

EL DERECHO A PROCREAR EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

Jaime Silva Mac Iver

Profesor de Derecho Político y Constitucional
Universidad Gabriela Mistral

I. LA FAMILIA

Un análisis etimológico del vocablo familia no nos sirve de gran ayuda para determinar el concepto. Tampoco es posible delimitarlo jurídicamente con cierta nitidez si se analiza lo que han señalado quienes se han ocupado del tema. Algunos soslayan el problema y los demás tienen divergencias importantes¹. De este modo, parece razonable el camino que sugiere Corral, quien, a partir de los diversos fines que generalmente se le reconocen, describe a la familia como aquella institución que “iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por el afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”².

Aristóteles, al referirse a la familia, enseña en *La Política*: “Así, pues, la primera unión de personas a que da origen la necesidad es la que se da entre aquellos seres que son incapaces de vivir el uno sin el otro, es decir, es la unión del varón y la hembra para la continuidad de la especie, y eso no por un propósito deliberado sino porque en el hombre, igual que en los demás animales y las plantas, hay un instinto natural que desea dejar detrás de sí otro ser de la misma clase...”³.

En la *Ética a Nicómaco* expresa: “Entre el hombre y la mujer la afección mutua parece ser un efecto de la naturaleza; el hombre naturalmente se inclina más a vivir en pareja que en sociedad política, tanto más que la familia es anterior a la sociedad y más necesaria que esta última, y que la reproducción es común a todos los seres vivos. Sin embargo, para los demás seres, la unión no va más lejos, mientras que el hombre no se une a la mujer solamente para la procreación, sino también para la búsqueda de todo lo que es indispensable para la existencia”⁴.

Como señala con acierto el Estagirita la familia emana de la propia naturaleza humana. En palabras de Leclercq “Es una institución natural; nace espontá-

¹ CORRAL, Hernán, *Familia y Derecho*. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia, Universidad de los Andes, Santiago, 1994, pp. 1 y ss.

² CORRAL, H., obra cit., p. 11.

³ ARISTÓTELES, *La Política*, Libro I, cap. 2, 1252 b.

⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro VIII, cap. 12, 1162 a.

neamente dondequiera que haya hombres. No espera, para aparecer, a que el Estado le asigne un estatuto jurídico"⁵. La familia —dicen Lacruz y Sancho— es la "célula fundamental de la sociedad destinada, por Derecho Natural, a generar y formar en su seno nuevas reservas vitales para la comunidad humana de cada tiempo"⁶. Y agregan: "en cualquier tiempo y circunstancias, y sea su composición amplia o reducida, persiste la misión espiritual y moral de la familia, como refugio de la civilización y de los afectos humanos: de esa atmósfera de ayuda mutua, abnegación y sacrificio, en la que se ha de desarrollar lo mejor de todos cuantos la componen"⁷.

Buena prueba de lo anterior es el hecho de que la existencia de la familia se ha mantenido a través del tiempo. Como señala Recasens Siches: "es la institución social más universal. En una u otra forma existe en todas las sociedades, lugares y épocas en el desenvolvimiento de la humanidad. Incluso en muchas especies animales existe una forma en cierto modo equivalente a la familia, aparte de la diferencia inzanjable entre lo humano y lo animal"⁸.

II. EL MATRIMONIO

Los estudiosos del tema han destacado que la inmensa mayoría de los autores considera que la familia tiene su base en el matrimonio⁹. Así, Georges Renard nos indica que la familia es una institución y el matrimonio es el acto de su fundación¹⁰. Por su parte, Leclercq afirma que el matrimonio es la institución sobre la cual reposa la familia, y que ésta tiene por objeto asegurar el bienestar del género humano a través del desarrollo armonioso y la continuación del hombre y la mujer en la unión conyugal. El matrimonio debe estructurarse de forma tal que asegure con la mayor eficacia la unión conyugal, en vistas a la felicidad de los esposos y a la fecundidad de su unión¹¹.

Sin embargo, antes de adentrarnos en un breve pero necesario análisis de algunos de sus rasgos esenciales, es conveniente hacer una precisión terminológica. En muchas lenguas se usa la palabra *matrimonio* para aludir tanto a la celebración nupcial como al estado que, como consecuencia de ella, se genera entre marido y mujer; esto es, al acto del casamiento, acto en el cual se contrae el compromiso matrimonial y a la unión estable y permanente entre los contrayentes que éste produce. Así ocurre, por citar algunos ejemplos, en el idioma francés (*mariage*), inglés (*marriage*) y castellano (*matrimonio*)¹².

Y es de capital importancia distinguir entre el pacto conyugal y el vínculo matrimonial. El primero es la causa. El segundo, el efecto que ella genera. El

⁵ LECLERCQ, Jacques, *La Familia*, Editorial Herder, Barcelona, 1961, p. 32.

⁶ LACRUZ B., José Luis y SANCHO R., Francisco, *Derecho de Familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1966, p. 15.

⁷ LACRUZ B., J. L. y SANCHO R., F., obra cit. p. 15.

⁸ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1960, p. 470.

⁹ CORRAL, H., obra cit., p. 23.

¹⁰ RENARD, Georges, citado por Recasens Siches, L., obra cit., p. 492.

¹¹ LECLERCQ, J., obra cit., p. 29.

¹² VILADRICH, Pedro-Juan, *El Pacto Conyugal*, 3ª edición, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, p. 39.

amor entre un hombre y una mujer los inclina a la unión en la masculinidad y feminidad de sus naturalezas. Es su dinámica natural. Mientras más pleno y total es ese amor, menos se conforma con el encuentro pasajero. Por el contrario, inclina a los amantes a llevar una vida en común. Sin embargo, para que ella se *materialice no es suficiente la mera intención. Porque esa vida en común* implica una decisión de entregarse mutuamente el uno al otro. Y eso sólo puede ser consecuencia de una expresión de la voluntad de los amantes en tal sentido¹³. “Sin esa decisión de la voluntad recíproca, la inclinación a unirse queda en mera invitación –dice Viladrich–, pero tal unión no se funda. Pues la persona no puede quedar unida sin que su voluntad lo quiera”. “Esa decisión fundacional es un hito nuevo, original e irrepitable entre todos los actos de amor de su historia común, porque esa decisión tiene por objeto una realidad también nueva, original e irrepitable: el objeto de ese acto de voluntad no es tanto seguir amándose, cuanto convertirse en una sola cosa en lo conyugal, darse el uno al otro para transformarse en cónyuges, en unidad conyugal”¹⁴.

Se ha destacado que el compromiso conyugal, como acto libre de entrega de la propia existencia que un hombre y una mujer se hacen mutuamente, es el mayor acto de libertad que el ser humano puede concebir, porque sólo quien es verdaderamente dueño de sí, puede entregar todo su futuro¹⁵. Este acto de voluntad, a través del cual varón y mujer se dan y aceptan recíprocamente como tales por medio de una decisión gratuita –por cuanto no se debían el uno al otro–, perpetua y exclusivamente, en todo cuanto concierne a esa unión de vida orientada al bien de los esposos y a la generación y educación integral de los hijos, es el pacto fundacional de la unión conyugal¹⁶. Esto es importante destacarlo, porque sólo esa decisión adoptada voluntariamente por los *contrayentes es lo que da origen al matrimonio. No es –dice Morandé– el tener un determinado sentimiento o el encontrarse en un cierto estado emocional, sino el libre consentimiento y la voluntad expresamente manifestada de establecer un vínculo por toda la existencia lo que da origen a la unión conyugal*¹⁷.

De manera que dicho pacto no puede ser uno cualquiera. Tiene que ser un compromiso proporcionado al efecto que produce, una unión definida y estricta que se denomina matrimonio. Se trata de una entrega recíproca, real y plena, del uno al otro en todo lo que son en cuanto varón y mujer, entrega que es comprometida “de modo exclusivo ‘uno con una’, perpetuo ‘para siempre’ y abierta constitutivamente a la fecundidad y al hogar necesario para ella (procreación, educación de la prole, mutua ayuda y complemento de vida)”¹⁸.

Ese pacto, esa alianza, da origen al matrimonio, vínculo que varón y mujer han establecido entre ellos, que por su propia naturaleza es perpetuo y exclusivo¹⁹. El matrimonio viene a ser, así, la unión conyugal debida entre hombre y

¹³ VILADRICH, P., *El Pacto* cit., p. 23.

¹⁴ VILADRICH, P., *El Pacto* ..., cit., pp. 24 y 25.

¹⁵ MORANDÉ C., Pedro, *Persona, Matrimonio y Familia*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1994, p. 60.

¹⁶ VILADRICH, P., *El Pacto*..., cit., pp. 30 y 48.

