

## APROXIMACION A LA REGULACION DE LA LEY 20.120: CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCION PENAL DEL EMBRION NO IMPLANTADO EN EL DERECHO CHILENO

Jonatan Valenzuela Saldías\*

*1. Introducción; 2. Aspectos generales; 3. Intereses que informan la decisión de establecimiento de las reglas contenidas en la ley 20.120: a) Dignidad humana y conservación de la vida para el embrión no anidado; b) Autonomía reproductiva de la mujer; c) Interés del facultativo en la ponderación de intereses e interés en el desarrollo de la investigación científica con embriones; 4. Relevancia constitucional de los diversos intereses identificados; 5. El delito de clonación humana y realización de procedimientos eugenésicos.*

### 1. Introducción

Con fecha 22 de septiembre de 2006 se publicó en el diario oficial chileno la ley número 20.120 que de acuerdo a su título pretendió regular: “[l]a investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana”.

Esta regulación desde la perspectiva del derecho penal viene a dar una respuesta –al menos parcial- a lo que en el estudio de la parte especial se denomina “*tercer nivel de protección penal a la vida*”, la que como se sabe corresponde a la protección suscitada a propósito de la posibilidad de fecundación humana asistida y la correlativa posibilidad de verificar en este contexto la existencia de conductas de relevancia jurídico-penal<sup>1</sup>.

Como se sabe, el derecho penal chileno tradicionalmente ha contado con regulación para la protección de la vida humana independiente en el nivel legal, centralmente, con la existencia de los delitos de homicidio (homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio). Junto a ello el Código Penal chileno de 1875 en el apartado de los delitos contra “[e]l orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, brinda protección a la vida humana dependiente por medio del establecimiento del delito de aborto<sup>2</sup>.

---

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Profesor Invitado del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Colaborador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> Respecto a los niveles de protección penal a la vida humana ver VALENZUELA, Jonatan, “*Algunas consideraciones sobre el estatuto del embrión preimplantacional en Chile*”, en Revista de Estudios de la Justicia, número 3, año 2003.

<sup>2</sup> El bien jurídico protegido en el delito de aborto es una cuestión debatida. En torno a las alternativas presentes en la doctrina nacional y comparada ver BASCUÑAN RODRIGUEZ,

Se sostenía de manera tradicional que el tercer nivel de protección penal a la vida no encontraba una respuesta legal específica debiendo concluirse que los atentados a la vida humana preimplantacional no tenían asignada la posibilidad de pena.

Cobró importancia entonces la exacta determinación de la cesura entre el segundo nivel de protección penal a la vida (cubierto por el tipo del aborto) y el tercer nivel de protección penal a la vida (sin delito determinado)<sup>3</sup>.

En este sentido debe decirse que es posible sostener que de acuerdo a la descripción típica del aborto éste requiere embarazo<sup>4</sup>, esto ya desde la asunción relativa a que la acción típica del aborto (el *causar* un aborto) involucra necesariamente interrumpir el embarazo.

Luego, puede constatarse que el embarazo se encuentra afianzado en el momento de la completa implantación del cigoto en el endometrio femenino, esto es alrededor del denominado *día catorce*<sup>5</sup>. Si estas premisas son consideradas correctas entonces el límite entre, el segundo nivel de protección penal a la vida y el tercer nivel de protección penal a la vida, está constituido por la consolidación de la implantación o anidación, dada la evidente consideración de que, sin embarazo, no puede existir aborto pues el aborto consiste en interrumpir el proceso de embarazo.

En el contexto del derecho chileno esta determinación cobra especial relevancia atendida la existencia de la ley 20.120, ya que, como se ha señalado, antes del 22 de septiembre de 2006 la decisión sobre la concurrencia de la cesura de la implantación era la decisión sobre la existencia o inexistencia de regulación penal en la materia<sup>6</sup>. Hoy esa decisión está radicada sobre la posibilidad de acceso a

---

Antonio, “El delito de aborto”, Material de estudio para los alumnos de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2004.

<sup>3</sup> Ver VALENZUELA, Ibid. Para un examen detallado debe consultarse lo señalado por BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, “*El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico*”, en BECA INFANTE, Juan Pablo (coord.), “*El embrión humano*”, Editorial Mediterráneo, Santiago, 2002.

<sup>4</sup> Es claro que del sentido de los artículos 342 a 345 del Código Penal todo el sistema está construido sobre la idea de necesario embarazo de la mujer que sufre sobre sí la acción del aborto. En este sentido ver BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, “El delito de aborto”, Material de estudio para los alumnos de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2004.

<sup>5</sup> Se sostiene habitualmente que el embarazo constituye un proceso de simbiosis más o menos estable entre los organismos de la madre y del *nasciturus*. Al respecto ver ZEGERS, Fernando, “*Mecanismo de acción del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia*”, artículo, en Estudios Públicos 95, Invierno 2004, Editado por el Centro de Estudios Públicos, disponible en [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl).

<sup>6</sup> De ahí el intento más o menos insensato de equiparación del atentado a la vida del embrión no implantado con el injusto del delito de aborto, realizado por ciertos grupos conservadores en Chile, el que tropieza con el obstáculo de la objeción situada sobre el principio de legalidad.

dos grupos de normas penales distintas, las del tercer y las del segundo nivel de protección a la vida.

La asunción de la implantación o anidación como cesura entre estos dos niveles encuentra apoyo sistemático en el sentido de las normas que integran todo el sistema así como en los especiales rasgos del proceso de reproducción humana, es decir, si el delito de aborto expresa una consideración de valor sobre la vida del *nasciturus*, esa expresión descansa en la existencia de embarazo.

Justamente cuando no es posible constatar la expresión de la relación especial de simbiosis entre la madre y el *nasciturus* debe preferirse la incriminación en el ámbito de los delitos situados a propósito de embriones no implantados.

La ley 20.120 está situada en esta posibilidad, es decir, viene a otorgar un contexto en donde pueden criminalizarse ciertas conductas suscitadas en el marco de la manipulación de embriones no implantados. Sin embargo debe notarse que se sitúa en torno a la protección de la vida de *ciertos* embriones no implantados, aquéllos que han sido sujetos a un procedimiento científico determinado, que, genéricamente, podemos denominar “*reproducción humana asistida*”.

Esta opción interpretativa cobra sentido dado que los embriones no implantados que se encuentran dentro del cuerpo de la mujer, las más de las veces no son advertidos ni por la mujer que lo porta, ni por la comunidad, por lo que resulta una pretensión excesiva la idea de establecer prohibiciones penales en torno al cuidado de embriones desconocidos por todos los potencialmente involucrados en su declaración de valor.

Atendidos los puntos anteriores el presente trabajo pretende introducirse de manera general en el análisis de la ley 20.120, realizar un intento de desentrañar el sentido del “*cuánto*” de protección se ha asignado al embrión no anidado en el sistema jurídico chileno de acuerdo a la intención política que puede verse en la decisión de legislar en la materia. Junto a ello resulta relevante revisar la estructura de la principal norma de incriminación contenida en el artículo 17 a propósito del delito de clonación de seres humanos y de realización de procedimientos eugenésicos. En este sentido, creo que lo relevante en esta primera aproximación es verificar cuáles son los intereses de relevancia constitucional afectados por la decisión legislativa contenida en la ley 20.120.

## **2. Aspectos generales**

La ley 20.120 tiene, de acuerdo a la declaración contenida en su artículo 1, la finalidad de: “*proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas.*”

Es claro que la regulación no se define como un conjunto de reglas penales, sino que intenta establecer un mecanismo jurídico de protección a un objeto de protección que considera, en alguna dimensión, valioso para el derecho, como es *la vida de los seres humanos*. Sin embargo debemos dejar sentado, que la discusión sobre el alcance del establecimiento de estas reglas es sin lugar a dudas una discusión situada en el contexto de una indeterminada expansión del derecho penal chileno dado que las conductas abarcadas por ella son conductas que con anterioridad a su dictación devenían en impunes.

Es claro que además el artículo 1 de la ley 20.120 introduce una variable que ha integrado el debate público en torno a la protección penal de la vida humana: la consideración de la concepción como hito que otorga un criterio definitorio de la relevancia de la vida humana.

Este es un punto que puede tener la mayor trascendencia en sede ética. La ley 20.120 parece contener el modo de protección de la vida humana no anidada en el sistema chileno, momento que desde luego, es puesto sobre la mesa como cuestión sólo con fecha 22 de septiembre de 2006: el legislador ejecuta el mandato constitucional de protección de vida del no nacido –ahora- desde la concepción. ¿Significa este hecho que con anterioridad a esta decisión legislativa la comunidad chilena expresaba la irrelevancia de la vida humana no implantada?<sup>7</sup>

Creemos que en el contexto de la discusión pública la construcción de la respuesta puede articularse en torno a dos ejes argumentales: (a) la decisión legislativa contenida en la ley 20.120 demuestra que con anterioridad a su dictación al legislador chileno le parecían penalmente irrelevantes los ataques al embrión no anidado y luego, el hecho de la dictación denota la intención de modificar el estado de cosas anterior, dando relevancia penal a la vida del embrión; (b) la decisión legislativa contenida en la ley 20.120 denota una especificación de la relevancia que los atentados a la vida humana no implantada tienen para la comunidad chilena, la que expresa el *cuánto* de protección asignado al embrión. En esta decisión se ha tenido a la vista a la vida del embrión así como otros intereses de relevancia frente al derecho.

