquier margen de apreciación porque implicaba la anulación de otros derechos contemplados en la CADH. Esta respuesta de la CtIDH es análoga a la adoptada primero por la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando esta existía, y luego por el TEDH, que reiteradamente ha señalado que la doctrina del margen de apreciación tiene límites y que, específicamente en el tema de la protección de la vida del nasciturus, esta protección no puede ser absoluta porque anularía otros derechos humanos de la mujer embarazada⁴⁸.

Otro tema que creo que merece mención es la importancia que adquiere en el caso Artavia Murillo la forma en que la CtIDH decide formular cuál es la pregunta que debe responder y que determina toda la estructura del razonamiento de la sentencia. En este caso, fueron personas que no pudieron acceder a la FIV quienes demandaron al Estado por la violación de sus derechos (a la privacidad, integridad personal, etc.). La pregunta que debió responder la Corte fue si la restricción a estos derechos impuesta por la Corte Suprema de Costa Rica al prohibir la FIV es una restricción legítima bajo la CADH. Los términos textuales en que la CtIDH la fórmula es la siguiente: «Si la sentencia de la Sala Constitucional (de la Corte Suprema) generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas»⁴⁹. Esta forma de enmarcar el conflicto, que a mi juicio es la correcta, visibiliza necesariamente los derechos de los peticionarios y deja en un plano más discreto el derecho a la vida del embrión invocado por el Estado y que ocupa, en este esquema argumentativo, el papel menor de proveer de una justificación a la restricción impuesta por Costa Rica. En palabras del juez Vio, que presentó el único voto de minoría de la sentencia, «el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia (sic), sino a la inversa». A juicio del disidente lo que la CtIDH debió haber hecho era «determinar, a la luz de lo previsto en la Convención si la citada Resolución (de la Corte Suprema) es internacionalmente lícita, o por el contrario ilícita (contrastando) dicho acto estatal con la obligación internacional aducida como su justificación, es decir, el artículo 4.1 y solo una vez dilucidada esa cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los (artículos aludidos por las víctimas como violados). De esta manera, entonces, resultaba más lo lógico (sic) que la Sentencia en comento hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del artículo 4.1 y no como lo hace». Esta controversia entre los jueces no es solo una discusión sobre técnica jurídica. Lo que en realidad la hace interesante es que muestra cómo la visibilización de derechos de autonomía y derechos reproductivos (impuesta en este caso por una razón puramente procesal) en contextos en que estos derechos entran en

⁴⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos. X. v. United Kingdom. Application n.º 8416/79. Decisión de 13 de mayo de 1980 sobre la admisibilidad. Comisión Europea de Derechos Humanos. Case of H. v. Norway. Application n.º 17004/90. Decisión de 19 de mayo de 1992 sobre la admisibilidad. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Boso v. Italy. Application n.º 50490/99. Decisión sobre admisibilidad de 5 de septiembre de 2002. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Vo v. France. Application n.º 53924/00. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 80. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of A, B and C v. Ireland. Application n.º 25579/05. Sentencia de 16 de diciembre de 2010.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, 28 de noviembre 2012, párrafo 171.

conflicto con la vida del nasciturus produce una especie de quiebre cognitivo para juristas que están acostumbrados (como estamos en América Latina) a que los debates sobre técnicas de reproducción asistida, así como los referidos a anticoncepción de emergencia y a aborto se centren exclusivamente en los intereses del embrión. Hay una especie de percepción de que la CtIDH fue rupturista en plantear la cuestión a decidir del modo en que lo hizo, cuando en realidad lo único que sucedió fue que la presentación de esta denuncia ante la CtIDH por parte de los peticionarios permitió que se formulara una pregunta que normalmente se omite en este tipo de debates: ¿cuáles son los costos que tiene, en términos de restricciones de derechos de otros titulares, la protección de la vida prenatal?