¹⁷ MORANDÉ C., P., obra cit., p. 61.

¹⁸ VILADRICH, P., *El Pacto* cit., pp. 44 y 45.

¹⁹ VILADRICH, P., *El Pacto* cit., p. 43.

mujer. Y es debida, porque al pasar a ser el uno del otro, se deben el uno al otro, es decir los une un vínculo de justicia²⁰.

El matrimonio es una realidad natural, tal como lo enseña Santo Tomás en la *Suma Teológica*: “Y de este modo el matrimonio es natural, puesto que la razón natural nos inclina al mismo de dos modos. Primero, en cuanto a su fin principal, que es el bien de la prole. Pues la naturaleza no tiende únicamente a la generación de la prole, sino también a su formación y educación hasta el estado perfecto del hombre en cuanto es hombre, que es el estado de la virtud. Por lo cual, según el Filósofo, tres cosas recibimos de nuestros padres: el ser, el alimento y la enseñanza. Y el hijo no podría ser educado e instruido por sus padres si no tuviera padres determinados y ciertos. Lo cual no ocurriría si no hubiera alguna obligación de un varón a una mujer determinada, que produce el matrimonio. Segundo, en cuanto al fin secundario del matrimonio, que es el socorro mutuo que los cónyuges se prestan en los asuntos domésticos. Porque así como la razón natural dicta que los hombres vivan en sociedad, puesto que uno solo no se basta a sí mismo en todo lo que pertenece a la vida, por cuya razón se dice el hombre naturalmente político; así también entre las cosas de que tiene necesidad para la vida humana hay ciertas obras que competen a los varones, y otras a las mujeres. Por lo cual, la naturaleza aconseja que haya cierta asociación del varón a la mujer, en la cual consiste el matrimonio. Y estas dos causas asigna también el Filósofo”²¹.

III. PROPIEDADES DEL MATRIMONIO

Al ser el matrimonio una realidad natural, su esencia, sus propiedades y sus fines derivan de la propia naturaleza del hombre, de su distinción y complementariedad sexual y de las exigencias propias de su condición y dignidad de persona²². No las puede establecer el legislador. El matrimonio no es un fenómeno legal. Si el Estado debe regularlo para “garantizar su ordenado ejercicio –nos señala Viladrich– no debe desvirtuar esa realidad natural, sustituyéndola por un artificio legal, como tampoco debiera cambiar, con las leyes, las líneas maestras de lo que el matrimonio es por exigencia de la naturaleza humana”²³. “El contenido que los cónyuges se entregan –dice el mismo autor– no ha de ser un contenido artificial y arbitrariamente inventado por las partes”²⁴. Ellos pactan una unión entre un hombre y una mujer, perpetua y exclusivamente debida que está orientada a la fecundidad humana. Lo natural es la unión entre varón y mujer. No lo es la homosexualidad, el lesbianismo o el bestialismo. Lo natural es la perpetuidad del “para siempre” y la exclusividad del “uno con una”. No es la poligamia, la poliandria, ni la promiscuidad. Y lo natural es la apertura de la comunidad conyugal, de la ayuda mutua y compenetración, y de la sexualidad a una procreación y educación integral de nuevos seres humanos.

²⁰ VILADRICH, P., *El Pacto ...*, cit., p. 43.

²¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Supl., q. 41, a. 1.

²² VILADRICH, Pedro Juan, *Agonía del Matrimonio Legal*, 2ª edición, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 177.

²³ VILADRICH, P., *Agonía del ...*, cit., p. 178.

²⁴ VILADRICH, P., *Agonía del ...*, cit., p. 140.

No lo es la pareja volcada sobre sí misma y cerrada a los hijos. Este es el contenido natural propio de la alianza matrimonial²⁵.

Unidad

Como puede apreciarse, una de las propiedades esenciales del matrimonio es la unidad.

Es nuevamente Santo Tomás quien lo advierte. En relación con la generación y educación de los hijos nos enseña en la *Suma Teológica*: "Que una mujer tenga muchos varones va contra los primeros preceptos de la ley natural, pues con ello en parte se impide y en parte se dificulta el bien de la prole, que es el fin principal del matrimonio. En efecto, el bien de la prole comprende no sólo la procreación, sino también la educación. Y en cuanto a la procreación, aunque no se impida totalmente, se dificulta en gran medida. Pero en cuanto a la educación se impide, pues si una mujer tiene varios maridos no es posible determinar con certeza los hijos de cada padre, y así no podrán éstos educarlos" ²⁶.

Y en la *Suma contra Gentiles* añade: "En toda especie de animal en la cual el padre tiene alguna solicitud de la prole, un solo macho no tiene sino una sola hembra, como se ve en todas las aves que alimentan juntas los pichones; pues no alcanzaría un solo macho a prestar auxilio en la educación de la prole a varias hembras. Mas, en los animales en los cuales los machos no tienen ninguna solicitud de la prole, un macho tiene indiferentemente varias hembras y una hembra varios machos, como se ve en los perros, las gallinas y otros así. Y como donde más cuidado de la prole compete al macho, entre todos los animales, es en la especie humana, es manifiesto que es natural al hombre el que un solo macho tenga una sola hembra, y viceversa"²⁷.

En lo que respecta al bien de los cónyuges, en la *Suma Teológica* expresa refiriéndose a la pluralidad de mujeres: "... si no lo impide en absoluto, lo dificulta grandemente, pues no es fácil que haya paz en una familia donde un solo varón se une a varias mujeres, ya que no será capaz de satisfacer los deseos de todas... De aquí que la pluralidad de mujeres es de algún modo contraria a la ley natural, y de algún modo no"²⁸.

En la *Suma contra Gentiles*, luego de afirmar que "procede del instinto natural el que sea una sola de uno solo"²⁹, Santo Tomás añade otras razones que se fundamentan en la necesaria igualdad de la amistad conyugal. Expresa: "La amistad consiste, en cierta igualdad. Por lo tanto, si no debe la mujer tener muchos maridos, porque esto sería contra la certidumbre de la prole, y en cambio fuera lícito al marido tener muchas mujeres, no habría una amistad liberal (generosa) de la mujer al marido, sino como servil (útil). Y este argumento se comprueba también con la experiencia, porque cuando los maridos tienen muchas mujeres, las mujeres son tenidas como esclavas"³⁰. "La amistad intensa no se tiene con muchos... Por lo tanto, si la mujer tuviere un marido solamente, y en cambio el marido muchas mujeres, no sería igual la amistad por

²⁵ VILADRICH, P., *Agonía del ...*, cit., p. 141.

²⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Supl., q. 65, a.1.

²⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles* III, Cap. 124.

²⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Supl., q. 65, a.1.

²⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles* III, Cap. 124.

³⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles* III, Cap. 124.

una y otra parte. Luego, no sería una amistad liberal (generosa), sino en cierto modo servil (útil)”³¹.

Con un lenguaje más moderno, Leclercq señala que la unidad del matrimonio se caracteriza por la unión de un hombre con una mujer. Expone que el matrimonio monógamo es el único que asegura la unión más estrecha posible, por toda la vida, del hombre y de la mujer, unión que permite establecer entre ellos una solidaridad completa y asegurar la igualdad fundamental a que la mujer tiene derecho, lo mismo que el hombre. Agrega que el matrimonio monógamo es también el único adecuado a la educación de los hijos. Señala que, en otras palabras, el régimen de monogamia es el único en que los esposos fundan una verdadera familia que sea centro de la vida de ambos. En los otros se produce necesariamente una separación de hombres y mujeres en detrimento de la unidad del hogar y de la educación de los hijos³².

Desde la perspectiva de la psicología, Peña y Lillo ha destacado que la afirmación que el hombre es un ser polígamo puede ser válida para algunas manadas de animales salvajes, pero no para el ser humano, que no es un mero animal y cuya vocación monogámica es universal³³. “La sexualidad humana –nos dice– requiere y necesita del amor, y este exige, necesariamente, el vínculo monógamo, cuya expresión más completa es, sin duda, el matrimonio, en el sentido de un compromiso estable y de la constitución de un hogar y de una familia”³⁴.

Indisolubilidad

Sin embargo, no es suficiente la unidad. El matrimonio requiere, también, si quiere ser fiel expresión de lo que es como realidad natural, de otra propiedad esencial, la indisolubilidad.

En la *Suma contra Gentiles*, Santo Tomás demuestra la indisolubilidad del matrimonio, en primer término, respecto de la procreación y educación de los hijos: “Es natural –indica– que la solicitud del padre por el hijo dure hasta el fin de su vida. Y así, si la solicitud del padre por el hijo causa, aun en las aves, la permanencia del macho junto a la hembra, el orden natural requiere que, en la especie humana, el padre y la madre permanezcan juntos hasta el fin de la vida”³⁵.

