ISSN — 0716 — 7881

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

DERECHO Y POLITICA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Carlos S. Nino (Buenos Aires), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 9
1 9 9 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho de la Universidad Central y Facultad de Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 84.154.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

DERECHO Y POLITICA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso el año 1981 como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data por su parte de 1906, presenta, con algún retraso, el Nº 9 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* que corresponde a 1991.

La Sociedad antes mencionada reúne en nuestro país a quienes enseñan, investigan o promueven la Filosofía del Derecho y otras disciplinas próximas o afines.

A este Nº 9 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se le ha dado el título de "Derecho y Política", en atención a que en su sección *Estudios* se incluyen, de preferencia, trabajos que fueron presentados en la Primera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que, convocada bajo ese mismo título y organizada por nuestra corporación, tuvo lugar en Valparaíso, en noviembre de 1991, con motivo de celebrarse los diez primeros años de existencia de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

En una segunda sección, llamada *Investigación,* se incluye un texto que presenta los resultados de una investigación que su autor, el destacado Profesor de Filosofía del Derecho de Barcelona, Albert Calsamiglia, tituló "Jurisprudencia y racionalidad".

El presente volumen incluye asimismo una sección denominada *Debate,* en la que se publica el artículo de Jorge Acevedo, titulado "Sobre la controversia en torno a Heidegger".

En la sección llamada *Ponencias* se publica la comunicación presentada por Manuel Manson en la Octava Jornada de Ciencia General del Derecho, que tuvo lugar en Valparaíso el año 1986. La ponencia de Manuel Manson se titula "Premios, derecho y lógica".

Se incluye, además, una ponencia de Eduardo Gálvez, de 1988, titulada "A los cuatrocientos años del nacimiento de Thomas Hobbes. La tradición hobbesiana en las relaciones internacionales".

El volumen concluye con una sección de *Recensiones*, en la que se publican comentarios de diversos libros de interés.

Antes de entrar a imprenta este Nº 9 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, concretamente en el mes de mayo de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, realizó un homenaje a la memoria de Jorge Millas, socio fundador e integrante del primer Directorio de la corporación, quien falleció en 1982. Las tres intervenciones leídas en ese acto —del presidente de la Sociedad, Agustín Squella; del Rector de la Universidad de Chile, Jaime Lavados; y del profesor Humberto Giannini— serán publicadas en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 10, correspondiente a 1992, que aparecerá en el primer semestre de 1993. Esperamos publicar también en ese Nº 10 la antología que sobre filosofía jurídica y social del período colonial chileno ha preparado Manuel Manson.

Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Julio de 1992.

ESTUDIOS

Grazyna Skapska, The Rule of Law from the East Central European Perspective, in: Law and Social Inquirid 15 (1990), S. 699 - 706.

Robert S. Summers, Instrumentalism and American Legal Theory, Ithaca-London 1982.

Alice Erh-Soon Tay, One World? One Law? One Culture? in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 1 - 10.

Gunther Teubner, Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtsetzung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13 (1988), S. 45 - 64.

Rechts als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989.

Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts, in: *Dieter Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 115 - 154.

Max Weber, R. Stammlers 'Uberwindung der materialistischen Geschichtsauffassung, in: *Ders.,* Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftlehre, 4. Aufl., Tübingen 1973, S. 291 - 359.

Ota Weinberger, Das Wesen der Regeln, in: *Werner Krawietz /Antonio A. Martino/Kenneth I. Winston* (Hrsg.), Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts, Berlin 1991, S. 169 - 191.

Ota Weinberger/Werner Krawietz (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien - New York 1988.

Helmut Willke, Entzauberung des Staates. Veberlegungen zu einer sozietalen Steuerunghtheorie, Königstein 1983.

Jerzy Wróblewski, The Theory of Law - Multilevel, Empirical or Sociological? In: Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and Humanities 5 (1979), S. 119 - 136.

INTERVENCION EN LOS PROCESOS DE PROCREACION HUMANA

Consideraciones desde los Estudios Generales del Derecho

ANTONIO PEDRALS *

1. *Este tiempo nuevo:* Si por un acto maravilloso, un griego de la antigüedad se asomara a nuestra civilización, no tendría dudas de ninguna especie: después de tantos esfuerzos y pesares pensaría que el hombre ha llegado, en definitiva, a la Edad Dorada...

