



Incertidumbre, Futura Maternidad y Bioderecho

Claudia Valenzuela A.*

Centro de la Familia, PUIC

Angela Arenas M.*

Directora Instituto de Bioética, UIFT

Veritas de terra orta est, et iustitia de coelo prospexit.

Es la segunda vez, desde el nacimiento de la bioética como disciplina, que el derecho, el bioderecho, es capaz de plantearse y de dar soluciones -al menos teóricas- a eventuales problemas derivados del desarrollo biotecnológico, en forma previa a que una de sus innovaciones sea puesta al servicio de la humanidad¹; Esto es así, no porque el derecho se lo haya propuesto, sino porque la biotecnología que trataremos tiene aún muchas dificultades técnicas que soslayar antes de que probablemente, y ya no posiblemente - como sabiamente advierte el biólogo Henri Atlan-, se haga realidad². Nos referimos al proyecto científico de desarrollo de un útero artificial humano que permitirá, a largo plazo, el embarazo ectobiótico de nuestra especie con el objetivo de crear una alternativa -técnica, y consecuentemente, artificial- a la procreación natural. Se basa en (principalmente) la utilización de matrices de otras especies o artificiales creadas emulando la específica capacidad de acoger y sobrellevar el desarrollo de un embrión humano desde el estado de blastocisto (previamente producido por fertilización in

vitro) hasta el momento que obtenga la total viabilidad fetal, como capacidad de sobrevivencia extrauterina. Lo anterior, tendrá el efecto de suprimir (diferente de separar³) definitivamente ya no sólo la sexualidad de la reproducción, sino que además - como señaló Monseñor Eglio Sgreccia⁴ - "la deshumanización" de la procreación humana, la que tendrá lugar no sólo prescindiendo del acto sexual entre los progenitores (como actualmente lo permiten muchas de las técnicas de fertilización médicamente asistida), sino que también fuera del cuerpo de la mujer. Esta nueva biotecnología - conocida desde 1923 como ectogénesis⁵ - creará, en su forma más radical, una simetría biológica entre hombres y mujeres (sustituye el proceso natural del embarazo) y una escisión paradójica entre la procreación y la filiación con las consecuentes incertidumbres - principalmente a propósito de la identidad personal- para las generaciones futuras. Cabe destacar, que en el razonamiento que expone motivos a esta experimentación, se alude a que este "avance científico" permitirá a las mujeres que decidan ser madres, la anhelada liberación de las molestias que produce la gestación⁶. Todas estas observaciones, nos hacen

remitirnos con especial atención a la teoría del género, de corte existencialista, liderada en los años '40 por Simone de Beauvoir, con el slogan "La mujer no nace, se hace" y que hoy tiene diversas seguidoras en EEUU, entre ellas Judith Butler⁸. Hay coincidencia, entre las ideologías más radicales del feminismo, en sostener que los avances de la biotecnología, permitirán a las mujeres a través del reconocimiento de los derechos reproductivos (en su dimensión positiva y negativa), en tanto derechos humanos, alcanzar la soñada simetría social, jurídica y política referida, en relación al reconocimiento paritario con las personas de sexo masculino. Es decir, la indiferencia sexual, en cuanto niega intencionalmente la diferencia sexual, vendría a constituir el único modo de superar la subordinación femenina¹⁰. Subjetivamente entonces, esta posibilidad técnica tendrá la ventaja de liberar definitivamente a las mujeres de las complicaciones, riesgos, desgastes físicos, psíquicos, sociales y materiales que implica el embarazo y parto. Las pondrá, definitivamente, en la anhelada igualdad de condiciones respecto a los hombres, lo que para algunas tendría, además, la ventaja de liberar a las mujeres de la maldición bíblica originaria que les impuso la obligación de "parir con dolor", hecho que revela que el parto no sería una situación originaria, sino un castigo divino del que, finalmente, la mujer quedaría exenta¹¹.

"Tengo un poder, respecto de cuya fuerza y naturaleza aún no he sido instruido"¹², escribía en 1603 William Shakespeare sin vislumbrar siquiera en su horizonte esta especie de descontrol del "Aprendiz de Mago", de la que estamos siendo testigos con motivo de la aplicación de los avances de biotecnología al hombre, sin medir exhaustivamente las consecuencias éticas y legales de las mismas. Se está dejando a un lado la función protectora del derecho al que se suele exigir la no intromisión normativa en temas de bioética, potenciando la aplicación de modelos biojurídicos liberales, o abstencionistas, y en algunos casos sociológicos¹³, que enarbolan para estos efectos, una errada concepción de la autonomía de los individuos, sean éstos los científicos, sean éstos los receptores de los avances. Poner atención en el tema de la "incertidumbre científica" desde un punto de vista epistemológico, nos llama a reflexionar sobre el estatuto

propio de la ciencia y su método experimental, que emerge claramente en las tecnologías avanzadas. Cabe destacar, que la "incertidumbre" no se identifica con el "riesgo", que se caracteriza por conocer perfectamente las potencialidades de peligro, y desconocer si ellas no se concretarán, se concretarán del todo, o se concretarán en parte; La incertidumbre, alude al desconocimiento del peligro potencial. En ambos casos, visualizamos cómo emerge un problema de seguridad social, que se configurará de manera diversa, según sea el caso.