Luego, al analizar el bien de los cónyuges enseña: “Cuanto mayor es la amistad, tanto más firme y duradera debe ser. Y entre el marido y la mujer parece haber la máxima amistad, pues se unen no sólo en el acto de la cópula carnal, que también entre las bestias produce cierta tierna amistad, sino para compartir todo el trato doméstico; por lo cual, en señal de esto, el hombre por causa de la mujer deja al padre y a la madre como se dice en el *Génesis*. Por lo tanto es inconveniente que el matrimonio sea de alguna manera disoluble”³⁶.

31 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles* III, Cap. 124.

32 LECLERCQ, J., obra cit., p. 89.

33 PEÑA Y LILLO, Sergio, *Amor y Sexualidad*, 8ª edición, Editorial Universitaria, Santiago, 1994, p. 42.

34 PEÑA Y LILLO, Sergio, *Amor y ... cit.*, p. 43.

35 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles* III, Cap. 123.

36 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles* III, Cap. 123.

Haciendo la misma distinción, Leclercq, refiriéndose a la que a su juicio es la obra principal de la familia, procrear hijos y educarlos, expone que ésta ocupa materialmente a los esposos hasta los umbrales de la vejez. Si se tiene en cuenta que la mujer es fecunda hasta pasados los cuarenta años, que en general el marido es mayor que ella y que la educación de los hijos en una sociedad civilizada exige que los padres se preocupen de ellos hasta los veinte años más o menos, y a veces más, resulta que la obra que ellos deben realizar normalmente no termina hasta que tienen una edad avanzada. Aun entonces, si ambos viven todavía, representan para sus hijos la unidad y continuidad de la familia. El bien de la institución familiar reclama que ambos continúen siendo el centro único de la familia³⁷.

En cuanto a la unión de los esposos y a la ayuda mutua que deben brindarse en el matrimonio, sólo una unión estable —expresa— garantiza la seguridad que exige la unión de dos vidas. Los esposos deben emprender el matrimonio con la decisión de hacer de él la obra de toda su vida y con la convicción de que esto no puede ser de otra forma. Deben llevarlo adelante con la conciencia de que si falla ya no hay remedio. Por consiguiente, toda prudencia es poca. También es necesario que tengan la convicción de que si alguna vez su felicidad se ve amenazada, deben estar dispuestos a todos los sacrificios para salvarla³⁸.

Por su parte, Morandé, interrogándose acerca de cuál sería la institución más racional imaginable para que un ser humano venga dignamente al mundo, responde que ésta es el matrimonio indisoluble, porque representa la más alta garantía humanamente imaginable de que el hijo será recibido con la dignidad que da el título de ser persona y sin consideraciones de ninguna otra naturaleza³⁹.

IV. FAMILIA Y CONSTITUCION

Nuestra Carta Fundamental, en su Capítulo Primero, que contiene las Bases de la Institucionalidad, establece las normas esenciales sobre la familia. Así, en su artículo primero dispone: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (inciso 2º). Y agrega: “Es... deber del Estado... dar protección a la familia (y) propender al fortalecimiento de ésta” (inciso 5º).

En estricta concordancia con lo anterior, dispone en el Capítulo Tercero, que se refiere a los derechos y deberes constitucionales, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, (artículo 19, Nº 4), la inviolabilidad del hogar (artículo 19, Nº 5), el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos (artículo 19, Nº 10), y el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para ellos (artículo 19, Nº 11).

El análisis de estas disposiciones ha cobrado una gran importancia en los últimos tiempos, por cuanto hay quienes sustentan la postura de que el constituyente, al referirse a la “familia como núcleo fundamental de la sociedad”, lo hizo en términos amplios, sin aludir a ninguna forma familiar en especial; de modo que la norma en estudio comprendería no sólo las familias fundadas en un

³⁷ LECLERCQ, J., obra cit., p. 89.

³⁸ LECLERCQ, J., obra cit., p. 89.

³⁹ MORANDÉ C., P., obra cit., pp. 62 y 63.

matrimonio monógamo e indisoluble, sino que también aquéllas de carácter monoparental, o surgidas de hecho o constituidas de otra manera. Es decir, que estaríamos en presencia de una concepción de la familia más sociológica que jurídica y que dicha institución antes que ser una realidad natural sería un hecho cultural.

Es así como el Informe elaborado por la Comisión Nacional de la Familia, creada por el Supremo Gobierno en 1992, señala: "No deja de sorprender, en todo caso, que en ninguna parte, ni siquiera en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se haya dejado constancia de qué se entendía por tal (por familia), más aún, cuando no existe una definición en la legislación civil, a no ser una funcional en relación al ejercicio de un derecho real (de uso). De esta forma, el constituyente deja abierta la posibilidad que sea la sociedad, en cada momento histórico, la que defina qué entiende por familia y cómo se harán efectivas muchas de las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución. Aun cuando la legislación civil realiza una prolija regulación del matrimonio, lo ya señalado lleva a afirmar que el constituyente no identifica necesariamente familia con matrimonio"⁴⁰.

Se hace entonces necesario indagar qué base de sustentación tienen dichas afirmaciones, tomando, para ello, en consideración el propio contenido de la Constitución.

Derecho natural y Constitución

En la actualidad, puede decirse con propiedad que por regla general los ordenamientos constitucionales contienen ciertos valores esenciales que orientan su contenido. Esos valores se traducen en principios generales de derecho cuya "estructura normativa –al decir de Gordillo Cañas– se reduce al mínimo indispensable para la proyección del valor en las relaciones sociales: son norma jurídica en un grado de enunciación no circunstanciadamente desenvuelto sino de gran generalidad"⁴¹. Estos principios, al estar establecidos en la misma Constitución, por su propia jerarquía están llamados a informar todo el ordenamiento jurídico y su observancia es exigible a todos los órganos del Estado. Ello cobra mayor relevancia si se tiene en consideración la eficacia normativa que el constitucionalismo actual le reconoce a la Carta Fundamental. A través de estos principios superiores, la Constitución –según el mismo autor– es el reflejo del contenido y la función del Derecho Natural⁴². "La comunidad que directamente capta los valores básicos sobre los que necesariamente ha de descansar la justa ordenación de la convivencia, la Constitución, que les da acogida y enunciación principal; y el completo ordenamiento, que los concreta y desarrolla –agrega– haciéndolos clave de la circunstanciada regulación en él establecida: he aquí cómo se produce en términos positivos el engarce entre el completo y

⁴⁰ Informe de la Comisión Nacional de la Familia, Cap. III, citado por Morandé C., Pedro, obra cit., p. 56.

⁴¹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 52.

⁴² GORDILLO C., A., obra cit., p. 65.

complejo sistema normativo y el Derecho Natural⁴³. Así es como este último inspira y anima el ordenamiento positivo⁴⁴.

Este análisis de Gordillo Cañas obliga a efectuar algunas precisiones –aunque sean breves– en relación con las frecuentes críticas de que es objeto el Derecho Natural, que en muchas ocasiones llegan incluso a poner en duda su propia existencia. Es esto último lo que lleva a Leclercq a plantearse algunas interrogantes: “¿Es lícito negar que hay una especie de seres a los que puede aplicarse legítimamente la denominación común de ‘hombre’? ¿Existe una especie que presente características particulares suficientemente discernibles para reconocer en todos los casos qué seres se incluyen en ella y qué seres no forman parte de esta especie, por faltarles las características distintivas?” Y responde: “Planteadas la cuestión en esta forma, la respuesta no ofrece dudas. Por mucho que se destaquen las diferencias entre razas y civilizaciones, sigue teniendo el hombre características de una evidencia deslumbradora, que lo distinguen de otras criaturas⁴⁵. Sigue siendo válida aquella antigua definición del hombre como animal racional, animal que está –según el mismo autor– dotado de un cuerpo sensible, que vive y conserva su vida como los demás animales, que se reproduce como ellos y que es racional, es decir, está dotado de una facultad que no se manifiesta en los demás animales y que le permite transformar sus condiciones de vida con el propósito de realizar una finalidad que ha concebido en la mente; de una facultad que le mueve a preguntarse el cómo y el porqué de las cosas. Animal racional: esta breve fórmula –continúa– que parece vaga en un principio, pero que se revela llena de significación cuando se la analiza, justifica por sí sola la idea de un género humano, uniforme en sus rasgos fundamentales⁴⁶.

