

PROBLEMAS JURIDICOS Y MORALES QUE PLANTEAN LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION *IN VITRO*

Fernando Rozas Vial
Profesor de Derecho Civil

Con el desarrollo de las ciencias y técnicas biológicas, desde hace años ha sido posible que el hombre intervenga en el proceso de la reproducción para que ésta tenga lugar sin el acto de relación carnal.

Cuando se promulgó nuestro Código Civil¹ era imposible la procreación sin que mediara el acto de relación carnal. Por eso Bello dio tanta importancia a dicha relación para establecer o negar la legitimidad de los hijos.

Como en la actualidad se han hecho frecuentes la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y otras técnicas relacionadas con la procreación, nuestra legislación civil, al igual que la del resto de los países, se enfrenta a problemas que en ella no tienen solución; y que serán más graves de no dictarse leyes apropiadas en el futuro, donde seguramente veremos la gestación de seres humanos fuera del vientre materno, en úteros artificiales.

Al margen de lo morales o inmorales que son las técnicas a que nos referimos, problema que esperamos analizar más adelante, existe una realidad que la legislación no ha solucionado.

No porque algo sea inmoral debe soslayarse su reglamentación, o por lo menos la de sus consecuencias. La relación carnal fuera del matrimonio es inmoral y, sin embargo, el legislador ha debido preocuparse de la filiación natural y de la simplemente ilegítima.

En este trabajo trataremos de analizar algunos de los diversos problemas jurídicos a que nos enfrenta la técnica biológica en relación con la procreación y cuál es el alcance que dichos problemas tienen en nuestra actual legislación.

1) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Se llama inseminación artificial la inoculación a la mujer de semen, obtenido fuera de la relación carnal, durante el período fértil de su ciclo ovárico.

La inseminación artificial en el matrimonio puede ser homóloga o heteróloga. Es homóloga cuando el semen que se inoculara a la mujer es de su marido. Es heteróloga cuando no es del marido.

La inseminación artificial homóloga puede hacerse durante el matrimonio o fuera de él, ya que el semen, actualmente, puede guardarse por largos períodos sin que pierda su calidad fecundante. Por consiguiente, puede inocularse a la mujer después de la disolución del matrimonio.

a) *¿Cómo debe considerarse al hijo concebido mediante inseminación artificial homóloga durante el matrimonio?*

Según nuestro Código Civil, los elementos de la filiación legítima son: el matrimonio de los padres; la concepción del hijo dentro del matrimonio de los padres; la paternidad del marido; y la maternidad de la cónyuge. Con la inseminación artificial homóloga ninguno de esos elementos se altera y, por consiguiente, el hijo es legítimo. Lo único que ha cambiado frente a lo que tuvo en vista

¹ Toda vez que en este trabajo se cite un artículo sin que se indique a qué ley pertenece, o se use la expresión "Código" sin otra calificación, deberá entenderse que se trata del Código Civil.

el legislador es que la concepción no es producto de la relación carnal de los cónyuges.

Además, con la inseminación artificial homóloga se puede considerar que en ciertos casos se termina, cuando hay impotencia *coeundi*, con la imposibilidad del marido de tener acceso a la mujer.

Si el hijo es concebido con semen del marido impotente, éste no podría sostener que es ilegítimo, porque durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción habría estado en absoluta imposibilidad física de tener acceso a su mujer. Si la mujer fuese fecundada con semen del marido, éste, en nuestro concepto, a través del semen tuvo acceso a su mujer.

Sin embargo, creemos que el marido en el caso propuesto, como es impotente y nos estamos refiriendo a la impotencia *coeundi*, no es apto para el matrimonio y adolece de un impedimento dirimente para el mismo. Por consiguiente, creemos que podría pedirse la nulidad del matrimonio, aunque haya hijos, fundada tal nulidad en la causal del N° 3° del artículo 4° de la Ley de Matrimonio Civil, es decir, por impotencia perpetua e incurable.

Hacemos presente que al respecto pueden presentarse otros problemas de gravedad. Hemos dicho que el matrimonio de un varón que sufre de impotencia *coeundi* es anulable aunque se le haya extraído semen y haya procreado, porque lo que le interesa al legislador para el impedimento de impotencia es la imposibilidad de que haya relación carnal, acto sexual. En nuestro concepto, tal como lo establece el Derecho Canónico, la esterilidad no impide ni dirime el matrimonio.

Ahora bien, en qué calidad queda el hijo concebido en el matrimonio de sus padres si éste se declara nulo por impotencia del marido que lo engendró.

Estimamos que si se dan los supuestos del matrimonio putativo, lo que es bien difícil, ya que ignorar de buena fe y con justa causa del error la impotencia nos parece punto menos que imposible, quedaría en calidad de hijo legítimo. Si no se dan esos supuestos, lo que como hemos dicho nos parece lo corriente, creemos que quedaría como hijo ilegítimo, aunque

ello parezca un absurdo, pues no fue concebido en un matrimonio apto para generar hijos legítimos. Lo dicho es uno de los absurdos a que nos han llevado el avance de la técnica biogenética y los conceptos que se tenían al dictarse el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil.

b) *Situación del hijo que resulta de una inseminación artificial homóloga llevada a efecto después de disuelto el matrimonio*

Esta situación puede presentarse si el semen del marido, con las técnicas actuales, se guarda y se inoculara a la mujer después que el marido ha muerto o después de haberse anulado el matrimonio. El nacimiento tendría que producirse después de los trescientos días siguientes a la muerte o a la nulidad.

Si la causa de la disolución del matrimonio es la nulidad, estaríamos en presencia de una inseminación artificial heteróloga, ya que el semen no sería del marido, pues como la nulidad opera con efecto retroactivo, debe entenderse que el que apareció como marido jamás lo fue.

Lo mismo podría sostenerse cuando la causa de la disolución del matrimonio es la muerte del marido, ya que el semen no pertenecería a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. "Desde esta perspectiva, el hijo podría a lo sumo decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. ¿Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenece no ha muerto definitivamente?"²

² Zannoni, Eduardo A., "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 75.

Tal como lo dice el autor recién citado, para nuestro derecho positivo la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido "post mortem" con semen de su padre no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria, porque al día del fallecimiento del padre ese hijo no existía jurídicamente, ni se trataba de una criatura que estuviera en el vientre materno. Lo dicho está confirmado en los incisos 2º y 3º del artículo 186.

Para nuestra legislación, de acuerdo con lo que dispone el artículo 185, y aun en el caso de disolución del matrimonio por nulidad, el hijo que nace después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución puede inscribirse como hijo del marido; y es más, creemos que debe tenersele por hijo legítimo.

Sin embargo, cualquiera que tenga interés actual en ello podrá pedir al juez, quien deberá declararla, la ilegitimidad de ese hijo. Pero no debemos olvidar los breves plazos de caducidad de la acción que al respecto señala el artículo 186.

Pensamos que en el caso de nulidad de matrimonio, aunque el marido haya consentido en la inseminación, lo que es bien poco probable y aunque ello se probare, de todas maneras prosperaría su acción, pues no está desconociendo al hijo como suyo, no está impugnando la paternidad, sino que está pidiendo que se declare la ilegitimidad del hijo por no haber sido concebido dentro del matrimonio.

No debemos olvidar que, de acuerdo al artículo 35, son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero de sus padres o durante el matrimonio nulo en los casos del artículo 122... Todos los demás son ilegítimos.

Con todo, pensamos que el hijo cuya legitimidad se ha desconocido por haber sido concebido mediante una inseminación artificial posterior a la disolución del matrimonio, por nulidad del mismo, podría indagar su filiación natural, o simplemente ilegítima para los efectos de pedir alimentos, según las reglas de los artículos 271 y 280, todo ello de acuerdo con lo que dispone el artículo

284, y con la limitación del inciso 2º del artículo 276.

En nuestra legislación, el hijo que nace después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, y que no se halle en los casos de los artículos 271 y 280, no puede probar que fue engendrado con semen de determinada persona, ya que de acuerdo con el citado artículo 284 no es admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los indicados en los, también mencionados, artículos 271 y 280.

2) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Consiste, como lo hemos dicho, en inocular semen, que no es del marido, a la mujer. Esta clase de inseminación produce problemas mucho más graves que la inseminación artificial homóloga.

a) *¿Queda el hijo concebido mediante la inseminación artificial heteróloga amparado por la presunción de paternidad?*

Pensamos que atendido lo dispuesto en el artículo 180, el hijo así concebido queda amparado por la presunción simplemente legal de paternidad, dados los claros términos de ese artículo que dice que el hijo que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio tiene por padre al marido.

b) *Posibilidad de impugnar la paternidad en la inseminación artificial heteróloga*

La referida inseminación artificial heteróloga puede haberse hecho con consentimiento del marido o sin dicho consentimiento.

Suponiendo que el marido no haya estado en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, no podrá destruir la presunción de paternidad que establece el inciso 1º del artículo 180 haciendo valer lo que dispone el inciso 2º del mismo artículo, sea que se haya actuado con o sin su consentimiento. El referido inciso 2º sólo permite que el marido no reconozca al hijo como suyo,

si prueba que durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Aunque el adulterio, desde un punto de vista civil, se acostumbra a definir como la relación carnal fuera del matrimonio, podemos pensar que la inseminación artificial heteróloga es una especie de adulterio, pues si bien es cierto no hay relación carnal (incluso puede pensarse que la hay) existe, por lo menos cuando se hace sin consentimiento del marido o contra su voluntad, una especie de infidelidad.

La verdad es que para nosotros el adulterio civil no lo constituye únicamente la relación carnal fuera del matrimonio. Creemos que el cónyuge comete adulterio cuando falta al deber de fidelidad en materia grave aunque no llegue a la relación carnal. Con mayor razón nos parece que podría considerarse adulterio el hecho de que una mujer casada conciba un hijo con semen de un varón que no es su marido.