Sueños imposibles se han convertido en realidad. El hombre posee hoy el brazo de Heracles, los ojos de Argos, la voz de Estentor. Por el mar se desplaza como Poseidón, y se aleja de la tierra con la audacia de Dédalo. Ni el salto a la luna, anhelado ya por Luciano de Samosata, ha quedado pendiente.

Pero, obviamente, en la situación humana actual no todo ha "crecido" o se ha "perfeccionado".

Nuestras facultades eróticas, para dar un solo ejemplo, siguen siendo al parecer las mismas de los antiguos. Sin embargo, en ese preciso ámbito debemos reconocer que sí hay novedades, e importantes, respecto de lo que podríamos llamar los efectos de eros: la procreación.

---

* Profesor de Teoría General del Derecho, Universidad de Valparaíso.

El hombre ha logrado intervenir, e investiga para continuar interviniendo sin límites, en los procesos de concepción y gestación humana.

En términos muy generales, estas intervenciones, actuales o posibles, pueden integrarse, según su finalidad, en 3 grupos diversos: medidas positivas, medidas negativas, y medidas que "cosifican" u "objetizan" la procreación.

Consideramos medidas positivas, que de algún modo promueven la procreación, los arbitrios que estimulan la fecundación natural, los métodos artificiales de fecundación asistida (1), el trata-

1. La fecundación asistida se manifiesta fundamentalmente bajo tres técnicas: a) La inseminación artificial, es decir, el depósito de espermatozoides en la vagina de la mujer por medios artificiales, para que se produzca la fertilización, el desarrollo embrional-fetal y el alumbramiento en forma natural; b) La transferencia intrafalopiana de gametos, que consiste en la introducción de óvulos y espermatozoides en la trompa de Falopio, para su fertilización, desarrollo y alumbramiento natural. En ambas técnicas citadas, se puede, en los primeros días, transferir el embrión al útero de otra mujer; c) La fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVET o FIVTE) que consiste en la fertilización de óvulos por espermatozoides en un medio artificial, y la posterior transferencia de los embriones. Algunas fuentes: a) FRANCISCO ANSON: "Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana". Ediciones RIALP S.A., Madrid, 1988; b) MICHEL SALOMON: "El futuro de la vida", Editorial Planeta, Barcelona, 1982; c) El Correo de Unesco, marzo 1988. "Los Premios Nobel tienen la palabra", París, 1988; d) "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed. Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989; e) JOSE A. USANDIZAGA: "Los problemas de la esterilidad conyugal humana y su solución con la 'fecundación in vitro'", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed. Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989; f) ANGELO BERTINELLI C.: "Algunas consideraciones en torno a la fecundación in vitro frente al Derecho Chileno". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Chile, 1986, pp. 23 y ss; g) "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación 'in vitro' y la inseminación artificial humana", Congreso de los Diputados, Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987; h) "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad". Congregación para la Doctrina de la Fe, Editorial Salesiana, Ciudad de Vaticano, 1987; i) PEDRO DE LA FUENTE: "Presente y futuro de la fertilización 'in vitro' y transferencia de ambriones", en "Ingeniería genética y reproducción asistida". Marino Barbero Santos, ed. Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989; j) "La protección de la vida humana en todas sus fases de desarrollo y la libertad de experimentación. 'Actitud de la Sociedad Max Planck ante el Anteproyecto del Ministro de Justicia de la RFA' ". Kommision der Max Planck- Gesellschaft unter Federführung von Prof. Hofschneider, en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed., Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989.

miento médico de embriones y de fetos, algunas formas de ingeniería genética (2), etc.

Entre las medidas negativas registramos los métodos de contraconcepción, la esterilización, el aborto, etc.

En tercer término, son medidas que "cosifican" u "objetizan" la procreación, aquellas que se sirven de placentas, embriones, fetos, etc., con finalidades que no apuntan directamente, ni positiva ni negativamente, a la procreación. Estas finalidades que implican la referida "cosificación", pueden ser muy variadas. Constatamos así, por ejemplo, propósitos médicos: v.gr. obtención de tejidos fetales para su posterior trasplante a pacientes de la enfermedad de Alzheimer; finalidades farmacológicas: v.gr. estudio de la reacción de embriones y fetos ante diversos fármacos; finalidades cosmetológicas: v.gr. obtención de materia prima para la producción de cosméticos; finalidades bélicas: v.gr. estudio de la reacción de embriones y fetos ante armas químicas, biológicas, radiaciones nucleares, etc.