De este modo, si se considera que la naturaleza determina los rasgos esenciales de los seres, esto es el conjunto de caracteres sin los cuales dejarían de ser lo que son⁴⁷, es posible comprender lo que con duros términos expresa Maritain: “Como no tengo tiempo para discutir tonterías (que siempre encuentran filósofos muy inteligentes para defenderlas brillantemente), supongo que admitís que existe una naturaleza humana, y que esa naturaleza es la misma en todos los hombres... Por otra parte, por tener una naturaleza, por estar constituido en una forma determinada, el hombre tiene evidentemente fines que responden a una constitución natural y que son los mismos para todos⁴⁸.”

De esta manera, es posible concluir que “Existe un Derecho Natural –en palabras de Leclercq– y este Derecho Natural es una realidad, no solamente una ‘idea’, ya que, por su propia naturaleza, los hombres deben atenerse a ciertas reglas en sus relaciones entre sí. Por consiguiente, el contenido del Derecho Natural está determinado por la naturaleza social del hombre⁴⁹.”

Por lo demás, como se ha destacado, la doctrina de la Ley y del Derecho Natural tienen en la civilización occidental antiquísima prosapia y hunde sus

⁴³ GORDILLO C., A., obra cit., p. 66.

⁴⁴ GORDILLO C., A., obra cit., p. 66.

⁴⁵ LECLERCQ, Jacques, *El Derecho y la Sociedad*, Editorial Herder, Barcelona, 1995, pp. 28 y 29.

⁴⁶ LECLERCQ, J., *El Derecho ...*, cit., p. 29.

⁴⁷ LECLERCQ, J., *El Derecho ...*, cit., p. 45.

⁴⁸ MARITAIN, Jacques, citado por García López, Jesús, *Individuo, Familia y Sociedad Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, 2ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, p. 73.

⁴⁹ LECLERCQ, J., *El Derecho ...*, cit., p. 73.

raíces en la tradición griega⁵⁰. Es así como Aristóteles expresa: "Llamo ley, por una parte, a la que es particular, y por otra parte, a la que es necesaria; particular a la que viene determinada por cada pueblo para sí mismo, de las cuales unas son escritas; otras, en cambio, no escritas; y ley común a la que es según la naturaleza. Porque hay algo que todos adivinan que, comunmente, por naturaleza, es justo o injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros"⁵¹.

Los grandes juristas de Roma, fundadores indiscutidos de la Ciencia del Derecho, conocieron con evidencia que los cimientos y la sustancia del orden jurídico se encuentran constituidos por la Ley Natural⁵². Cicerón la definió con estas palabras: "Existe una ley verdadera; es la recta razón congruente con la Naturaleza, la cual se extiende a todos los hombres y es constante y eterna. Sus mandatos llaman al deber y sus prohibiciones apartan del mal. No ordena ni prohíbe en vano a los buenos, aunque no ejerce influencia en los malos. Es un crimen alterar esta ley. Nadie tiene derecho a derogarla en cualquiera de sus partes. Nadie puede abrogarla del todo. Ni el Senado ni el pueblo puede eximirse de su cumplimiento. No requiere exposiciones ni interpretaciones, pues no será una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después: será una ley única y eterna, válida para todas las naciones y todos los tiempos. Y habrá un solo Dios, que sea como el Maestro y Jefe común de todos los hombres, siendo el autor, el ejecutor y el promulgador de esta ley. Quién le desobedezca, tendrá que recluírse en sí mismo, en desmedro de su propia naturaleza humana; por lo cual sufrirá las penas más terribles, aun cuando consiga evitar los otros suplicios o lo que así se considera"⁵³.

Si no es posible poner en duda la existencia del Derecho Natural, puede decirse que las apreciaciones que Gordillo Cañas hace respecto de la Constitución española son plenamente aplicables a nuestra Carta Fundamental. El análisis de su contenido lleva a concluir que su fundamento se encuentra en el Derecho Natural. La concepción acerca de la persona, el cuerpo social y el Estado, que informa sus disposiciones, así lo demuestra. Si se considera que las ideas matrices sobre la materia están contempladas en su artículo primero, resulta conveniente examinar sus disposiciones esenciales.

Se ha visto anteriormente que todos los hombres, como miembros de la especie humana, tienen la misma naturaleza. Si ello es así, cada uno es semejante para el otro, tiene el mismo derecho a realizar su destino, merece idéntico respecto por su calidad de persona humana y posee iguales derechos⁵⁴.

Esto es precisamente lo que dispone el artículo primero de la Constitución: "Los hombre nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (inciso 1°).

Por otra parte, el hombre es, por su propia naturaleza, un ser sociable, es decir, está dotado —en palabras de Bidart Campos— de una tendencia innata, constitutiva de su propio ser a la convivencia, a la vida en común con los demás⁵⁵. Es así que desde que nace forma parte de distintos grupos, de diverso

⁵⁰ UGARTE GODOY, José Joaquín, *La Ley Natural*, *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 6, 1979, p. 485.

⁵¹ Aristóteles, citado por UGARTE G., J. J., *La Ley ...*, cit., p. 485.

⁵² UGARTE G., J. J., *La Ley ...*, cit., p. 485.

⁵³ Cicerón, citado por UGARTE G., J. J., *La Ley ...*, cit., p. 485.

⁵⁴ LECLERCQ, J., *El Derecho ...*, cit., pp. 122 y 152.

⁵⁵ BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Político*, 4ª edición, Editorial Aguilar, Argentina, 1972, p. 91.

origen y carácter, en medio de los cuales desarrolla su existencia. Leclercq, refiriéndose a las sociedades voluntarias y conscientes, destaca que constituyen un “fenómeno universal. Se produce en todos los pueblos, primitivos y civilizados. Se forman agrupaciones profesionales, militares, religiosas, políticas, de recreo...”⁵⁶. Todos esos grupos forman el cuerpo social.

La Constitución, tomando en consideración esta realidad natural, declara en el artículo primero: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” (incisos 2° y 3°).

Sin embargo, —como expresa el mismo autor— “el hombre no puede convivir en sociedad sin ordenación, sin organización, sin jefatura. Este mando, este gobierno, esta dirección, tiene esencia política”⁵⁷. Porque el hombre es, también, un ser político. Tiene una tendencia propia, constitutiva de sí mismo, que lo lleva a organizar la vida en común, organización que recibe el nombre de política⁵⁸. Surge así el Estado. Este tiene como fin el bien común. Suárez lo describe así: “Se trata de un *status* en el cual los hombres viven en un orden de paz y de justicia con bienes suficientes para la conservación y desarrollo de la vida material, con la probidad moral necesaria para la preservación de la paz externa, la felicidad del cuerpo político y la conservación continua de la vida humana”⁵⁹. El Estado tiene así por objeto procurar a todos los hombres los bienes necesarios para favorecer el íntegro desarrollo de su personalidad.

De ello se deriva el carácter instrumental que —de acuerdo con el Derecho Natural— tiene el Estado. Está al servicio del hombre y no el hombre a su servicio. Es lo que destaca García López: “El nacimiento de la sociedad civil no se debe a ningún pacto más o menos explícito, ni al mutuo consentimiento entre los hombres, como ocurre, por ejemplo, en el matrimonio, sino que se debe a una imperiosa inclinación de la naturaleza y a una necesidad ineludible para la inmensa mayoría de los hombres. Además, los hombre ya nacen de hecho en el seno de la sociedad civil; al principio de su vida la necesitan ineludiblemente, y cuando llegan a la edad adulta no se pueden separar de ella totalmente, sino con grave quebranto para su bienestar físico y aun para su adelantamiento moral. El origen de la sociedad civil es, pues, natural”⁶⁰.

En estricta concordancia con lo anterior, el artículo primero de la Carta Fundamental declara: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (inciso 4°).

La importancia del artículo primero de la Constitución la ha destacado el propio Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de octubre de 1983: “El artículo primero de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido

⁵⁶ LECLERCQ, J., *El Derecho ...*, cit., p. 163

⁵⁷ BIDART C., G., *Derecho ...*, cit., p. 36.

⁵⁸ BIDART C., G., *Derecho ...*, cit., p. 91.

⁵⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Principios, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 124.

⁶⁰ GARCÍA LÓPEZ, Jesús, *Individuo, Familia y Sociedad. Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, p. 179.

doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”⁶¹. Y con fecha 4 de enero de 1995 ha declarado: “El artículo primero de la Carta Fundamental... establece uno de los pilares de nuestro ordenamiento constitucional estructurado sobre la base de ciertos valores esenciales entre los cuales se destaca el que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado y por ello se encuentra incluido dentro del Capítulo I que denomina “Bases de la Institucionalidad””⁶².