Por consiguiente, creemos que el marido, cuando la inseminación se ha hecho sin su consentimiento o contra su voluntad, podría alegar adulterio, y si prueba que su mujer fue fecundada con semen de otro, podría probar cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre, todo ello de acuerdo con lo que dispone el artículo 181.

Si la inseminación artificial heteróloga se hizo con el consentimiento del marido, la situación es más complicada. Podría pensarse que el marido, en este caso, no podría probar el adulterio pues hacerlo sería aprovecharse de su propio dolo, lo que no está permitido, y que es una regla que constituye un principio de aplicación general en nuestro derecho, consagrado en diversas disposiciones de nuestro código.

Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, de acuerdo con lo que disponen los artículos 180, 181, 182 y 183, 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 (artículo 184). También tendrán derecho

para provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión del marido, sus ascendientes legítimos.

Pensamos que todas las personas señaladas en el párrafo anterior pueden provocar el juicio de ilegitimidad cuando la inseminación se ha hecho sin consentimiento o contra la voluntad del marido. Cuando se ha hecho con consentimiento de éste, la posibilidad de impugnar la paternidad que tendrían los terceros mencionados es más discutible, pues si bien ellos no se aprovecharían de su propio dolo como el marido, si éste no tiene la acción es poco probable que la tengan aquéllos. Hacemos presente, en todo caso, que pareciera que los herederos son los más claramente privados de la acción ya que si su causante no la tenía, no la transmitiría a sus herederos. Claro que los herederos son los más perjudicados con esta filiación, llamémosla adulterina. Además, la acción de los herederos, los ascendientes y los demás interesados, nos parece una acción propia y no la que tenía el causante. Tengamos presente, sin embargo, que aunque se trate de una acción propia, si el marido vive, no la tienen (artículo 182). Como puede apreciarse, en este caso, el avance de la técnica nos enfrenta a un problema de difícil solución.

c) *Verdadera paternidad en el caso de la inseminación artificial heteróloga*

Si bien biológicamente el verdadero padre del hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga es la persona que aportó el semen, si la paternidad del marido no ha sido impugnada éste queda definitivamente como el padre legítimo del concebido con semen de un tercero.

Si la paternidad del marido ha sido legalmente impugnada, creemos que el hijo puede investigar dicha paternidad de acuerdo con lo que disponen los artículos 271 y 280 respecto del que aportó su semen para la concepción, y tendrá respecto de ésta la calidad de hijo natural o simplemente ilegítimo, según el caso. Rige en esta situación la limitación que establece el inciso 2º del artículo 272, es decir, no podrá intentarse acción

fundada en las causales de los números 3º y 4º del artículo 271 en contra de persona casada no divorciada perpetuamente.

Por su parte, si el marido o quienes pudieron hacerlo no reclamaron contra la legitimidad del hijo y éste queda como hijo legítimo del primero, creemos que el verdadero padre biológico no puede reclamar derecho alguno sobre ese hijo. Simplemente, es extraño a él. Sin embargo, se ha dado el caso en Estados Unidos de Norteamérica que ciertas parejas se hayan visto hostigadas por donantes de semen, al hacerse públicos los registros correspondientes, que querían ver a "sus" hijos. En dos casos en que los donantes no conservaron su anonimato, éstos recurrieron a los tribunales de justicia, y obtuvieron el derecho a visitar a los niños engendrados con su esperma³.

Creemos que debe negarse lugar a cualquiera pretensión del padre biológico que reclama su paternidad. "Quien consintió en donar o entregar su semen para su utilización por el matrimonio infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo (en lo que a la paternidad se refiere), deberá, en cambio, aceptar que el hijo no es institucional ni voluntariamente "suyo". Aquí también le estaría vedada toda reclamación en función de la prohibición de ir contra sus propios actos. Al desprenderse de su esperma fecundante abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica"⁴.

Tal como lo hemos dicho anteriormente, si el hijo no queda como legítimo del marido, él podrá indagar la paternidad natural o simplemente ilegítima de su padre biológico, o podrá ser reconocido por éste, sin perjuicio del derecho del hijo para repudiar tal reconocimiento.

La pretensión de paternidad del padre biológico debe negarse respecto del hijo legítimo, además, porque al hacerlo estaría impugnando la paternidad, y de acuerdo al artículo 182 mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo.

3) FECUNDACIÓN EXTRAUTERINA

Es la fecundación extracorpórea, con posterior implantación del huevo en el útero de una mujer, que puede ser la que produjo el óvulo. La fecundación extrauterina puede ser, también, homóloga o heteróloga según si el semen fecundante pertenece o no al marido.

a) *Comienzo de la personalidad natural y protección de la existencia natural*

A diferencia del Código Civil argentino, que en su artículo 70 dice que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...", nuestro código no se refiere a la existencia natural de las personas sino que para proteger la vida, la salud y los derechos de la criatura que está en el vientre materno. Sin embargo, la idea de nuestro legislador es la misma. Para él, la existencia natural de las personas comienza con la concepción, pero parte de la base que esa concepción se ha producido en el vientre materno. Así se desprende de lo que disponen los artículos 74 a 77.

¿Qué sucede entonces con la criatura que ha sido concebida en forma extrauterina? ¿Tiene existencia natural, es persona, mientras no ha sido implantada en una mujer? En nuestro concepto la respuesta afirmativa no admite dudas. En consecuencia, toda la protección que los artículos 74 a 77 dan a la criatura que está en el vientre materno debe darse al concebido *in vitro* mientras no se halle en el vientre de una mujer.

Desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide queda determinada la individualidad genética del nuevo ser. Se trata de un ser distinto de la madre que tiene todas las características genéticas que tendrá al ser adulto. El espermato-

³ Terra Ziporyn, "Inquietudes médico-sociales, sobre la reproducción humana artificial", Revista Chilena de Derecho, Vol. 13 N° 2, mayo-agosto 1986, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pág. 293.

⁴ Zannoni, Eduardo A., ob. cit. págs. 66 y 67.

zoide y el óvulo contienen la individualidad genética que constituye la esencia del nuevo ser. La concepción, sin duda, se produce al unirse el óvulo con el espermatozoide. El desarrollo posterior del embrión y del feto no alteran esa individualidad ya sintetizada mediante los componentes genéticos de las células originarias.

Para más de alguno, como el código protege la vida y salud de la criatura que está en el vientre materno, mientras el embrión no se ha implantado en el útero, el comienzo de la existencia natural no coincidiría con la concepción, que se ha producido fuera del seno materno, sino con la implantación del embrión.

En nuestro concepto, tal como lo dice Zannoni, el comienzo de la existencia natural coincide con la concepción, dentro o fuera del seno materno. A mediados del siglo pasado aludir a la concepción en el seno materno era una redundancia. Para Bello la concepción tenía que producirse en el seno materno. Pero hoy eso puede no ser así y, por consiguiente, la ley debe ser interpretada de acuerdo con la realidad genética actual.

Se produce un fenómeno parecido a la interpretación del artículo 574 que excluye de los muebles de una casa los carruajes, idea que con la interpretación de lógica actual hace excluir los automóviles, que Bello no pudo imaginar, y a nadie se le ocurriría incluir entre los muebles de una casa a los automóviles porque no son los carruajes a que se refirió Bello.

b) *El problema del aborto*

Nuestro Código Penal no define el aborto, pero tradicionalmente se ha conceptualizado como la acción de matar o destruir el feto. En el concepto penal existe feto desde la concepción del nuevo ser en el seno materno, y no sólo desde que pasa el período de embrión, que dura hasta fines del tercer mes de embarazo.

"Como vemos, el aborto, en el concepto tradicional, supone la concepción en el seno materno, siendo indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el embrión o feto. De allí que, también, se lo defina como la interrupción del em-

barazo, con muerte del feto o producto de la concepción"⁵.

El concepto de aborto, que no está definido, se ha ido elaborando de lo que se ha observado en la naturaleza hasta el presente. Como hoy la naturaleza da una nueva posibilidad de aborto que no supone la muerte del embrión en el seno materno, y, por ende, la interrupción del embarazo, debe extenderse el concepto de aborto. "Si biológicamente la fecundación extrauterina implica la fusión genética del espermatozoide y del óvulo y si esa fusión de células germinales masculina y femenina constituye la primera célula del nuevo ser, es indudable que la protección jurídica debe alcanzarse del mismo modo que si esa fusión hubiere ocurrido en el seno materno".

"La sumisión a conceptos seculares que han delimitado el delito de aborto a la muerte del embrión o feto en el seno materno, no podría constituir, al menos en legislaciones que no contienen una definición legal del aborto, un obstáculo para reformular el concepto recogido, como decimos, de la observación que con la posibilidad de la fecundación *in vitro* muestra una nueva posibilidad biológica de engendrar vida. Diríamos que lo esencial, lo común a todo tipo o forma de aborto es la destrucción provocada del embrión humano. Que hasta ayer sólo se formaba en el seno materno, pero que hoy puede formarse fuera de él"⁶.

Si no se acepta que la destrucción del embrión resultante de una fecundación *in vitro* sea aborto, habría que crear, urgentemente, una figura penal que sancione tal destrucción. Esa destrucción no es más ni menos que la destrucción de un ser humano.

Cuando se hace la fecundación *in vitro*, tenemos entendido que, actualmente, se fecundan varios óvulos y se elige el o los más viables, destruyéndose los demás. Es decir, se mata a una serie de seres humanos. Esta selección de embriones no es otra cosa que un aborto eugenésico.

⁵ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pág. 92.