Resulta inevitable asociar todos estos esfuerzos y manipula-

2. Aparte de las fuentes indicidas en nota (1): a) JUAN-RAMON LACADENA CALERO: "Manipulación genética en la especie humana", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed., Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989; b) KARL SPERLING: "Ingeniería genética y medicina genética", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", citada precedentemente; c) ALBIN ESER: "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. (Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán)", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", citada precedentemente; d) JAVIER GAFO: "El nuevo 'homo habilis' ", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", citada precedentemente; e) "Etica en embrión", Revista Facetas, Washington, Nº 81, 1988. En relación a la ingeniería genética, señalamos que ya existen animales manipulados, patentados y a la venta, como el ratón MYC, portador de genes humanos capaces de producir cáncer. Revista Muy Interesante, Nº 30, Santiago de Chile, 1990.

ciones que estamos glosando, con los adelantos de la medicina y de la biología tradicional, y aún con los más recientes pero no menos espectaculares desarrollos de la bioelectrónica, que se ocupa de la coexistencia, en un mismo ser, de entidades biológicas y electrónicas ([3]).

Todos estos hechos ponen de manifiesto, una vez más, esa extrema curiosidad y ese afán de innovación y de dominio que caracterizan al hombre, según aparece en los más antiguos mitos y leyendas de la humanidad. Al mismo tiempo, no podemos desconocer que estos hechos dejan al descubierto el sueño mayor: el anhelo de vencer al tiempo.

En medio de sus riquezas, el hombre actual parece en verdad fantasear intensamente con la noción de inmortalidad. La conciencia colectiva sueña quizás con un "homo novus", posiblemente con un "cyborg", mezcla de biología y electrónica: un último exponente de estas intervenciones en la procreación. Una criatura marginada del yugo del tiempo, con partes reemplazables, paseando libre y sin término por los espacios estelares.

Diríase que una vez más se escucha el intencionado mensaje: "Y seréis como Dioses".

Ahora bien, todas estas manipulaciones surgen en medio de un escenario extraordinario, pero lleno, a la vez, de contradicciones y problemas que, debemos confesarlo, producen un escalofrío de terror:

Interviene el hombre con éxito creciente y positivo en la procreación, pero mientras tanto la explosión demográfica continúa su curso, preparando las guerras y las penurias del mañana.

Se realizan sutilísimas experiencias de embrioterapia, mientras paralelamente los niños del tercer mundo padecen incontables enfermedades, falleciendo más de 40.000 infantes diariamente, víctimas de sencillas enfermedades que no reciben tratamiento alguno.

Se dan, en los rincones de los laboratorios, pasos tendientes a producir vida artificial, pero, a la vez, la especie humana ataca ferozmente la vida en todas sus formas, en las ciudades y en los

---

3. "El siglo XXI", Salvat, Barcelona, 1973, p. 30.

campos. Por si todo esto fuera poco, acumula paralelamente el hombre armas impensables, a sabiendas que la historia no registra ningún caso de un arma que, una vez descubierta, no haya sido empleada alguna vez...

2. *Lagunas:* No sabemos aún cuál es el nombre que debe recibir este tiempo nuevo que vivimos. ¿Era global, informática, postindustrial, postmoderna? Pareciera que todas estas denominaciones, y otras que podría citarse, tienen el defecto de acentuar unidimensionalmente, sólo un rasgo de la época. Pero al margen de los problemas de nomenclatura, múltiples voces tienden progresivamente a reconocer que estamos ante una nueva era histórica...

Y en medio de esta avalancha de futuro, los juristas constatamos el choque cotidiano entre la nueva realidad y las viejas e insuficientes normas jurídicas, ancladas en las lejanas épocas agrícolas en que nacieron.

De ahí que el generalista tenga hoy muy presente una materia que tantas veces pareció mera golosina académica: las lagunas jurídicas; tema que también interesa al especialista, en cuanto le suministra un cuadro conceptual para la consideración de su área ([4]).

En nuestro campo concreto se harían presentes diversas clases de lagunas:

Por ejemplo, *lagunas de descripción,* que consisten en la falta de descripción o tipificación específica de ciertos casos, en las normas legales o en los precedentes judiciales.

Demás está decir que, con las novedades extremas que existen en nuestra área, las lagunas descriptivas son innumerables. Con todo, debe tenerse presente que la falta de descripción no significa necesariamente que las situaciones de que se trate carezcan en definitiva de regulación: Lo que no está tipificado específicamente

---

4. La bibliografía, filosófica y técnica general sobre las lagunas es enorme, y pensamos que no se necesita abundar sobre el tema en este lugar. Nos remitimos con todo, a Legaz, "Filosofía del Derecho", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.

puede, en innumerables casos, resolverse por supuesto por medio de normas genéricas (5).