Este breve examen de las disposiciones fundamentales del artículo primero permite afirmar que la Constitución hunde sus raíces en el Derecho Natural. Por eso, nada tiene de extraño que diversos autores así lo hayan manifestado. Nogueira Alcalá señala: “Nuestra Carta Fundamental acepta una concepción iusnaturalista, de acuerdo con la cual podemos asumir un concepto de los derechos humanos como el ‘conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreten las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional’”⁶³. Quinzio Figueiredo, refiriéndose al carácter subsidiario del Estado que consagra el artículo primero de la Constitución, señala que éste entronca en el Derecho Natural que proviene de los pensadores clásicos greco-romanos. Agrega que según “el Derecho Natural el hombre nace libre y tiene derechos anteriores al Estado, que son consustanciales con su propia naturaleza”⁶⁴.

Parece conveniente, sin embargo, a estas alturas, salir al paso de un equívoco. El hecho de que en la Constitución Política se admita un núcleo primario de juridicidad natural “que no procede de la invención, del poder o de la decisión humanos —en palabras de Hervada—, sino que es inherente al hombre”⁶⁵, no quiere decir que ésta adhiera, por ese motivo, a una concepción religiosa o teológica. Porque el Derecho Natural es propio de la naturaleza humana, de modo que los preceptos que de él derivan son aplicables a todos los hombres, cualquiera que sea su credo o ideología. “Cuando se dice que el Derecho Natural es racionalmente asequible por el hombre ... —dice Bidart Campos— se reconoce que la persona está dotada también naturalmente de una facultad capaz de conocer el Derecho Natural...”⁶⁶. De esta manera, el Derecho Natural —agregase desembaraza de todas las imputaciones que lo adhieren a una fe o creencia en Dios⁶⁷. “No es menester, entonces, enrolarse en una confesión religiosa para admitir el buen servicio que la creencia en el Derecho Natural presta a la filosofía política, ni hay tampoco ateísmo válido que, por negar a Dios, tenga que apostatar del Derecho Natural, porque para mostrar el enclave de éste en la

⁶¹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 27 de octubre de 1983, cons. 9.

⁶² Tribunal Constitucional, Sentencia de 4 de enero de 1995, cons. 10.

⁶³ NOGUEIRA, Humberto, *Dignidad de la Persona y Derechos Humanos: Constitución, Tratados y Ley de Amnistía*. Comunicación presentada en las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en la Universidad de Valparaíso, noviembre de 1994, p. 7.

⁶⁴ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Ediciones Universidad de la República, 1994, p. 14.

⁶⁵ HERVADA, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, p. 514.

⁶⁶ BIDART, C., G., obra cit., p. 579.

⁶⁷ BIDART, C., G., obra cit., p. 579.

naturaleza de las cosas, Grocio llegó a afirmar que el Derecho Natural existiría aunque Dios no existiera”⁶⁸.

De esta manera, es posible concluir que al disponer la Constitución que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se refiere a aquella institución cuyas líneas matrices derivan de la propia Ley Natural, esto es, aquella que tiene su origen en el matrimonio monógamo e indisoluble.

Puede, pues, afirmarse que los planteamientos que se hacen en el sentido que la Carta Fundamental contempla un concepto amplio de familia, de naturaleza sociológica, son inconciliables con sus propias disposiciones.

Bien común y Constitución

Según recién se ha señalado, la Constitución, en su artículo primero, establece que el fin propio del Estado es el bien común.

Este se califica como un bien por cuanto los hombres se juntan en comunidad política para vivir bien, es decir, para vivir mejor de lo que lo harían —si ello fuera posible— en una situación de aislamiento o en una comunidad menor⁶⁹. Y a este bien se le denomina común porque —en palabras de Izaga— “La acción del Estado no debe limitarse a procurar el bien de determinadas personas o clases, sino a procurar el bien de todos los ciudadanos o los más posibles. Y se dice el bien, sin especificar cuál ha de ser, porque se trata de propugnar el bien y felicidad completos, es decir, que ningún bien que pueda contribuir al bienestar humano se excluya del fin del Estado”⁷⁰.

Si este es su fin propio, el Estado no puede permanecer ajeno a la suerte que corra la familia. Según lo dispone la Carta Fundamental, debe promover las condiciones para que todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional alcancen su mayor realización espiritual y material posible. Tiene entonces la obligación de velar por la estabilidad familiar. Sólo la familia —señala Morandé— es el marco apropiado para la educación de los hijos a la libertad y para la transmisión de la herencia cultural que reciben de las generaciones que los han antecedido. En ella se modelan, hasta lo más inconsciente, las virtudes morales de la convivencia pacífica y justa, y del sacrificio y responsabilidad por el destino de los demás seres humanos⁷¹. “La familia educa a cada uno de sus miembros por presencia, por las actitudes cotidianas, por el espacio y tiempo compartidos, por lo gozos y sufrimientos vinculados a la vida de cada uno”⁷². “Una familia estructural y funcionalmente sana —nos dice Florenzano Urzúa— es vista por la sociedad como un elemento central para un adecuado desarrollo personal”⁷³. Si la familia es el lugar más idóneo para el desarrollo integral del hombre y proporciona el clima más apropiado para su maduración y realización vital, su trascendencia para toda la sociedad es enorme. Porque el protagonista

⁶⁸ BIDART. C., G., obra cit., p. 579.

⁶⁹ BIDART. C., G., obra cit., p. 579.

⁷⁰ Izaga L., citado por BIDART C., G., obra cit., p. 278.

⁷¹ MORANDÉ C., P., obra cit., pp. 63 y 64.

⁷² MORANDÉ C., P., obra cit., p. 64.

⁷³ FLORENZANO URZÚA, Ramón, *Familia y Salud de los Jóvenes*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1995, p. 158.

de la vida social va a ser el hombre que se educa, madura y arraiga en la convivencia familiar⁷⁴.

Los efectos que produce la disgregación de la familia son demasiado conocidos y no nos es posible entrar en ellos en esta ocasión. Séanos permitido, sin embargo, señalar aquéllos más trascendentes en el plano psicológico que menciona Florenzano Urzúa. En relación con los padres —indica—, en los Estados Unidos, país donde la tasa de divorcio se ha triplicado en los últimos veinte años, se ha podido constatar que este hecho es el evento que más desequilibra la estabilidad vital de quienes lo sufren. Añade que las estadísticas muestran que los divorciados tienen seis veces mayor frecuencia de problemas psiquiátricos que quienes permanecen casados, el doble de posibilidades de suicidio, más problemas de alcoholismo y abuso de sustancias químicas y mayor riesgo de morir por enfermedades tales como aquéllas de carácter cardiovascular o cáncer⁷⁵.

Respecto a los hijos, manifiesta que parece claro que quienes sufren más a largo plazo con la destrucción de la familia son ellos. Cita al efecto un estudio de Kelly y Wallerstein realizado en los Estados Unidos, que siguieron la conducta de hijos de padres divorciados durante un período prolongado. Sus hallazgos demuestran que los niños reaccionan negativamente al divorcio: los preescolares regresaron a conductas más infantiles, demostraron más irritabilidad, una conducta agresiva y confusión frente a la situación; los escolares mostraron más abiertamente tristeza, temor, fantasías de hacerse cargo de la familia o de reconciliar a sus padres, enojo y conflictos de lealtad; los adolescentes demostraron tristeza abierta, vergüenza, confusión, angustia y preocupación acerca de su propio matrimonio a futuro y alejamiento de uno o ambos padres⁷⁶. Agrega que otro hecho que ha sido sistemáticamente confirmado es la influencia negativa del divorcio en la posibilidad de los hijos de padres separados de desarrollar sus propias relaciones de pareja a futuro⁷⁷.

Tomando como base un estudio desarrollado en nuestro país, expresa que la disgregación de la familia aumenta la vulnerabilidad al consumo de sustancias como alcohol, marihuana, inhalantes, anfetaminas, cocaína y así sucesivamente⁷⁸.

Se argumenta con frecuencia que el divorcio es una medida de realismo social que tiene por objeto resolver situaciones de matrimonios que lamentablemente han fracasado y que, permitiéndolo en esos casos, no tiene por qué afectar a toda la sociedad.

Sin embargo, los hechos demuestran otra cosa. "Es un hecho de experiencia —plantea Fuenmayor— que el divorcio —una vez admitido, aunque sea a título excepcional para los casos más graves de desgracia conyugal— tiene una irresistible tendencia a difundirse, de tal modo que las restricciones impuestas por el legislador o son eludidas de hecho por los particulares o son más tarde eliminadas de la ley.

⁷⁴ BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, "El Divorcio en el Concilio Vaticano II", en *El Vínculo Matrimonial*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1977, p. 532.

⁷⁵ FLORENZANO U., R., obra cit., p. 159.

⁷⁶ FLORENZANO U., R., obra cit., p. 160.

⁷⁷ FLORENZANO U., R., obra cit., p. 162.

⁷⁸ FLORENZANO U., R., obra cit., p. 163.