---

<sup>7</sup> Junto a esta pregunta creemos que debe plantearse un segundo problema, ¿puede deducirse del hecho del pronunciamiento legislativo en la materia una solución con miras a la discusión pública por ejemplo sobre utilización de la denominada píldora del día después? Estimo que la discusión sobre ingesta del levonorgestrel situada en torno al delito de aborto es una ficción conservadora que tropieza con el obstáculo insalvable del principio de legalidad de acuerdo a una razonable interpretación de la proposición “causar un aborto” que define la acción típica en los artículos 342 a 345 del Código Penal. Así entendido el punto nada agrega a las pretensiones de criminalización de ciertos grupos conservadores el hecho de designar a la concepción como hito legalmente relevante. De hecho, como se verá, considero que el hecho de la dictación de la ley 20.120 entrega una razón para abandonar definitivamente los intentos de equiparación entre el aborto (*nasciturus*) y los delitos contra embriones preimplantacionales.

El primer punto necesita una afirmación sobre el contenido de las reglas de protección a la vida humana presente en el ordenamiento con anterioridad a la dictación de la ley 20.120. Esta tesis contiene la expresión relativa a que las normas del Código Penal que sancionan el aborto y el homicidio (en sus diversas manifestaciones) expresan una decisión que descarta su extensión a procesos que no estén, de acuerdo a una interpretación razonable, incluidos en su ámbito de aplicación. Así, resulta claro que las reglas que sancionan las distintas formas de homicidio deben ser interpretadas con vinculación a la vida humana independiente (esto es vinculadas a sujetos que hayan superado el momento del parto y que no hayan muerto) y las reglas que sancionan al aborto deben ser interpretadas con vinculación a la vida humana dependiente (esto es al implantado no nacido, de quien pueda predicarse *estado de embarazo*). De acuerdo a esta alternativa, no hay valor alguno en el nivel de las reglas penales que sancione los atentados a la vida humana que no se encuentre dentro de las coordenadas que se proponen. Así, todas las formas de vida que den negativo en el *test* de relevancia penal pueden ser destruidas sin que podamos predicar de ellas algún valor.

Así, la ley 20.120 es una demostración de cambio en la voluntad de la comunidad en orden a valorar la vida humana no implantada, expresando subsecuentemente un reproche penal a conductas que atenten contra ella.

La consecuencia más relevante de esta lectura es el carácter incorrecto del argumento de equiparación de los atentados a la vida humana dependiente y anidada (con respuesta en el delito de aborto) y los atentados producidos a la vida humana no anidada, en particular propuestos en el discurso público chileno a propósito de la ingesta de la denominada “píldora del día después”.<sup>8</sup>

Lo que en definitiva expresa la decisión político-criminal contenida en la ley 20.120 es el modo en que parecen ilegítimas ciertas acciones que tengan como objeto de ataque o utilicen al embrión no anidado, esto es, busca establecer en concreto el ámbito de punibilidad de las conductas propias del tercer nivel de protección penal a la vida.

Creemos que las distintas posturas sostenibles en el debate público chileno expresan una especificación del valor asignado al bien “vida humana” pendiente por años en el debate penal chileno. La doctrina nacional es casi uniforme en omitir un pronunciamiento específico en torno a la relevancia en tanto objeto de protección penal de la vida humana no anidada<sup>9</sup>, lo que resulta razonable dada la

---

<sup>8</sup> Argumento que refuerza la infracción del principio de legalidad al extender la relevancia de las reglas del aborto a estos supuestos, como ya se ha apuntado.

<sup>9</sup> En este sentido ver por todos BUSTOS, Juan, GRISOLIA, Francisco, POLITOFF, Sergio, “Derecho Penal Chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas.”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, que en el tratamiento de los delitos contra la vida humana no incluye menciones a la vida humana no anidada. Afirma que el tránsito de la protección penal a la vida es el correspondiente al “[...] tránsito entre la vida incipiente (tutelada por el aborto) y la vida propiamente tal (tutelada por el homicidio) [...]”.

consideración de las normas vigentes como objeto de estudio definido para la dogmática del derecho.

Además las intenciones legislativas y la discusión en torno a la permisón y prohibición de conductas en este ámbito están vinculadas a las posibilidades técnicas de fertilización humana asistida.

Es claro que, en la comunidad chilena, la interrupción del embarazo y la causación de la muerte de un sujeto nacido se encuentran asociados a un arreglo político en torno a considerar inconveniente que en el seno de la comunidad chilena ocurran hechos ejecutados por personas que tiendan a esos resultados. Por otro lado la incriminación de atentados a la vida humana incipiente, anidada pero que no ha superado el momento del parto, expresa ya una ponderación de intereses constitucionales cuyo resultado de irrelevancia de la autonomía reproductiva de la mujer embarazada está expuesta a reparos de legitimidad de importancia.<sup>10</sup>

Este es el contexto en que debe leerse la decisión legislativa de incriminación de atentados contra el embrión en la ley 20.120. En otros términos, el punto de partida para la revisión de intereses constitucionales relevantes respecto del establecimiento de estas normas penales está dado al menos, por la reflexión crítica frente a una deficiente regulación del aborto.

Así, lo que no puede suceder a propósito de la ley 20.120, es que se continúe con el intento de equiparación en el nivel del atentado a la vida con la regulación propia del delito de aborto, ya que la ley demuestra la preocupación del legislador desde la concepción y *necesariamente* hasta la implantación atendido el principio de legalidad.

De otro lado, es también necesario que se considere la colisión de intereses subyacentes a la regulación penal de la vida para reconstruir la decisión legislativa, teniendo como dato una deficiente consideración en el ámbito del delito de aborto de la autonomía de la mujer embarazada y de otros miembros de la comunidad que podrían expresar algún interés en ese momento (en especial el médico).

---

<sup>10</sup> Al respecto puede verse BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, “*Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado*”, apuntes para el curso de Derecho Penal – Parte Especial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

**3. Intereses que informan la decisión de establecimiento de las reglas contenidas en la ley 20.120.**

**a) Dignidad humana y conservación de la vida para el embrión no anidado.**

Considerando que la determinación del estatuto del embrión preimplantacional ha sido una cuestión debatida desde diversas perspectivas, es claro que la asociación del interés en la mantención o atribución de la dignidad humana para el caso del embrión no puede resultar una cuestión pacífica.

Será sencillo realizar la asociación de dignidad humana a un embrión considerado igual que una persona humana, sin embargo las dudas referidas a tal atribución de dignidad surgirán abandonada que sea la postura de la equivalencia entre la persona y el embrión preimplantacional.

Desde la adopción de un discurso ético podemos identificar al menos dos posturas relevantes en torno al estatuto del embrión preimplantacional y su consecuente atribución de dignidad.

La primera de ellas, es la que considera que la persona como individuo está en acto, o al menos como potencia actualizante desde el momento de la fecundación, así el cigoto constituye un ente de realidad asimilable a la persona.

La segunda postura sostenida, es aquélla que señala que una realidad biológica no se define por su genotipo sino por la realidad emergente que surge durante el desarrollo y que evidentemente tiene propiedades de ser vivo y humano pero que sólo tiene valor personal humano cuando está dotada de suficiencia constitucional.<sup>11</sup>

De aquí que el otorgamiento o atribución de dignidad humana para el embrión necesariamente vaya de la mano o esté condicionada por la asunción de una de las dos posturas enunciadas y que la lectura del actual artículo 1 de la ley 20.120 deba vincularse al establecimiento en una regla legal de la suficiencia constitucional necesaria del embrión como merecedor de protección.

Como se sabe la opción que, a efectos de este trabajo, se considera correcta, está alineada de acuerdo a las directrices de la segunda postura ética anotada. Es factible matizar sin embargo, la posibilidad de enunciación de conclusiones extremas, como negar toda conexión, incluso en sede ética, entre el ser humano ya nacido (o ya implantado) y el embrión preimplantacional.

---

<sup>11</sup> ALONSO BEDATE, Carlos, “Estatuto ético del embrión humano: Reflexiones ante una situación límite. ¿Es posible una visión alternativa?”, en “El embrión humano”, Beca Infante, Juan Pablo.