También se detectan *lagunas axiológicas o valorativas,* que consisten en regulaciones jurídicas injustas o inconvenientes de ciertos casos.

Mencionamos en este contexto esta clase de lagunas, aunque reconociendo su conflictividad intrínseca, ya que innumerables y consabidas pugnas valorativas dificultan el acuerdo acerca de la existencia, en casos concretos, de las lagunas axiológicas.

Para establecer una laguna valorativa, ¿puede el intérprete guiarse por su personalísimo sentido de la equidad que, en algunos casos, corre el peligro de ser, como decían los clásicos, una equidad "bursátil", de su propia bolsa? ¿Debe más bien acudir a esa especie de equidad difusa que existe en el ordenamiento? ¿O tal vez a eso que se llama conciencia social?

Formulamos estas preguntas y podríamos continuarlas, porque mientras se oyen abundantes opiniones conservadoras, que se oponen a las novedades biomédicas, las reuniones de expertos en las nuevas técnicas en la procreación demuestran que, por su parte, "toda variante médico-técnica, toda forma de engendramiento y de

---

5. En este sentido, nos parece de interés un trabajo reciente, en el Derecho español, sobre filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial. Tras una prolija casuística, el autor afirma que "el examen cuidadoso de cada supuesto y de su solución práctica con las herramientas actuales de nuestro ordenamiento jurídico" lleva a la conclusión "en contra de lo que comúnmente se piensa (que) el Derecho positivo ofrece respuestas generalmente satisfactorias". "La filiación (...) de los nacidos por consecuencia de las nuevas técnicas —agrega— puede quedar determinada, con resultados justos y socialmente aceptables, aplicando los criterios tradicionales en esta materia de Derecho Civil, cuya flexibilidad y adaptación a las nuevas necesidades son casi milagrosas". El mismo autor admite que será necesario legislar sobre control de los centros sanitarios, sobre selección de donantes, sobre el contrato de dación de gametos, etc. Pero en materia de filiación, estima que no se requieren por el momento nuevas especificaciones legislativas. Y agrega: "en el Derecho Civil toda prudencia es poca". JUAN DIEZ DEL CORRAL: "La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana", en "Revista de Derecho Privado", Madrid, junio, 1988.

coordinación tiene sus partidarios". Estamos ante un panorama substancialmente opinable y debatido (6).

Adicionalmente debemos citar las *lagunas lógicas,* que consisten simplemente en la falta de norma. En la laguna lógica no hay norma específica ni genérica, ni explícita ni implícita que resuelva el caso.

Sobre el particular, conviene subrayar que dado el número de reglas que existen en el ordenamiento, el carácter genérico de las mismas y una serie de otros factores que sería largo enumerar, muchas veces lo que en primera instancia parece ser una laguna lógica resulta a la postre sólo una laguna descriptiva o una laguna axiológica. Con todo, como lo reconoce la doctrina, en ocasiones la laguna lógica es una realidad.

Por la novedad novísima de lo que acontece en el área que nos interesa, y aún antes de un análisis puntual de esta compleja materia, resultan previsibles lagunas en las que falta absolutamente una respuesta.

Basta pensar en las posibilidades que, dados los estudios ya efectuados, las experiencias en animales y otros factores, podrían convertirse, a pesar de todos los pesares, en realidad: personas sin padre, concebidas sin gametos masculinos, clones, híbridos de hom-

---

6. En el ámbito penal, diversos juristas hispanoamericanos, v.gr. sostienen que constituye una laguna la licitud, en ciertas legislaciones, de la destrucción de embriones in vitro, hecho que no constituye técnicamente aborto. Otros ejemplos que ellos mismos manejan se refieren a la fecundación in vitro matrimonial heteróloga y a la inseminación artificial heteróloga dentro de matrimonio, que no son consideradas adulterio ni caen bajo ninguna otra figura delictual. En el Derecho español se cita el siguiente caso civil: Se trata de una situación que comprende tres elementos: un padre fallecido, herederos aparentes, y una cónyuge sobreviviente que, muchos años después del fallecimiento, se hace fecundar con semen congelado de su marido difunto. Este último, en una especie de acto fantasmal, "engendra" otro hijo más allá de sus días... Se señala que permitir que el hijo "aparecido" reclame los bienes hereditarios mientras no transcurre el largo plazo de la prescripción de la acción de petición de herencia, podría ser "demasiado duro" para los primeros herederos que no estaban en situación de sospechar siquiera la aparición de un hijo "superpóstumo...". Ver trabajo de DIEZ DEL CORRAL, citado en nota 5.

bre y animal; personas con varios padres y/o madres genéticas; hijos sin madre humana gestante, etc.