⁶ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pág. 94.

c) *Comienzo de la existencia legal*

De acuerdo al artículo 74 inciso 1º, la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. En consecuencia, para existir legalmente, el hijo debe separarse completamente de la madre, sin perjuicio de otras exigencias de la ley (sobrevivir a la separación un momento siquiera).

Aunque no tenemos conocimiento de que se haya hecho, no ha de estar lejano el día en que la gestación se lleve a efecto fuera del vientre materno, con lo que la mujer evitará las molestias del embarazo y del parto.

Suponiendo que ello se haga, ¿cuándo habrá nacido la criatura y será legalmente persona?

No hay duda que en un caso así dejará de tener aplicación el inciso 1º del artículo 74 y habrá que considerar persona, legalmente hablando, a dicha criatura desde que tenga la misma autonomía que tienen actualmente las personas al separarse completamente de su madre, esto es, al nacer.

También en este caso la presunción de la concepción debería ser reformulada ya que el artículo 76 para establecerla parte del día del "nacimiento".

d) *Problemas relacionados con la maternidad*

Actualmente se sigue el principio de que el parto sigue al vientre. Tal como se presume que el hijo que nace después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio tiene por padre al marido, se subentiende que ese hijo tiene por madre a la mujer de quien nació. Por eso, la maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, sólo puede destruirse probándose falso parto, es decir, que no hubo parto y sólo se fingió, o probándose suplantación del pretendido hijo al verdadero, esto es, que el producto del parto fue cambiado (artículo 293).

¿Qué sucederá cuando un óvulo fecundado *in vitro* sea implantado en una mujer que no es aquella a quien pertenece el óvulo?, ¿cuál será la madre?, ¿la

que originó el óvulo o la que gestó a la criatura?

Creemos que en el estado actual de nuestra legislación, aunque se pruebe que el óvulo no pertenece a la mujer que gestó al hijo, ésta es la madre, ello aunque biológicamente la verdadera madre sea la que produjo el óvulo.

No podría impugnarse esa maternidad probándose falso parto, porque hubo parto. La suplantación del pretendido hijo al verdadero tampoco podría probarse ya que no ha existido suplantación alguna. El producto del parto es el hijo gestado por la mujer en quien se implantó el óvulo fecundado.

Se podría dar el caso de que un hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, con semen del marido y óvulo de la cónyuge, reconocido y querido por sus padres biológicos y repudiado por la mujer soltera que lo gestó, sea ilegítimo ya que legalmente no tiene por madre a la cónyuge que proporcionó el óvulo para la fecundación.

En este caso, como en la mayoría a que da lugar la fecundación extrauterina, actualmente no hay solución legal, y ese niño que biológicamente es hijo de padres casados, concebido durante el matrimonio, que podría tener la calidad de hijo legítimo de ellos, es un hijo ilegítimo de una mujer que, inclusive, pudo haber arrendado su cuerpo para la gestación. En un caso así, quizás, la única solución sería que los padres biológicos hicieran uso de la adopción en alguna de sus actuales formas.

Curiosamente, porque no hay duda que no fue la intención del legislador argentino, el artículo 261 de su Código Civil contiene una disposición que podría permitir la solución, en Argentina, del problema que venimos analizando. Dice el artículo 261 que la filiación de que el hijo esté en posesión, puede ser contestada en razón de parto supuesto, o por haber habido substitución del verdadero hijo, o no ser la mujer, la madre propia del hijo que pasa por suyo.

Hasta ahora los autores argentinos entendían que la frase final del artículo 261 era redundante porque los casos en que la mujer no era la madre propia del hijo, eran los que resultaban en razón

del parto supuesto o de la sustitución del hijo.

Ahora, la frase final del referido artículo puede servir para que la verdadera madre biológica, cuyo óvulo fecundado se implantó en otra mujer, pruebe que ésta no es la verdadera madre del hijo.

Debemos reconocer, sin embargo, que estamos interpretando una ley en una forma que el legislador ni imaginó.

Pero qué absurdo resulta el hecho de que si un óvulo fecundado es gestado en forma extrauterina, la criatura que resulta tenga por madre a la mujer que proporcionó el óvulo, que es su verdadera madre biológica, y no la tenga cuando dicho embrión se gesta en el vientre de otra mujer que biológica y genéticamente nada tiene que ver con el hijo.

Debemos dejar constancia que todo lo que venimos diciendo sobre la verdadera maternidad del hijo que es gestado por una mujer en quien se implantó el óvulo fecundado de otra mujer, nos merece grandes dudas.

Por una parte, podría darse el caso de un matrimonio que no puede tener hijos sino mediante la gestación del óvulo fecundado de la cónyuge por otra mujer, a quien se arrendaría el útero, pagándosele para que así los cónyuges puedan tener un hijo producto de sus óvulo y espermatozoide.

Por otra parte, podría darse el caso inverso. Que una mujer que no ovule, por ejemplo, y que pueda gestar, compre un óvulo fecundado para que se le implante en su vientre.

Sin perjuicio de que ambos contratos, tanto el de arrendamiento del útero como el de compraventa del óvulo fecundado, nos parecen inmorales y creemos que adolecen de objeto ilícito, nos hacen mirar la relación afectiva hacia el futuro hijo en forma distinta. Pareciera que quienes quisieron el nacimiento del hijo, en el primer caso, fueron los padres genéticos, y en el segundo, la mujer que compró el embrión.

Con todo, pensamos que la maternidad no puede depender de estas razones subjetivas de afecto que, inclusive, con el transcurso del tiempo pueden cambiar. Podría darse el caso que la mujer que gesta al hijo biológico de otros, precisa-

mente, por el hecho de gestarlo le cobre afecto.

Además, el hecho de que una mujer geste una criatura hace que se produzcan hormonas que crean lazos entre la gestante y la criatura por ella gestada aunque el óvulo fecundado no sea suyo.

La opinión unánime de los moralistas coincide, desde el punto de vista ético, en que es moralmente injustificable la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donante. El hijo no puede convertirse en un alivio o compañía para el dolor de una muerte y de una soledad. Es verdad que muchas veces los hijos dentro del matrimonio cumplen con esa finalidad. Pero si ello ocurre en la realidad, ello no significa que tengamos derecho a crear esas situaciones.

“Algo parecido podría decirse sobre la maternidad ‘sustitutiva’. El alquiler de úteros es una práctica que se va generalizando, y convirtiéndose, además, en un negocio rentable”. La prensa nos ha informado de juicios planteados porque la madre portadora no quiere entregar a la criatura que llevó nueve meses en su seno, particularmente si ella es, al mismo tiempo, la madre genética.

Esas dificultades han llevado a una clara negativa en la mayoría de los informes a los gobiernos, hasta pedir por parte de algunos, como el célebre de Warnock, que “todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento”. “Para nuestro documento” es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana”^{7, 8}.

En los Estados Unidos de Norteamérica ya sucedió el hecho de que la mujer que gestó al hijo demandó su custodia.

⁷ López Azpitarte, Eduardo, “El don de la vida: luces y sombras de un documento”, Revista “Proyección”, Facultad de Teología, Granada, N° 146, julio-septiembre, 1987, págs. 218 y 219.

⁸ El informe Warnock aparece en el apéndice de “La fecundación artificial; ciencia y ética”.

Mary Beth Whitehead fue contratada por William y Elizabeth Stern como madre substituta una vez fecundada con el espermatozoide de Stern. Después que dio a luz y entregó su hija a los Stern se desesperó y está luchando para que se le devuelva. El juez de la Corte Suprema de New Jersey, Harvey Sorkow es el primero que deberá resolver un problema de maternidad substituta. Sea cual sea el resultado, si una sociedad legítima la maternidad substituta ha abierto la vía para "una tétrica industria de guaguas en que los más acomodados, para evitarse las molestias del embarazo y del parto arrendarán los úteros de mujeres pobres".

Después de muchos problemas el juez Sorkow dio la custodia temporal de la guagua a los Stern pero éstos permitieron que Mary Beth pasara dos horas a la semana con su hija.

Los miembros de diversas religiones han reaccionado contra la maternidad substituta. Aparte de la instrucción a que nos hemos referido en este trabajo, que la condena, los obispos católicos de New Jersey afirmaron que la maternidad substituta explota al niño como un producto y a la mujer como una fábrica de guaguas. "No parece aceptable gestar niños por dinero" ha dicho Arthur Kaplan, director del Centro de Ética Biomédica de la Universidad de Minnesota.

Lo peor de la maternidad substituta es que la concepción se convierte en algo comercial. Los niños no son bienes o propiedades, no pueden ser comprados o vendidos por los padres. Con la fecundación *in vitro* el problema se agudiza. "Algunos temen que las mujeres norteamericanas más pobres o incluso las del Tercer Mundo se conviertan en incubadoras humanas para parejas ricas que prefieren no gestar su propia descendencia".

"Mientras tanto, una interrogante debe resolverse. ¿De quién es la guagua M? (así se llama en la Corte a la que dio a luz Mary Beth). Las simpatías se pueden dividir; la niña, no. La amenazadora espada de Salomón no dará hoy una respuesta clara. El decidir su destino requerirá toda la compasión, sentido y habilidad del juez Sorkow para apreciar todos los temas involucrados en

el caso. En marzo, la niña tendrá su primer cumpleaños, seguramente antes de que tenga su apellido. Esto es incomprensible, inaceptable para ella, pero las preguntas que su caso plantea son dolorosas y atemorizadoras. Cuando las oportunidades que brinda la tecnología provocan dilemas en su comienzo, ésta raramente da también las respuestas. Al fin de cuentas, sólo la gente concibe niños. Por lo tanto, la gente tendrá que concebir las consecuencias también"⁹.