Así las cosas, debe tenerse a la vista lo señalado por Starck<sup>12</sup>, quien constata la aplicabilidad de la idea de dignidad humana al embrión desde el artículo 1 de la Constitución Alemana.

Se señala que la dignidad atribuida al embrión deriva del hecho de considerar al no nacido como un ser humano quien puede tener a su vez intereses propios.<sup>13</sup> Esto ya que la existencia de vida humana es el fundamento para el posterior desarrollo de la persona.

El tribunal constitucional alemán ha señalado el reconocimiento de la dignidad humana para el caso de embriones anidados, en atención a lo ya expuesto. Sin embargo para el caso de los embriones no anidados, la cuestión varía según se trate de embriones *intra* o *extra* corporales. Para el caso de los embriones no anidados intracorporales, es decir para aquellos embriones que sin haber superado el momento de la anidación y que se encuentren dentro del cuerpo de una mujer, tenemos que el reconocimiento de la dignidad humana en base a la potencialidad o fundamento de la existencia de vida para el posterior desarrollo de la persona tropieza con el obstáculo fundamental de la certeza de su existencia. Como se ha señalado un embrión en un estadio tan temprano de su desarrollo puede no ser advertido incluso por la propia mujer lo que conlleva dificultades en la estructuración del otorgamiento o atribución de la idea de dignidad humana.

De otro lado para el caso de los embriones *in vitro* la situación aparece diversa. Al encontrarse en este caso la existencia del embrión suficientemente acreditada, dada la existencia de un procedimiento aprehensible, la atribución basada en la existencia de vida como punto central en el desarrollo potencial posterior de la persona puede resultar desde cierto punto de vista suficiente, considerando que la existencia temprana de vida debe ser el antecedente, al menos teórico, de la posibilidad de desarrollo de la persona *a posteriori*. Sin embargo puede también ser considerado insuficiente ya que podría pensarse que justamente el trato diferenciado al embrión preimplantacional (considerando su estatuto jurídico) constituye un abismo de difícil elusión, y que determina justamente una dificultad, cuando imposibilidad de atribución de la misma idea de dignidad que se atribuye a la persona con proyección concreta de sus intereses.

Si atendemos a la idea de que la demarcación del momento de protección inicial de la vida, entendiéndolo como un momento necesariamente convencional, y por lo mismo intentando eludir el reproche del recurso a la falacia naturalista<sup>14</sup>, podemos argumentar que ese momento necesariamente implicará el reconocimiento de la idea de dignidad para el caso del estadio de desarrollo más

---

<sup>12</sup> STARCK, Christian, “Der moralische Status des Embryos”, en: Neue Zürcher Zeitung v. 14./15. 4. 2001/Nr. 87,S. 89 (internationale Ausgabe S. 59).

<sup>13</sup> STARCK, Christian, Cit.

<sup>14</sup> Dada la derivación del ser (momento de protección inicial) al deber ser (protección y atribución de dignidad).

temprano de vida susceptible de ser protegida por el ordenamiento. Es decir, si consideramos que, desde determinado momento se considera vida relevante a cierto estadio de desarrollo, una forma de tornar esa delimitación operativa es precisamente haciéndola participe de las garantías asociadas a todo el proceso protegido.

Sin embargo, debemos considerar que la pregunta sobre el cuánto de protección a asumir, respecto de determinados momentos dentro de los delimitados como relevantes y susceptibles de protección genérica, continúa en pie y constituye un obstáculo que debe ser enfrentado.

Si consideramos plausible que convencionalmente puede señalarse un instante en la cadena de procesos que entroncados constituyen el desarrollo de la vida humana desde el cual comience la protección jurídica, no será difícil asumir que dentro del espectro de posibilidades que se encuentran dentro del límite también es posible, convencionalmente, delimitar distintas etapas con protección genérica similar, pero con estadios de protección de intensidad diversa.

El recurso al principio de igualdad puede ser una salida o al menos parecerlo. Tal como señala Starck<sup>15</sup> respecto de una serie de acontecimientos sociales o naturales el hombre puede realizar una valoración oportuna que se ve ratificada a nivel de norma, sin embargo “*si se trata de la esencia humana debe renunciarse a tal pretensión*”. Así considera aceptable tan sólo la definición más amplia de ser humano<sup>16</sup>: serían portadores de dignidad humana todos los seres vivientes que provienen de gametos humanos, sea cual sea el estado de desarrollo en que se encuentren.

Las diferenciaciones posibles de ser realizadas son compatibles con la idea de igualdad en la atribución de dignidad, admitiendo la posibilidad de diferenciación en las valoraciones de ordenamiento en ordenamiento.

La construcción de Starck otorga una salida plausible al problema planteado. Si se asume como correcta su estructura, para el caso de los embriones no implantados es claro que la atribución normativa de dignidad es un ejercicio cuya legitimidad argumental y operativa se encuentra satisfecha de manera razonable.

Sin embargo si consideramos que sentar las bases de su construcción en la imposibilidad de realización de valoraciones “oportunas” o contingentes dada la presencia de la “esencia humana” en la cuestión, es dudoso desde la perspectiva del recurso a la falacia naturalista el rendimiento de la solución dada por Starck, disminuye.

---

<sup>15</sup> STARCK, Christian, Cit.

<sup>16</sup> STARCK, Christian, Cit.

De otro modo, tenemos que la valoración absoluta de la vida realizada por Starck se basa en la consideración de la esencia humana como un objeto de valoración sobre el cual el consenso es previo a la contingencia misma del consenso. Si bien puede admitirse que la demarcación del momento de inicio de la protección es una cuestión convencional y que el recurso a la falacia naturalista puede entenderse eludido por tal convención, en el caso de la valoración sobre la esencia humana, la acusación de la falacia no queda del todo satisfecha, ya que justamente sobre la contingencia del acuerdo social respecto del objeto valorado es sobre lo que Starck radica el efecto de considerar como un objeto de valoración sobre el cual la deliberación contingente parece estar proscrita.

De aquí que pueda considerarse que la construcción de Starck encuentra en sus cimientos un obstáculo de difícil superación.

Puede intentarse una solución atendiendo, o mejor dicho no desatendiendo, al estatuto especial y diferenciado del embrión respecto de los demás estadios de vida humana. Es claro, como ya se ha señalado, que el embrión no goza del mismo estatuto que el ser humano ya nacido, como tampoco respecto de embrión anidado.

Es claro además que, respecto del embrión no anidado que se encuentra en el interior de la mujer, las posibilidades operativas de reconocimiento, es decir la proyección real del reconocimiento de garantías o atribuciones a su respecto son difusas. Respecto del embrión no anidado que se encuentra fuera del cuerpo de la mujer es claro que la certeza de su existencia otorga operatividad al menos potencial al desarrollo del otorgamiento de garantías a su respecto. Así visto tenemos que puede reconocerse que al embrión no anidado si bien no se le ha reconocido un estatuto idéntico al ser humano vivo y nacido (vida humana independiente, partícipe indiscutido de la idea de dignidad) ni al embrión implantado, se le ha reconocido no obstante ciertas características que lo tornan relevante.

Si se realiza un examen comparativo respecto al embrión anidado y a la persona nacida, desde el punto de vista de las garantías asociadas tenemos que son en muchos sentidos similares pero no idénticas.

Dicho de otro modo, puede considerarse que si bien el embrión no anidado no participa, desde la perspectiva del cuánto, de igual manera que los demás estadios de vida humana relevante a efectos normativos, debe participar de algún modo, por existir concreción de su existencia a nivel normativo, es decir considerando la existencia de expectativas a su respecto y, respecto a la reacción estatal para el caso de atentados en su contra.

Así la pregunta por el grado de participación del embrión no implantado en la idea general de dignidad irá de la mano de la pregunta por el cuánto de protección siendo dos problemas cuya resolución necesariamente debe encontrarse

coordinada a las consecuencias en ambas sedes (protección-abstención versus dignidad).

Una posibilidad es enfocar el problema desde el principio de igualdad.

Valdría decir que tal principio debería ser susceptible de extensión incluso sobre aquellos que no se encuentran dentro del rango determinado por la definición de persona, y que desde la titularidad de tal principio de igualdad puede desprenderse o derivarse la posibilidad de participación en la idea de dignidad humana, constituyendo, luego, un interés relevante, es decir el interés del propio embrión en su dignidad, con el consiguiente deber (no especificado aún) del estado orientado a la protección de tal dignidad de que goza el embrión, dada su anterior titularidad del principio de igualdad, la que actuaría como límite de abstención para el resto de los agentes, es decir por contar el embrión con la posibilidad de ser titular del principio de igualdad (en realidad de la garantía que lleva envuelta tal declaración).

