

Jaime Náquira R.

Profesor de la Facultad de Derecho U.C.

Algunas consideraciones jurídicas sobre fecundación artificial y fertilización “in vitro”

I. EL PROBLEMA HOY (“DE LEGE LATA”)

El desarrollo y perfeccionamiento de la ciencia y técnica biomédica ofrece al ser humano hoy en día nuevas posibilidades para superar ciertos obstáculos y lograr una de sus más caras metas existenciales: la de procrear.

En Chile, el avance científico en el campo de la fecundación artificial, la fertilización “in vitro” y la transferencia embrionaria, está reconocido en forma escueta en nuestro sistema jurídico. En efecto, el Código Sanitario, en su Libro IX sobre el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, establece la licitud de su donación (se excluyen los contratos onerosos) (artículos 145, 150, 152), aunque sin reglamentar los casos o requisitos para que proceda, ni los efectos civiles o responsabilidades de las personas que intervienen. En junio de 1983 se dictó el Reglamento del Libro IX del Código citado, y donde lo único novedoso es que se menciona directamente la donación de espermios u óvulos (art. 17). Esta disposición, a nuestro juicio, admite tácitamente la inseminación con el concurso de un tercero extraño a la pareja (fecundación heteróloga); ello, toda vez que no tendría sentido hablar de donación de gametos sexuales entre cónyuges (fecundación homóloga). Finalmente, en junio de 1985 el Ministerio de Salud emitió la Directiva Ministerial N° 1.072, en la que se establecen los requisitos que deben cumplir las instituciones que se dediquen al empleo de estas técnicas, los relativos a los profesionales especializados, recursos materiales; así como las pautas para un manejo responsable de la pareja, de los gametos, del embrión y del feto.

A. *El ámbito civil*

De la normativa actualmente vigente sobre el tema se desprende que el legislador hasta el momento no ha reglamentado los supuestos jurídicos en lo que puede acudir a estas técnicas biomédicas, sus requisitos, sus efectos y la responsabilidad legal de todos aquellos que participen. Por otro lado, el sistema de Derecho de Familia imperante al ser formulado por el legislador de la época, jamás tuvo en cuenta las actuales posibilidades que la ciencia y técnica del presente pueden brindar a la pareja humana para conseguir descendencia. Por existir en la actualidad

un principio legal de aceptación o licitud de la inseminación o fertilización artificial otorgado por el Código Sanitario y, de otro lado, la ausencia de una adecuada reglamentación de la problemática que dicha posibilidad científica puede ocasionar en el campo del Derecho de Familia de producirse un caso real de disputa acerca de la paternidad y/o maternidad legal, el Poder Judicial debería resolverlo sobre la base de los principios y valores que inspiran el actual sistema de familia. Hecha esta advertencia, es necesario señalar cuáles son, por regla general, los requisitos legales para que el hijo que nazca de una pareja se considere legítimo:

- a) Matrimonio de los padres;
- b) Concepción dentro del matrimonio;
- c) Maternidad de la mujer, y
- d) Paternidad del marido.

De estos cuatro requisitos, los establecidos en las letras b) y d) son, como es de suponer, de difícil prueba; por lo tanto, el legislador ha debido recurrir a presunciones legales, a saber:

Presunción sobre paternidad: es una presunción simplemente legal, o sea, admite prueba en contrario. Dicha presunción está establecida en el art. 180 del Código Civil, y reza: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo si prueba que durante todo el tiempo en que, según el art. 76, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Presunción sobre el tiempo de la concepción: es, a diferencia de la anterior, una presunción de derecho, es decir, no admite prueba en contrario. Dicha presunción está consagrada en el art. 76 del Código Civil, y reza: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento".

De esta forma, los problemas probables que se podrían suscitar serían, entre otros, los siguientes:

1. *Fecundación artificial homóloga o FIVET homóloga.* Toda vez que se efectúe en una pareja legalmente casada y en vida de los cónyuges, el hijo que nazca tendrá el carácter de legítimo, ya que se cumplen los requisitos legales para ostentar dicho carácter.