Dados los problemas que presenta la maternidad substituta parece que lo mejor es aplicar la solución que da la letra de nuestro Código y a la que nos hemos referido anteriormente. Con ella, además, puede que se inhiba el arrendamiento de úteros, lo que los autores llaman los úteros mercenarios y, en consecuencia, se inhiba la maternidad substituta.

Tengamos presente, como dice el sacerdote don José Miguel Ibáñez: es en la íntima unión de la pareja en una sola carne, pletórica de espíritu la que el poder creador de Dios ha planeado para dar la vida, y no la dudosa e impersonal alquimia de las probetas.

e) *Sanciones en que incurriría la mujer casada que es objeto de fecundación artificial heteróloga sin consentimiento del marido*

Como ya lo hemos dicho, creemos que este caso constituye adulterio civil y, en consecuencia la mujer está sujeta a todas las sanciones con que el Derecho Civil castiga el adulterio.

Será, por consiguiente, causal de divorcio perpetuo o temporal. Podrá el marido revocar las donaciones que antes del matrimonio hubiere hecho a la mujer (artículo 172). El derecho de alimentos de la mujer se regirá por lo que dispone el artículo 175. Perderá la porción conyugal y el derecho a suceder *ab intestato* al marido (artículos 1173 y 994).

⁹ Por Richard Lacayo, reportado por Roger Franklin/Hackensack y B. Russell Leavitt/Atlanta. Traducido de "Time Magazine" del 19 de enero de 1987.

Si los casos propuestos no se consideran adulterio, constituyen injuria atroz para el marido, con lo que la mujer perdería el derecho a pedirle alimentos (inciso final del artículo 324).

Si el hecho por la mujer no se considera injuria atroz, al ser una falta grave al deber de fidelidad, sería por lo menos injuria grave, razón por la que perdería el derecho a alimentos congruos y sólo podría reclamar los necesarios.

Debería estimarse como un atentado grave contra el honor del marido y la mujer incurriría, en consecuencia, en la indignidad para suceder que establece el N° 2 del artículo 968.

Por último, lo hecho por la mujer, al constituir una indignidad para suceder sería una causal de ingratitud que permitiría al marido revocar las donaciones que le hubiere hecho antes del matrimonio (artículo 1428).

Creemos que en Chile el marido de la mujer que gesta el embrión que no ha resultado de un óvulo suyo, no puede impugnar la maternidad por no tener causal para ello. Si la mujer gesta a la criatura con consentimiento de su marido, además existiría el argumento de que no podría valerse de su propio dolo.

Si la gestación la hace una mujer casada sin el consentimiento de su marido, la situación es bien complicada. Por una parte, el marido no puede desconocer la maternidad de su mujer, y por la otra, el hijo queda amparado por la presunción de paternidad. En resumen, un marido puede aparecer como padre legítimo de una criatura en que genéticamente ni él ni su mujer tienen parte alguna. Este es otro de los problemas que no pueden solucionarse con la legislación actual y que nos presentan las nuevas técnicas biológicas y las manipulaciones en la procreación.

En Argentina, el marido podría desconocer la maternidad de su mujer aplicando la frase final del artículo 261.

f) *Licitud o ilicitud de la enajenación del semen*

El Código Sanitario, en su Libro IX sobre el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de una persona

viva, permite su donación (artículos 140, 150 y 152).

El Reglamento del Libro IX del Código citado se refiere, en su artículo 17, a la donación de espermios.

Por último, 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 dedican 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.

Con todas estas disposiciones habría que entender que en Chile no son ilícitas la fecundación *in vitro* ni la inseminación artificial, tanto la homóloga como la heteróloga.

Lo que no se permite es la disposición del semen a título oneroso; ello queda excluido, y el acto oneroso que contenga o anteceda a tal disposición adolecería de objeto ilícito.

No nos sorprende que el Código Sanitario contenga disposiciones tan inconcultas. Contiene una disposición a todas luces inmoral, cual es la de permitir en su artículo 119 el aborto terapéutico.

Pero no todo lo que es legal es moral. Pensemos que a pesar de cualquiera disposición legal, la fecundación *in vitro*; la inseminación artificial heteróloga y casi siempre la homóloga; la donación o venta de espermios; los bancos de semen; su congelación, etc., son inmorales y atentan contra el derecho natural.

La donación de un gameto no es lo mismo que la donación de un riñón, de una córnea o de un poco de sangre. La donación de un gameto incluye la entrega del propio patrimonio genético, que se introduce como elemento extraño, y que debe excluirse como consecuencia de la unidad y fidelidad de la pareja. Como ya lo hemos dicho, el vínculo existente entre los cónyuges atribuye a los esposos, de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro.

En la Instrucción su condenación es por ello categórica y enérgica: "el recurso a los gametos de una tercera persona para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso

recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad". Aunque no utiliza el término adulterio, empleado por otros autores, y que nosotros pensamos que correspondería ser usado, la idea está presente al insistir en la unidad del matrimonio, fidelidad conyugal, violación del compromiso recíproco, derecho exclusivo, de los que se habla tanto en estos párrafos¹⁰.

Hay que insistir en que no todo lo que la ciencia hace posible debe considerarse éticamente admisible. Como lo enseña Juan Pablo II, nadie ha venido al mundo por casualidad, sino que es el término del amor creador de Dios. Por ello, el Papa insiste en que cada vida humana es única, singular, irrepetible.

Una pareja tenía dos embriones congelados en el hospital Reina Victoria, de Melbourne. El éxito de la fertilización *in vitro* de los gametos de esa pareja, para los científicos se vio empañado por la trágica y repentina muerte de los que habían aportado el esperma y los óvulos y que no habían alcanzado a completar su experimento, dejando a dos embriones en la orfandad.

Las interrogantes ante estos hechos fueron varias. ¿Deberían implantarse en otra mujer dispuesta a recibirlos como hijos o, ya que sus padres habían fallecido, deberían descongelarse y morir? ¿Merecían una oportunidad? ¿A quién correspondía la decisión?

Las respuestas escapaban al ámbito científico y no estaban contempladas en ningún código legal. Se decidió entonces nombrar una comisión de ética que debería entregar el veredicto. Mientras tanto, los dos embriones huérfanos permanecerían, junto a otros doscientos embriones humanos congelados, en un tanque de nitrógeno líquido en un laboratorio australiano.

Si bien el caso de los embriones huérfanos fue el primero que planteó las disyuntivas anotadas, igual situación se producirá si los matrimonios que han recurrido a la fertilización *in vitro* deciden divorciarse o se arrepienten de

tener un hijo. En todos estos casos la muerte de los embriones queda entregada a decisiones más o menos subjetivas.

En Francia, una viuda reclamó el esperma que su marido dejó en un banco de espermatozoides antes de someterse a un tratamiento sobre cáncer que, de curarlo, podía dejarlo estéril. Hoy la mujer quiere tener un hijo, un "recuerdo" de su esposo, mediante inseminación artificial.

La disociación entre sexo, amor, matrimonio y procreación es una de las peores lacras del mundo contemporáneo. La encíclica *Humanae Vitae* enfrentó la figura anómala de la anticoncepción, o sea, el sexo sin hijos; la Instrucción del Cardenal Ratzinger enfrenta, a la luz del mismo principio, la figura anómala de los hijos sin sexo.

¿Qué debe hacerse con los embriones obtenidos *in vitro* si los que les dieron origen no se ponen de acuerdo sobre su destino? ¿Habrán que destruirlos; habrá que implantarlos?

Todas esas preguntas no tienen en nuestro concepto una respuesta éticamente adecuada, por la sencilla razón de que el hecho de obtener un embrión *in vitro* nos parece inmoral.

A este respecto, las Recomendaciones de la Comisión Warnock (Reino Unido) nos dicen: "12. Ningún embrión humano derivado de fecundación *in vitro* (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es trasladado al cuerpo de una mujer". Es decir, acepta, a nuestro entender, la destrucción de un ser humano.

Agrega: "13. Para la utilización o disposición de los embriones sobrantes debe contarse con el debido consentimiento". No indica de quién.

Continúa: "32. El período máximo para almacenar embriones será de diez años; una vez transcurrido éste, el derecho a usarlos o a disponer de ellos pasará a la autoridad de la instalación en que se conservan". "33. Cuando muere un miembro de la pareja, el derecho a usar o disponer de cualquier embrión depositado por ella, deberá pasar al que sobreviva. Si mueren ambos, el derecho pasará a la autoridad responsable de la

¹⁰ Ver López Azpitarte, Eduardo, ob. cit., pág. 219.

conservación". Es decir, los embriones para la Recomendación son objeto de dominio de la pareja que los originó, la que puede decidir su destino. Pocas veces hemos visto mayor aberración, en la que un ser humano es objeto de derechos reales y personales. A pesar de ello, la Recomendación dice en el N° 62 que debe promulgarse una legislación que garantice la no existencia de un derecho de propiedad sobre un embrión humano.

La Recomendación pareciera reaccionar, aunque en forma muy pobre, cuando dice: "42. El embrión humano debe recibir algún (sic) tipo de protección legal". "43. Cualquier uso no autorizado de un embrión *in vitro* constituirá en sí mismo un delito". "50. La compraventa de gametos o embriones humanos debe constituir un delito".

Las Recomendaciones de la Comisión Palacios (España), aprobadas en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 19 de abril de 1988, incurre en mayores aberraciones, cuando dice: "72. Los embriones congelados y almacenados en el banco de embriones que no hayan sido donados a éste, o se encuentren en el plazo de congelación establecido, serán patrimonio de la pareja que los produjo para tener descendencia, la cual podrá disponer de ellos durante el tiempo reglamentado para una nueva gestación". "80. La investigación y experimentación en embriones deberá contar con el consentimiento de la pareja de la que son sobrantes, una vez que haya sido informado de los fines que se persiguen".