Contra la falacia del *piccolo divorzio* basta recordar la inexorable ley según la cual 'el divorcio engendra siempre divorcio'. Lo que nació pequeño tiende a crecer por pura exigencia biológica"⁷⁹.

En la misma forma Navarro Valls indica: "En el plano de los hechos la tendencia expansiva del divorcio es algo perfectamente conocido por todos los estudiosos que, desde una u otra perspectiva, han enfocado la cuestión.

Así, desde la vertiente de la estadística demográfica, uno de sus más caracterizados representantes, Augusto Bosco, decía ya en 1908 que 'no hay ningún otro fenómeno demográfico que crezca con igual intensidad que el divorcio'.

A su vez Stefano Riccio, recogiendo los datos proporcionados por la psicología racional, concluye: 'El divorcio tiene una extraordinaria atracción psicológica, independientemente de su fundamento racional; lo patológico aquí tiende a devenir fisiológico; lo anormal, normal' "⁸⁰.

En otro sentido, el mismo Navarro Valls ha destacado que el tránsito de la noción de divorcio-sanción a la de divorcio-remedio y de éste al operado por mutuo consentimiento cuando no unilateralmente, ha llevado a que el orden jurídico no sostenga "al matrimonio con la vacilante claridad con que lo hacía el divorcio-sanción; ya no se interesa por las causas que han llevado al fracaso matrimonial: simplemente lo constata. Términos como 'quiebre de la unión', 'vida en común insoportable', 'cesación de hecho de toda comunidad', etc., indican que el matrimonio se conceptúa de modo muy parecido al romano: como una comunidad de hecho dependiente de un consentimiento continuado. En realidad, la noción de divorcio sin culpa ha cambiado de modo muy apreciable las expectativas de la pareja con respecto al potencial matrimonio. Como observa Anderson, un sistema de divorcio que depende de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, hace algo más que proporcionar una salida rápida del matrimonio, también cambia las reglas para su entrada en él. Otorga una prima al compromiso del cónyuge con su propio individualismo, y al interés individual frente al interés de la familia. De modo que el nuevo marco legal apoya las tendencias que causan la ruptura del matrimonio, y no las tendencias que fomentan su unión. En definitiva, el marco legal de divorcio 'sin culpa' está diciendo a los futuros cónyuges 'que inviertan menos en la comunidad marital, por lo que no debe sorprender que cada vez esperen menos de ella' "⁸¹.

Puede apreciarse, por ende, que la admisión del divorcio es determinante para que en la sociedad actual termine primando el interés individual por sobre el interés colectivo. Se pierde de vista que el matrimonio no es un contrato más en el que está en juego sólo la suerte de los cónyuges que lo han celebrado, sino que es una institución en que están comprometidos los intereses de toda la colectividad. Se entiende así que Navarro Valls señale que su introducción en un sistema jurídico es "un capítulo decisivo en la vida jurídica de ese pueblo. Tan decisivo que, probablemente, no quepa ulterior coexistencia entre matrimonio y divorcio, pues introducido este último y comprobada la incapacidad de un control efectivo sobre el mismo, comenzará a abandonarse la propia idea del

⁷⁹ DE FUENMAYOR, Amadeo, "Los Slogans Divorcistas", en *Divorcio*, 2ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, p. 170.

⁸⁰ NAVARRO VALLS, Rafael, "Divorcio y Derecho" en *Divorcio*, 2ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, p. 72.

⁸¹ NAVARRO V., R., *Matrimonio y Divorcio*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 113.

matrimonio como *consortium omnis vitae* para encontrarnos, a la larga, sólo con los derelictos del naufragio de la familia”⁸².

Resulta evidente, entonces, que la desunión familiar deteriora gravemente las condiciones del medio social en el cual todos quienes forman parte de la comunidad nacional están llamados a desarrollar su existencia, con graves consecuencias para cada uno de sus miembros en lo personal, como también en lo social.

Cabe, por ende, concluir, que si el Estado tiene como razón de ser, de acuerdo con el artículo primero, inciso 4º, de la Carta Fundamental, el promover el bien común, debe velar por la estabilidad y unidad del matrimonio a partir del cual se constituye la familia y que la institución del divorcio atenta contra una de las Bases esenciales de la Institucionalidad.

Derechos que emanan de la naturaleza humana y Constitución

El artículo quinto de la Constitución establece que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (inciso 2º).

Tal como se ha indicado, el matrimonio, es ante todo una realidad natural “que consiste en la unión conyugal indisolublemente fiel y abierta a la fecundidad”⁸³.

Si emana de la misma naturaleza humana y tiene esos rasgos esenciales, de ello se deriva que, por una parte, los cónyuges tienen un derecho natural a contraer un matrimonio con esas características, esto es, perpetuo, exclusivo y abierto a la descendencia; y, por la otra, que los hijos tienen un derecho natural a ser formados y asistidos en lo material y espiritual por quienes son sus padres unidos en una vida de hogar entre sí y con ellos⁸⁴.

En estas circunstancias, el Estado se encuentra obligado a respetar tales derechos, puesto que, de no hacerlo, estaría violando el ordenamiento constitucional que le exige velar por aquellos que corresponden al hombre por su propia naturaleza.

Familia y matrimonio y tratados internacionales

El artículo quinto de la Carta Fundamental luego de establecer, como se ha señalado, que el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituye una limitación al ejercicio de la soberanía, agrega que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (inciso 2º).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile y vigente en nuestro país, dispone en su artículo 23: “La familia es el

⁸² NAVARRO V., R., *Divorcio y...* cit., p. 82.

⁸³ VILADRICH, P., *Agonia del...* cit., p. 179.

⁸⁴ BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Constitución e Indisolubilidad Matrimonial”, en *El Divorcio ante el Derecho*, Cuadernos de Extensión N° 2, Universidad de los Andes, Santiago, 1991, pp. 88-89, y UGARTE GODOY, José Joaquín, *La Indisolubilidad del Matrimonio. Derecho Natural y Derecho Civil*, Estudio Inédito, p. 16.

elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, denominada Pacto de San José de Costa Rica, que se encuentra en igual situación que el tratado antes mencionado, establece en su artículo 17: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello...”

Dichas disposiciones, que tienen pleno valor en nuestro país de acuerdo con el artículo quinto, inciso 2º, de la Constitución, en plena armonía con el ordenamiento constitucional, establecen que el matrimonio es la base de la familia. Gómez Sánchez, refiriéndose a diversos textos internacionales, entre los cuales están los indicados, expresa que no se debe desconocer que ellos vinculan “matrimonio y familia, de tal suerte que la segunda aparece como consecuencia del primero”⁸⁵.

V. FAMILIA Y ACTAS DE LA COMISION DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

Para tener una visión acabada sobre la materia en análisis, resulta conveniente examinar el texto de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.

Durante la discusión de los preceptos acerca de la familia contenidos en el Capítulo Primero el señor Evans expresó: “El profesor Guzmán, con toda razón, vinculó la integridad de la familia al problema de la indisolubilidad del matrimonio, porque el fundamento legal de la familia es el matrimonio”⁸⁶. El comisionado Ortúzar manifestó: “Le parece que si se garantiza en cierto modo la integridad de la familia o de la institución familiar, es evidente que el divorcio, sea con disolución de vínculo o sin ella, atenta contra la integridad de una u otra”⁸⁷. El señor Diez luego de aclarar que el Estado no puede obligar a juntarse a un matrimonio separado, señaló que, en cambio, “La legislación sí debe tender a que marido y mujer vivan juntos, con sus hijos. Esa es la integridad de la familia”. Posteriormente indicó: “En Chile no hay ley de divorcio con disolución de vínculo, y al no tenerla, aunque se tenga la nulidad de matrimonio, la estadística de las familias disueltas en nuestro país y que se han vuelto a casar, no guarda relación alguna con la de las sociedades donde existe el divorcio con disolución de vínculo como tal...”⁸⁸. El comisionado Ovalle afirmó: “Comprende que haya un hombre que, pensando que la familia es una célula fundamental, como piensan los integrantes de la Comisión, no crea que esa familia pueda

⁸⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El Derecho a la Reproducción Humana*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, p. 57.

⁸⁶ Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión 191, 18 de marzo de 1976.

⁸⁷ Actas de la ... cit., Sesión 191, 18 de marzo de 1976.

⁸⁸ Actas de la ... cit., Sesión 191, 18 de marzo de 1976.

derivar de un solo matrimonio, sino de matrimonios sucesivos". Más adelante agregó: "Si un hombre va a poder tener sólo una familia, tendrá que estar unido siempre en matrimonio con aquella con quien constituyó la verdadera familia"⁸⁹. Y el señor Silva Bascañán declaró: "La indisolubilidad familiar y la condenación del divorcio están ardiente y suficientemente impresas en la conciencia tradicional chilena"⁹⁰.