Ante esta posibilidad debería precisarse la consideración del principio de igualdad justamente como un principio que genera una necesaria comparación de ámbitos de protección.<sup>17</sup> Así visto el principio de igualdad debe ser considerado una norma que ordena que algo (la expectativa acerca de la igualdad) sea realizado al más alto grado posible, tanto desde la perspectiva práctica de realización como jurídica. Siendo el principio de igualdad un mandato de optimización puede ser cumplido en grados diferentes.

El ámbito de cumplimiento del principio dependerá de las condiciones prácticas de aplicación (como podría el caso de la falta de certeza de la existencia del embrión no implantado que se encuentra dentro de la mujer), así como también de las condiciones jurídicas para tal aplicación.

El ámbito de las posibilidades jurídicas de aplicación estará dado por principios y reglas opuestos, es decir por principios y reglas que en su concreción jurídica tengan la carga de representación de intereses opuestos, con posibilidades de tensión entre sí.

Si consideramos que el principio de igualdad es un mandato de optimización<sup>18</sup>, tenemos que las condiciones de aplicación prácticas, para el caso del embrión no implantado que se encuentra fuera de la mujer, pueden ser satisfechas. Es decir para el caso en que el embrión cuente con la certeza de su existencia, habida consideración de la potencialidad de desarrollo de la persona que potencialmente al menos puede representar, puede decirse el mandato de optimización de la igualdad funciona. De aquí además puede decirse que junto con

---

<sup>17</sup> Sobre la estructura de los principios jurídicos sigo lo dicho por BOROWSKI, Martín, en “*Sobre la estructura de los derechos fundamentales*”, editado por la Universidad de Externado de Colombia, 2003.

<sup>18</sup> A diferencia de las reglas cuya estructura estará dada por un juicio hipotético.

contar a su favor con el principio de igualdad, puede derivarse que a su vez se le considere susceptible de participar de la idea de dignidad humana, por la doble consideración de potencialidad de vida humana, como por la transgresión al mandato de optimización de la igualdad que se vería (desde ahora la perspectiva de las condiciones jurídicas de cumplimiento) de negarse de plano su posibilidad de participación en la idea de dignidad.

Además si se considera que los principios, como mandato de optimización, requieren del mayor rendimiento posible en su cumplimiento, puede a su vez considerarse que la posibilidad efectiva de participación del embrión no implantado pero de cuya existencia puede predicarse certeza, es decir el embrión no implantado que se encuentra fuera del cuerpo de la mujer, es justamente una de las formas de cumplimiento del mandato de optimización. En este sentido el interés en la dignidad del embrión no implantado puede considerarse como integrador del cumplimiento del mandato de optimización del principio de igualdad.

Éste intento sin embargo puede necesitar de precisiones para el evento de determinar las condiciones jurídicas de aplicación, ya que como se señaló éstas estarán a su vez determinadas por las posibilidades de tensión con otros intereses, lo que en definitiva redundará en un conflicto entre reglas (en el caso en que los intereses en pugna encuentren su concreción en este tipo de normas) o en un conflicto de principios (para la hipótesis de reconocimiento en este nivel). En el primero de los casos, la solución pasará por acudir a la cláusula de excepción que encontremos en una de las reglas en pugna, o sea declarando mediante el recurso a ésta cláusula integrante de la estructura de la regla declarándola inválida para el caso que suscita la tensión. De todos modos, utilizando la introducción de ésta cláusula de invalidez puede solucionarse el problema de tensión (ya sea *lex posteriori derogat priori*, el criterio de especialidad o el que se trate según los recursos que otorgue el propio sistema normativo)<sup>19</sup>.

De otro lado puede que la tensión de origen a la colisión de principios, esto cuando los intereses en pugna se encuentren amparados o reconocidos a nivel de principios. En éste caso es claro que, por tratarse en el caso de los principios de un mandato de optimización, el recurso a la cláusula de excepción, que declararía la invalidez de una de las normas aplicables debe ser desechado porque dada la estructura (juicio categórico) y el propio mandato de optimización resulta poco plausible el intento de exclusión haciendo uso de la mecánica de solución propia del conflicto de reglas.

En éste sentido es que debemos recurrir como mecanismo apto para la solución de tal conflicto a la colisión de principios realizando una ponderación, en definitiva determinando cual de los principios en pugna presenta un mayor “peso

---

<sup>19</sup> BOROWSKI, Martin, Cit.

específico” y prefiriendo el mandato optimización de uno descartando el de menor peso.

Así las cosas puede recurrirse a la “ley general de la colisión”<sup>20</sup>, la que puede formularse en los siguientes términos: “Las condiciones bajo las cuales un principio adquiere prioridad por sobre otro constituyen los hechos operativos de una regla que otorga efecto jurídico al principio considerado prioritario”.<sup>21</sup>

Es claro que las relaciones de prioridad entre los distintos principios no pueden ser consideradas absolutas, sino relativas o condicionales. La determinación de preferencia de un principio sobre otro puede devenir en la consideración de una regla, lo que es síntoma que el plano en que se mueven los conflictos de principios y los conflictos de reglas no se encuentran del todo desconectados, además de señalar que los principios son esencialmente razones para las reglas<sup>22</sup>.

Esta estructura es la que parece describir la concurrencia en la regulación de la ley 20.120 no sólo de la dignidad y conservación de la vida del embrión sino además de la autonomía reproductiva de la mujer y del interés del facultativo en el desarrollo de investigaciones científicas.

#### **b) Autonomía reproductiva de la mujer.**

La posición de la mujer en el proceso reproductivo humano debe ser considerada, a efectos del análisis, un dato ineludible. La intervención necesaria en casi todas las hipótesis de generación de embriones con posibilidades de desarrollo posterior efectivo de la mujer es un hecho que suscita la necesidad de la consideración de los diversos intereses que pueda tener como agente con proyección de los mismos, así como al estatuto al que pertenece, participando inequívocamente de la categoría de persona titular del derecho a su propia autonomía proyectada en particular hacia la decisión de convertirse en madre o no.

De esta manera tenemos que en primer orden no resulta excesivamente complejo la atribución a la mujer de la idea de autonomía genérica, como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad.

Es evidente que, de ordenamiento en ordenamiento, es posible constatar la titularidad de la mujer relativa a su propia autonomía. De ahí que sea claro

---

<sup>20</sup> ALEXY, Robert, “*On the structure of legal principles*”, traducción realizada por el profesor Rodrigo Correa para los alumnos de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert, Cit.

<sup>22</sup> Para una revisión panorámica del problema en torno a la relevancia o irrelevancia de la distinción entre Principios y Reglas debe verse SAFFIE, Francisco “*Sobre la Irrelevante distinción entre principios y reglas*”, de próxima publicación en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, número 25, Santiago de Chile.

considerar la posibilidad de conflictos o tensiones respecto de otros intereses involucrados para el caso del tercer nivel de protección penal a la vida humana.

Puede considerarse que en el caso del embrión no anidado que se encuentra en el cuerpo de la mujer, las posibilidades de tensión entre intereses relativos al propio embrión y relativos a la autonomía de la mujer son casi nulos, dada por una parte la dificultad de radicar la posibilidad de intereses en el embrión no anidado en el cuerpo de la mujer y aún así el peso específico mayor de los intereses de la propia mujer en las hipótesis susceptibles de ser consideradas.

En primer lugar debe señalarse que el primer punto que puede originar un interés susceptible de colisionar para el caso de la mujer está dado por su libertad manifestada en el consentimiento orientado a permitir el sometimiento al procedimiento de fertilización asistida.

Si tiene lugar una tensión entre la manutención de la vida del embrión y una decisión de la mujer, debería considerarse resuelta a favor del derecho fundamental de libertad de la mujer amparado a su vez por el principio de igualdad, por lo que su solución no requeriría de mayores precisiones.

Una postura feminista entiende el problema de la coacción ejercida sobre la mujer en el conflicto de intereses entre la dignidad del embrión y la autonomía reproductiva negativa de la mujer de una manera más amplia.

Se entiende, a propósito de la situación en torno a la desincriminación del aborto en los Estados Unidos, que la utilización de la idea de la esfera privada (atribuida a una idea de estado liberal), provocaría una interacción entre hombre y mujeres en pie de igualdad, relativa a la reproducción<sup>23</sup>. Esto desde la consideración relativa a la privacidad, que conforma el núcleo central de limitación para la actividad del estado<sup>24</sup> en materia de aborto desde 1973 en los Estados Unidos<sup>25</sup>, dejando dentro de la esfera de la doctrina privada la interacción entre hombres y mujeres, y por consiguiente la creación de la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo.

Así Mac Kinnon señala *“En la interpretación liberal, ningún acto del Estado contribuye a dar forma a sus alineaciones internas ni a distribuir sus fuerzas internas, de modo que ningún acto del estado debe participar en cambiar la situación. El hecho de que sea inviolable*

---

<sup>23</sup> MAC KINNON, Catharine, *“Hacia una teoría feminista del estado”*, Ediciones Cátedra, año 1989.