¿Cómo ponderó la CtIDH los derechos e intereses involucrados en este caso? Comparó la severidad de la interferencia negativa en los derechos de las víctimas con el impacto positivo que la prohibición de la FIV produce en términos de protección de la vida del embrión. Su conclusión fue que los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada, acceso a servicios de salud reproductiva y derecho a fundar una familia fueron afectados en forma severa, porque en la práctica fueron anulados para aquellas personas cuyo único tratamiento posible es la FIV para poder tener hijos biológicos. En contraste, la CtIDH consideró que el impacto positivo de la prohibición de la FIV en términos de protección del embrión fue leve porque la pérdida embrionaria es inherente al proceso de embarazo natural y al embarazo logrado gracias a la inseminación artificial (método sí autorizado bajo la legislación de Costa Rica) y por lo tanto la protección del embrión que pueda lograrse mediante la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado. La CtIDH concluyó que dar protección absoluta al embrión en este escenario resultaba desproporcionado y producía efectos discriminatorios respecto de aquellas personas que recibían el mayor impacto de la medida.

Un asunto sobre el que quiero llamar la atención a propósito de este punto es cómo la CtIDH hace equivalente la pérdida de embriones que se produce en el curso de una fecundación no asistida por técnicas médicas con la pérdida de embriones que se produce en la fecundación in vitro, que implica una manipulación humana de los gametos y del embrión. El Estado había alegado que no podían equipararse estas dos situaciones porque en el primer caso la pérdida era inevitable y en el segundo derivaba de riesgos creados por los médicos ya sea por aplicar una técnica esencialmente riesgosa o por incompetencia humana en su aplicación. Esta discusión sobre la creación de riesgos y su relevancia en la argumentación jurídica sobre la protección de derechos fundamentales es, ciertamente, alucinante. En términos jurídicos se traduce en la pregunta sobre qué tipo de creación de riesgos pasa a ser una violación a la obligación de respetar y garantizar el derecho la vida del embrión (suponiendo que se le reconoce este derecho). Esta es precisamente la pregunta que el TC chileno respondió en el fallo sobre anticoncepción de emergencia, de un modo categórico y sin aplicar ningún criterio de proporcionalidad, al afirmar que la obligación de protección al embrión incluía la de protegerlo de cualquier riesgo de muerte, incluso cuando la existencia y la probabilidad del riesgo no estaba comprobada, en la medida que el eventual riesgo tam-

poco pudiera descartarse. Como señala Bascuñán Rodríguez, el estándar de cuidado debido que impone el TC en su sentencia, que implica afirmar que el derecho chileno establece una prohibición constitucional de toda regla legal o reglamentaria que autorice cualquier riesgo, es inverosímil, porque pretende otorgar al embrión preimplantacional una protección de la que no gozan el feto anidado ni mucho menos las personas nacidas⁵⁰.

La CtIDH aplicó un juicio de proporcionalidad en el contexto de la FIV al ponderar los derechos de los peticionarios y el interés de proteger la vida del embrión. Pero además, definió un estándar realista del riesgo permitido en el contexto de la regulación de las TRA. Su respuesta fue que «[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida] es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona pueda expresarse al nacer (...)»⁵¹.

En Chile no hemos tenido la ocasión de confirmar cómo será la recepción jurisprudencial de la sentencia Artavia Murillo porque no ha habido sentencias referidas a FIV ni fallos posteriores al año 2012 sobre AE o aborto. Sin embargo, ha habido una fuerte y articulada resistencia de la academia jurídica conservadora a la sentencia de la CtIDH⁵². Esa resistencia se suma a un debate más amplio y no resuelto en Chile sobre cómo se entienden los términos de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, bajo el artículo 5 inciso segundo de la constitución chilena. Ese inciso fue reformado el año 1989 durante el proceso de transición a la democracia⁵³. Su texto original establecía que «[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana». Luego de la reforma se le agregó a ese texto la siguiente oración: «[e]s 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». Para parte de la doctrina, la reforma

⁵⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. «La fecundación in vitro ante el Derecho penal chileno», ob. cit.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, sentencia 28 de noviembre 2012, pp. 98 considerando 311. La CtIDH hizo suya la respuesta a esta pregunta que propuso uno de los peritos en el caso, el doctor Fernando Zegers.

⁵² HENRÍQUEZ HERRERA, I. «El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial» en *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 32, 2015, pp. 33-51. Disponible en: <<http://derecho-scl.udd.cl/actualidadjuridica/files/2016/01/32-tema-central-El-caso-Artavia.pdf>> [Consultado el 8/4/17]; SILVA IRARRÁZABAL, L. «La protección de la vida humana entre paréntesis» en *Anuario Derecho Público UDP*, 2013, pp. 383-397. Disponible en <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/016_Silva.pdf> [Consultado el 8/4/17]; SILVA ABBOT, M. «El caso Artavia Murillo vs Costa Rica: análisis crítico y posibles efectos regionales», *Revista Derecho Público Iberoamericano*, núm. 6, 2015, pp 13-61; PAÚL DÍAZ, A. «La corte interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia», en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, vol. 2, 2013, pp. 303-345.