En directa relación a la incertidumbre, corroboramos que existe una persuasión social del trabajo científico y su ambigüedad epistemológica, basada precisamente en que estructuras extrañas a la ciencia (criterios de carácter económico o político, es decir, manipulables y no persuasibles) intervienen en cuestiones que la propia ciencia aún no ha resuelto desde la base de su fundamentación. Además exigen una respuesta en el plano social conjuntamente: el saber científico y su proyección tecnológica crean productos que ingresan a la vida cotidiana (el embarazo es una realidad natural y cumple criterios de normalidad, dentro la esfera femenina), modificando modelos de vida y modelos sociales, pues nos permiten "inter- actuar" a nivel sensitivo, prescindiendo de "razonar" en materia de alteridad personal (todo un fenómeno nuevo, pues antes del '900, la ciencia aparecía difícilmente alcanzable a las personas comunes)¹⁴. En este contexto, el conocimiento científico aparece como un poder en sentido amplio, es decir, como la relación entre "sabiduría" (neutra, cierta, determinada o determinable) y "potencia" (unilateral, incierta, indeterminada e indeterminable), con capacidad de condicionar los comportamientos sociales de modo cada vez más prescriptivo, dificultándonos distinguir entre "prescripción" y "descripción", entre "construcción teórica" e "imposición de modelos"¹⁵. En definitiva, lo que comienza como una protección jurídica de la autonomía, termina cuestionando la libertad personal, porque regula de modo inadvertido e invasivo el poder, exento de reglas jurídicas (poder de la innovación científica) y deberes correlativos al ejercicio del derecho.

En este mismo contexto, encontramos al sociólogo

Ulrich Beck¹⁶, quien sostiene que la ciencia es una forma de subpolítica: altera la sociedad y altera los vínculos sociales, saltándose los tradicionales procesos de legitimación de la democracia deliberativa. El progreso está sustituyendo el voto, porque el proceso legislativo y político tradicional se hace presente, sólo una vez que la práctica ha impuesto nuevos modelos y comportamientos; y si el realismo jurídico dificulta el considerar Ley de la República aspectos dedicados a la biotecnología, queda siempre la posibilidad de recurrir a Tribunales de Justicia, quien asume la conducta como parte del modelo regulador, independientemente de cualquier proceso democrático de aprobación. Ello, ha sido así en situaciones que han permitido la legalización del aborto¹⁷ y las primeras jurisprudencias en materia de maternidad subrogada¹⁸ en E.E.U.U. y, en casos referidos a la anticoncepción de emergencia en países de América Latina y El Caribe¹⁹ (recién nuestro país está trabajando la discusión en el Parlamento²⁰).

Los últimos decenios de la historia de la ciencia en materia de técnicas de reproducción humana, nos han demostrado lo apenas enunciado: lo que parecían meras proyecciones de la fantasía de unos pocos autores²¹, se han ido convirtiendo en realidades biotecnológicas socialmente aceptadas que, fundadas inicialmente en el interés terapéutico de intentar sanar o curar a parejas infértiles, han ido tendiendo a suplir funciones naturales. En efecto, hace tan sólo 30 años, en 1978 nació en Oldham, Inglaterra, el primer ser humano concebido *in vitro* y desde entonces, las técnicas de reproducción artificial (en adelante "TRA") han avanzado rápida y radicalmente, pasando de ser una solución a problemas de fertilidad entre parejas estables (operando de modo subsidiario a la procreación natural²²), a permitir no sólo la concepción extra corpórea de un individuo, dando lugar a numerosas y graves problemáticas (bio)éticas, sino que abriendo posibilidades de generar seres humanos en forma heteróloga. Esta técnica consiste en, utilizar gametos de donantes sea respecto de uno o incluso de ambos padres, lo que produce como consecuencias directa la transformación de la subjetividad: cuando nos olvidamos del cuerpo natural, se produce la des-encarnación de los sujetos (de derecho, es decir, de las personas) y la transfiguración corpórea,