Como puede verse, para estas Recomendaciones los embriones son objeto de propiedad y en ningún caso se les ocurre que puede tratarse de seres humanos.

Al respecto, citaremos lo que en nuestro concepto sostiene acertadamente Jean-Marie Moretti y Olivier de Dinechin¹¹.

"En este terreno, como en muchos otros, la reflexión filosófica no puede hacer abstracción de los datos de la ciencia. Pues bien, es un hecho establecido que el desarrollo del ser humano es un

proceso biológico continuo. Desde la fusión de los gametos y en las primeras horas que siguen, los cromosomas aportados por la madre y por el padre se organizan para realizar el programa de desarrollo del huevo. Desde la misma fecundación, un nuevo programa genético, único en su género, es puesto en marcha y, si todo sale bien, nueve meses más tarde llevará al nacimiento de un niño, sin solución de continuidad". "Todos los momentos por los que el ser humano atraviesa en el curso de su génesis biológica son estrictamente indispensables para su integridad. No es menos humano en un momento que en otro, por cuanto todas las etapas del proceso son dinámicamente necesarias para su identidad y orgánicamente forman parte de él. Desde su concepción en el seno materno, el ser que resulta es siempre humano, aunque de modo diferente"¹².

Estas líneas escritas por un teólogo recogen a su manera la declaración del profesor Robert Debré ante una comisión parlamentaria francesa: "Las recientes aportaciones de la biología nos han enseñado que el verdadero nacimiento corresponde a la fecundación (...) consideramos que el ser humano en vías de desarrollo es objeto de un proceso continuo, y que en ningún momento debe considerarse que no es un hombre en desarrollo. Todo ser vivo comienza a partir de una célula única. La vida humana comienza con la célula fecundada. No hay ningún motivo para fijar una etapa en la que se tendría el derecho de interrumpirla"¹³.

"Una última precisión para disipar todo equívoco. Un óvulo fecundado, un embrión de pocos días, es algo visible, un ser concreto real. Este ser es el resultado de la fusión de dos gametos humanos. Por poco diferenciado que aparezca al microscopio, no es un embrión de perro o de gato; pertenece a la esfera humana. Sus 46 cromosomas son semejantes a los

¹² La cita es de G. Martelet, "Nouvelles réflexions sur l'avortement", *Amour et Famille*, suplemento N° 118, 1979, págs. 32 y 33.

¹³ Cita a R. Debré, *Le prix de la vie*, pág. 123.

¹¹ Ob. cit., págs. 58 y 59.

nuestros. Este ser, este embrión, es un ser humano’.

“Desde luego, no un ser humano como el lector, o como el que esto escribe, en el sentido de que no es todavía un adulto, pero sí un ser humano en desarrollo, toda vez que llegará a ser una persona si Dios le concede la vida. Recordamos las palabras de Tertuliano: ‘Es ya hombre aquel que va a serlo’”.

“En filosofía, la persona se define como un sujeto dotado de razón, libre, responsable y consciente. El niño se convierte en ‘persona mayor’ progresivamente, después de haber alcanzado la ‘edad de la razón’. ¿Cuándo? Evidentemente, es imposible fijar el día y la hora. Aquí, como en el plano biológico, se trata de un desarrollo continuo en el plano psicológico, intelectual o espiritual. Desde el embrión al adulto es el ‘mismo ser’, que se ha constituido progresivamente”.

“Este desarrollo continuo y progresivo del ser humano proporciona una sólida base a la posición tradicional de la Iglesia: ‘El respeto por la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. En cuanto el óvulo es fecundado, se inaugura una vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No será jamás humano si no lo es desde entonces’”¹⁴.

g) *Licitud o ilicitud de proporcionar el vientre para la gestación de un embrión ajeno*

Por las razones dadas anteriormente, estimamos que adolecen de causa u objeto ilícito todos los pactos en cuya virtud una mujer se obligare a proporcionar su vientre para la gestación de un embrión que no provenga de su propio óvulo.

Al respecto, dice Zannoni: “A nuestro juicio, la fecundación extrauterina con semen del marido de un óvulo de la esposa y su posterior implantación en el útero de otra mujer implica un acuer-

do o pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En efecto, no se concibe semejante procedimiento sin el acuerdo previo de la ‘receptora’ del embrión, y este acuerdo, de rondón, nos previene contra los ‘vientres mercenarios’ o el ‘alquiler de úteros’ a que alude Vance Packard”.

“La alucinante perspectiva no tiene, por ahora, otro freno que la directiva general del derecho, aplicable a la especie, conducente a negar toda reclamación derivada de semejante pacto. Así, por ejemplo, mal podrían los ‘padres’ del hijo que dio a luz otra mujer, pretender desconocer o impugnar la maternidad de esta última invocando como interés legítimo el hecho de ser ellos los autores genéticos del hijo. Deberían, para ello, invocar el acuerdo por el cual la receptora se ‘obligó’ a entregar ese hijo una vez nacido. A todas luces se estaría invocando un acto de objeto inmoral y contrario a las buenas costumbres fulminado con la directiva del artículo 953 del Código Civil”¹⁵.

Los mismos principios pueden aplicarse en nuestra legislación. No olvidemos que el objeto y la causa son ilícitas cuando son prohibidas por las leyes o se oponen a las buenas costumbres o al orden público (artículos 1461 y 1467).

3) PROBLEMAS DEL HIJO PROCREADO O GESTADO EN ALGUNA DE LAS FORMAS SEÑALADAS EN LOS PÁRRAFOS ANTERIORES.

Cuando se analizan los problemas a que dan lugar la inseminación artificial homóloga o heteróloga, la fecundación *in vitro*, la gestación en el útero de quien no es la madre biológica, se tiende a mirarlos desde la perspectiva de los que proporcionan las células germinales, de la que gesta al hijo, de quiénes serán los padres de la criatura, pero se olvida enfocarlos desde el punto de vista de ésta.

Todo ser humano tiene derecho a ser engendrado y concebido en el matrimonio de sus padres; a ser concebido y gestado

¹⁴ La cita es de “Faire vivre. L’Eglise catholique et l’avortement, Le Centurion, 1979.

¹⁵ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., págs. 111 y 112.

en el vientre de su madre; a nacer de ella.

Pensamos que se atenta gravemente contra los tan "bullados" Derechos Humanos cuando se prescinde de los derechos de todo ser humano a que no se afecten las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior. Inconcebible nos parece el escándalo que hacen ciertas personas por las violaciones a los Derechos Humanos cuando ellas mismas son partidarias del aborto o, invocando un malentendido progreso de la ciencia genética, abogan por la permisividad del descarte de embriones.

Recordemos que en Estados Unidos de Norteamérica se declaró que el aborto es "un derecho de la intimidad" de la mujer. Los deseos del padre no tienen nada que hacer legalmente, y el feto no tiene más status legal que un tumor.

Por otra parte, pareciera que no se han considerado las implicancias psicológicas y morales que puede tener en una persona el saber que su origen, gestación y nacimiento no han sido los normales. El alcance que puede tener la falta de afecto para un hijo que no lo es de sus padres biológicos, o que siendo de éstos no ha sido gestado por su madre.

Pensamos que muchas veces sería preferible que la ciencia no avanzara, dado el mal uso que se da a esos "avances".

No nos corresponde en este trabajo ni tenemos los conocimientos suficientes para analizar la vasta gama de problemas que debe producirse en los hombres cuyo origen, gestación y nacimiento no es el normal.

Con tanta innovación en el sistema que partió de Adán y Eva, pronto los mortales habrán de preguntarse: "Y tú, ¿cómo fuiste concebido...?"

4) PROBLEMAS DE "LEGE FERENDA" EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

Sobre esta materia estamos en casi completo acuerdo con lo que dice don Jaime Náquira Riveros en su trabajo que publicó la revista "Educación Médica U.C.", N° 5/87. Nos bastaría con citarlo.

Sin embargo, como a veces es difícil consultar esas revistas, en beneficio de

nuestros lectores transcribiremos lo que el señor Náquira dice en las páginas 82 a 87 de la referida revista:

"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 o 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 a la masificación. La segunda, afirmada la idea de legislar, deberá reflexionar acerca del marco jurídico dentro del cual deberá necesariamente desenvolverse 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 de que el legislador ha decidido regular las mencionadas técnicas, somos de opinión de que las primeras normas que debe considerar e interpretar son las de carácter constitucional, por ser la 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’ (artículo 1º 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 de 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 inseminación natural”.

“También se podría pensar que si el propio legislador ha creado instituciones, tales como adopción o legitimación adoptiva, ¿no es ello prueba de 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 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 imperantes. 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 emanan de la naturaleza humana' (artículo 5º). 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 puede 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 de 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 de que no es lo mismo, según lo denuncia el sentido común y lo han constatado las ciencias 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 de que esta afirmación, si bien puede ser cierta en los ámbitos 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 deben 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 de 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 mínimo 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 al ser en gestación".

"Partiendo del supuesto anterior, podemos pensar que, para el constituyente todo ser humano, por el hecho de ser tal, posee derechos esenciales, no sólo el derecho a la vida sino también el 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, artículo 16.3; Constitución Política, artículo 1º). 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. 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 de que un hombre, en calidad de hijo, sólo está pidiendo tener legalmente como padres a quienes naturalmente (o genéticamente) lo son. En todo caso, esto en un plano de lógica básica y axiológica elemental parece tener más sentido, por ser algo natural y obvio, que reclamar por un 'sustituto 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 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 lo malo que puede implicar, en forma libre e informada. Para aclarar esta idea, quizás 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 (artículo 19 N° 6), en la medida de 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 angloamericano, 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" (cita: "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)").