⁵³ Ley de Reforma Constitucional Número 18.825, artículo único número 1.

significó elevar el rango de los tratados internacionales de derechos humanos a jerarquía constitucional. Otra parte de la doctrina afirma que la reforma no alteró la jerarquía infraconstitucional de los tratados. Afirman que, de ser ese el caso, se estaría incorporando solo por vía de interpretación, un mecanismo alternativo de reforma constitucional y, además, que dejaría de ser operativa la norma constitucional que contempla el control constitucional de las normas de tratados internacionales. Consideran que si un tratado internacional de derechos humanos contiene disposiciones contrarias a la Constitución, sería necesario reformar la Constitución para cumplir con las obligaciones internacionales del Estado⁵⁴. Por último, hay quienes sostienen que son los derechos sustantivos contenidos en los tratados los que se incorporan a la Constitución formando un «bloque de constitucionalidad» con los derechos constitucionales, lo que obliga a interpretarlos conjuntamente como un todo⁵⁵. En la práctica se observa un uso creciente del derecho internacional de los derechos humanos como parámetros sustantivos de constitucionalidad por parte de los tribunales, pero se mantiene abierta la posibilidad de que en temas controvertidos como las TRA o el aborto, se dicten decisiones judiciales que se alejen de esa tendencia.

De todas formas, es claro que la CtIDH en Artavia Murillo desautoriza la interpretación que el Tribunal Constitucional chileno hizo del artículo 4.1 de la CADH, tanto al aclarar que el embrión no es persona bajo esa convención, como al negar que la protección de la vida prenatal deba tener una precedencia categórica sobre los derechos de la mujer a decidir sobre si quiere ser madre. Si en un futuro caso referido a TRA el Tribunal Constitucional mantuviera su postura en dos estos temas, incurriría en responsabilidad internacional por infracción de las normas de la CADH.

IV. UNA OPINIÓN ACADÉMICA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS TRA EN CHILE

Mi opinión es que debe entenderse que el derecho a tener hijos es una manifestación del derecho a la autonomía personal o del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho al libre e igualitario acceso a las acciones de salud⁵⁶ y al más alto nivel posible de

⁵⁴ Esta fue la tesis que adoptó el Tribunal Constitucional cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 346, de 8 de abril de 2002. Disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=274> > [Consultado el 8/4/17].

⁵⁵ Para una muestra de las distintas posiciones doctrinarias en esta materia, se puede consultar FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO. *Los Tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*, Santiago, (Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile y LOM Ediciones), 2001. Para opiniones de autores sobre el efecto de la reforma constitucional del año 2005 en este tema específico, ver: VARIOS AUTORES. *Panel de discusión sobre tratados internacionales ante la reforma constitucional de 2005*. *Revista de Derecho Público*, vol. 69, núm. 1, 2007, pp. 489-528.

⁵⁶ Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 9.

salud física y mental⁵⁷, y con el derecho a beneficiarse del progreso científico⁵⁸, el derecho a formar una familia⁵⁹, a la protección de ésta y asistencia en su constitución⁶⁰. Complementariamente, la actuación de los médicos que practican las TRA está constitucionalmente protegida por el derecho a la libertad de trabajo⁶¹ y a la libre actividad económica⁶².

Chile no tiene una cláusula expresa de autonomía personal o libre desarrollo de la personalidad, por lo que es necesario adscribir este derecho a alguna de las disposiciones de derechos fundamentales de la Constitución. Esta adscripción presenta dificultades. Después de décadas de vigencia de la Constitución y cuando ya estamos embarcados en un proceso de cambio constitucional, la pregunta sobre cuál disposición o cuáles disposiciones de la Constitución debiera entenderse que incluye(n) el derecho a la autonomía personal no tiene una respuesta evidente, lo que ha redundado en una invisibilización de los intereses de autonomía personal especialmente de personas en situación de vulnerabilidad o pertenecientes a grupos discriminados. Es notable, que luego de casi 40 años de vigencia de la actual Constitución, no exista claridad dogmática sobre el estatus de la autonomía personal como derecho fundamental. Como señalaron cuatro ministros del TC en una sentencia que recayó sobre la solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que restringe el matrimonio a parejas heterosexuales, «no es razonable la inexistencia de una norma constitucional que garantice la autodeterminación personal que sostiene todo el andamiaje de libertades personales y públicas»⁶³.