que arriesga en definitiva, un uso "des-humanizado" del Derecho (instrumento potente al servicio del hombre), precisamente porque desestabiliza la "certidumbre" de la identidad personal, para llegar a mecanismos tan ajenos a la naturaleza humana como lo es el embarazo ectobiótico – que generan una paternidad y maternidad sin límites éticos y consecuentemente legales. Se encontraría abierta, además, a parejas heterosexuales, parejas homosexuales y personas individualmente consideradas, contrariando de esta forma y en modo evidente, la propia naturaleza que exige en forma básica para la subsistencia del mundo animal (mamífero), su reproducción sexuada caracterizada por concurrencia de dos individuos de la misma especie, "pero" de distinto sexo. Si a lo anterior se suma la reciente noticia de la supuesta creación de esperma y óvulos artificiales obtenidos de células madres, podríamos afirmar – sin pecar de pesimistas - que el último eslabón para terminar de suprimir el ejercicio de la sexualidad del acto de engendrar, producto de esta cadena de desarrollo de las TRA, lo constituiría un embarazo ectobiótico, que prescindiera del cuerpo de la mujer y de los gametos naturales. Nos encontraríamos inevitablemente en la hipótesis de sujetos humanos "artificiales".

Si bien es cierto que aún no se cuenta con documentación suficiente de rigor y validez científica que informe acerca de la experimentación, metodología y viabilidad de este particular proyecto, la comunidad internacional cuenta si con antecedentes que podríamos denominar "periodísticos", que han ido revelando información acerca de la experimentación en centros científicos, de diversos prototipos de úteros artificiales. Siguiendo estas fuentes, en el año 2002, el Centro de Medicina Reproductiva e Infertilidad de la Universidad de Cornell en New York, Estados Unidos, habría dado el primer paso hacia la gestación externa, respecto de cuyo experimento la investigadora Hung-Ching Liu²³ habría afirmado haber recreado una matriz humana "usando células uterinas crecidas en una escafandra biodegradable" en la cual se habrían implantado "células que forman la mucosa de la matriz femenina y embriones humanos. Durante seis días, los embriones – adheridos a las paredes internas del útero tal como si fuera uno natural - se desarrollaron en forma normal. En esa etapa, los científicos dirigidos

por la investigadora taiwanesa Hung-Ching Liu – interrumpieron la prueba.²⁴ Sin embargo, esta misma experimentación, pero con embriones de ratones con más allá de diez días reveló, que los fetos no estaban saludables, sino que severamente deformados, lo que se debería a que los vasos sanguíneos de los animales no se formarían adecuadamente, haciendo fallar la circulación y entrega de los nutrientes necesarios para el desarrollo del nuevo individuo. Esto deja en evidencia la gran complejidad técnica del proyecto en seres humanos, la que, sin embargo, “no es insuperable”²⁵. En esta misma línea de experimentación, un equipo de la Universidad de Temple, en Philadelphia, Estados Unidos, habría desarrollado líquidos respirables que “permiten a las ovejas nacer a mediados de su período de gestación y que sobrevivan fuera de los vientres de sus madres”²⁶.

Sea cual sea la biotecnología con que se experimente y el tiempo que la ciencia demore en obtener un resultado definitivo, el gran desafío científico de las TRA extra corpórea, en este momento, es lograr la ectogénesis de los seres humanos, procedimiento que, bien aplicado, tiene objetivamente, dos aspectos positivos: (a) el poder ayudar a controlar abortos y nacimientos prematuros y, (b) el dejar de manifiesto que el embrión humano tiene una individualidad propia, una capacidad de desarrollo autónomo “desde el momento de la fecundación”²⁷.

Si bien pueden apreciarse ventajas objetivas de las TRA – sobretodo cuando tienen una función estrictamente subsidiaria a la procreación natural y son practicadas respetando la vida y la dignidad humana- las últimas décadas han denunciado una serie de problemáticas éticas y jurídicas derivadas del desarrollo biotecnológico alejado del derecho y de la moral. En efecto, tan pronto las TRA se alejaron de su función de ayudar a parejas estériles, con el objetivo de que puedan engendrar o concebir, surgieron conflictos morales y jurídicos. En este sentido, no está demás mencionar a modo ejemplar algunos de ellos, tales como²⁸:

(a.) La donación de gametos y la consecuente incertidumbre del hijo en cuanto a la identidad del padre o madre donante, así como la eventual fraternidad desconocida y, en estos casos, problemas

para determinar los deberes derivados del parentesco y derechos patrimoniales; La multiplicidad de figuras parentales, con donación heteróloga de gametos, puede dar lugar a la presencia de hasta cinco eventuales “pro-genitores” en cuanto individuos que participan en la generación de un nuevo ser humano²⁹; (b) La fertilización in vitro con la práctica eugenésica en los embriones, manipulación y/o experimentación con los mismos, congelamiento o, definitivamente, eliminación de los embriones supernumerarios; (c) clonación reproductiva; (d) aborto eugenésico post implanto en embarazos múltiples.