Todas estas lagunas que hemos citado se refieren a los más variados temas: filiación, apellidos, patria potestad, etc., y más allá del Derecho de familia apuntan también a materias patrimoniales, constitucionales, profesionales, de patentes, etc. Una enumeración completa sería en verdad extensísima...

El tema se ha comparado con razón con un rompecabezas, sin perfiles claros en el que aparecen continuamente piezas nuevas... ([7]).

En relación a estos problemas, ahora, existe en el mundo un movimento legislativo y prelegislativo encaminado a entregar soluciones positivas a muchas de estas interrogantes.

En este sentido podemos citar, por ejemplo, la Recomendación 934, del 26 de enero de 1982, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la ingeniería genética; la Recomendación 1046, del 24 de septiembre de 1986, del mismo organismo, referente a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, comerciales e industriales; las Directivas para las investigaciones sobre embriones humanos precoces, dictadas por el Colegio Federal de Médicos de la República Federal Alemana, en diciembre de 1985; el anteproyecto de ley sobre protección del embrión, elaborado en 1986, en la República Federal Alemana; la ley sobre reproducción asistida, en España, del 22 de noviembre de 1988; la ley 42, de 28 de diciembre de 1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, también de España, etc.

El texto más reciente que conocemos es el proyecto alemán sobre medicina de la reproducción, de 1989, algunas de cuyas notas más destacables son las siguientes:

— Ante el conflicto entre libertad de investigación y dignidad de la vida humana, el proyecto considera que la primera está

---

7. Desde un punto de vista axiológico que no hemos tocado, se presentan problemas de "justicia prospectiva". Ver JEAN DAUSSET, "Respetar el patrimonio genético del hombre", "El Correo", Unesco, Paris, mayo de 1988.

sometida a los límites que emanan de la segunda, según la propia Constitución ([8]).

— El proyecto aspira explícitamente a proteger bienes jurídicos de máxima jerarquía, teniendo en cuenta la dignidad de la vida humana y el bienestar de los niños afectados. Para este efecto asegura sus directivas mediante sanciones penales.

— Sólo los médicos pueden hacer las intervenciones declaradas lícitas (v.gr. fertilización artificial que respete los límites del proyecto). Con todo, a su vez, ningún médico puede ser obligado a cumplir esta clase de actuaciones.

— Se afirma el principio que las nuevas técnicas de fecundación sólo pueden aplicarse previa autorización de los afectados.

— Se penaliza la producción de embriones humanos con fines de investigación; el uso de embriones humanos para fines ajenos al interés del mismo embrión; la clonación; la producción de híbridos humano-animal; diversas alteraciones genéticas, etc.

— El proyecto pretende evitar la "maternidad dividida": transferencia de óvulos ajenos a una mujer; fertilización de óvulos con el fin de donar embriones o de realizar una transferencia a una madre sustituta, etc. ([9]).

---

8. Sobre el tema: a) ANGEL MARTIN-MUNICIO AGUADO: "Biología, Progreso y Ley", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed., Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989; b) PETER PETERSON: "Medicina de la reproducción: Un desafío a la actitud científico-médica ante la hominización", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", citada precedentemente; c) JAQUES TESTARD, "L'oeuf transparent", Flammarion, Paris, 1986, citado en Javier Gafo, "El nuevo 'Homo habilis' ". Ver nota 2 d; d) Obras de ANSON, "Congregación para la Doctrina de la Fe", y GAFO, citadas en notas 1 y 2.

9. En conexión con este tema: a) PEDRO F. SILVA-RUIZ: "El Derecho de Familia y la inseminación artificial": "Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 48, 1, enero-marzo, 1987, pp. 33 y 34; "La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina", Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, vol. 19, 3, mayo-agosto, 1985; "Maternidad subrogada o de alquiler", Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, separata del volumen Nº 3, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, s|f.; "El contrato de materni-

— Se reconoce que el texto está limitado a prevenir abusos de las nuevas técnicas de reproducción y no trata del embrión después de la anidación. Las lagunas que existen en este sentido deberán ser colmadas por otros actos legislativos.