Otros países han desarrollado jurisprudencialmente la tesis de que el derecho a la privacidad incorpora intereses de autonomía. Ese es el camino que ha adoptado, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos⁶⁴. En el derecho internacional, lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto del artículo 8 y ha sido la vía por la cual se ha reconocido el derecho a tener hijos mediante el acceso a técnicas de reproducción asistida⁶⁵. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adscrito derechos

⁵⁷ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12.1.

⁵⁸ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 15.1.b

⁵⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 17.2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 23.2.

⁶⁰ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10.1

⁶¹ Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 16.

⁶² Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 21.

⁶³ Voto de ministros Fernández Fredes, Carmona, Viera Gallo y García en Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol N.º 1881-10-INA, de 3 de noviembre de 2011, parr. 31.

⁶⁴ Corte Suprema. Estados Unidos de América, Griswold et al. v. Connecticut, Sentencia de 7 de junio de 1965, 381 U.S. 479; Corte Suprema. Estados Unidos De América. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey. Sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992).

⁶⁵ Ob. cit., nota 43.

de autonomía sexual⁶⁶ y de autonomía reproductiva, entre otros, al artículo 11.2 de la CADH que reconoce el derecho a la privacidad⁶⁷.

Sin embargo, en Chile ese desarrollo jurisprudencial del derecho a la privacidad en su vertiente de autonomía no se ha dado sino en forma muy incipiente⁶⁸. El camino de ampliación interpretativa de la cláusula sobre privacidad del artículo 19 n.º 4⁶⁹ de la Constitución es posible, especialmente si se quisiera hacer una interpretación armónica con la jurisprudencia de la CtIDH, pero presenta dificultades porque ya está muy arraigada en la jurisprudencia una concepción de vida privada que no incluye intereses de autonomía⁷⁰.

Está también abierta la posibilidad de interpretar la cláusula de la libertad personal contenida en el actual artículo 19 n.º 7 de la Constitución en términos de autonomía⁷¹. El contenido de esta cláusula se ha entendido durante toda nuestra historia constitucional como libertad ambulatoria, es decir, libertad para entrar y salir del país y circular dentro de este, por lo que es necesario hacer una argumentación persuasiva para ampliar la comprensión de este derecho para que también incorpore intereses de autonomía. Esta argumentación debiera sustentarse en la necesidad de armonizar nuestras concepciones de libertad personal con las contenidas en la jurisprudencia de la CtIDH. La Corte, además de adscribir el derecho a la autonomía a la cláusula de la privacidad, interpreta en forma amplia la cláusula de libertad personal contenida en el artículo 7 de la CADH incluyendo intereses de autonomía personal⁷². Esta es una posibilidad en Chile, pero no ha concitado hasta ahora el apoyo de la mayoría de los miembros del TC, los que en la sentencia recaída sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo del Código Penal que tipifica el delito de sodomía, votaron atribuyendo un contenido restringido al artículo 19 N°7 de la Constitución, considerando que solo abarca la libertad ambulatoria, agregando que esta comprensión de la libertad personal marca «una diferencia con otros ordenamientos constitucionales del mundo»⁷³.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo vs Chile*, sentencia 24 de febrero 2012.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica*, sentencia 28 de noviembre 2012. Corte Interamericana De Derechos Humanos, *I.V vs Bolivia*, sentencia 30 de noviembre 2016.

⁶⁸ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., *Privacidad*, Santiago (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.

⁶⁹ Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 4.

⁷⁰ Ob. cit., nota 69. Véase también UNDURRAGA VALDÉS, V. «La privacidad como bien jurídico», en VARAS BRAUN, J.A. y TURNER SAELZER, S. (coords.), *Estudios de derecho civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia (Lexis Nexis), 2005, pp. 509-530.

⁷¹ Constitución Política. Chile. Artículo 19 n.º 7, que señala: «La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual».

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica*, sentencia 28 de noviembre 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V vs Bolivia*, sentencia 30 de noviembre 2016.

⁷³ Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 1683-10, 4 de enero 2011, pp. 44, considerando 48.