Podemos observar, que los países que aceptan la donación de la gestación (entre ellos EEUU, Australia, Brasil, Hong Kong, Hungría, Reino Unido, Israel, Holanda, Bélgica, Sudáfrica, Finlandia, Grecia, India y Corea³⁰), verifican diversos fundamentos de la maternidad biológica: por una parte el embarazo, por otra los contratos gestacionales, que pueden velar por el resguardo de los elementos corporales de la pareja- óvulo de la madre, espermatozoides del padre o ambos-, o la mantención de autonomía absoluta en la determinación de la maternidad y paternidad, de acuerdo a lo estipulado en el contrato celebrado al efecto.

Es interesante corroborar, como por causa de la multiplicidad de fundamentos de la maternidad, se han creado diversos contratos interpersonales (multilaterales), principales, solemnes y onerosos, donde el sólo hecho del parto, se transforma en un fenómeno sujeto a cuestionamiento, a una situación sujeta a interpretación³¹. El aforismo romano “mater semper certa est”, cae a propósito de la aplicación de las TRA, y corroboramos cómo la determinación de la maternidad estará dada en las diversas legislaciones, en la expresión “útero vs. óvulo”, que resume un problema de fondo.

La variedad de fundamentos referida a la filiación materna, en la “indiferencia sexual” se hace equivalente a la filiación paterna: para determinar la paternidad podemos basarnos en el semen, sobre los procedimientos formales (TRA, reconocimiento y presunción de

paternidad) o sobre la posesión notoria del estado civil. Es decir, una multiplicidad de tecnologías aplicadas en el ser humano, nos han permitido una vez más en el Derecho, la construcción de verdades jurídicas (biológicamente falsas), evitando que la procreación y la paternidad fuesen sistemáticamente concadenando una relación causa- efecto. En definitiva el denominado "test de la intención" o la "fecundación mental", como alude el Tribunal Supremo Federal de California en 1993, a propósito del caso Johnson vs. Calvert³², predomina cuando asume la postura de considerar padres biológicos a la pareja que se había sometido a una TRA heteróloga (en una posición que podríamos intuir paralela a la que asumiría nuestro artículo 182 del código civil chileno³³; de darse en los hechos esta situación, caería en nulidad absoluta, por objeto ilícito materia del contrato, de acuerdo al 1464, número 1, del mismo cuerpo normativo). Según el Tribunal, la intención precedente a la fecundación, permite determinar quién es el verdadero "artífice" del hijo, aquel sin el cual el hijo no hubiese jamás nacido. Las intenciones, fruto de elecciones voluntarias y conscientes, según esta postura jurisprudencial, deben determinar la paternidad y maternidad legal.

Naturalmente, el criterio de la "fecundación mental", se inscribe en la lógica del *gender feminism o feminismo de género* (integrante del feminismo radical) que se fundamenta en la negación de la naturalidad³⁴, sosteniendo la afirmación convencional de la diversidad sexual hombre- mujer, social y jurídicamente hablando. El objetivo aquí, sería superar el "binarismo sexual", o sea el dualismo natural / innatural, reorientando el concepto de género a la elección individual³⁵. No debe existir un vínculo entre los conceptos de sexo y género, porque el género no puede estar vehiculado por el sexo, sino que jurídicamente se debe garantizar su libertad de expresión en base a la pulsión instintiva, reconociendo este hecho como Derecho Reproductivo (es decir, en el tiempo, con la categoría de Derecho Humano³⁶).

A través del embarazo ectobiótico podríamos vislumbrar jurídicamente que se absorberían casos de arrendamiento de útero a personas que ejercen homosexualidad, porque en casos análogos futuros, esta

El bioderecho entonces, "queda como una de las últimas sedes en la cual el hombre se interroga sobre el sentido de su vida, como materia, como especie, pero sobretudo como una vida animada que toma en serio la propia densidad ontológica".

biotecnología es aún más cómoda para estas personas, y terminará por cancelar cualquier vínculo corpóreo directo con la figura de la "mujer- madre", aceptándose, con clara incertidumbre, que ella es prescindible en el desarrollo humano integral. Volvemos al problema de la fundamentación epistemológica del conocimiento y avance científico.