3. *Un aspecto clave:* Al tratar, desde un ángulo general el tema de las lagunas en este campo, surge un punto verdaderamente central; una materia que está virtualmente conectada con todos los ámbitos del Derecho en donde estas inquietudes aparecen.

Este "quid" al que aludimos es el estatus que el Derecho confiere o reconoce a las entidades materiales que existen en el mundo.

Partiendo de la básica y consabida clasificación de las entidades mundanales en "sujetos" y "objetos" de Derecho, aparecen aquí, realmente, una serie de dudas y preguntas. Por ejemplo: ¿cuál es la calificación o "status" que corresponde al embrión obtenido "in vitro"? Este ente vivo tan manifiestamente "cosificado" (ya que se congela, almacena, destruye, etc.), ¿es cosa o persona? ¿Debiera quizás reconocérsele una calidad diferente de las indicidas?

Haciéndonos cargo de estas preguntas, formuladas a título ejemplar respecto del embrión in vitro, y considerando diversos postulados doctrinarios, soluciones legislativas y decisiones judiciales, creemos que las posibles calificaciones jurídicas de este tipo de embrión, podrían sintetizarse, en principio y desde un punto de vista general, en las siguientes proposiciones:

a) El embrión es una persona, una cuasi persona, una persona "anticipada", etc., afirmaciones éstas que, en términos generales, podemos llamar globalmente de la "personalidad" del embrión y que reconocen la dignidad de vida humana naciente que el embrión posee ([10]).

---

dad sustituida o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", boletín de Información del Ministerio de Justicia, Nº 1.447, Madrid, 1987; b) CARMEN HERNANDEZ IBAÑEZ: "La filiación en la fecundación asistida: Consecuencias jurídicas en torno a la misma", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed., Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989.

10. a) A. RODRIGUEZ LUÑO y R. LOPEZ MONDEJAR: "La fecundación 'in vitro'", 2ª edición, Ediciones Palabra S.A., Madrid, 1986, p. 100, citado en "Fecundación in vitro", Graciela N. Gonem Machello, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 11, Rosario, 1988, nota 16, p. 14; b) Congregación para la doctrina de la Fe: "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", Editorial Salesiana, Ciudad de Vaticano, 1987.

b) El embrión, sin tener la calidad de persona, es no obstante, un "sujeto de derechos". Constituye un ente "no personal" que, con todo, tiene el indicado rango de sujeto ([11]).

c) El embrión no es persona ni sujeto de derechos: el embrión es un objeto, pero no un objeto cualquiera, sino un "objeto de respeto". Su naturaleza jurídica podría compararse, por ejemplo, con la del cadáver que, sin ser sujeto de derechos es, con todo, una entidad a la que ciertos derechos están referidos (normas que aseguran el respeto al cadáver) ([12]).

d) El embrión no es objeto de respeto: es un objeto simple, susceptible de dominio. En consecuencia, el embrión es pasible de las acciones y operaciones que, válidamente, puede ejercitar sobre la cosa respectiva el titular del dominio ([13]).

e) El embrión es una entidad "sui generis", que escapa de las absolutas calificaciones anteriores. Dentro de este criterio, por ejemplo, podría sostenerse, entre otras posiciones que el embrión participa, a la vez, en cierto modo, de la calidad de sujeto y de objeto de derechos; todo ello dentro de un estatuto que habría que precisar ([14]).

---

11. Ver a título complementario: a) LUDWIG ENNECCERUS: "Tratado de Derecho Civil. (Parte General)", vol. I, Bosch Publicaciones Jurídicas, Buenos Aires, 1948; b) CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO: "Tratamiento jurídico del concebido", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXXXIV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 33.

12. Ver a título complementario: ANIBAL BASCUÑAN VALDES, "Introducción al estudio del Derecho y de las Ciencias Sociales", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953, p. 218.

13. Posición sostenida en forma más o menos explícita, por los que postulan la libertad absoluta de investigación.

14. En cierto modo el hombre hoy, en cuanto a su cuerpo, representa una conjunción de calidades jurídicas "subjetivas" y "objetivas". Ver DETLEV v. BULOW, "Problemas jurídicos y éticos de la medicina del tras-

Ahora bien, las opciones anteriores admiten diversas matizaciones:

Cada una de las posiciones indicadas puede sostenerse tal como está expresada, en términos genéricos, o, por el contrario, formulando algunas distinciones. Así, p. ej., en cada uno de los casos puede distinguirse entre embriones capaces de desarrollo y embriones que no tienen esta habilidad, situación que biológicamente se despeja en las primeras 24 horas de vida.