Si la inseminación artificial o fertilización "in vitro" homólogo se efectúa "postmortem" y fuera de los plazos sobre los que se levantan las presunciones de paternidad y del tiempo de la concepción, la maternidad de la mujer es por sí sola insuficiente para otorgar, al hijo fruto de este tipo de experiencia, el carácter de legítimo. El no cumplimiento de estos

requisitos es el fundamento del derecho a impugnar el supuesto carácter de legítimo del hijo que nace en esa hipótesis y que establece el art. 185 del Código Civil: "A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio". Para llevar a cabo dicha impugnación, la ley civil establece un plazo de sesenta días (art. 186 del Código Civil).

La verdad es que si el legislador hubiere sido consecuente con lo por él establecido, en cuanto al contenido y naturaleza de la presunción sobre el tiempo de la concepción (presunción de derecho), el hijo que nace fuera de los plazos por ella fijados como límites debería ser calificado de ilegítimo *ipso iure*, es decir, de inmediato y sin discusión. Sin embargo, el legislador sólo estableció la posibilidad de que alguien con interés actual pueda solicitar a la autoridad judicial que declare o reconozca la calidad de ilegítimo del hijo nacido. En consecuencia, y ya que la ley señala un plazo para formular tal petición, si ello no ocurre o se plantea fuera de él, el hijo mejorará su condición y se tendrá para siempre como legítimo (1).

2. *Fecundación artificial heteróloga o FIVET heteróloga.* En este supuesto es preciso discriminar si dicha intervención, a la que se ha sometido la mujer, ha sido realizada con o sin consentimiento del marido.

Si la intervención fue realizada con consentimiento del marido y éste no reclama o impugna al hijo nacido, éste tendrá el carácter de legítimo, aunque existan pruebas irredargüibles en sentido contrario y más de alguien con interés actual en ello. En efecto, el art. 182 del Código Civil afirma que: "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo". Más adelante, el art. 184 del Código Civil reafirma lo anterior diciendo: "Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo en los mismos términos los herederos del marido, y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual".

"Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público".

Si la intervención fue efectuada con consentimiento del marido, éste posteriormente no podría retractarse y sobre esa base impugnar su paternidad respecto del hijo nacido. Esta afirmación, a nuestro juicio, se podría fundamentar en dos razones:

a) Si el orden jurídico ha reconocido y aceptado como algo lícito la fecundación heteróloga y el marido ha consentido en forma libre e informado, su voluntad expresada con anticipación ha sido válida;

b) De ser así, procede aplicar la doctrina civil de los "actos propios", según la cual quien acepta voluntariamente la realización de un determinado acto lícito, con posterioridad no puede pretender desconocerlo; de

(1) CELIS, Rubén, *Conferencia sobre inseminación artificial*, pág. 22, cuyo texto, aún no publicado, fue gentilmente facilitado por el conferencista al autor de este artículo.

lo contrario, el orden legal estaría avalando una decisión posterior arbitraria en perjuicio de terceras personas inocentes o de buena fe (2).

Si la intervención fue llevada a cabo sin el consentimiento del marido, éste podrá reclamar en la forma establecida en el Código Civil, que señala, art. 180 inc. 2º: "El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que según el art. 76 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Art. 181: "El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero, probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre".

De acuerdo a la doctrina e interpretación dominantes sobre el concepto de adulterio, éste supone necesariamente que la mujer casada haya tenido relaciones sexuales con varón que no era su marido. Ahora bien, como la fecundación artificial o fertilización "in vitro" heteróloga con posterior transferencia embrionaria no suponen, en modo alguno, un acto sexual normal entre varón y mujer, es imposible configurar sobre ellas una conducta típica de adulterio. Tal como es posible advertir, la forma como la ley ha condicionado para el marido su derecho a impugnar, lo que hizo con absoluta ignorancia de la posibilidad de una fecundación artificial, es un obstáculo casi imposible de superar. Este sería un caso en el que si bien existiría fundamento real y válido para impugnar, ello no sería legalmente posible.