<sup>24</sup> Como se sabe en Estados Unidos desde el precedente *“Roe versus Wade”*, la discusión pasa por declarar la vida del *nasciturus* como un interés constitucionalmente irrelevante, y se discute en qué formas y en qué casos cada estado podrá interferir con la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo.

<sup>25</sup> Con el precedente *Roe versus Wade*. Para un análisis al respecto puede consultarse BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, *“Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado”*, apunte para los alumnos de Derecho Penal-Parte Especial, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

*por el Estado y esté definido como derecho individual presupone que lo privado no es ya un brazo del Estado. En este esquema se considera implícitamente que la intimidad garantiza una simetría de poder*". En éste punto se critica la posición abstencionista del Estado frente a las posibilidades de interacción de los agentes que componen la comunidad en la que actúan.

Tal crítica envuelve aún otra de contenido más significativo para el problema de la coacción. Si se discute el teórico "pie de igualdad" con el que cuenta la mujer frente a otro agente en el ejercicio y proyección eficiente de sus intereses, es decir si se considera la necesidad de considerar a la mujer, para el caso de la proyección de su autonomía reproductiva (en especial la autonomía reproductiva negativa) en un pie "diverso" y en algún sentido "menor" de lo que se trata es de la relevancia de la coacción que tiene como resultado la ampliación de esferas de libertad del coaccionado.

Sin embargo resulta plausible considerar una opción diversa. Encontrándonos en una sociedad compleja, las posibilidades de advertir un agente dentro de la sociedad que aparezca en situación de atribuírsele el mayor rendimiento posible al ejercicio de su libertad aparece improbable. De una u otra manera por el solo hecho de la suscripción del pacto social todos los integrantes de la sociedad se encuentran en un estado de imposibilidad de realización efectiva de su libertad en modo absoluto. De esta manera, todos los agentes susceptibles de intervenir en las distintas interacciones comunicacionales que pueden plantearse, aún teóricamente, en la vida en sociedad se encuentran en mayor o menor medida coaccionados.

Puede decirse, de esta manera, que tal tipo de interacción, como resultado del esquema que se sugiere, puede ser considerada irrelevante. Esto debido a que las posibilidades cognitivas efectivas orientadas a distinguir entre la situación de abuso (como forma ilegítima de interacción) y las interacciones comunes (fuera de las hipótesis de abuso) será una cuestión incierta. Al ser una cuestión incierta, resulta clara la inconveniencia, al menos, político criminal, de su consideración de reproche, aún más de reproche penal.

Además, si se considera que los efectos que tiene esta forma de interacción en las esferas de libertad del coaccionado, la posibilidad de incriminación o de reproche penal deben tener a la vista necesariamente las expectativas legítimas del coaccionado.

Sin embargo la idea expuesta por Mac Kinnon va más allá, pues además de considerar la posibilidad de entender a la mujer en el caso particular como situada en una posición desmejorada, su planteamiento intenta otorgar la característica de constante a esta variable para todo el género (femenino). Es precisamente una intención de señalar una posición de género lo que se encuentra en la exposición de Mac Kinnon.

De esta manera además de tener a la vista la posibilidad de considerar irrelevante la interacción comunicativa en un escenario de abuso (para la mujer), tenemos la dificultad de transformar esa consideración en una constante para las situaciones de interacciones en que participen agentes que formen parte del género al que se le atribuye tal posición.

Tal idea tropieza con un primer obstáculo. Si se considera plausible atribuir una posición desmejorada en atención a un género dentro de la estructura social el principio de igualdad, en tanto mandato de optimización carece de posibilidades de concreción. Si de lo que se trata es de entender a cierto grupo dentro de la sociedad como invariablemente en posición desmejorada para negociar o para desenvolverse comunicativamente dentro de las posibilidades de interacción en el marco de la sociedad, es necesario encontrar un apoyo institucional para tal consideración y justamente lo que se tiene a la vista con mayor plausibilidad es exactamente lo contrario, es decir lo que puede identificarse sin un esfuerzo extremo es el principio de igualdad, el que justamente requiere para su concreción efectiva la ausencia de consideraciones como las que apunta Mac Kinnon.

Si bien es claro que dentro de las posibilidades de concreción del principio de igualdad, por cuestiones contingentes, resulta de dificultosa práctica una atribución de trato uniforme para todos los casos que puedan presentarse en la sociedad de que se trate, no es menos cierto que en una primera etapa (teórica si se quiere) el tratamiento de los distintos grupos susceptibles de ser identificados debe estar acorde con el mandato de optimización presente en el principio de igualdad.

Si se considera como un obstáculo suficiente al principio de igualdad entonces las posibilidades de consideración plausibles de la postura de Mac Kinnon decrecen ostensiblemente.

Sin embargo lo expuesto, prescindiendo de la consideración de la mujer en un plano desmejorado como una constante es estimable considerar la posibilidad de encontrar un interés relevante de ella en su propia autonomía reproductiva. Considerando la posición de hecho que asume la mujer en el proceso de fertilización asistida y luego en el proceso de embarazo, es claro que bajo ciertas hipótesis (revocación del consentimiento en alguna fase de desarrollo del proceso y consiguientemente de desarrollo del embrión) pueden encontrarse tensiones entre la vida y dignidad del embrión y la autonomía reproductiva de la mujer. En este caso debe recurrirse a la determinación del peso específico de cada interés involucrado. Si se considera que la dignidad del embrión está atribuida a éste por medio del recurso al principio de igualdad es factible considerar que en el *test* de peso específico pueda preferirse a la autonomía reproductiva de la mujer.

De otro lado existen posiciones que tienden a negar la posibilidad siquiera de tensión entre intereses contrapuestos (vida y dignidad del embrión *versus* autonomía reproductiva de la mujer).

Tal es el caso de lo expuesto por Jorge Varela del Solar<sup>26</sup> quien desde considerar que el embrión goza de la categoría general correspondiente al género humano señalando: “*Nuestra posición es que el género humano no es dado por el nacimiento sino que por la unión de los gametos constitucionales genéticos; el nacimiento no provee el género sino que tan solo hace cambiar la forma de vida humana desde intrauterina a extrauterina; es pues un fenómeno fisiológico y no ontológico*”.

Desde tal posición Varela intenta negar las posibilidades de colisión entre intereses legítimos de la mujer en contra de intereses relativos al embrión. Si bien debe considerarse que tal posición es asumida para el caso del aborto, no es menos cierto que su declaración es completamente plausible la posibilidad de extenderla al embrión no anidado.

Respecto a las posibilidades de tensión entre intereses, la respuesta de Varela aparece señalada como consecuencia de la posición ya expuesta (es decir está condicionada por la consideración de la vida del embrión/feto como integrante de la categoría de vida de la especie humana sin más): “*No existe colisión jurídica entre los bienes vida y privacidad, toda vez que se trata de valores constitucionales de diversa jerarquía normativa y ontológica*”.

Tal posición tropieza con serios obstáculos. De una parte el carácter de intereses (bienes) potencialmente en tensión con diversa jerarquía normativa no puede ser excusa para considerar plausible su tensión. Si se traslada tal estructura lógica, deberíamos entender que las posibilidades de conflictos entre reglas deberían quedar siempre proscritas. Así según tal idea la posibilidad de conflicto entre una regla de rango legal y una regla de rango constitucional no debería ser solucionado con el recurso a la regla de jerarquía, precisamente porque la jerarquía de los bienes (protegidos o amparados por la regla) es diversa.

De otro lado es innegable que para el caso del tercer nivel de protección a la vida humana deben ser reconocidas posibles tensiones de intereses. Tal como para el caso de la desincriminación del aborto, de lo que se trata es precisamente de conflictos de intereses legítimos que se encuentran en colisión. El desconocimiento de tales posibilidades de conflicto importan al menos dos consecuencias: (1) Desconoce el estatuto jurídico de protección y las posibilidades efectivas de proyección de los intereses para el caso del embrión/feto; (2) Realiza una ponderación de intereses *ex ante* en la posibilidad de tensión entre la vida y dignidad del *nasciturus* o embrión y la privacidad de la mujer. Dentro de este concepto de privacidad es claro que puede encontrarse al menos una proyección del interés legítimo en el ejercicio de su autonomía, la cual con este desconocimiento se vería claramente lesionada.

---

<sup>26</sup> VARELA DEL SOLAR, Jorge, “Derechos Humanos y aborto”, Revista de derecho público, Enero – Diciembre 1980, números 47 – 47, páginas 195 y ss.

Por lo expuesto es que tal posición relativa a negar el conflicto de intereses debe ser desechada, reconociendo las posibilidades de tensión entre intereses legítimos, de un lado de la mujer en la proyección de su autonomía reproductiva (y su autonomía general) y de otro, el interés en la dignidad y vida del embrión.