"Nuestra Constitución Política sobre el particular establece... 'el respeto y protección a la vida privada y pública...' (artículo 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 de parte de la sociedad; en cambio, toda conducta o decisión que nace o 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 alteran la vida de los vecinos o bien si son realizadas en público, son suficientes como 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".

No estamos de acuerdo con el señor Náquira sólo en cuanto a que el legislador no pueda prohibir la inseminación artificial homóloga y la heteróloga.

Creemos que puede prohibir tales conductas pues salen del ámbito privado, ya que interviene, además de la pareja, el dador del semen; el que tenga el banco de semen; el médico que interviene en la inseminación, etc. En relación con la cita al Tribunal Supremo de EE.UU., nos parece desde todo punto de vista inmoral y absurda la decisión de ese tribunal, pues atenta contra la vida de un tercero al permitirse el aborto; en el derecho constitucional "a la vida privada", que según ese tribunal sirve de fundamento para que una mujer ponga término a un embarazo no querido, en nada se ha consultado la voluntad y el derecho "a la vida privada" de la criatura que se mata.

4) ASPECTOS MORALES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Pensamos que tanto la fecundación *in vitro* como la inseminación artificial son inmorales y atentan contra la ley natural.

Paulo VI en su encíclica *Humanae Vitae*¹⁶, dice que el amor conyugal es un amor "fiel y exclusivo hasta la muer-

te. Así lo conciben el esposo y la esposa el día en que asumen libremente y con plena conciencia el empeño del vínculo matrimonial. Fidelidad que a veces puede resultar difícil, pero que siempre es posible, noble y meritoria; nadie puede negarlo. El ejemplo de numerosos esposos a través de los siglos demuestra que la fidelidad no sólo es connatural al matrimonio sino también manantial de felicidad profunda y duradera".

"Es, por fin, un amor fecundo que no se agota en la comunión entre los esposos sino que está destinado a prolongarse suscitando nuevas vidas. El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. Los hijos son, sin duda, el don más excelente del matrimonio y contribuyen sobremanera al bien de los propios padres".

En las páginas 17, 18 y 19 la encíclica *Humanae Vitae* nos dice: "En la misión de transmitir la vida, los esposos no quedan por tanto libres para proceder arbitrariamente, como si ellos pudiesen determinar de manera completamente autónoma los caminos lícitos a seguir, sino que deben conformar su conducta a la intención creadora de Dios, manifestada en la misma naturaleza del matrimonio y de sus actos y constantemente enseñada por la Iglesia".

Para la Iglesia el acto conyugal tiene como inseparables dos aspectos, la unión y la procreación. "Esta doctrina, muchas veces expuesta por el Magisterio, está fundada sobre la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el significado procreador. Efectivamente, el acto conyugal, por su íntima estructura, mientras uno profundamente a los esposos, los hace aptos para la generación de nuevas vidas, según las leyes escritas en el ser mismo del hombre y de la mujer. Salvaguardando ambos aspectos esenciales, unitivo y procreador, el acto conyugal conserva íntegro el sentido de amor mutuo y verdadero y su ordenación a la altísima vocación del hombre a la paternidad".

"Así, quien reflexiona rectamente deberá también reconocer que un acto de

¹⁶ Encíclica *Humanae Vitae*, Ediciones Paulinas, 1978, págs. 14 y 15.

amor recíproco, que prejuzgue la disponibilidad de transmitir la vida que Dios Creador, según particulares leyes, ha puesto en él, está en contradicción con el designio constitutivo del matrimonio y con la voluntad del Autor de la vida. Usar este don divino destruyendo su significado y su finalidad, aun sólo parcialmente, es contradecir la naturaleza del hombre y la mujer y sus más íntimas relaciones, y por lo mismo es contradecir también el plan de Dios y su voluntad. Usufructuar en cambio el don del amor conyugal respetando las leyes del proceso generador significa reconocerse no árbitros de las fuentes de la vida humana, sino más bien administradores del plan establecido por el Creador. En efecto, al igual que el hombre no tiene un dominio ilimitado sobre su cuerpo en general, del mismo modo tampoco lo tiene, con más razón, sobre las facultades generadoras en cuanto tales, en virtud de su ordenación intrínseca a originar la vida, de la que Dios es principio¹⁷.

Como puede verse, para la Iglesia Católica, el hombre no puede alterar los caminos para otorgar la vida. Esta tiene que resultar de un acto conyugal que salvaguarde los aspectos unitivo y procreador. Para ella la vida humana es sagrada porque desde su comienzo compromete la acción creadora de Dios¹⁷.

El Magisterio no acepta que se delegue el origen de la vida humana en un gesto de laboratorio, como se puede hacer con los seres inferiores.

La "Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación" de la Congregación para la Doctrina de la Fe, que nosotros seguiremos designando como "La Instrucción", aclara y complementa los principios dichos: "Respeto a la transmisión de otras formas de vida en el universo, la comunicación de la vida humana posee una originalidad propia, derivada de la originalidad misma de la persona humana. Y como la vida humana se propaga a otros hombres de una manera consciente y responsable, se si-

gue de aquí que esta propagación debe verificarse de acuerdo con las leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser conocidas y respetadas por todos. Nadie, pues, puede lícitamente usar en esta materia los *medios o procedimientos* que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales¹⁸".

El don de la vida, que presupone la colaboración responsable de los esposos con el amor fecundo de Dios, debe realizarse en el matrimonio mediante los actos *específicos y exclusivos* de los esposos, de acuerdo con las leyes inscritas en sus personas y en su unión.

Además de lo dicho, en el caso de la fecundación *in vitro*, debemos tener presente que la Iglesia católica rechaza el descarte de embriones, que actualmente se usa. La Iglesia exige el respeto y protección de la vida humana, de modo absoluto, desde el momento de su concepción¹⁸.

"Esta Congregación conoce las discusiones actuales sobre el inicio de la vida del hombre, sobre la individualidad del ser humano y sobre la identidad de la persona. A ese propósito recuerda las enseñanzas contenidas en la "Declaración sobre el aborto procurado": "Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación se inicia la aventura de la vida, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar. Esta doctrina sigue siendo válida y es confirmada, en el caso de que fuese necesario, por los recientes avances de la biología huma-

¹⁷ Encíclica *Mater et Magistra* AAS 53 (1984), pág. 447.

¹⁸ Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, art. 4: L'Osservatore Romano, 25 de noviembre de 1983.

na, la cual reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano”.

“Ciertamente ningún dato experimental es por sí suficiente para reconocer un alma espiritual; sin embargo, los conocimientos científicos sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana? El Magisterio no se ha comprometido expresamente con una afirmación de naturaleza filosófica, pero repite de modo constante la condena moral de cualquier tipo de aborto procurado. Esta enseñanza permanece inmutada y es inmutable”.

“Por tanto, el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”.

“La doctrina recordada ofrece el criterio fundamental para la solución de los diversos problemas planteados por el desarrollo de las ciencias biomédicas en este campo: puesto que debe ser tratado como persona, en el ámbito de la asistencia médica el embrión también habrá de ser defendido en su integridad, cuidado y sanado, en la medida de lo posible, como cualquier otro ser humano”¹⁹.

La misma Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe nos advierte que los embriones humanos obtenidos *in vitro* son seres humanos y sujetos de derechos; que en la práctica habitual de la fecundación *in vitro* no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, que algunos se destruyen, y que la Iglesia, del mismo modo

que condena el aborto provocado, prohíbe también atentar contra la vida de estos seres humanos”²⁰.

También la Iglesia condena otras formas de manipulación biológica o genética de embriones humanos como son: los intentos y proyectos de fecundación entre gametos humanos en útero de animales; la hipótesis y proyecto de construcción de úteros artificiales para el embrión humano. Condena estas manipulaciones porque son contrarias a la dignidad de ser humano del embrión. Y lo que es muy importante, porque lesionan el derecho de la persona de ser concebida y nacer del matrimonio²¹. La congelación de embriones también está condenada, aunque se realice para conservar la vida, porque constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, “por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y les pone en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones”²².

La Instrucción a que nos venimos refiriendo condena la fecundación artificial heteróloga porque la procreación de una nueva persona, en que el varón y la mujer colaboran con el poder del Creador, debe importar el recíproco respeto de su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro. Deberá ser el fruto y el signo de su mutua donación personal, de su amor y de su fidelidad. Lo contrario sería atentar, además, contra la unidad en el matrimonio.

También la condena porque atenta contra el derecho del hijo de ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio.

Condenando la fecundación heteróloga concretamente nos dice: “Estas razones determinan un juicio moral negativo de la fecundación artificial heteróloga. Por tanto, es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma

¹⁹ “La Instrucción”, ob. cit., págs. 13 y 14.

²⁰ Id., pág. 18.

²¹ Id., pág. 19.

²² Id., pág. 20.

del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador”²³.

Por las mismas razones, la Instrucción condena la maternidad sustitutiva que, como lo hemos dicho, consiste en que una mujer geste un embrión implantado en su útero, obtenido mediante la unión de gametos de “donadores”, con el compromiso de entregar al niño inmediatamente después de nacido a quien ha encargado o contratado la gestación, o que una mujer lleve a efecto la gestación de un embrión resultante de un óvulo propio fecundado mediante la inseminación de esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar al hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Aunque nos parece que en términos no tan categóricos como los que usa para condenar la fecundación artificial heteróloga, la Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación rechaza la fecundación artificial homóloga, sea mediante la FIVET o la inseminación artificial.

Nos dice que la procreación debe ser el resultado del acto conyugal que contenga tanto el aspecto unitivo como el procreacional. Que nunca está permitido separar estos diversos aspectos hasta el punto de excluir positivamente sea la intención procreativa, sea la relación conyugal.