También hay intentos por sustentar la autonomía personal en el reconocimiento constitucional a la dignidad humana y en el mandato que el Estado tiene de crear las condiciones sociales que permitan a las personas su mayor realización espiritual y material posible⁷⁴. El TC ha declarado que el libre desarrollo de la personalidad constituye «una expresión de la dignidad de toda persona, y que la dignidad se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1.º de la Carta Fundamental»⁷⁵. Aunque el TC no ha elaborado sobre el efecto normativo de esta afirmación ni ha establecido criterios para resolver sobre la legitimidad de las restricciones a la autonomía personal, en el futuro –si mantuviéramos esta constitución o la nueva no innovara en esta materia– podría haber un reconocimiento más claro a un derecho a la autonomía personal o al libre desarrollo de la personalidad como un derecho implícito en la Constitución a partir de la interpretación de esta disposición.

Yo personalmente creo que la actual constitución, especialmente a la luz de la jurisprudencia de la CtIDH requiere una interpretación amplia que incluya del derecho a la autonomía como un derecho adscrito a los derechos a la libertad personal, a la privacidad y a la cláusula de dignidad que contiene el mandato para que el Estado cree las condiciones para la realización personal. Además creo que debe entenderse que las libertades específicas que la Constitución sí reconoce (como la libertad de expresión o libertad de conciencia, entre otras) son manifestaciones de un derecho de libertad general y que por lo tanto este último derecho, debe entenderse implícitamente incorporado en la carta de derechos de la constitución, como libertad negativa y como autodeterminación. Bajo esta propuesta interpretativa, el derecho a la autonomía incluiría el derecho a tener un hijo como un derecho individual de libertad protegido *prima facie* por la Constitución.

El derecho a tener un hijo debe entenderse como un derecho individual. No solo porque la regla general de los derechos constitucionales es que tengan un titular individual, sino porque si se considerara que es un derecho de la pareja, se le estaría dando demasiado poder a uno de los miembros de la pareja sobre la autonomía corporal y la posibilidad de desarrollar los planes de vida de la otra persona. Una persona que se encuentra en pareja puede negarse a colaborar en el proyecto de tener un hijo en conjunto (eso es parte de su derecho a la autonomía reproductiva negativa que él o ella tiene), pero no puede impedirle a la otra persona tener un hijo sin esa colaboración. Me parece además que exigir el requisito de estar en pareja solo a quienes utilizan TRA, sería una discriminación arbitraria frente a las personas solas que tienen hijos sin la ayuda de estas técnicas o adoptan siendo solteros. Por la misma razón, sería inconstitucional restringir el acceso a las TRA a personas heterosexuales.

Afirmo que el derecho constitucional a tener un hijo está protegido *prima facie* por la Constitución porque, como todos los derechos, es susceptible de ser limitado para dar protección a otros derechos individuales y a objetivos legítimos de carácter general, aplicando criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que aseguren la legitimidad

⁷⁴ El artículo 1 en su inciso primero de la Constitución Política de Chile señala, «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

⁷⁵ Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 1687-10-INA, de 1 de julio de 2010, considerando 51.

de las eventuales limitaciones. En principio, son consideraciones válidas para regular y, si corresponde, limitar el derecho a tener un hijo mediante TRA, el deber constitucional de proteger la vida prenatal establecido en el artículo 19 n.º1 inciso 2 de la Constitución, el bienestar y salud de los niños que van a nacer por medio de estas técnicas y su derecho a la nacionalidad y la identidad y el derecho a formar una familia en condiciones de seguridad para las mujeres o parejas que acceden a estas técnicas. Asimismo, es necesario destacar como consideradores que deben estar presentes al legislar sobre estas técnicas, la dignidad, igualdad, la integridad física y síquica, la salud y la propia autonomía tanto reproductiva como de otro tipo, de las mujeres que pueden verse afectadas por la desregulación de las prácticas de TRA.

Partiéndose de la premisa de que el derecho a tener un hijo mediante TRA es un ejercicio de la libertad positiva de las personas, tanto el establecimiento de condiciones y garantías para el ejercicio de esta libertad como las limitaciones a la autonomía reproductiva en ese caso se hacen efectivas mediante la regulación de las TRA. Le corresponde en primer lugar al legislador, al momento de discutir un proyecto de ley sobre TRA, interpretar y aplicar la Constitución haciendo una ponderación entre los intereses jurídicos que confluyen en relación a las TRA y que pueden encontrarse en colisión. Excede el ámbito de trabajo proponer los términos específicos en que el legislador debiera decidir. Sin embargo, algo puede adelantarse a este respecto.