La única forma para tornar factible la reglamentación imperante sobre el tópico, sería reformular el concepto de adulterio civil (el cual no es sino una extrapolación del concepto penal) sobre la idea de que lo esencial en él es un acto grave de infidelidad que atenta contra el derecho exclusivo y recíproco de los cónyuges en orden a engendrar prole, el cual tiene lugar no sólo con la relación sexual propiamente tal sino, también, con una fecundación heteróloga, en ignorancia del otro cónyuge.

En lo que dice relación a las sanciones civiles a las que se expondría la mujer que ha aceptado una fecundación o fertilización "in vitro" heteróloga sin consentimiento de su marido, a la luz de la actual normativa de familia imperante, ellas podrían ser:

a) Si se estima que la mujer con su obrar ha incurrido en un caso de "injuria atroz" respecto de su marido, perdería el derecho a pedirle alimentos (arts. 324 y 979 del Código Civil);

b) Si se estima que la mujer con su obrar no ha incurrido en un caso de "injuria atroz", en todo caso puede ser considerado como un atentado a su deber de fidelidad, razón por la cual puede tomarse en cuenta por un juez al decidir, en un juicio de divorcio, el monto de la obligación alimenticia que deberá sufragar respecto de ella su cónyuge (arts. 174 y 175 del Código Civil);

(2) ZANNONI Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas*, Ed. Astrea, 1978, págs. 59-60.

c) Estimarse que con su proceder ha incurrido en un caso de "indignidad para suceder", por implicar aquél un atentado grave en contra del honor de su marido (art. 968 del Código Civil). Por idéntica razón, el marido podría revocar las donaciones que hubiere hecho a su mujer por haber incurrido ésta en un hecho de "ingratitude", entendiéndose por tal "cualquier hecho ofensivo del donatario" (art. 1428 del Código Civil) (3).

3. *El arrendamiento de útero.* Tal como se ha señalado, no todo lo que se puede hacer u omitir, por ese solo hecho, goza de patente de licitud o moralidad. En nuestro orden jurídico todo lo que vaya en contra del orden público, la moral o las buenas costumbres, es ilícito en su causa u objeto. La hipótesis objeto de examen, sea a título gratuito u oneroso, es ilícita, y así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera (4).

B. *El ámbito penal*

En la actualidad, el empleo de las técnicas biomédicas sobre fecundación artificial o implantación de un embrión sin el consentimiento de la mujer afectada no constituye un hecho delictivo. En efecto, no configura delito de violación (Código Penal, art. 361), ya que aquéllas no realizan la conducta prohibida en dicho delito, cual es la de una relación sexual propiamente tal no consentida entre varón y mujer. Por ello, la legislación penal más reciente ha debido crear un tipo penal especial para sancionar dicha conducta. Así, la legislación penal colombiana sanciona la inseminación artificial no consentida (Código Penal, art. 280) y considera expresamente dicha situación como factor atenuante en los delitos de aborto (Código Penal, art. 345), de infanticidio (Código Penal, art. 328) o de abandono de hijo (Código Penal, art. 347).

Por idéntica razón, tampoco se comete el delito de adulterio (Código Penal, art. 375), no obstante el consentimiento por parte de la mujer objeto de dichas técnicas.