“Por tanto, se quiere lícitamente la fecundación cuando ésta es el término de un acto conyugal de suyo idóneo a la generación de la prole, al que se ordena el matrimonio por su propia naturaleza y por el cual los cónyuges se hacen una sola carne. Pero la procreación queda privada de su perfección propia, desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, del gesto específico de la unión de los esposos”²⁴.

En la página 28, la misma Instrucción nos dice que el origen de una persona humana no puede ser querido ni concebido como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas: esto equivaldría a reducirlo a ser objeto de una tecnología científica.

El vínculo existente entre procreación y acto conyugal se revela por eso de gran valor en el plano antropológico y moral, y aclara la posición del Magisterio a propósito de la fecundación artificial homóloga.

Respecto de la inseminación artificial homóloga, la Instrucción dice: “La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural”²⁵.

Algunos han entendido que en esta parte el documento abre ciertas posibilidades al uso de la inseminación artificial homóloga. Si el semen se obtiene por medio del condón de Milex perforado, la inseminación sería aceptable en el contexto del documento. En esa forma se realizaría un acto conyugal normal. El condón de Milex no altera los espermios y se usa perforado para no eliminar la capacidad procreativa del acto conyugal. Inmediatamente después de la unión sexual se retira del condón el semen que queda y se coloca en el cuello uterino o en el útero de la mujer. Así se estaría sólo ayudando a que el acto natural alcance su fin. “El empleo del condón de Milex perforado para obtener muestras de semen ha sido autorizado por varias comisiones de ética para diversos procedimientos”²⁶.

El llamado “Gift” consiste en obtener el semen y procesarlo en forma similar a como se realiza en la F.V. (FIVET), y en obtener el óvulo por medio de una laparoscopia similar a la que se usa en la F.V., pero los gametos no se incuban *in vitro*, sino que una vez obtenidos se in-

²³ Id., pág. 31.

²⁶ Dr. Pérez S., Alfredo, “Aspectos médicos involucrados en el documento”, Revista Educación Médica U.C., N° 5/87, págs. 50 y 51.

²³ Id., pág. 25.

²⁴ Id., págs. 26 y 27.

roducen de inmediato en la trompa de Falopio para que se realice allí la fecundación. Para introducir los gametos en la trompa se usa de una laparoscopia o de una laparotomía. En este procedimiento la fecundación tiene lugar en su sitio fisiológico y el proceso generativo continúa en la forma habitual.

“El documento de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe no hace referencia al Gift. Algunos investigadores piensan que por no estar incluido en el documento, estaría permitido su empleo. Otros plantean que podría ser aceptado en el mismo contexto de la inseminación artificial homóloga. Estos plantean que si se realiza un acto conyugal inmediatamente antes de la ovulación utilizando el varón un condón de Millex perforado, e inmediatamente después del acto conyugal se obtiene el semen y luego el óvulo y se introducen ambos en la trompa de Falopio, procedimiento que en total dura 45 a 60 minutos, se estaría “facilitando” la fecundación correspondiente al acto sexual recién realizado y, por lo tanto, se le podría aplicar un juicio moral similar al de la inseminación artificial homóloga”.

“Nos parece que se necesita mayor reflexión sobre el significado de este procedimiento antes de ser considerado aceptable o desaconsejable”²⁷.

En nuestro concepto, el significado unitivo y el significado procreativo del acto conyugal quedan bastante en “tela de juicio” con tanta intervención de la técnica.

Tal como lo dice Jerome Lejeune, la contracepción que es hacer el amor sin hacer el niño, la fecundación extracorporal que es hacer el niño sin hacer el amor, el aborto que es matar al niño y la pornografía que es matar el amor, no son conformes a la dignidad natural del hombre²⁸.

La esterilidad puede ser muy penosa, pero el matrimonio no confiere a los padres el derecho a tener hijos, sino so-

lamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación. Pues no existe tal derecho al hijo; el hijo como persona humana no es un objeto de propiedad que le sea debido a nadie. De la misma manera, el hombre no tiene derecho a ser feliz. La esterilidad física puede ser ocasión para los esposos de hacer otros importantes servicios a la vida de las personas humanas, como son, por ejemplo, la adopción, los varios tipos de labores educativas, la ayuda a otras familias, a los niños pobres o minusválidos²⁹.

La verdad es que en nuestro concepto la sociedad chilena no está lo suficientemente educada en la apreciación que deben tener los servicios mencionados, que son fuente de gran felicidad.

5) CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LEGISLAR SOBRE LAS MATERIAS A QUE SE REFIERE ESTE TRABAJO

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de legislar sobre la fecundación *in vitro* y sobre la inseminación artificial.

En el III Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Argentina en 1961 hubo dos dictámenes: uno que propiciaba que no se introdujera reforma alguna en la legislación argentina que diera cabida a la inseminación artificial, porque de no hacerse así se constituiría un frente protector a la inseminación artificial. El otro dictamen decía “que la inseminación artificial constituye un procedimiento que se practica para superar las deficiencias funcionales —inseminación homóloga— o para suplir la esterilidad masculina —inseminación heteróloga—; que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen. Por ello ese dictamen propiciaba establecer

²⁷ Dr. Pérez S., Alfredo, ob. cit., p. 51.

²⁸ Lejeune, Jerome, “Jamás he encontrado un Congreso de chimpancés”, Revista “Nuestro Tiempo”, diciembre 1988, Nº 414, Vol. LXXVIII, pág. 47.

²⁹ “La Instrucción”, ob. cit., pág. 34.

un régimen que fije las consecuencias legales de la práctica de la inseminación artificial”⁸⁰. En definitiva, primó lo que sostenía el primer dictamen, esto es, que no debía introducirse modificación alguna a la legislación de familia en relación con la inseminación artificial.

Nosotros, que rechazamos en forma categórica toda manipulación en el proceso generativo, salvo aquellas que no atenten contra la ley natural, pensamos que si bien es cierto que con la legislación actual muchos de los problemas que hemos planteado pueden solucionarse, es preferible reconocer la realidad y legislar sobre la materia. Creemos que se encontrarían mejores soluciones que las que actualmente tenemos.

Por de pronto, pensamos que deben prohibirse la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial heteróloga bajo sanción penal.

Que debe definirse el delito de aborto incluyéndose en el tipo la destrucción de embriones aún no implantados en el útero. Si se prefiere no definir el aborto, habría que crear un tipo para castigar gravemente la destrucción de embriones no implantados.

Estimamos necesario prohibir el arrendamiento del útero y todo otro contrato, en cuya virtud un embrión vaya a ser gestado por quien no es su madre biológica.

Deben prohibirse la congelación de embriones, los bancos de semen y la fecundación *postmortem*.

Se deben proteger la vida y salud del embrión no implantado, tal como se protege la vida y salud de la criatura que está en el vientre materno. Lo mismo debe hacerse respecto de los derechos que se deferirían a ese ser que es el embrión.

A pesar de las discusiones médicas, estimamos que, conforme a lo que dice el Magisterio, se debe incluir en el Código Civil una disposición que establezca que la persona comienza con la concepción y que desde ese momento debe ser cuidada y protegida.

Ante la realidad de la fecundación artificial heteróloga, creemos que debería

facultarse al marido para impugnar la maternidad, probando que la mujer no ha podido ser la madre del hijo que aparece como suyo; ello, sin perjuicio de las actuales normas sobre falso parto y su plantación del pretendido hijo al verdadero.

Por la razón recién dada y considerando los avances científicos para determinar si una persona es padre de otra, creemos que debe terminarse con el sistema taxativo de impugnar la paternidad que establecen los artículos 180 y 181 del Código Civil.

Hemos dejado para el final la fecundación artificial homóloga, porque es la que nos merece más dudas.

Por tal motivo, transcribiremos los párrafos de la Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación que digan relación con ella: “La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural”.

“Las enseñanzas del Magisterio sobre este punto han sido ya explícitamente formuladas: ellas no son únicamente la expresión de particulares circunstancias históricas, sino que se fundamentan en la doctrina de la Iglesia sobre la conexión entre la unión conyugal y la procreación y en la consideración de la naturaleza personal del acto conyugal y de la procreación humana. El acto conyugal, por su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata entre los cónyuges, la cual, por la misma naturaleza de los agentes y por la propiedad del acto, es la expresión del don recíproco que, según las palabras de la Sagrada Escritura, efectúa la unión ‘en una sola carne’. Por eso, la conciencia moral no prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente, sea a facilitar el acto natural, sea a procurar que el acto natural realizado de modo normal alcance el propio fin. Si el medio técnico facilita el acto conyugal o le ayuda a alcanzar sus objetivos naturales, puede ser moralmente aceptado. Cuando, por el contrario, la intervención técnica susti-

⁸⁰ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pág. 82.

tuye al acto conyugal, será moralmente ilícita”³¹.

En cuanto a la conveniencia de legislar sobre los temas a que se refiere este trabajo, la Instrucción recién citada nos dice: “El derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida, los derechos de familia y la institución matrimonial son valores morales fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Al mismo tiempo, son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico”.

“Por estas razones, las nuevas posibilidades de la técnica en el campo de la biomedicina requieren la intervención de las autoridades políticas y legislativas, porque el recurso incontrolado de esas técnicas podría tener consecuencias imprevisibles y nocivas para la sociedad civil. El llamamiento a la conciencia individual y a la autodisciplina de los investigadores no bastan para asegurar el respeto de los derechos personales y del orden público. Si el legislador, responsable del bien común, omitiese sus deberes de vigilancia, podría verse despojado de sus prerrogativas por parte de aquellos investigadores que pretendiesen gobernar la humanidad en nombre de los descubrimientos biológicos y de los presuntos procesos de ‘mejora’ que se derivarían de ellos. El ‘eugenismo’ y la discriminación entre los seres humanos podrían verse legitimados, lo cual constituiría un grave atentado contra la igualdad, contra la dignidad y contra los derechos fundamentales de la persona humana”.