Existen prácticas que bajo nuestra Constitución actual y atendiendo a la jurisprudencia de la CtIDH en *Artavia Murillo* que, a mi juicio, necesariamente constituirían una violación de normas de derechos fundamentales. Entre ellas están prohibir o establecer cargas desproporcionadas para el acceso a las TRA, limitar el acceso de las técnicas solo a parejas casadas y convivientes heterosexuales, la selección de embriones solo por razón de sexo y la selección de embriones basadas en características que tengan una connotación de preferencia por rasgos que impliquen un juicio de superioridad racial o de otro tipo. También incluiría en este grupo las regulaciones que tengan por efecto que los niños y niñas concebidos mediante TRA queden sin filiación o nacionalidad y aquellas que les impidan conocer sus orígenes.

Algunas obligaciones positivas que me parece que tienen sustento constitucional y que se visibilizarían en el ejercicio de ponderación de intereses que haga el legislador, incluyen el establecimiento de exigencias a los centros que aplican TRA para que aseguren las mejores condiciones posibles para permitir el éxito de las intervenciones, que además el tratamiento de los embriones revele una actitud de respeto respecto de ellos y que se tomen medidas para evitar la pérdida o la acumulación injustificada de embriones criopreservados. Asimismo, estas obligaciones positivas incluyen el establecimiento de requisitos (no discriminatorios) que den garantías básicas de que la persona o pareja que se somete a TRA está en condiciones de entregar al niño o niña que nace como resultado de las TRA un contexto de bienestar en su crianza (el estándar debiera ser equivalente al que se pide para los casos de adopción), la exigencia a que las TRA que se autoricen legalmente tengan un grado de seguridad y eficacia equivalente a otros tratamientos médicos, para la mujer o pareja que se

someta a ellas y para los niños/as que nazcan, y el establecimiento de límites a condiciones contractuales abusivas o que se expliquen por coerción, explotación o necesidad extrema. Me parece que en el caso de la subrogación, de aceptarse su práctica, el Estado está especialmente obligado a regular los requisitos para evitar estas consecuencias.

Por último, hay ciertas materias respecto de las cuales la Constitución no da una guía sobre el camino a seguir. Se trata de temas que son discutibles, particularmente porque no es fácil encontrar evidencia respecto de los daños y de los beneficios asociados a algunas prácticas y su vinculación con los intereses que protegemos como intereses fundamentales. Esos casos en que hay legítimas diferencias de opinión, deben quedar entregados a la decisión del legislador y del ente regulatorio especializado. Ejemplos de estos casos son la autorización de la subrogación comercial, fecundación post mortem, autorización de comercialización de gametos (en oposición a que tengan que ser donados), los grados y propósitos para los que pueda autorizarse la investigación en embriones y –dentro de un margen que excluya propósitos discriminatorios o eugenésicos– la determinación de los casos en que se va a aceptar el diagnóstico pre-implantacional.

También creo que, al menos bajo nuestra constitución actual, queda entregada al legislador, y me parece bien que sea así, la decisión sobre qué TRA financiar. Es evidente que el acceso al financiamiento estatal aumenta las opciones de las personas que buscan tener un hijo mediante TRA y eso en principio es una razón para financiarlas, pero el Estado debe tener en cuenta criterios de costo-efectividad, otras demandas de salud de la población que tiene que costear con recursos escasos, la seguridad de las prácticas, criterios de desigualdad, entre otros. Por otra parte, el Estado también debe tener en cuenta, al tomar decisiones sobre financiamiento, las consecuencias que puede tener su decisión, por ejemplo, en que las mujeres o parejas opten por tratamientos más peligrosos (implantación de varios embriones, exceso de ciclos de estimulación hormonal, etc.). En esta materia, la exigencia que se le puede pedir al Estado es que de razones suficientes para su decisión de no financiar o financiar parcial o totalmente las demandas de la población por TRA.