El interés de la mujer en su autonomía reproductiva sea por la vía del libre desarrollo de la personalidad o mediante el derecho a privacidad, no encuentra un reconocimiento legal específico en la ley 20.120. Lo que tendríamos es una constante en torno a la necesidad de consentimiento para la realización de técnicas de manipulación genética que deben involucrar a la mujer, de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 9, 10, 11, 12 y demás, los que sin embargo no expresan claramente un interés femenino en la reproducción.

**c) Interés del facultativo en la ponderación de intereses e interés en el desarrollo de la investigación científica con embriones.**

Dentro de las posibilidades de actuación en el proceso de fertilización asistida, al facultativo le cabe una primordial. Por ello es que al igual que los intereses del embrión y de la mujer, es plausible entender que de parte del médico que interviene sea posible identificar un interés legítimo involucrado.

Como se sabe son precisamente los avances de la ciencia médica los que han permitido el análisis de los problemas relativos al tercer nivel de protección penal de la vida humana. De esta manera es que ciertas decisiones con efectos en lo referente a las tensiones producidas entre los intervinientes en el proceso que se lleva a cabo bajo su asistencia, quedan entregadas precisamente en manos del facultativo.

En ocasiones incluso puede ver afectado un interés legítimo en torno a la posibilidad de omitir su participación en las decisiones con efectos relativos, por ejemplo, a poner fin a la existencia del embrión, o en el caso de producción de embriones supernumerarios a elegir, bajo parámetros previamente establecidos, cuáles de esos embriones son los que deben ser desechados y cuáles no.

Debe señalarse que dentro de las posibilidades de titularidad de intereses en esta sede encontramos a cualquier sujeto que ostente la calidad de poseedor de un título médico (enfermeras, médicos, practicantes y personas en general con título habilitante para participar en el procedimiento de fertilización asistida) y debemos entender que los intereses que puedan ser identificados en esta sección estarán referidos a las personas que detenten tales títulos en uso de los mismos, es decir restringidos a sus actuaciones habilitadas por la posesión de tales títulos.

Para el caso del delito de aborto, y la figura calificante de la intervención del facultativo, es abundante la posición en torno a considerar que tal título confiere a quien lo detenta un “honor” especial. En este sentido se encuentran las

opiniones de Puig Peña<sup>27</sup>: “El médico que comete este delito, abusa de un título del estado – que éste le otorgó en beneficio de la colectividad– para producir perjuicio”, Cuello Calón, Eugenio (“abuso de arte”)<sup>28</sup>, Del Rosal: “la ratio de la agravación reside en la mayor reprochabilidad que entraña decidirse a actuar desatendiendo esos deberes que personalmente le incumben al facultativo”<sup>29</sup> y un largo etcétera.

Si bien desde la perspectiva de los intentos de reconstrucción de la circunstancia calificante de la profesionalidad puede resultar útil utilizar recursos que posicionen o que denoten de tal manera el problema político criminal para el caso del aborto y de la participación del facultativo en su causación. Sin embargo a efectos de determinar los intereses relevantes del facultativo en el marco del desarrollo de los procesos que tienen lugar bajo el tercer nivel de protección penal a la vida humana, tal recurso no otorga un rendimiento satisfactorio, ya que bien vale entender la actuación del médico como necesaria en el desarrollo de tales procesos para entender que deben en algún sentido existir posibilidades de proyección de intereses legítimos de su parte, sin necesidad de considerar la reconstrucción explicativa dada para el caso de justificar la calificante en sede del delito de aborto.

Sin embargo tal situación calificante, para el caso del facultativo a propósito del delito de aborto, debe ser considerada un dato que viene a reforzar la posición del profesional a propósito del tercer nivel de protección penal a la vida humana.

Dentro de los intereses susceptibles de ser identificados para el caso del facultativo tenemos que es claro, dada la posición que desempeña en el marco del desarrollo del proceso de fertilización asistida, la posibilidad de identificar su interés en la posición de ponderación que debe realizar en ciertas hipótesis. Si se considera que la decisión por uno u otro interés en juego (de diversa titularidad) recae en la actuación del facultativo, es claro que éste tiene un interés en la demarcación de las posibilidades de decisión de acuerdo a reglas.

Entendido el problema de la autonomía reproductiva de la mujer, en cuanto a la posible tensión con el interés en la conservación del embrión, es claro que, para el facultativo, es posible identificar un interés. La plausibilidad de la ausencia de una prohibición de destrucción de embriones afecta directamente la posición (al menos potencial) del médico.

---

<sup>27</sup> PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969. Pág. 551. Citado por Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo, “La circunstancia cualificativa de profesionalidad en el delito de aborto”.

<sup>28</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Bosch. Barcelona, 1957. Pág. 492. Citado por Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo, “La circunstancia cualificativa de profesionalidad en el delito de aborto”.

<sup>29</sup> DEL ROSAL, Juan. Derecho Penal español. Parte especial. Madrid, 1962, pág. 372. Citado por Palacio Sánchez-Izquierdo, José Ricardo, “La circunstancia cualificativa de profesionalidad en el delito de aborto”.

Existen dos actuaciones no reguladas específicamente para el médico que deben entenderse entregada o al nivel reglamentario o a los criterios de la praxis médica: la destrucción de embriones y la criopreservación de embriones.<sup>30</sup>

Así el médico se vería en el caso de que, ante la tensión de intereses entre la autonomía reproductiva (negativa) de la mujer y la conservación del embrión con asidero en la dignidad humana (con recurso para su atribución al principio de igualdad) o en el interés de protección de su existencia, debería lesionar uno de los dos intereses en juego. En éste caso es claro el interés del médico en la seguridad de las reglas bajo las cuales debe llevar a cabo su decisión, pues es la normativa la que lo pone en situación de lesionar uno de los intereses en tensión.

Tal situación podría verse morigerada para el caso de que una regla contemple la posibilidad de que ante la tensión pueda procederse a la crioconservación indefinida de embriones. En éste escenario el interés del facultativo en la seguridad otorgada por reglas del sistema se vería satisfecho convenientemente, pues ante la tensión ente la autonomía reproductiva (negativa) de la mujer y la conservación del embrión, encuentra atribuida una salida, que engarza con las posibilidades de cumplimiento del mandato de optimización contenido en los principios que amparan los intereses primitivamente en tensión, ya que se logra por medio de la atribución a nivel de regla de la solución al problema tenemos que se logra una posición de interpretación de los principios en juego con un grado de rendimiento alto, conforme al mandato de optimización que tienen, evitando la colisión efectiva, o haciéndola aparente.

De una parte se daría concreción a la dignidad del embrión y protección de su vida, al no realizar su destrucción, de otro lado se da concreción efectiva a la autonomía reproductiva de la mujer, al no constreñirla institucionalmente a tolerar la realización del procedimiento de fertilización asistida contra su voluntad. De esta manera es que el interés del facultativo en la certeza otorgada por las reglas de determinación de la ponderación que debe realizar puede quedar resuelto.

De otro lado existe la posibilidad de identificar ciertas posibilidades de tensión entre el potencial interés del facultativo en el desarrollo de la labor investigativa científica y la dignidad y vida o existencia del embrión.

En este sentido la ponderación de intereses está dada por la tensión entre el interés atribuible al facultativo potencialmente interviniente y la dignidad del embrión.

---

<sup>30</sup> Para un pronunciamiento en abstracto, BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio. “Estatuto del embrión preimplantacional: Observaciones desde el punto de vista jurídico”, en “El embrión humano”, Beca Infante, Juan Pablo, pág. 189.

De lo que se trata es de la posibilidad de utilización de embriones en el marco del desarrollo de investigaciones científicas. Puede plantearse el problema general como un problema de mediatización de los embriones para la consecución de fines de investigación.

Es claro que el embrión tiene atribuida cierta entidad de dignidad, luego es sencillo entender que pueda existir un interés legítimo en la conservación y protección de tal dignidad. De otro lado, también es claro, el interés del facultativo en el desarrollo de la investigación científica, en el marco del desarrollo de la ciencia médica.

Desde la perspectiva de una tradición utilitarista el conflicto de intereses debe quedar resuelto a favor del interés social general en el desarrollo de las investigaciones científicas por sobre la dignidad del embrión, ya que el peso específico de este interés estará dado por los resultados beneficiosos para la comunidad en la prevención y corrección de enfermedades susceptibles de ser conseguidas por medio de la utilización de embriones en investigación.

En contra de una posición utilitarista tenemos que puede argumentarse que sí es posible considerar como susceptibles de mediatización a los embriones (no implantados) para la evitación de generación de otros agentes sociales aquejados de enfermedades hereditarias. Debe considerarse además que, tal posibilidad pone en evidencia a una serie de agentes, cuya existencia no es deseada (los ya enfermos), la cual incluso debería haberse evitado.<sup>31</sup>

La inobservancia de la preferencia en favor de la dignidad del embrión puede a su vez derivar en la consideración del embrión como un mero objeto, lo que desde la perspectiva de su estatuto jurídico, resulta poco plausible. Para Starck esto traería como consecuencia la posibilidad de utilización además de embriones, de enfermos mentales y malformados en investigaciones científicas<sup>32</sup>.