Entre los embriones capaces de desarrollo, pueden distinguirse, a su vez, conforme a un esquema muy conocido, entre los que tienen hasta 14 días de edad y los que tienen más de 14 días, entregando soluciones diversas en cada una de estas situaciones, etc. ([15]).

En el caso "c", por su parte, que afirma que el embrión es un "objeto de respeto", hay por lo menos dos opciones posibles. Una es la que podríamos llamar tradicional, que reconoce la existencia de derechos propiamente tales, referidos al embrión (objeto), con sujetos activos y pasivos (personas) en sus extremos. Otra posición más sofisticada y curiosa considera, por su parte, que en este caso existen derechos "sin titular", es decir, sólo con "obligados", representándose así, en esta figura, sólo el "lado pasivo" del respectivo derecho (?). Aclaremos que si citamos esta última doctrina la hacemos más bien a título de curiosidad, como una muestra de las filigranas y exquisiteces a las que se extiende, en ocasiones, la dogmática... ([16]).

Algunas glosas sobre las diversas posiciones teóricas acerca del embrión obtenido in vitro:

— La teoría de la personalidad es la que sustentan diversas confesiones religiosas, entre otras la Iglesia Católica, y, jurídicamente, se relaciona con la clásica afirmación del Código Civil argentino de 1869 que designa al concebido como "persona por nacer".

— La teoría sobre el embrión "sujeto de Derecho", pero no persona, se vincula con el criterio del Código Civil del Perú, de 1984, que reconoce al concebido la categoría de sujeto de Derecho, concepto más amplio y englobante que el de persona.

— La teoría del embrión como "objeto de respeto" se vincula con los criterios sustentados en el novísimo proyecto alemán, de 1989, sobre ley de protección de embriones. En dicho proyecto se penaliza la producción de embriones con fines de investigación, el uso de embriones para fines ajenos al interés de los mismos, la transferencia de un embrión humano a un animal, la venta y donación de embriones, etc.

— La teoría de que el embrión es un objeto simple, desprotegido, se relaciona con novísimas elaboraciones que pretenden presentar una nueva jerarquía del respeto a la vida. Hay quienes afirman, por ejemplo, que nuestras obligaciones morales respecto de los seres vivos aumentan en la medida en que son seres autoconscientes. De acuerdo con esta concepción sería, por consiguiente, más inmoral hacer sufrir o aniquilar a un animal mamífero —perro, gato, cerdo— que practicar un aborto o experimentar con un embrión in vitro... Enunciamos el punto sin mayores comentarios ([17]).

El debate acerca del status del embrión obtenido in vitro está conectado, por supuesto, con la pregunta acerca del status de toda clase de embriones y con el status de los fetos y aún de otras entidades que aparecen comprometidas en el tema de la presente comunicación: gametos, cigotos, etc.

En relación a este tema, anotemos que el proyecto de ley alemán de 1989, que antes mencionábamos, declara implícitamente "objeto de respeto" no sólo al embrión, sino a las células germinales y aún a las células pregerminales que existen en el embrión y en el hombre adulto. En efecto, el proyecto penaliza la alteración de la información genética de las que llama "Keimbahnzellen", expresión que cubre las indicadas células germinales y pregerminales.

---

plante", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed. Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989.

15. a) Report of the committe of Inquiry into Fertilization and Embryology (Informe Warnock), Cmnd. 9314, Londres, Inglaterra, julio de 1984. b) FRANCISCO ANSON. Ver nota 1; c) JUAN-RAMON LACADENA CALERO. Ver nota 2.

16. LUDWIG ENNECCERUS. Ver nota 11.

17. PETER SINGER: "Etica práctica", Ariel, Barcelona, 1984.

En esta prohibición, late por supuesto la idea de mantener inalterado el patrimonio genético de la humanidad; lo que no impide, naturalmente, la alteración, con fines positivos, de la información genética de células somáticas. Con todo, el proyecto establece ciertas excepciones, y permite, por ejemplo, alterar la información genética de una "Keimbahnzelle" humana cuando se excluye su uso para la fertilización.

El tema del status de las entidades materiales que hay en el mundo, a la luz de este tema, no se agota con lo expuesto:

Cabe adicionalmente preguntarse, por ejemplo, qué calificación se asignaría a un ser que, de pronto, surgido de obscuras manipulaciones de laboratorio, constituyera una especie nueva, por ejemplo, un híbrido de hombre y mono o cualquiera otra combinación que de algún modo, suponga un ingrediente "humano". En este género de consideraciones resulta inevitable referirse al imaginado "man-animal-plant". ¿Estaríamos, en el caso de este ente, ante una persona?