Por otro lado, la destrucción o abandono de embriones "sobrantes" no constituye ni delito de aborto (Código Penal, arts. 342 a 345) ni delito de homicidio (Código Penal, art. 391). No hay aborto porque la conducta ilícita de dar muerte al producto de la concepción supone necesariamente la existencia de una mujer embarazada, es decir, que el ataque debe dirigirse en contra de una vida incipiente que se está gestando en un vientre materno. De conformidad a un principio de Derecho Penal básico, universal y de rango constitucional en nuestro país, el principio de "legalidad", sólo es delito aquella conducta que cumple plenamente con lo descrito y prohibido por el legislador, sin que proceda la sanción penal en casos semejantes, parecidos o análogos. En consecuencia, si bien la destrucción de un embrión en probeta es destrucción de vida humana incipiente, por no estar en desarrollo en una mujer, no es posible legalmente calificarla de aborto ya que dicha conducta cumple sólo parte (y no todo) del tipo penal, por ende, la acción

(3) CELIS, Rubén, *op. cit.*, pág. 24.

(4) ZANNONI, Eduardo, *op. cit.*, pág. 111; GÓMEZ, Hernán: *Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos*, Bogotá, 1984, pág. 55.

es "atípica". Tampoco es posible estimar la conducta de destrucción de embriones sobrantes como homicidio ya que para la ley penal este delito presupone como sujeto pasivo o víctima a una persona nacida y con vida independiente de su madre. Esto sólo se produce desde el momento en que el nuevo ser inicia, en forma autónoma, el funcionamiento de sus funciones vitales (circulación y respiración). Antes de ese instante el ser humano depende de su madre y por tanto, todo atentado en contra de su vida configurará un delito de aborto. Si se desea ser consecuente con la idea que la sociedad protege la vida humana desde el momento de la concepción, hay que reconocer que la destrucción de embriones en probeta constituye un vacío legal el que, por respeto al principio penal de "legalidad", hace necesario reformular el delito de aborto, o bien crear un tipo penal especial, y se ha sugerido para ello la denominación de "embrionicidio".

II. EL PROBLEMA MAÑANA ("DE LEGE FERENDA")

A. *El Ambito Constitucional*

Para el Derecho no es algo extraño ni anormal que, en diversas ocasiones, un hecho nuevo supere o quede excluido del ámbito regulado por la norma jurídica. La conquista permanente de la ciencia biomédica que en sus diversos campos, día a día, abre al hombre nuevas posibilidades es un claro ejemplo de lo anterior.

En efecto, al legislador a la época de la creación de las normas de familia no le era posible representarse los adelantos sobre fecundación artificial, a no ser, claro está, que hubiera abandonado indebidamente el ámbito de lo real y probable e incursionara en el terreno de la ficción, de lo irreal.

Por otro lado, hay que recordar que nunca ha sido objeto del Derecho regular *toda la actividad humana*, sino *sólo aquello que se estime necesario, razonable y posible*. Además, en muchos casos bien puede ocurrir que un determinado tipo de actividad aparezca como razonable de ser reglada, sin embargo, debido a su reducido o ínfimo impacto social, el legislador la considere poco significativa e irrelevante y, por ende, estime que políticamente no es necesario hacerse cargo de ella.

De lo anterior se puede deducir que el legislador de nuestro país deberá en un momento dado meditar acerca de dos interrogantes: la primera, si es políticamente necesario reglar las técnicas biomédicas sobre fecundación artificial porque su empleo no es un hecho aislado o reducido, y se advierte una tendencia hacia la masificación. La segunda, afirmada la idea de legislar, deberá reflexionar acerca del marco jurídico dentro del cual deberá, necesariamente, desenvolver su regulación a fin de respetar aquellos derechos, valores y bienes jurídicos sobre los cuales se sustenta el actual orden jurídico imperante.

Partiendo del supuesto que el legislador ha decidido regular las mencionadas técnicas, somos de opinión que las primeras normas que debe considerar e interpretar son las de carácter constitucional, por ser las de mayor grado o jerarquía. En este contexto, es preciso interpretar

coordinadamente las siguientes ideas y valores constitucionales: de la familia; del derecho a la vida y la libertad de cultos.