Del análisis de la discusión se desprende que los miembros de la Comisión siempre entendieron que la familia tiene su origen en el matrimonio. Tan evidente es lo anterior, que diversos autores que se han ocupado del tema han llegado a idéntica conclusión. Navarro Beltrán expresa "De la lectura de las Actas... podemos concluir que lo que el constituyente quiso proteger y fortalecer no es sino la familia consecuencia del matrimonio"⁹¹. Jiménez Larraín afirma que el examen de esta materia en la Comisión se hizo considerando siempre a la familia "como naturalmente naciente del matrimonio, y las discusiones habidas se efectuaron básicamente en torno al carácter indisoluble del matrimonio"⁹².

Por lo demás, es un hecho evidente que el concepto tradicional de familia ha sido el de la familia matrimonial. De modo que si los redactores de la norma hubieran tenido intención de innovar al respecto, lo lógico es pensar que lo habrían señalado expresamente. Como indica Corral, debe entenderse que lo que se quiso fue utilizar el vocablo "familia" en su sentido tradicional y clásico, que es el que mantiene en la legislación civil al regular ésta las relaciones familiares sobre el matrimonio y privilegiar a éste como modo social y jurídicamente deseable de constituir una familia⁹³.

Si se analiza el Derecho Comparado puede observarse que en los casos en que se ha querido amparar una familia no matrimonial, así se ha indicado expresamente, como ocurre en las Constituciones de El Salvador, Haití, Nicaragua y Colombia⁹⁴.

VI. INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO Y ACTAS DE LA COMISION DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

En un estudio de esta naturaleza no puede soslayarse que durante la discusión en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República acerca de la preceptiva sobre la familia se dejó constancia que no se había "pretendido resolver ni dar normas al legislador sobre el problema de la indisolubilidad del matrimonio"⁹⁵.

⁸⁹ Actas de la ... cit., Sesión 191, 18 de marzo de 1976.

⁹⁰ Actas de la ... cit., Sesión 191, 18 de marzo de 1976.

⁹¹ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El Divorcio y la Dignidad de la Persona Humana a la Luz de la Constitución de 1980*. Comunicación presentada en las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en la Universidad de Valparaíso, noviembre de 1994, pág. 7.

⁹² JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, *El Concepto de Familia en la Constitución Política de Chile*. Comunicación presentada en las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en la Universidad de Valparaíso, noviembre de 1994, pág. 15.

⁹³ CORRAL, H., obra cit., p. 29.

⁹⁴ NAVARRO B., E., *El Divorcio y la ... cit.*, p. 8.

⁹⁵ Actas de la ... cit., Sesión 191, 18 de marzo de 1976.

De inmediato se plantea al intérprete una interrogante: ¿Qué alcance tiene dicha constancia? ¿Quiere decir que la Constitución dejó este crucial problema en la indefinición?

Para responder acertadamente debe tomarse en consideración que la interpretación constitucional no se agota en un análisis gramatical de las palabras de la Carta Fundamental ni en el estudio de la intención que tuvo el constituyente al formular la misma. La determinación del significado de un precepto constitucional exige discernir las relaciones entre dicha disposición y el resto de los artículos de la Constitución Política.

El estudio del contexto, a su vez, permite descubrir cuál es el papel o función definitiva que cumple dentro del sistema constitucional el precepto cuyo sentido se indaga. Con la finalidad de la norma a la vista, el intérprete está en condiciones de determinar su sentido más auténtico y genuino, es decir, el sentido objetivo, aquel que trasciende la intención que pudo haber tenido el constituyente⁹⁶.

El Tribunal Constitucional, a su vez, en sentencia de 24 de septiembre de 1985 ha declarado: "La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia a algún precepto de ella"⁹⁷.

Y en sentencia de 21 de diciembre de 1987, ha manifestado, haciendo suyo el Informe con que se envió el Anteproyecto Constitucional al Presidente de la República por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República: "Y, en fin, como corolario de lo anterior se establece: 'Si bien el poder soberano del Estado no tiene como límite a ningún ordenamiento positivo superior al que él crea, dentro de una recta concepción del hombre y de la sociedad debe estar limitado por los derechos naturales de la persona; y por ello se dispone que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana' "⁹⁸.

Más adelante, en la misma sentencia, se exponen las razones por las cuales debe negarse todo valor a la intención que habían tenido los miembros de la Comisión al redactar una norma que pasó a formar parte del texto de la Constitución: "Que a la conclusión anterior no obsta lo expuesto en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en las sesiones 359 y 415 de 26 de abril y 28 de septiembre de 1978, ya que 'la voluntad de la Constitución', claramente expresada en su texto, prevalece sobre ello. Como bien lo afirma el tratadista Sebastián Soler, no basta que el autor de la iniciativa haya dicho o pensado un determinado concepto, 'para que su voluntad se haya efectivamente introducido e incorporado en el cuerpo dinámico del derecho'. Con suma frecuencia ocurre que el sistema jurídico absorbe sólo aparentemente una pretendida novedad, pero luego la rechaza por incompatibilidad sistemática con otros principios jurídicos superiores"⁹⁹.

De esta forma, si se toma en consideración que la Constitución tiene su base en el Derecho Natural y que una interpretación armónica y sistemática de

⁹⁶ ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, 1994, p. 87.

⁹⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia de 24 de septiembre de 1985, cons. 19.

⁹⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de diciembre de 1987, cons. 23.

⁹⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de diciembre de 1987, cons. 28.

las diversas disposiciones de su texto que se han analizado llevan a la conclusión que al consagrar a "la familia como núcleo fundamental de la sociedad" se refiere a la familia que tiene su origen en un matrimonio monógamo e indisoluble, la respuesta a la interrogante que nos hacíamos es clara: no es posible tomar en consideración dicho acuerdo a la hora de interpretar la norma en análisis.

VII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tradicionalmente en las Constituciones se distinguen dos partes: la orgánica, que es aquella en la cual se estructura y organiza el poder del Estado, y la dogmática, en la cual se contemplan los principios esenciales que han de regir su configuración y los derechos propios de la persona humana. Estos últimos forman lo que usualmente se denomina declaración de derechos.

En el Derecho Comparado la terminología para referirse a ellos varía enormemente según sea el ordenamiento jurídico de que se trate: así, por citar algunos casos, es común que se denominen *libertés publiques*, en Francia; *civil rights, liberties o freedoms*, en los sistemas anglosajones; *derechos fundamentales*, en Alemania, y *derechos humanos* en la mayor parte de los documentos internacionales¹⁰⁰.

Bertelsen Repetto ha señalado en el último tiempo, que éste es un concepto que necesita una depuración y un estudio sereno que entre algunos de los problemas que debe abordar permita distinguir tipos o clases de derechos humanos de acuerdo con su naturaleza jurídica y le asigne a cada uno de ellos el tratamiento que le es propio. En todo caso, el distingue los derechos individuales, los derechos sociales y las garantías, que normalmente en los textos constitucionales y en las declaraciones internacionales aparecen confundidos¹⁰¹.

En la Constitución chilena es posible observar que los derechos fundamentales se encuentran consagrados en dos formas: la primera, consiste en una determinación específica de ellos que se hace principalmente en su Capítulo Tercero; y la segunda, en un reconocimiento genérico de todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenida en su artículo quinto, inciso 2°.

VIII. DERECHO NATURAL Y PROCREACION

Se ha indicado anteriormente que el pacto o alianza matrimonial se traduce en que los cónyuges se entregan recíprocamente, en forma real y plena, el uno al otro, en todo lo que son en cuanto varón y mujer. Dicha entrega, por su propia naturaleza, está ordenada al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos.

Por eso es que se ha señalado "que las potencias sexuales están ordenadas a su uso dentro del marco de una unión legítima. Es decir, que sólo dentro del

¹⁰⁰ FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Madrid, 1992, p. 92.

¹⁰¹ BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Tipología de los Derechos Humanos en publicación con ocasión de la celebración de los mil números de Informe Constitucional*, sin fecha, p. 4.

matrimonio es posible conciliar algo aparentemente inconciliable: por un lado, la delicada función de perpetuar la raza humana (que en sí mismo exige un marco ordenado de vida) y, por otro, que tal función esté confiada al sexo, que en sí mismo implica una potencia aparentemente caótica. En el matrimonio se produce esa conciliación: el sexo no pierde nada de su fuerza y, al tiempo, se pone al servicio de la vida”¹⁰².