Para concluir, creo que lo que no hay que perder de vista en esta materia es que el garantizar la autonomía reproductiva de las mujeres y hombres, muchas veces exige regular las condiciones en que se practican las TRA. La absoluta desregulación no supone libertad para las personas necesariamente; implica que el poder se ha trasladado desde el Estado hacia la profesión médica, el mercado o a personas o grupos socialmente más poderosos frente a personas que están en mayor vulnerabilidad económica. Por otra parte, hay que evitar paternalismos infundados y no suponer, por ejemplo, que toda mujer que acepta ser gestante por subrogación lo hace bajo condiciones de opresión. La garantía de la autonomía reproductiva de las personas (en el caso de las TRA, de las mujeres, especialmente) debe ser un objetivo central de la regulación, en conjunto con la protección de la vida prenatal compatible con el respeto a esa autonomía, la garantía de cumplimiento de los principios de no discriminación, de bienestar de los niños y niñas y de la valoración de la diversidad e individualidad humana. Esos intereses y principios deben verse reflejados en la legislación

y reglamentación infralegal de las prácticas y en el tipo de institucionalidad encargada de proponer y producir esa normativa y de monitorear y fiscalizar su aplicación. Es muy importante que haya una multiplicidad de voces representadas en estas instituciones, porque debe existir un adecuado equilibrio en la visibilización de intereses de las/os usuarios, los niños/as, las organizaciones que trabajan en temas de derechos humanos vinculados a la igualdad y diversidad, además de las voces de la profesión y los investigadores.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros, artículos y obras colectivas

ACCATINO SCAGLIOTTI, D, BORDALÍ SALAMANCA, A, MARSHALL BARBERÁN, P, «Sentencia sobre la inconstitucionalidad del decreto supremo n.º 48 del ministerio de salud en la parte que autoriza la distribución de la píldora del día después en el sistema de salud (tribunal constitucional)», en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 21, núm. 1, 2018 Valdivia, Chile, pp. 155-170, Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000100007&script=sci_arttext> [Consultado el 8/4/17];

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «La fecundación in vitro ante el Derecho penal chileno», en *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Santiago (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2013, pp. 261-262.

CORRAL TALCIANI, H., «Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, 1992, pp. 439-460.

DEVOTO C, L., «Problemas de justicia distributiva en el acceso a la medicina reproductiva: Programa Nacional de Fertilización In Vitro MINSAL/FONASA del IDIMI», *Ponencia pronunciada en el Seminario Académico 2012 Los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida*, Observatorio de bioética y derecho de la Universidad del Desarrollo. Disponible en <<http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2012/08/INFORME-SEMINARIO-REPRODUCCI%C3%93N-HUMANA-ASISTIDA-2012.pdf>> [Consultado el 8/4/17].

ESPADA MALLORQUÍN, S., «Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación», *Revista IUS online*, vol. 11 núm. 39, 2017. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100004&lng=es&nrn=iso>. [Consultado el 8/4/17].

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., *Privacidad*, Santiago (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., «Comentario relativo a la sentencia del tribunal constitucional referida a la píldora del día después del 2008», en *Anuario de derecho público UDP*, 1ª ed., Santiago (Ediciones Universidad Diego Portales), 2010, pp. 144-162. Disponible en: <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/09_Figueroa.pdf> [Consultado el 8/4/17].

FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO, «Los Tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional», Santiago (Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile y LOM Ediciones), 2001.

HENRÍQUEZ HERRERA, I. «El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial» en *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 32, julio 2015, Chile, Universidad del Desarrollo, pp 33-51. Disponible en: <<http://derecho-scl.udd.cl/actualidadjuridica/files/2016/01/32-tema-central-El-caso-Artavia.pdf>> [Consultado el 8/4/17].

HENRÍQUEZ HERRERA, I., «Análisis jurídico y propuestas normativas sobre criopreservación de embriones y diagnóstico genético preimplantacional». *Ponencia pronunciada en el Seminario Académico 2012 Los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida*, Observatorio de bioética y derecho de la Universidad del Desarrollo. Disponible en <<http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2012/08/INFORME-SEMINARIO-REPRODUCI%C3%93N-HUMANA-ASISTIDA-2012.pdf>> [Consultado el 8/4/17].

INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MONITORING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (ICMART) Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el Traducción al español Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. 2010. Disponible en <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/>. [Consultado el 8/4/2017].

PAÚL DIAZ, A. «La corte interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia», *Revista Derecho Público Iberoamericano*, vol. 2, 2013, pp. 303-345.