En relación a la familia, la Carta Fundamental señala las siguientes ideas: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad"... "es deber del Estado dar protección a la familia" y "propender al fortalecimiento de ella" (art. 1° de la Constitución de 1980). Cabe preguntarse si una forma de respetar y hacer realidad aquellas afirmaciones es legislando de manera amplia la procedencia o licitud de las técnicas biomédicas, materia de examen. De esta manera, se autorizaría la fecundación o fertilización "in vitro" homóloga o heteróloga, de igual modo la instalación de bancos de gametos sexuales, o el arrendamiento de útero. El sentido común nos advierte que una norma jurídica amplia y sin límites sobre el particular sería una evidente contradicción al valor reconocido por el constituyente. En efecto, si se legitima el uso de las técnicas biomédicas, incluso para el caso de mujeres que desean ser madres solteras, ¿de qué tipo de familia está preocupada la sociedad de fomentar o proteger? A esta altura de la reflexión, ¿es posible que alguien piense que por qué no podría permitírsele a una mujer soltera que, con la ayuda de facultativos, sea madre? ¿El hecho que no exista prohibición legal para una mujer no casada de procrear, no es razón suficiente para legitimar el uso de técnicas modernas para un fin que no es ilícito? En efecto, el que una mujer sea madre soltera no es ilícito; sin embargo, ello no significa que la ley o la sociedad lo valore positivamente o lo estime neutro. Muchas veces reconoce o más bien tolera hechos que, no obstante ser disvaliosos, no son considerados ilícitos si son obra directa y exclusiva del afectado (suicidio tentado, autolesión, prostitución, consumo de drogas) mientras que son sancionados si en ellos participan terceras personas. "Análogo discurso vale para la privación de paternidad, que es un hecho negativo pero no perseguible, si es efectuado en la mujer núbil mediante la inseminación natural" (5).

También se podría pensar que si el propio legislador ha creado instituciones tales como la adopción o legitimación adoptiva, ¿no es ello prueba que mira con buenos ojos el que una familia natural acoja como hijo suyo a un hijo extraño, genéticamente distinto a ella? En consecuencia, ¿qué razón habría para pensar que el legislador no debería permitir la fecundación heteróloga? Sin embargo, es preciso advertir la gran diferencia que existe entre las instituciones legales antes señaladas y el declarar la licitud de una fecundación heteróloga. En efecto, aquéllas son remedios o soluciones legales respecto de situaciones dolorosas y preexistentes en que un menor está abandonado a su suerte si nadie se hace cargo de él, motivo por el cual el Estado permite, a posteriori, su incorporación a una familia legalmente constituida como una forma de mejorar su situación familiar. En cambio, otra cosa muy distinta es que el Estado legitime a quien anticipadamente ha decidido hacer nacer a un hijo fuera de una familia legalmente constituida. Nos parece que el Estado no puede, so pena de ser contradictorio con sí mismo, colocar en pie de igualdad y reconocer como fuente equivalente de filiación legítima a una

(5) MANTOVANI, Ferrando, "Problemas Penales de la Manipulación Genética", en *Revista Doctrina Penal*, año IX, 1986, pág. 37.

situación irregular que, por lo mismo, es de suponer que la sociedad desea evitar pero, en ningún caso, fomentar o proteger.

De lo dicho se desprende que el Estado debe necesariamente, si desea legislar sobre el punto, establecer límites compatibles con los derechos humanos fundamentales reconocidos y con la concepción que tenga de la familia y de la persona. Los derechos que podrían fundamentar una legislación que aceptara la licitud del empleo de las técnicas biomédicas serían, a nuestro juicio, dos: el derecho a la vida y la libertad de conciencia.

El derecho a la vida puede estimarse que es el soporte sobre el cual el hombre puede levantar su expectativa de tener descendencia; así lo ha reconocido expresamente la directiva del Ministerio de Salud (Considerando 1º). Empero, cabe preguntarse si esta expectativa puede obtenerse de cualquier forma, o bien debe, necesariamente, canalizarse a través de una determinada manera que respete los valores jurídico-sociales imperante. Desde ya nos parece que la Carta Fundamental de la República establece dos grandes conceptos valóricos, a saber: el concepto de familia ya antes mencionado y, por otro lado, el concepto de persona humana, respecto del cual el constituyente ha dicho al tratar de "Las Bases de la Institucionalidad" en la Constitución Política del Estado que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana" (art. 5). Ha sido esta idea-valor la que constituye el fundamento último de la explicitación de una serie de garantías constitucionales que la resguardan.