Frente a prácticas de TRA ya bastante comunes: ¿Qué pasa con la dignidad de la generación del nuevo individuo generado?, ¿Dónde queda su derecho humano a tener un padre y una madre y yendo más allá, a tener una familia?, ¿Dónde queda radicado su derecho a la identidad genética (versus el usual anonimato de la donación)? ¿Dónde queda el renombrado "Interés Superior del Niño" frente a las TRA heterólogas, en figuras como la subrogación materna o futuro embarazo ectobiótico? Las anteriores problemáticas enunciadas revelan cómo las TRA han creado una suerte de "encarnizamiento procreativo"³⁷ que se está traduciendo en la egoísta idea del derecho a tener hijos por cualquiera y a cualquier costo, todo lo cual está *afectando la identidad y dignidad* de los individuos producidos y productores. Se crea así incertidumbre en cuanto al daño psicológico que puede afectar a los individuos gestados mediante TRA, alterando los derechos y obligaciones jurídicas y morales al introducir "nuevos grados de complicación a la definición de paternidad" - y ciertamente de filiación y fraternidad - por lo que reiteramos que ahora que la "tecnología médica ha creado métodos alternativos disponibles para la creación de un niño, el tiempo dirá si puede ser desarrollada una legislación precisa para regular la paternidad y proteger los derechos de los niños, no sólo en casos de reproducción natural,

sino que también en todas las nuevas circunstancias artificiales³⁸. Frente a estas incertidumbres presentes y futuras, el derecho puede llegar a ser el mecanismo – tal vez el único en la sociedad – que regule la aplicación de las TRA de manera que éstas respeten la dignidad humana y los valores reconocidos en la comunidad social, mecanismo que, en el caso de la ectogénesis, tal vez tenga el privilegio de manifestarse al mismo tiempo en que esta nueva biotecnología se encuentre disponible a toda la comunidad como una alternativa más para generar nuevos individuos³⁹.

En sus modalidades más complejas, como maternidad subrogada y ectogénesis, las TRA no constituyen un tratamiento a la esterilidad, sino una nueva forma de concebir y gestar, que involucra no sólo a los interesados directamente, sino a la sociedad toda y desde diversos ámbitos. Estas nuevas formas de procrear, solicitan sino una legitimación, al menos un reconocimiento de la sociedad. Nos encontramos ante otro modo de procrear, desvalorada a *prima facie*, por su carácter *técnico* (esta observación destaca al menos en las hipótesis más arduas, como básica), pero además, las observaciones más agudas nos muestran que se provoca la alteración del paradigma familiar, y de consecuencia antropológico, en el cual es depositada la construcción del yo.

Resulta evidente, que el deseo de un hombre y una mujer de tener hijos, es un valor que amerita ser tutelado en el modo más completo. Es evidente también, que cualquier práctica médica de TRA, debe garantizar el respeto por protocolos de experimentación clínica y el resguardo de la salud. Lo que genera el problema en las TRA complejas, es la publicidad de un ámbito que siempre ha estado circunscrito al exclusivamente privado, como es la procreación humana. Las TRA más sofisticadas, constituyen uno de los avances científicos que han generado la transformación del *homo sapiens* a *homo faber*, lo que ha significado ineludiblemente un signo de alteración de la misma identidad de la persona. Para quienes sostienen la promoción del *homo faber*, la ciencia no constituye solamente un instrumento potentísimo a disposición del hombre, para satisfacer sus intereses (más o menos legítimos), sino

constituye siempre nuevos conocimientos orientados al perfeccionamiento del camino que nos lleva a la completa cosificación del mundo, que desprovee a este mundo de significado y de acogida adecuada, no sólo para el hombre, sino para todo viviente. Entendido de este modo, es el mecanismo reproductivo un artefacto integralmente capaz de componer o descomponer en todas sus partes constitutivas al nuevo ser, dotado no de un valor intrínseco (es decir, sin dignidad), sino de un valor dado por el proyecto en base al cual ha sido construido, y en base a la minuciosidad con el que proyecto mismo ha sido realizado. Como símbolo alternativo al criterio mecanicista, podemos promover el criterio organicista, que considera al ser humano una unidad viviente, no artefacto, dotado de un valor intrínseco (dignidad), compuesto también de partes, no componibles o descomponibles, so pena de la muerte del organismo en sí. Toda la historia de la humanidad (hasta el momento de la modernidad), se ha traducido en la interpretación que busca un equilibrio dialéctico entre principio mecanicista y organicista. Sólo en la época moderna se ha renunciado a mantener un equilibrio sobre dicha dialéctica, al absolutizar el criterio mecanicista y reducir obstinadamente la dimensión organicista del ser. Desde la bioética, el problema ético general de las TRA no se genera sólo por la división entre la dimensión unitiva y procreativa, en cuanto violación a las leyes divinas o leyes naturales que regulan la procreación. En las TRA el problema bioético mayor, se presenta por la despersonalización de la generación humana, que suprime el encuentro directo e inmediato entre dos personas, remplazándolo por un refinado procedimiento tecnológico, tan admirable científicamente, como existencialmente impersonal. Si bien, puede ser grande el deseo psicológico de la pareja en concebir, la despersonalización del tratamiento empobrece el significado mismo de la procreación (que pasa a ser simple reproducción) y altera en modo significativo el valor personal de los roles generacionales, a los cuales es confiada la construcción de la misma identidad personal profunda del hombre y la mujer⁴⁰.