RAMOS VERGARA, P., ARENAS MASSA, Á. y SANTOS ALCANTARA, M., «La persona y su dignidad al inicio de la vida: el concebido por técnicas de fertilización in vitro en Chile». *Acta bioeth online*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 169-179. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000200004&lng=es&nrm=iso>. [Consultado el 8/4/17];

- SILVA ABBOT, M. «El caso Artavia Murillo vs Costa Rica: análisis crítico y posibles efectos regionales», *Revista Derecho Público Iberoamericano*, núm. 6, 2015, pp. 13-61.
- SILVA IRARRÁZABAL, L. «La protección de la vida humana entre paréntesis», en *Anuario Derecho Público UDP*, 2013, pp. 383-397. Disponible en <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/016_Silva.pdf> [Consultado el 8/4/17].
- SOCIEDAD CHILENA DE MEDICINA REPRODUCTIVA (SOCMER), «20 años de Reproducción Asistida. Registro Chileno de Reproducción Asistida 1990-2009» Disponible en <<http://www.socmer.org/uploads/registro-chileno-1990-2009.pdf>>. [Consultado el 8/4/17].
- UGARTE GODOY, J.J., «El derecho a la vida y la constitución», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 3. 2006, pp. 509 – 527.
- UNDURRAGA VALDÉS, V., «La privacidad como bien jurídico», en VARAS BRAUN, J.A. y TURNER SAELZER, S. (coords.), *Estudios de derecho civil: Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia (Lexis Nexis), 2005, pp. 509–530.
- VARIOS AUTORES. «Panel de discusión sobre tratados internacionales ante la reforma constitucional de 2005», *Revista de Derecho Público*, vol. 69, núm. 1, 2007, pp. 489-528.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F., CROSBY, J.A. y SALAS, S.P., «Fundamentos bio-médicos y éticos de la criopreservación de embriones», En *Rev. Med. Chile*, vol. 142, 2014, pp. 896-902.

2. Cuerpos normativos y leyes

Código Penal. Chile.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados.

Constitución Política. Chile.

Decreto Ejecutivo Ministerio de Salud n.º 24029-S, 3 de febrero de 1995.

Ley de Reforma Constitucional 18.825.

Ley n.º 20.418. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de enero de 2010.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Resolución Exenta del Ministerio de Salud n.º 1072, 28 de junio de 1985.

3. Proyectos de ley

Proyecto de Ley. Boletín N.º 1026-07

Proyecto de Ley. Boletín N.º 2608 -11

Proyecto de Ley. Boletín N.º 2608-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 4346-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 4573-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 5933-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 5933-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 6624-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 6624-11.

Proyecto de Ley. Boletín N.º 9895-011.

4. Sentencias

Comisión Europea de Derechos Humanos. X. v. United Kingdom. Application n.º 8416/79. Decisión de 13 de mayo de 1980 sobre la admisibilidad.

Comisión Europea de Derechos Humanos. Case of H. v. Norway. Application n.º 17004/90. Decisión de 19 de mayo de 1992 sobre la admisibilidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo vs Chile, sentencia 24 de febrero 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, I.V vs Bolivia, sentencia 30 de noviembre 2016.

Corte Suprema. Chile, Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública de Chile (nulidad de derecho público/acto administrativo autorizatorio) (casación en el fondo y en la forma), Sentencia Rol n.º 1039-2005, de 28 de noviembre de 2005.

- Corte Suprema. Estados Unidos de América, Griswold et al. v. Connecticut, Sentencia de 7 de junio de 1965, 381 U.S. 479.
- Corte Suprema. Estados Unidos de América. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey. Sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992).
- Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 74 0-07-CDS, de 18 de abril de 2008. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=914>> [Consultado el 8/4/17].
- Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 346, de 8 de abril de 2002. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=274>> [Consultado el 8/4/17].
- Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 740-2008, de 18 de abril de 2008.
- Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 1687-10-INA, de 1 de julio de 2010.
- Tribunal Constitucional. Chile. Sentencia Rol n.º 1881-10-INA, de 3 de noviembre de 2011.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Boso v. Italy. Application n.º 50490/99. Decisión sobre admisibilidad de 5 de septiembre de 2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Vo v. France. Application n.º 53924/00. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Dickson v. the United Kingdom. Application n.º 53924/00. Sentencia de 4 de diciembre de 2007.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of A, B and C v. Ireland. Application n.º 25579/05. Sentencia de 16 de diciembre de 2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Costa and Pavan v. Italy. Application n.º 54270/10. Sentencia de 28 de agosto de 2012.