4. *Otras consideraciones:* Trascendiendo el campo de la procreación, al tratar todos estas materias, cabe efectuar diversas concordancias con el pensamiento jurídico actual:

Señalemos en primer lugar que en la Teoría General del Derecho existe hoy un renovado interés por el viejo tema de la personalidad y los sujetos de Derecho.

Se formulan así importantes y actuales preguntas acerca de la personalidad de los muertos, de los animales, de la Naturaleza como un todo, etc.; interrogaciones que plantean inquietudes que miran hacia una posible "descosificación" o "desobjetación" jurídica de estas entidades que clásicamente se vienen considerando "no personales". Pero, no obstante el interés y valor ilustrativo de estas materias, aquí sólo podemos mencionarlas remitiéndonos a la bibliografía correspondiente ([18]).

---

18. Con indicación de fuentes: a) ANTONIO PEDRALS G. DE C.: "Nuevas ideas sobre la personalidad. Una introducción a problemas jurídicos del siglo XXI", en "En el umbral del siglo XXI. ¿Nuevos conceptos e instituciones jurídicas?". Colección Jornadas Académicas, Edeval, Valparaíso, Chile, 1989; b) GODOFREDO STUTZIN: "La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza", Revista Atenea, Nº 438, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, segundo semestre, 1978. Versión alemana en "Rechtstheorie", Nº 3, Berlín, 1980.

Otra observación que nos interesa intenta trascender la mera perspectiva normativa de la materia aquí considerada:

Si bien los juristas, profesionalmente, tenemos una exagerada tendencia a creer que las normas controlan suficientemente la vida social, también sabemos los importantísimos límites prácticos que, en tantas ocasiones, ellas manifiestan.

Las medidas jurídicas chinas sobre control de la natalidad, por ejemplo, no han producido, en definitiva, el resultado esperado. En la lucha actual en contra del Sida, por su parte los expertos anticipan que las medidas jurídicas tampoco serán realmente eficaces...

Pensamos que éstas y otras múltiples experiencias deben tenerse presente a la hora de estudiar jurídicamente, con perspectiva amplia, la intervención sobre la procreación.

Cabe así preguntarse si las normas ya dictadas y las que se proyectan para el futuro en el campo de la procreación serán globalmente eficaces. ¿Alcanzarán dichas normas hasta los últimos rincones de los laboratorios, hasta las alcobas, hasta los lugares en donde se celebran pactos personalísimos? ([19]).

Y en esos espacios hasta donde se hace preciso llegar, ¿no está en cierto modo, ausente el Derecho, al igual como ocurre en los casos clásicos: la balsa de náufragos, la mina derrumbada, la cápsula astronáutica perdida en el espacio?

Estas preguntas, y otras que podríamos seguir formulando, no hacen sino poner de manifiesto, una vez más, que, en la materia que analizamos, los juristas debemos unir nuestro esfuerzo al de los

---

19. Ver MARINO BARBERO SANTOS: "Proemio", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Marino Barbero Santos, ed., Artes Gráficas Provenzal, Madrid, 1989.

demás desorientados y agobiados exploradores: moralistas, teólogos, psicólogos, sociólogos y científicos.

Entre todos tenemos que ir avanzando hacia principios y metodologías, aún bastante difusas, que nos permitan afrontar con éxito esta

APUESTA POR LA VIDA

que, en este difícil y disyuntivo momento de la historia a todos nos interesa.

DERECHO Y POLITICA EN LAS FUENTES DE INTEGRACION JUDICIAL

ALDO VALLE *

I. *NOTA PRELIMINAR SOBRE LA VERDAD JUDICIAL.*

Las prácticas judiciales, es decir, la manera en que los hombres entre sí se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que en la historia de occidente, se concibió y definió cómo podrían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de alguna de sus acciones y el castigo de otras, son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber, y en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas.

Derecho y política se nos suelen aparecer como dos formas de la verdad o dos formas de saber. Sin embargo, ni una ni otra, forman parte de lo que Foucault llamaría "historia interna de la verdad", esto es, aquella que se corrige partiendo de sus "propios" principios de regulación, es decir, la historia de la verdad tal como se hace a partir de la historia de la ciencia ([1]).

---

*. Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales.

1. Foucault, Michel, "El discurso del poder". Traducción de Enrique Lynch, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1983, pp. 161 y ss.