Para la pareja que engendra un hijo, el encuentro entre el hombre y la mujer no posee un mero carácter instintivo, que resalta aspectos valóricos, afectivos, psicológicos,

sociales y jurídicos, que tienen un carácter netamente humano; la pareja siempre concreta un "encuentro" entre un yo y un tú. Esta relacionalidad no se genera en el orden de la artificialización de la existencia, en el orden tecnológico, es más, constituye una de las líneas más significativas de resistencia a la artificialidad del mundo. Integrar en la vida de pareja la dimensión tecnológica de la procreación, implica alterar su relacionalidad constitutiva personal (sobre todo si ella es de carácter heterólogo, como la que estamos analizando).

En esta ardua tarea que tiene el bioderecho por delante con el objeto de regular eficazmente las TRA y, entre estas, la posibilidad de la ectogénesis, los biojuristas deben tener presente no sólo los principios de beneficencia, no maleficencia, justicia, sino que especialmente el *principio de precaución*⁴¹ frente al riesgo técnico que las biotecnologías - en materia de TRA y particularmente en el proyecto de embarazo ectobiótico - pueden conllevar al ser aplicadas a la procreación humana. Mientras exista incertidumbre en cuanto a los efectos negativos - de todo orden - que pueden implicar para los individuos participantes - sea voluntariamente (generadores) o involuntariamente (generado) - la aplicación de una TRA

de carácter ectobiótico, ésta deberá ser prohibida por la (bio) ley. El principio de precaución así entendido puede ser homologado a la "prudencia" del juez, atribuyendo de esta forma una "esencia jurídica al principio bioético de precaución".

El bioderecho entonces, "queda como una de las últimas sedes en la cual el hombre se interroga sobre el sentido de su vida, como materia, como especie, pero sobretodo como una vida animada que toma en serio la propia densidad ontológica". El bioderecho tendrá la función de proteger la generación de los individuos en el futuro, restituyendo su dignidad natural en la procreación al fijar una regulación estricta a la investigación y experimentación cuando su procedimiento y resultados involucre o afecte individuos de la especie humana, función del derecho que, a fin de cuentas, se traducirá en restablecer el fin de la ciencia y sus avances que deben ir siempre en pro del hombre y no en contra, como estamos siendo testigos. En la medida que el Derecho contemporáneo se constituya en una herramienta que logre reencontrar al hombre y la mujer, servirá como instrumento al servicio de sí mismo, de las familias y de la sociedad toda.

*Claudia Valenzuela Arellano. Abogada PUC. Master in Diritto di Famiglia e Minorile. LUMSA. Roma/ Master in Biogiuridica. U. Camerino. Ancona/ Master © in Bioetica e Formazione. U. Cattolica del Sacro Cuore Roma, Istituto Giovanni Paolo II, Roma. Actualmente trabaja en el Centro para la Familia UC y U. Gabriela Mistral. Es docente estable del Instituto de Bioética UFT

*Angela Arenas Massa. Abogada U. Austral de Chile. Master in Diritto di Famiglia e Minorile. LUMSA. Roma/ Master in Bioetica e Formazione. U. Cattolica del Sacro Cuore Roma, Istituto Giovanni Paolo II, Roma/ Doctor © en Bioética. Atheneum Pontificio Regina Apostolorum. Roma.

1. Recordamos que la primera vez que visualizamos un pronunciamiento internacional de carácter jurídico previo al desarrollo biotecnológico, fue a propósito del nacimiento de la oveja Dolly, lo que desencadenó meses más tarde, la Declaración Internacional sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, en 1997. Es la única vez que el Derecho se ha anticipado a la concreción de la experimentación científica que busca obtener como resultado la clonación humana.

2. Ver entrevista al biólogo Henri Atlan en www.intramed.net/actualidad/art_1.asp?idActualidad=35340; complementariamente en www.elmalpensante.com/index.php?doc=display_contenido&id=674&pag=3&size=n; www.ghente.org/clippings/clipping.php?Chave=2348; www.rionegro.com.ar/arch200506/19/v19j06.php.

3. En bioética, hablamos de "separar" el "acto sexual o unitivo" de la "procreación natural o acto generativo", cuando nos referimos a la anticoncepción

artificial, donde claramente el acto sexual se ejecuta, pero se separa voluntariamente de la posibilidad de engendrar (podemos hablar en este caso de "sexo sin hijos"); En cambio, en las técnicas de reproducción artificial extra útero, se produce la supresión del acto sexual, pues en definitiva no se ejecuta el acto unitivo ("hijos sin sexo", en jerga popular).

4. Eglio Sgreccia, vicepresidente de la Pontificia Academia Pro Vida, entrevista dada al diario electrónico Zenit, revisable en <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1649/articulo.php?id=5405>.