“La intervención de la autoridad pública se debe inspirar en los principios racionales que regulan las relaciones entre la ley civil y la ley moral. La misión de la ley civil consiste en garantizar el bien común de las personas mediante el reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública. En ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la propia competencia. La

ley civil a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves. Sin embargo, los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherente a la persona, en virtud del acto creador que la ha originado”.

“Entre estos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito: a) el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte; b) los derechos de la familia y del matrimonio como institución y, en este ámbito, el derecho de los hijos de ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres. Sobre cada una de estas dos temáticas conviene añadir algunas consideraciones”.

“En algunos Estados la ley ha autorizado la supresión directa de inocentes. Cuando una ley positiva priva a una categoría de sus hermanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el Estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el Estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del Estado de Derecho. La autoridad política, por consiguiente, no puede autorizar que seres humanos sean llamados a la existencia mediante procedimientos que los exponen a los gravísimos riesgos anteriormente mencionados. Si la ley positiva y las autoridades políticas reconociesen las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellas ligados, ampliarían todavía más la brecha abierta por la legalización del aborto”.

“El respeto y la protección que se han de garantizar desde su misma concepción a quien debe nacer, exigen que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos. La ley no podrá tolerar —es más, deberá prohibir explícitamente— que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o

³¹ “La Instrucción”, ob. cit., págs. 31 y 32.

destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente”.

“La autoridad política tiene la obligación de garantizar a la institución familiar, sobre la que se fundamenta la sociedad, la protección jurídica a la que tiene derecho. Por estar al servicio de las personas, la autoridad política también debe estar al servicio de la familia. La ley civil no podrá autorizar aquellas técnicas de procreación artificial que arrebatan, en beneficio de terceras personas (médicos, biólogos, poderes económicos o gubernamentales), lo que constituye un derecho exclusivo de la relación entre los esposos, y por eso no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio”.

“La legislación deberá prohibir, además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación *postmortem* y la maternidad ‘sustitutiva’”.

“Entre los derechos de la autoridad pública se encuentra el de procurar que la ley civil esté regulada por las normas fundamentales de la ley moral en lo que concierne a los derechos del hombre, de la vida humana y de la institución familiar. Los políticos deben esforzarse, a través de su intervención en la opinión pública, para obtener el acuerdo social más amplio posible sobre estos puntos esenciales y para consolidarlo allí donde ese acuerdo corriese el riesgo de debilitarse o de desaparecer”.

“En muchos países la legalización del aborto y la tolerancia jurídica de los convivientes no casados hacen que existan mayores dificultades para garantizar el respeto de los derechos fundamentales mencionados en esta Instrucción. Es deseable que los Estados no asuman la responsabilidad de aumentar la gravedad de estas situaciones de injusticia socialmente nocivas. Cabe esperar, por el contrario, que las naciones y los Estados tomen conciencia de todas las implicaciones culturales, ideológicas y políticas relacionadas con las técnicas de procreación artificial, y que sepan encontrar la sabiduría y el ánimo necesarios para emanar leyes más justas y respetuosas de

la vida humana y de la institución familiar”.

“La legislación civil de numerosos Estados atribuye hoy día, ante los ojos de muchos, una legitimidad indebida a ciertas prácticas. Se muestra incapaz de garantizar la moralidad congruente con las exigencias naturales de la persona humana y con las ‘leyes no escritas’ grabadas por el Creador en el corazón humano. Todos los hombres de buena voluntad deben esforzarse, particularmente a través de su actividad profesional y del ejercicio de sus derechos civiles, para reformar las leyes positivas moralmente inaceptables y corregir las prácticas ilícitas. Además, ante esas leyes se debe presentar y reconocer la ‘objección de conciencia’. Cabe añadir que comienza a imponerse con agudeza en la conciencia moral de muchos, especialmente de los especialistas en ciencias biomédicas, la exigencia de una resistencia pasiva frente a la legitimación de prácticas contrarias a la vida y a la dignidad del hombre”³².

BIBLIOGRAFÍA

- 1) “Aspectos médicos involucrados en el documento”, Dr. PÉREZ S., Alfredo. Revista Educación Médica U.C., Nº 5/87.
- 2) Aspectos científico-técnicos de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro, Redacción, Revista “Moralía”, Vol. IX, Madrid, 1978/3-4.
- 3) Carta de los obispos de la provincia de Victoria (Australia), de 16 de enero de 1984, Revista “Moralía”, id.
- 4) Consejo de Europa (1984), Revista “Moralía”, id.
- 5) Consejo de Europa (1986), Revista “Moralía”, id.
- 6) De la Biotecnología a la Bioética, Eduardo BONÉ, del Centro de Estu-

³² “La Instrucción”, ob. cit., págs. 35 a 38.

- dios Bioéticos de Bruselas, julio de 1985, Pro Mundi Vita, Boletín 101, 1985/2, Revista Trimestral, impreso en Gráficas Zizarra, S.L. - Ctra., Estella (Navarra), España.
- 7) ¿De quién es este niño?, por Richard LACAYO, reportado por Roger Franklin/Hackensack y B. Russel Leavitt, Atlanta; traducido de "Time Magazine" del 19 de enero de 1971.
 - 8) Declaración de la Asamblea de Obispos de la República Federal de Alemania (1985), Revista "Moralia", Vol IX, Madrid, 1987/3-4.
 - 9) "Educación Médica U.C.", Nº 5/87, Revista editada por la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
 - 10) "El don de la vida: luces y sombras de un documento", LÓPEZ AZPI- TARTE, Eduardo, Revista "Proyección", Facultad de Teología, Granada, Nº 146, julio-septiembre 1987, págs. 218 y 219.
 - 11) "El proceso Generador Humano". Proyecto interdisciplinario. Informe Nº 3. Dirección de Investigación, Pontificia Universidad Católica de Chile, Central de Publicaciones del Campus Oriente, 1984.
 - 12) El método en el discurso teológico-ético de la Instrucción "Donum Vitae", Miguel RUBIO, Revista "Moralia", Vol. IX, Madrid, 1987/3-4.
 - 13) El esquema antropológico subyacente en la Instrucción "Donum Vitae", Miguel RUBIO, Revista "Moralia", id.
 - 14) El "estatuto" antropológico del embrión, Marciano VIDAL, Revista "Moralia", id.
 - 15) Genética y Manipulación: "Entre el Avance y el Retroceso", entrevistas con Jerome LEJEUNE por Ignacio González Errázuriz (desde París), El Mercurio, 3 de noviembre 1988, cuerpo E, pág. 4.
 - 16) "Humanae Vitae", Encíclica de S. Paulo VI, Ediciones Paulinas, 1967.
 - 17) Bernard HARING, "Ética de la Manipulación", Editorial Herder, Barcelona, 1978.
 - 18) "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Facultad de Teología de Granada, Nº 146, julio-septiembre, 1987.
 - 18a) "Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas", Ediciones Astrea, Buenos Aires, 1978.
 - 19) "Instrucciones sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación". Respuesta a algunas cuestiones de actualidad. Congregación para la Doctrina de la Fe, Ciudad del Vaticano, 1987.
 - 20) "Inquietudes médico-sociales sobre la reproducción humana artificial", de Terra ZIPORYN, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 13 Nº 2, mayo-agosto, 1986, pág. 293.
 - 21) LACADENA, J.J.; BARRI, P.N.; VIDEL, M.; GRACIA, D.; GRAFO, J., "La Fecundación Artificial: ciencia y ética", Editorial Covarrubias, Madrid.
 - 22) La "razón eugenésica"; exposición y valoración, Marciano VIDAL, Revista "Moralia", id.
 - 23) LEJEUNE, Jerome, "Jamás he encontrado un Congreso de chimpancés", Revista "Nuestro Tiempo", diciembre 1988, Nº 414, Vol. LXXVIII.
 - 24) "Los derechos del niño que está por nacer", Crescente DONOSO LETELLIER, Revista, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985.
 - 25) MORETTI, Jean-Marie y DE DINECHIN, Olivier, "El Desafío Genético", Editorial Herder, Barcelona, 1985.

- 26) "Nuestro Tiempo", Revista, diciembre 1988, Nº 414, Vol. LXXVIII.
- 27) "Nuestro Tiempo", Revista, mayo 1987, Nº 395, Vol. LXIX.
- 28) "Persona y Embrión Humano". Nuevos problemas legales y su solución en el Derecho chileno. Patricio ZAPATA, Revista Chilena de Derecho, Vol 15, N^{os}. 2-3, mayo-diciembre, 1988.
- 29) Postura de la Iglesia anglicana y evangélica alemana, F. Javier ELIZARI, Revista "Moralía", Vol. IX, Madrid, 1987/3-4.
- 30) Recomendaciones de la Comisión Palacios (España), Revista "Moralía", id.
- 31) Recomendaciones de la Comisión Warnock (Reino Unido), Londres, julio 1984.
- 32) Referencias al Magisterio eclesiástico de la Instrucción "Donum Vitae", Marciano VIDAL, Revista "Moralía", id.
- 33) Reproducción digna del ser humano, F. Javier ELIZARI, Revista "Moralía", id.
- 34) Teología y mundo actual. Revista "Proyección", Facultad de Teología de Granada, Nº 146, julio-septiembre, 1987.
- 35) "Una mirada teológica sobre la procreación humana". Clase magistral del Cardenal RATZINGER en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista "Comunión Liberación", C L, Año VI, Nº 24, 1988.
- 36) Valor teológico-moral de la Instrucción vaticana F. Javier ELIZARI, Revista "Moralía", Vol IX, Madrid, 1987/3-4.