Como es sabido, el contenido de la relación matrimonial consiste en el conjunto de derechos y deberes propios de la vida conyugal. Uno de ellos es el derecho al acto conyugal o *ius in corpus*. A través de éste “el hombre y la mujer están llamados a ratificar de manera responsable la recíproca entrega, que han hecho de sí mismos con la alianza matrimonial. Ahora bien, la lógica de la entrega total del uno al otro implica la potencial apertura a la procreación: el matrimonio está llamado así a realizarse todavía más plenamente como familia. Ciertamente, la entrega recíproca del hombre y de la mujer no tiene como fin solamente el nacimiento de los hijos, sino que es, en sí misma, mutua comunión de amor y de vida. Pero siempre debe garantizarse la íntima verdad de tal entrega”¹⁰³.

Ahora bien, la generación de una nueva vida no es algo que dependa del mero arbitrio de la libertad humana. Por eso es que se ha dicho que no es propio del matrimonio el derecho a los hijos o a la fecundación, que depende de imponderables e impredecibles factores naturales, sino el derecho a la cópula ordenada a la generación de la prole¹⁰⁴. Es evidente, pues, que no necesita mayor demostración el hecho de que el *ius in corpus* no implica el derecho a procrear.

Por su parte, Gómez de la Torre ha señalado que “en la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que en sí cabe dentro de la categoría de derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa”¹⁰⁵.

Si se examinan las más importantes declaraciones de derechos en el plano internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Carta Social de Europa de 1961, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, hasta llegar a las más recientes, ninguna de ellas contiene una referencia explícita al derecho a la procreación.

No se necesita, pues, a estas alturas, ahondar más en el problema para concluir que no es propio de la naturaleza del hombre un supuesto “derecho a procrear”.

IX. DERECHO A PROCREAR Y CARTA FUNDAMENTAL

Como se ha demostrado, la Constitución tiene su fundamento en el Derecho Natural. Según la naturaleza humana, la generación de una nueva vida debe

¹⁰² NAVARRO V., R., *Matrimonio y...* cit., pp. 113 y 114.

¹⁰³ JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, 6ª edición, Ediciones Palabra, Madrid, 1994, p. 40.

¹⁰⁴ SANTOSUOSSO, Fernando, *La Fecondazione Artificiale Nella Donna*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1961, p. 35.

¹⁰⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación in vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 41.

darse dentro del matrimonio que, revestido de las propiedades de unidad e indisolubilidad, el Estado se encuentra en la obligación de proteger por constituir la base de la familia, según lo dispone el artículo primero, inciso 5°, de la Carta Fundamental.

Por otra parte, si es propio del matrimonio como realidad natural el *ius in corpus*, pero no el derecho a procrear, de ello se sigue que la Constitución chilena no asegura un derecho de esa especie, puesto que no se encuentra comprendido en su artículo quinto, inciso 2°; y, como es evidente, tampoco se incluye dentro de los derechos que en forma específica asegura a todas las personas.

X. DERECHO A PROCREAR Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El rápido desarrollo en las últimas décadas de las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida, entre las cuales cabe mencionar como las más conocidas la inseminación artificial, la fertilización *in vitro* con transferencia embrionaria y la transferencia intratubárica de gametos, ha planteado la interrogante de si existe o no un derecho a procrear, un derecho al hijo o un derecho a la reproducción, valiéndose de dichas técnicas.

Si bien es cierto, en un principio dichas técnicas surgieron como una respuesta a problemas de esterilidad que sufrían ciertas parejas que no les permitían tener descendencia, es posible observar que en pocos años han evolucionado hasta constituir un medio alternativo de reproducción que está al alcance de quienes desean tener una criatura al margen de la unión sexual normal dentro del matrimonio.

Este derecho se plantea como el “de tener un hijo cuando se quiera, como se quiera y en cualquier circunstancia”¹⁰⁶.

Se considera que está constituido por el dominio que un individuo o una pareja tiene sobre la procreación en virtud del cual, con la ayuda de las modernas técnicas biomédicas, ésta se encuentra bajo el control de su voluntad y puede ejercitarla en la misma forma que un derecho asegurado y garantizado¹⁰⁷.

La doctrina rechaza de manera casi unánime la noción de derecho al hijo por ser incompatible con un sistema jurídico civilizado —dice Andorno—, sea que esta pretensión se presente como un “derecho-crédito”, sea que se la plantee como un “derecho-libertad”. La razón es que la noción de “derecho al hijo” es contradictoria, porque implica reducir al hijo a la condición de cosa debida y negarle su dignidad de persona. Agrega que, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado de Francia, cuando se invoca este “pseudoderecho al hijo” sólo se toma en consideración el interés exclusivo de los padres¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, *Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 87, Oct-Dec 1988, p. 645.

¹⁰⁷ HOTTOIS, Gilbert et PARIZEAU, Marie-Hélène, *Les mots de la bioéthique*, Editorial De Boeck Université, Bruselas, 1993, p. 146.

¹⁰⁸ ANDORNO, Roberto, *La Distinction Juridique entre les Personnes et les Choses*, Tesis de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Paris-Saint Maur, Universidad de Paris XII, Paris, 1994, p. 116.

No es suficiente el deseo subjetivo —señala Monge— para legitimar una técnica en que la persona humana es producida como un objeto. La imagen del niño que se desprende de las técnicas de reproducción artificial es la del hijo-remedio, producto del deseo y de la tecnología. Agrega que esta concepción, lejos de anunciar un progreso, supone una marcha atrás en la dignidad de la persona. Porque la defensa de la dignidad se basa en la convicción de que la persona es siempre un sujeto, nunca un simple medio. Las intervenciones artificiales sobre la procreación, en cambio, tienden a convertir al hijo en un objeto de consumo para satisfacer diversos deseos¹⁰⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una razón más profunda por la cual no es admisible, de acuerdo con la Constitución, el recurso a técnicas de reproducción artificial ni aun por una pareja unida por el vínculo conyugal, teniendo presente que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, es dentro del matrimonio donde debe realizarse la procreación humana.

Para determinarla es necesario tratar de descubrir la naturaleza profunda de la unión matrimonial. Esta no consiste en otra cosa que la donación mutua de marido y mujer abierta a la generación de una nueva vida. Pero —tal como expresa Sérioux— estos dos significados de dicha unión están inseparablemente unidos. La eliminación de uno de ellos altera inevitablemente el otro. Eso es lo que ocurre —expresa el mismo autor— cuando los esposos recurren, aun de común acuerdo, a la contracepción artificial. Aunque sólo se trata en apariencia de suprimir la facultad de procrear, en la realidad, la entrega mutua se ve también alterada. Sea que los medios contraceptivos sean utilizados por la mujer o por el marido, en todo caso, esa persona se reserva algo para sí; ella retiene un aspecto de su ser corporal, que no es otro, justamente, que la capacidad de engendrar...¹¹⁰. “Eso mismo ocurre —señala Sérioux— en el caso inverso, cuando se recurre a la procreación artificial. Aquí, es la entrega mutua la que falta; los esposos no se dan realmente el uno al otro, con todas las consecuencias afectivas, personales, que supone el acto conyugal normalmente realizado. Ellos intercambian en un laboratorio aséptico, él su semen, ella su óvulo dispuesto a ser fecundado. El don existe, mas se encuentra reducido a su más mínima expresión; él está atrofiado. Esta vez es la procreación —agrega— con todo el peso que tiene esta realidad, la que se encuentra alterada. No hay una creación conjunta de un nuevo ser fruto del compromiso personal e íntimo de sus padres, reducidos al simple rol de “genitores”¹¹¹. Debe concluirse que la unión matrimonial se expresa en su mayor plenitud en el acto conyugal, con todas las implicancias espirituales que hacen del matrimonio, comprendido en toda su integridad, una mutua entrega personal. La procreación no es un fin natural del matrimonio más que a condición de ser la consecuencia de un acto sexual normalmente realizado¹¹².

¹⁰⁹ MONGE, Fernando, *Persona Humana y Procreación Artificial*, Ediciones Palabra, Madrid, 1988, pp. 108 y 109.

¹¹⁰ SÉRIAUX, Alain, *Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudence?*, Dalloz, 1985, chron. 53, p. 57.

¹¹¹ SÉRIAUX, A., obra cit., p. 57.

¹¹² SÉRIAUX, A., obra cit., p. 57.

De esta forma, aun tratándose de marido y mujer, al engendrarse una nueva vida al margen de las leyes inscritas en la naturaleza misma de ambos cónyuges, la concepción de esta creatura se aparta de los principios y normas del orden constitucional que se estructura sobre el respeto de los rasgos propios de la naturaleza humana¹¹³.

¹¹³ Se hace presente que, por la naturaleza de este estudio, no ha sido posible analizar las implicancias de las técnicas de procreación artificial en relación con los derechos propios del embrión humano, de la familia y de la sociedad.