5. La literatura reconoce que fue el biólogo británico, John Haldane, quien introdujo el concepto de ectogénesis en el año 1923.

6. Colombo, R. "La gestazione ectobiotica". Artículo publicado su L'Osservatore Romano, Sabato 16 febbraio 2002, p. 4.

7. De Beauvoir, S. *Il secondo sesso*. Casa Editrice Il Saggiatore, Milano 2002.

8. Butler, J. *La disfatta del genere*. Casa Editrice Biblioteca Meltemi, Roma, 2007.

9. Los Derechos Reproductivos en dimensión Negativa, se refieren al derecho a no reproducirse (es decir, anticoncepción y anti gestación, en su sentido mas o menos amplio); En cambio, los Derechos Reproductivos en su dimensión Positiva, se refieren a ejercicio de la facultad de optar por la procreación o reproducción de la especie en su caso.

10. Palazzani L. *Identità di Genere?*. Dalla differenza alla in- differenza sessuale nel diritto. Página 6.

11. Ver artículo "El útero artificial" de Renée Kantor, publicado en www.elmalpensante.com/index.php?doc=display_contenido&id=674&pag=3&size=n.

12. Traducción libre de "A power I have, but of what strength and nature I am not yet instructed", William Shakespeare, en "Measure for measure", Acto I, escena. I.

13. Ver en este punto a Laura Palazzani. *Introduzione alla Biogiuridica*. G. Giapichelli Editori, Torino 2003.

14. Montanari, B. "Scienza, biotecnologie e impatto sociale". *Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività*. Quaderni della LUMSA- Roma. Sezione Centro Studi Biogiuridici/2. Edizioni Studium, Roma, 2007. Páginas 19 y 20.

15. Amato, S. "Biopolitica, biodiritto e biotecnologie". *Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività*. Quaderni della LUMSA- Roma. Sezione Centro Studi Biogiuridici/2. Edizioni Studium, Roma, 2007. Páginas 25 y sgtes..

16. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*. tr.it., Carocci, Roma 2000, p.255.

17. <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/Roe.html>

El 22 de enero de 1973, en su sentencia *Roe v. Wade*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que un niño no disfruta de protección constitucional antes de salir del vientre de su madre.

18. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

El año 1975 en California, Estados Unidos, un periódico publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración. Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

Uno de los casos más resonantes fue el denominado "Baby M" ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US\$ 10.000. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

19. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La anticoncepción oral de emergencia: el debate legal en América Latina*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, C.R., IIDH, 2008.

20. Ver página web, www.congreso.cl Boletín N° 6582-11.

21. Fue el filósofo y escritor Aldous Huxley en 1932, con el libro "Un mundo feliz", el primero en mostrar su pesimismo el futuro de la humanidad adoctrinada desde la incubadora y, 70 años más tarde, el biólogo y filósofo, Henri Altan, con su libro "Lutérus artificiel" (el útero artificial), el primero en denunciar la posibilidad de la ectogénesis con sus posibles consecuencias para la especie humana.

22. Cabe destacar desde la ética médica, que la esencia del "Acto Médico", desde época hipocrática, ha sido su carácter eminentemente "Terapéutico", y ello significa que es un acto cuya finalidad es curar o sanar. Podemos deducir entonces que la intervención médica en las TRA, no constituye un acto terapéutico, pues quien o quienes se someten a ellas (pacientes), no resuelven su infertilidad personal o esterilidad de pareja, que en efecto subsiste incluso después del intervento.

23. Referencia a la investigadora en la página del Center for Reproductive Medicine and Infertility de la Cornell University en <http://www.ivf.org/liu.html>.