Ahora bien, el concepto de persona y los derechos que la sustentan y protegen no sólo hay que considerarlos en relación de quien desea tener descendencia, sino también respecto de aquel que está por nacer, quien no por carecer de existencia actual puede ser tratado como simple cosa u objeto. Es deber de la sociedad toda velar no sólo por el reconocimiento y protección de los derechos humanos de todos sus miembros existentes, sino además de todos aquellos que algún día lleguen a ser tales. En consecuencia, no puede permitirse que alguien pueda poner a un ser humano que pueda llegar a existir, en forma deliberada, consciente y anticipada, en una situación vital irregular que atente contra sus derechos fundamentales (naturales y preexistentes). En efecto, generalmente se olvida que el futuro hombre también será un ser humano con dignidad y derechos y, por tanto, debe ser respetado y protegido de cualquier posible ataque; de no ser así, es abrir una puerta a todo tipo de discriminación injusta e inhumana. De esto se deduce que el legislador no podrá olvidarse que no es lo mismo, según lo denuncia el sentido común y lo ha constatado la ciencia psicológica y sociológica, que alguien tenga en su proceso de desarrollo existencial un hogar bien constituido, o bien deba crecer y evolucionar sin padre o madre. Es posible que se piense que sólo quienes existen tienen derechos; en consecuencia, el no-nacido no los tiene. Somos de opinión que esta afirmación, si bien puede ser cierta en el ámbito civil, comercial, laboral, económico, no lo es en el terreno de los derechos humanos fundamentales, donde es la sociedad toda quien está en posición de garante de los mismos y su objetivo final no es de tipo pecuniario sino existencial. Dichos derechos se les debe no sólo a quienes existen, sino también a quienes se

espera que existan porque cuando lleguen a ser, lo serán al igual que aquellos portadores de igual dignidad; por lo tanto, acreedores a los mismos derechos y garantías esenciales de los ya nacidos. De no entenderse así, se podría "legalmente" cometer el absurdo de afirmar que mientras los seres humanos nacidos tienen un número determinado de derechos, los no-nacidos, no obstante su futura condición humana, sólo podrán reclamar derechos una vez nacidos, y antes de ello, su tratamiento no difiere del de una cosa u objeto. Este absurdo no es factible de sostener por lógica elemental o sentido común y así lo han comprendido los Estados cuando sancionan el aborto, impiden la ejecución de la pena de muerte en mujer embarazada o adoptan medidas especiales de resguardo del ser en gestación (6).

Partiendo del supuesto anterior, podemos pensar que para el constituyente todo ser humano, por el hecho de ser tal, posee como derechos esenciales no sólo el derecho a la vida, sino también de derecho a nacer dentro de una familia legalmente constituida, ya que es la única que configura "el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16.3; Constitución Política, art. 1). En consecuencia, el constituyente no ha pensado como entidad homóloga a la familia, y para todos los efectos, a una pareja de convivientes y menos aún a una mujer soltera con hijos, aunque ello no impide que, por ser situaciones irregulares, la sociedad se ocupe y cuide de ellas. De lo anterior se desprende que quienes protagonizan una situación familiar irregular no pueden acudir al uso de la fecundación artificial (7). Más aún, cabe preguntarse si el hombre que puede llegar a nacer ¿tiene derecho a pasar de la potencia al acto, única y exclusivamente por el concurso de sus padres genéticos y en la medida que constituyan una familia natural y legalmente establecida? La razón para abrigar dicha expectativa nos parece legítima, toda vez que descansa sobre la base que un hombre, en su calidad de hijo, sólo está pidiendo tener legalmente como padres a quienes naturalmente (o genéticamente) lo son (8). En todo caso, esto en un plano de lógica básica y axiología elemental parece tener más sentido, por ser algo natural y obvio, que reclamar por un "supuesto derecho", a tener como padre o madre a quien realmente no lo es. Tal como se puede apreciar, de aceptarse estas ideas no habría fundamento jurídico para legitimar la fertilización artificial heteróloga por atentar en forma grave contra el derecho que todo ser humano tiene a nacer y desarrollarse dentro de su familia natural y a no ser expuesto a una situación artificial, respecto de la cual no está en condición de aceptar, con todo lo bueno y malo que pueda implicar, en