Esta derivación de consecuencia puede tropezar con el obstáculo del estatuto del sujeto de la investigación. Para el caso del nacido, debe considerarse la posibilidad de proyección efectiva de sus intereses, por lo que la tensión que tiene lugar entre la dignidad del embrión y el interés científico es, desde la perspectiva de la ponderación, muy diversa a la que puede darse en el escenario que como consecuencia plantea Starck.

Un punto relevante es la distinción que puede realizarse en cuanto a la generación de embriones para ser utilizados en el desarrollo de la investigación científica y la utilización de embriones ya generados para fines distintos de la investigación (por lo general el desarrollo de procedimientos de fertilización asistida). De un lado tenemos que la colisión entre intereses para la primera

---

<sup>31</sup> STARCK, Christian, Cit.

<sup>32</sup> STARCK Christian, Cit.

hipótesis es manifiesta, ya que el procedimiento de investigación tendrá dentro de sus fases de desarrollo justamente la generación de los embriones que estarán sujetos a la investigación.

De otro lado, existe la posibilidad de que se generen embriones para la realización del procedimiento de fertilización asistida, es decir se generen embriones para ser transferidos a la mujer, pero que, posteriormente, por alguna circunstancia, no tenga lugar tal transferencia.

El destino claro de estos embriones debería ser la destrucción, por lo que se ha defendido la posibilidad de someterlos a investigación. En este caso la tensión de intereses se ve alterada dado el destino de los embriones cuya transferencia se ha visto frustrada, debería tener como único fin posible la destrucción<sup>33</sup>. Aquí la ponderación de intereses podría ceder en favor del interés en el desarrollo de una investigación científica, dado que la dignidad del embrión considerando su destrucción podría llegar a tener atribuido un peso específico menor.

Sin embargo, el problema del interés puede ser considerado como un problema independiente de la destinación final del titular de ese interés. Para el caso del nacido, es claro que aún encontrándose más o menos determinado su momento de muerte (prospectivamente) sería dudoso pensar en una disminución del peso específico en su propia dignidad.

Debería pensarse en la necesidad de la proyección del interés en su dignidad orientado a ciertos resultados (por ejemplo la causación de la muerte y la sujeción del cuerpo a investigaciones científicas).

Quizás el problema central a ser resuelto en la ponderación es precisamente el problema de la proyección eficiente de intereses por parte del titular. Es claro que para el caso del embrión tal posibilidad se encuentra vedada, por lo que la cuestión del peso específico del interés estará dada por su peso determinado *ex ante* cualquier destinación. Quizás la situación de la destinación a la destrucción deba ser considerada un dato para la realización de la ponderación de intereses.

Es claro que habrá ocasiones en que el problema se encontrará resuelto por reglas del propio sistema, como es el caso de la legislación alemana, en que se sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa a quien “*emprenda la fecundación de un número superior de óvulos de una mujer al de los óvulos que se le pretenden transferir en un mismo ciclo*”, cuestión que salva, según Starck<sup>34</sup>, la posibilidad de la práctica de la producción excesiva de embriones, de modo que siempre

---

<sup>33</sup> STARCK, Christian, Cit.

<sup>34</sup> STARCK, Christian, Cit.

quede un número cuyo destino sea la destrucción, con el fin de sujetarlos a investigación científica.

En los márgenes de la ley 20.120 tenemos que el eje al que se encontrará asociada la actividad médica es al respeto irrestricto del consentimiento informado en los términos del artículo 11 de la ley<sup>35</sup>, teniendo entonces que realizar ponderaciones en los casos difíciles a los que se enfrente.

#### 4. Relevancia constitucional de los diversos intereses identificados

El tránsito de la revisión objeto de esta sección intentará determinar la relevancia constitucional desde la perspectiva del derecho nacional, y consiguientemente el estado de la respuesta a tales conflictos.

Es ineludible la cuestión radicada en torno a la interpretación del artículo 19 número 1 de la Constitución Política Chilena. En este punto la interpretación que se otorgue al inciso segundo de tal artículo resulta crucial, pues si se opta por una interpretación de la cual se derive un mandato de protección absoluta para el Estado relativo a la vida del no nacido, el punto central queda casi resuelto. Esto porque de considerar la existencia de tal mandato absoluto, tenemos que resulta sencillo entender que (1) la vida y dignidad del embrión es un interés constitucionalmente relevante; (2) el embrión no implantado, tal como el *nasciturus* es titular de un derecho fundamental a la vida. Luego, las posibilidades de tensión con otros intereses constitucionalmente relevantes son claras, acudiendo a la ponderación, es decir, determinando cual de los intereses en tensión cuenta con un mayor peso específico, debe intentarse dar solución al problema.

Si se tiene a la vista como un referente determinante al estatuto jurídico de la vida del no nacido, y en sede de este trabajo, al estatuto del embrión

---

<sup>35</sup> El artículo 11 de la ley 20.120 establece: “*Toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e informado, o, en su defecto, el de aquél que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley.*”

*Para los efectos de esta ley, existe consentimiento informado cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá habersele proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre ella. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene de no autorizar la investigación o de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno.*

*El consentimiento deberá constar en un acta firmada por la persona que ha de consentir en la investigación, por el director responsable de ella y por el director del centro o establecimiento donde ella se llevará a cabo, quien, además, actuará como ministro de fe.*

*En todo caso, el consentimiento deberá ser nuevamente solicitado cada vez que los términos o condiciones en que se desarrolle la investigación sufran modificaciones, salvo que éstas sean consideradas menores por el Comité Ético Científico que haya aprobado el proyecto de investigación”.*

preimplantacional, es claro que debe realizarse un esfuerzo para la identificación de intereses cuyo titular potencialmente pueda ser el embrión no implantado.

Considerando como antecedente que lo que hay en el inciso segundo del artículo 19 número de la Constitución Política es un mandato de protección *relativo* para el caso del embrión no implantado, cuyo destinatario es el Estado, entonces la participación del embrión en la idea de dignidad y vida del embrión debe ser resuelta satisfactoriamente como posibilidad de atribución.

La consideración de relevancia constitucional respecto al embrión no implantado es una cuestión que tiene como referencia más importante, desde la perspectiva del derecho nacional, su propio estatuto jurídico. A diferencia de los modelos de derecho comparado, la posibilidad de contar con un referente a nivel de regla, como concreción de los principios susceptibles de ser identificados, y que potencialmente pueden justificar una expectativa razonable relativa al interés de que se trate, debe ser descartada, pues no existe respuesta normativa expresa y vigente en la materia. Existe potencialmente, la respuesta susceptible de ser identificada en los proyectos de ley en trámite en Chile, la que por su propia condición deben ser desechadas.

De esta manera, resulta clave determinar si la vida y dignidad del embrión es o no un interés constitucional en el marco del derecho chileno.

Si la respuesta tiende a ser negativa, es decir si se considera que la vida y dignidad del embrión no implantado para el caso chileno es un interés irrelevante desde la perspectiva de la constitución, no debe siquiera realizarse ponderación, pues será claro que no habrá tensión relevante posible. Las acciones que tiendan a lesionar las expectativas relativas a tales intereses, considerados constitucionalmente irrelevantes, pueden ser acciones que encuentren fundamento en, justamente intereses constitucionales relevantes, por lo que en amparo de tales intereses deberá preferírseles en lugar de la vida y dignidad del embrión.

Si en cambio la respuesta por la relevancia constitucional acerca de la vida y dignidad del embrión tiende a ser positiva, es decir si se considera que la expectativa acerca del interés en la vida y dignidad del embrión son intereses que encuentran fundamento en la constitución, entonces tenemos justamente un conflicto entre intereses constitucionalmente relevantes, que requerirá de ponderación para su solución teniendo en vista la estructura de los principios que le dan fundamentos constituye un mandato de optimización, formulado, abstractamente como juicio categórico. Tal solución debe tender a una interpretación del problema que otorgue como rango de respuesta satisfactoria la máxima aplicabilidad posible de los principios en pugna a través de la tensión de intereses.

Para la determinación de la relevancia constitucional del interés en la vida y dignidad del embrión es claro que puede ser utilizado como referencia la

consideración en torno a la relevancia constitucional de la vida del *nasciturus*, entendiéndolo como aquél no nacido que ha superado el proceso de implantación o anidación.