24. Ver artículo "Úteros artificiales: un controvertido avance científico que puede cambiar el futuro de la humanidad", de Natalia Blanc, en <http://www.cermed.com/elementos/medios/06.01.06.pdf>. Ver asimismo artículo "Bebes fabricados. El primer ser humano sintético", de David Adams, en http://www.bibliotecapleyades.net/ciencia/ciencia_artificialhumans05.htm.
25. Ver artículo "El útero artificial", en www.infobae.com, relativo al biólogo francés Henri Atlan.
26. Ver artículo "Bebes Fabricados. El primer ser humano sintético", citado.
27. Monseñor Eglío Sgreccia señala "... de ahora en adelante, no se quién podrá afirmar que el embrión humano no tiene una individualidad propia, una capacidad de desarrollo autónomo, dado que puede desarrollarse incluso fuera del cuerpo de la madre.", en artículo "Primer útero artificial", citado.
28. Ver "Present state of reproductive medicine in Japan – ethical issues with a focus on those seen in court cases", de Mayumi Mayeda, Department of biomedical ethics, school of Health Science and Nursing, the University of Tokyo Graduate School of Medicine, descargable en www.pubmedcentral.nih.gov/articlerender.fcgi?artid=1481581&tool=pmcentrez. The paper classifies the various patterns of ART in terms of the modalities of conception and gestation... the paper also explores the legal determination of parental status and the legal status of the children born with the help of ART through an examination of those cases concerning ART that have come court in Japan. "Using the modalities of conception and gestation as criteria, it is possible to distinguish broadly 9 patterns of ART as follows: I) AIH; II) AID; III) IVF using the sperm and eggs from the wife of a concerned couple; IV) IVF using donor sperm and eggs from the wife of a concerned couple; V) IVF using sperm from the husband of a concerned couple and donor eggs; VI) IVF using donor embryos; VII) using the embryos of a concerned couple in a borrowed womb; VIII) using the husband's sperm and donor eggs in a borrowed womb (surrogacy); IX) surrogacy using donor sperm and donor eggs. The ... commentary on the above 9 patterns of AID provides an overview of the potential and actual problems associated with each pattern."
29. Es el caso de la maternidad subrogada heteróloga: padres sociales que encargan la TRA, padres biológico o donadores de gametos, madre de útero.
30. Para análisis detallado de la situación mundial, Ver R. Cook, S. Day Sclater (Aa.Vv). *Surrogate Motherhood*, Hart Publishing, Oxford. Portland. Oregon 2003.
31. Iacub M. L'Impero del del ventre. Per un'altra storia della maternità. Casa editrice Ombre Corte. Verona 2005. Página 148 e ss.
32. Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 19 Cal. Rptr 2D 494 (1993). "The mental concept of the child is a controlling fact of its creation, an the originators of that concept merit full credit as conceiveirs"
33. Artículo 182 Código Civil:
El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se someten a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.
34. Ver Nota al pie número 7, Página 35.
35. Ver, Nota al pie número 9. Página 39.
36. Ver Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco, 2006.
IIDH. Los derechos reproductivos son derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José C.R. IIDH, 2008.
www.lanacion.com miércoles 20 agosto de 2008. Ricky Martin, padre de gemelos... "según publicaciones de la prensa de San Juan en el proceso de subrogación habrían intervenido dos mujeres: una que cedió los óvulos para ser fecundados con el esperma del astro, y otra que cedió el vientre para el subsecuente proceso de gestación"... el año pasado dijo a la prensa de su país que estaba decidido a ser padre y a formar una familia, pero que no pensaba casarse". "...Lo quiero hacer bien. No quiero tener problemas ni malos entendidos", comentó entonces.
37. Ver "La persona bioguridica", de Stéphane Bauzon, Editorial G. Giappichelli Editore, Quinta Edición, páginas 106 y siguientes. Asimismo en "DNA or loving care", de Giovanni Frazzetto, European Molecular Biology Organization PMID: PMC1299199, EMBO Rep. 2004 December; 5 (12): 1117-1119, publicado en PUBMED, descargable en página central www.pubmedcentral.nih.gov/articlerender.fcgi?artid=12991&tool=pmcentrez. se indica "... an emphasis on the social or nurturing role of the parents would favor adoptive and foster parents, and would recognize parenthood for unrelated carers, such as the lesbian co-mother or the Buzzancas in the cases described above. However, this is not simple, as it takes time to demonstrate nurturing parenthood and a child has a right to know his or her genetic heritage".
38. Traducción libre, énfasis nuestro "However, ART has introduced new degrees of compilation to our definitions of parenthood: the geneetic, the gestational (which is also biological but differs from genetic), and the social and nurturing. As in the Buzzanca case, a child who is conceived by ART can have as may as five parents: a genetic father who donates the sperm, a genetic mother who provides the egg, a surrogate mother, and two parents who have no biological connection to the child but who commission the other parties to help them to start a family. As a result, up to five contestants might be involved in child-custody conflicts"; "Now that medical technology has made alternative methods available for the creation of a child, time will tell if precise legislation can be devolped to regulate parenthood and protect the rights of children, not only in cases of natural reproduction, but also in all new artificial circumstances". Ver artículo completo "DNA or loving care", citado.
39. "The main conclusion is that the absence of a legal regulador framework of ART, there is likely to be an increase in the contradictions between the use of outdated legal precedents and the tecnicl development of ART", en "Present state of reproductive medicine in Japan – ethical issues with a focus on those seen in court cases", artículo citado.
40. D'Agostino, F. Una filosofía della famiglia. G. Giappichelli Editori. Milano 2003. Páginas 245 a 248.
41. Ver "La persona bioguridica", citado, capítulo 13 "Dal rischio alla precauzione: il caso delle biotecnologie".
42. En "La persona bioguridica", citada, página 126, "Così attribuisce un'esistenza giuridica al principio de precauzione", traducción nuestra al español.