(6) En el caso *Gleitman v. Cosgrove*, 1967, los padres y el hijo nacido con alteraciones demandaron al médico por negligencia en el tratamiento y supervigilancia del embarazo, cita R. G. Edwards en "Fertilization of Human Eggs in vitro: Morales, Ethic and the Law"; *The Quarterly Review of Biology*, Vol. 49, pág. 17.

(7) En sentido semejante, EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, 1986, pág. 105.

(8) Toda vez que el hijo nacido nunca participó del acuerdo celebrado entre sus padres, el médico y el donador de semen, aquél tendría derecho a reclamar por su identidad natural (Hanack, 1972), citado por R. G. Edwards, *op. cit.*, pág. 17.

forma libre e informada. Para aclarar esta idea, quizá sirva representarse la vivencia de una pareja a quien la sociedad le impusiera la obligación de hacerse cargo de un extraño en calidad de hijo, o bien que uno de ellos obligara al otro a aceptar como hijo a quien no lo es. En cualquiera de estas hipótesis, el hombre de la calle entendería la actitud de rechazo de la pareja o de uno de sus miembros a semejante imposición, por ende, ¿por qué no reconocer un derecho parecido de oposición a un ser humano que puede llegar a ser? El hecho de que los no-nacidos no puedan expresar su opinión ¿es razón suficiente y justa para negarles derecho a que la sociedad reflexione por ellos y se ponga en su lugar?

Por otro lado, la libertad de cultos consagrada en la Constitución Política (art. 19 N° 6), en la medida que ella "no se oponga a la moral, a las buenas costumbres o al orden público", es una limitante para el legislador en orden a adoptar plenamente la doctrina católica formulada en la Instrucción objeto de reflexión. En efecto, toda vez que el Estado no tiene o profesa una religión oficial, no está obligado a seguir al pie de la letra una doctrina moral determinada y, en consecuencia, bien puede ocurrir que alguna concepción ética no estime impropio la inseminación artificial homóloga (e incluso, heteróloga en forma excepcional y en limitados casos), razón por la cual el legislador deberá estudiar su procedencia a la luz del orden jurídico vigente.

Finalmente, en el Derecho Comparado, especialmente en el anglo-americano (9), se ha estimado que el derecho constitucional a la "vida privada o íntima" sería uno de los fundamentos para que la pareja haga uso de las técnicas biomédicas objeto de examen. Sobre esta base se ha dicho que la decisión de una pareja de lograr descendencia con el auxilio v.gr., de semen de un tercero es una resolución que, por su propia naturaleza, nace y se asume en la intimidad de la familia. Si una decisión de esa clase se adopta en el "santuario de la privacidad" nadie tiene derecho a inmiscuirse en ella para normarla en un sentido u otro; por el contrario, en ese ámbito sólo sus titulares pueden ponerse límites.