Si se entiende que de acuerdo al argumento de la potencialidad de desarrollo es que puede considerarse que la vida del *nasciturus* es un interés constitucional, pero que de acuerdo a la interpretación del artículo 19 número 1 inciso segundo, esta relevancia constitucional no permite derivar la titularidad del *nasciturus* a un derecho subjetivo público a la vida, pueden explicarse la posición a asumir ante posibles colisiones en esta sede. De ahí que sea posible sostener que ante la colisión probable, desde la perspectiva constitucional, entre la vida del *nasciturus* y, por ejemplo la autonomía reproductiva de la mujer, y sosteniendo que ésta se encuentra amparada por un derecho fundamental (fundamentado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 número 4 y 19 número 7), sea plausible por medio de la ponderación en ciertas hipótesis decidir a favor de la autonomía reproductiva de la mujer.

Por su parte para el caso del embrión no anidado, es plausible sostener que la protección su vida y dignidad revisten el carácter de interés constitucional. De una parte, atendiendo al referente que otorga la relevancia constitucional de la vida del no nacido que ha superado el proceso de anidación. No parece plausible considerar que la idea de potencialidad sea del todo ajena al embrión no anidado, y que pueda establecerse una diferenciación radical desde el momento de la anidación. Resulta plausible considerar que la idea de potencialidad se encuentra presente en el embrión no anidado, de ahí que pueda asumirse, que tal como el no nacido pero anidado, la vida y dignidad del no anidado es un interés constitucional declarado en el inciso segundo del artículo 19 número 1.

De otro lado si se considera como opción la idea de pluralismo ontológico, es decir que la vieja distinción entre cosas y personas puede ser superada, entendiendo que no por declararse que algo no sea persona deba necesariamente ser cosa<sup>36</sup>, es posible admitir cierta gradualidad en las posibilidades de comprensión del estatuto del objeto de la valoración.

Así puede descartarse la posibilidad de que el embrión no anidado por no ser considerado persona deba necesariamente ser considerado cosa, y entonces permitir la posibilidad de atribución de relevancia constitucional para su vida y dignidad.

Además, de considerar que la vida del embrión no anidado no reviste el carácter de interés constitucional, se tiende a configurar un sistema basado en el todo o nada. Esto porque sostener tal posición para la relevancia constitucional de

---

<sup>36</sup> En éste sentido, BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde el punto de vista jurídico”, en “El Embrión humano”, Beca Infante, Juan Pablo, pag. 178 y ss.

la vida del embrión no anidado, equivale a decir que el embrión no anidado no participa de la categoría normativa de “vida humana susceptible de ser protegida”, por lo tanto se desconoce la estructura de la protección penal a la vida humana, reduciéndola como reacción a tan solo dos estadios (el primero dedicado a la vida humana independiente, y el segundo relativo a la vida humana dependiente).

Si la vida y dignidad del embrión no anidado es considerada un interés constitucional, entonces lo que resta es establecer si se encuentra amparado por un derecho fundamental o no.

En este punto también resulta relevante lo establecido para el segundo nivel de protección penal a la vida humana. Si se entiende que el embrión no anidado es titular de un derecho a la vida, entonces, considerando la posición anterior relativa al *nasciturus*, tendríamos que la vida humana pasa desde la posibilidad de titularidad de un derecho fundamental a la vida, por una etapa en que no tiene esa titularidad, para, luego de experimentado el nacimiento, volver a tener la posibilidad de tal titularidad. Tal razonamiento resulta poco plausible.

Además, si se interpreta el artículo 19 número 1, en el sentido que la vida humana anterior o distinta a la del nacido, se encuentra con un mandato relativo de protección, proveniente del inciso segundo de tal disposición, tenemos que resulta de difícil declaración la idea de considerar que el embrión no anidado sea titular de un derecho a la vida. Parece claro que la vida humana no anidada encuentra su relevancia constitucional, categorialmente, junto a la protección brindada a la vida del no nacido pero anidado, y no junto a la vida del nacido.

Así visto, entonces debe considerarse que para el caso de colisión de intereses relativos a la vida del embrión no anidado contra intereses con relevancia constitucional y que además se encuentren amparados por un derecho fundamental, la ponderación debe ceder a favor de este último interés.

Tal será el caso por ejemplo de la colisión potencial con la autonomía reproductiva de la mujer, en que resulta claro que el interés legítimo de la mujer en la proyección eficiente de su autonomía reproductiva se encuentra amparada por un derecho fundamental, por lo que en la ponderación, el peso específico de tal derecho fundamental superará al interés constitucional de la vida y dignidad del embrión no anidado, debiendo decidirse en su favor, es decir en otorgar la máxima operatividad posible, en el marco de la ponderación de principios, a la proyección del interés de la mujer.

## 5. El delito de clonación humana y realización de procedimientos eugenésicos

Los artículos 17, 18, 19 y 20 de la ley 20.120 establecen prohibiciones reforzadas por la amenaza de aplicación de penas, es decir, establecen delitos<sup>37</sup>.

Consideramos, en los márgenes de este trabajo que, el delito que merece una mayor atención es el contemplado en el artículo 17.

El artículo 17 establece el delito de clonación de seres humanos y realización de procedimientos eugenésicos en los siguientes términos:

*“Artículo 17.- El que clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos y el que realizare cualquier procedimiento eugenésico en contravención al artículo 3º, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y con la inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante el tiempo que dure la condena.*

*En caso de reincidencia, el infractor será sancionado, además, con la pena de inhabilitación perpetua para ejercer la profesión.”*

La ley 20.120 establece un tipo penal compuesto relativo a:

- a) Iniciar un proceso de clonación o clonar seres humanos;
- b) La realización de un procedimiento eugenésico en contravención a la finalidad determinada por el artículo 3 de la misma ley, esto es reproduce la meta-prohibición relativa a las conductas eugenésicas.<sup>38</sup>

Es interesante constatar que el legislador chileno tomó el camino de reconocer, al parecer, la existencia de un orden de los procesos naturales tal, que habilita la prohibición penal del hecho de la clonación, el que de acuerdo al artículo 5 de la misma ley queda prohibido cualquiera sea su fin y la técnica utilizada.

Por otro lado tenemos que la prohibición de práctica eugenésica no se encuentra asociada a finalidades específicas. Al respecto queda la duda, desde el principio de legalidad, sobre qué técnicas eugenésicas serán asumibles como legítimas en la *praxis* médica.

El contenido del artículo 3 da por resultado que la única práctica eugenésica legítima *prima facie* es la “consejería genética”, es decir el procedimiento

---

<sup>37</sup> Es claro que diversas disposiciones de la ley 20.120 expresan prohibiciones de hechos vinculados, sin duda a la protección de la vida humana no anidada, estimo que los márgenes “penales” del presente trabajo permiten delimitar esas prohibiciones de las que considero más intensas, esto es las que tienen asociada una pena pública propiamente penal.

<sup>38</sup> De acuerdo al artículo 3 de la ley 20.120: “*Prohíbese toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética*”.

de asesoría médica en torno a las posibilidades de engendrar un hijo con tales o cuales características.

En este punto el legislador chileno ha dejado una puerta abierta: ¿pueden los padres realizar un *test* de aptitud del embrión? La respuesta desde el artículo 3 es: sólo en tanto consista en consejería genética. La pregunta que queda es ¿cuál es el límite de la decisión privada al respecto?: ¿la evitación enfermedades detectables con datos genéticos de los padres?, ¿enfermedades graves?, ¿toda enfermedad?, ¿cualquier anomalía física?

En este punto se encuentran los distintos planes morales personales de los integrantes de la comunidad. ¿Existe en la comunidad chilena una matriz ética para desear hijos con tales o cuáles características?, ¿el legislador ha permitido la decisión eugenésica personal?

Podría pensarse que lo único habilitado por parte de la ley 20.120 es una consejería que tienda al anticipo por medio de información presente en los padres de problemas del descendiente. Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de que el consejo es “no procrea” y los padres no obstante decidan someterse al procedimiento produciendo un hijo con deficiencias físicas?

El sentido de la mención del artículo 1 no debería establecer necesariamente la antijuridicidad penal de las conductas que atenten contra la vida humana, sino que pone de relieve el momento desde el cual la vida humana es un dato relevante para la articulación de protección.

Que algo exista en términos de constituir un interés de alguna relevancia para el derecho desde luego no implica que los ataques a ese ente depositario de relevancia sean penalmente relevantes, sin embargo la técnica permite generar una serie de lazos de colisión de intereses de relevancia constitucional a la luz de las posibilidades técnicas y jurídicas de realización de procedimientos de fertilización humana asistida.

Los distintos intereses que pueden tener relevancia en la lectura de la ley 20.120 deben servir de base a la interpretación de este delito, acotando los procedimientos y contando desde ya con una clara dificultad desde la perspectiva del principio de legalidad, atendida la laxa redacción que padece la descripción de los procesos incriminados, el involucramiento de la actividad médica y la ausente consideración de la autonomía reproductiva de la mujer (reconducible como se ha dicho a la idea de consentimiento genérico presente en la ley).