Nuestra Constitución Política sobre el particular establece... "el respeto y protección a la vida privada y pública..." (art. 19 N° 4). A nuestro juicio, todo comportamiento que nace, se desarrolla y muere dentro del ámbito privado o íntimo no puede ser objeto de control por parte de la sociedad; en cambio, toda conducta o decisión que nace se gesta en la intimidad pero que por su naturaleza se proyecta o afecta a la vida social por sus efectos o consecuencias debe, necesariamente, respetar los principios, bienes y valores jurídico-sociales imperantes. De esta forma, conductas tales como embriaguez, consumo de marihuana, circular desnudo, relaciones sexuales normales o anormales desarrolladas por una pareja dentro de su domicilio, quedan cubiertas por la protección constitucional de la vida privada. En cambio, esas mismas conductas desarrolladas con escándalo, que salen del "silencio de lo íntimo" y altera la vida de los vecinos, o bien si son realizadas en público, son suficientes como

(9) En EE. UU. el Tribunal Supremo ha decidido que de la Carta de Derechos se infiere el derecho constitucional "a la vida privada", fundamento legal para que una mujer haga uso de anticonceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965) o ponga término a un embarazo no deseado (*Roe v. Wade*, 1973).

para que la sociedad reaccione ante ellas e incluso las considere constitutivas de ilícito por atentar contra bienes jurídicos de interés social.

Por otro lado, cabe recordar que las normas sobre Derecho de Familia son de carácter público, por lo tanto, nadie puede actuar en forma tal que, so pretexto de haberse resuelto en la esfera íntima, ponga en peligro o menoscabe la concepción y estructura legal de la familia (de inspiración cristiana) imperante en nuestro país.

B. *El Ambito Psicológico-Existencial*

Nadie puede descartar que una de las posibles consecuencias psicológico-existencial del uso de la fecundación artificial heteróloga sea un "shock o trauma" para la pareja que deseaba tener descendencia o bien para el hijo concedido y nacido en parte propia y en parte extraña. En efecto, quienes se han dedicado a estudiar las consecuencias o efectos de estas técnicas biomédicas no descartan la posibilidad que, con motivo de ellas, se geste un complejo de "impotencia o castración" en el "supuesto padre", de "infidelidad" en la madre o de "inidentidad" en el hijo, los que en vez de unir la familia terminen por atacarla y destruirla (10).

Tal como se habrá podido advertir, son diversas las dudas e inquietudes que se presentarán al legislador del futuro cuando decida legislar sobre estas materias. Afortunadamente, para los católicos muchas de ellas encuentran una clara, rotunda y sólida respuesta en la "instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación". Sin embargo, nunca se debe olvidar que el Derecho posee una naturaleza, fines y medios determinados; por ende, no se debe esperar que sea él quien deba ralizar las tareas propias de la Religión, la Moral, la Educación, o de la Economía. Por ello, es importante destacar aquella parte de la Conclusión de la citada Instrucción que expresa: "...una calurosa llamada a todos aquellos que, por la función que desempeñan y por su actividad, pueden ejercer una influencia positiva para que, en la familia y en la sociedad, se respeten debidamente la vida y el amor: a los responsables de la formación de las conciencias y de la opinión pública, a los hombres de ciencia y a los profesionales de la medicina, a los juristas y a los políticos".

(10) ANDREWS, Lori, citada por Terra Ziporyn en "Inquietudes médico-sociales sobre la reproducción humana artificial", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, N° 2; mayo-agosto 1986, pág. 293.

MANTOVANI, Ferrando, *op. cit.*, pág. 25.

PENSAMIENTO IBEROAMERICANO

REVISTA DE ECONOMIA POLITICA

Revista semestral patrocinada por el Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI) y la Comisión Económica para América Latina (CEPAL)

Director: ANÍBAL PINTO

- Suscripción por cuatro números: España y Portugal, 3.600 pesetas o 40 dólares; Europa 45 dólares; América y resto del mundo, 50 dólares.
- Número suelto: 1.300 pesetas o 15 dólares.
- Pago mediante talón nominativo a nombre de *Pensamiento Iberoamericano*.
- Redacción, administración y suscripciones:

Instituto de Cooperación Iberoamericana
Dirección de Cooperación Económica
Revista Pensamiento Iberoamericano
Teléf. 2440600, Ext. 300
Av. de los Reyes Católicos, 4
28040, MADRID