

FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO. ESTUDIO DE LA PRECEPTIVA LEGAL.

Claudia Schmidt Hott

Profesora de Derecho Civil

Teniendo en consideración que en la actualidad se nos plantean graves y aterradoras técnicas que atentan contra el ser humano concebido, el más indefenso de todos, tales como la producción de embriones destinados única y exclusivamente a la experimentación, el empleo de células fetales para la cura de enfermedades (males de parkinson y de alzheimer), el diagnóstico genético de los embriones humanos que puede llevar a la eugenesia, el riesgo de muerte, bajo peso, partos prematuros y graves deficiencias físicas y psíquicas en embarazos múltiples resultantes de las diversas técnicas de reproducción asistida, la eliminación de los embriones sobrantes o su congelación, la comercialización de la fecundación artificial, la posibilidad de clonar embriones humanos¹, entre otras, nos sentimos

con el deber moral de impulsar un Anteproyecto de Ley que tiene por finalidad reconocer la calidad de persona y proteger la vida, integridad física y psíquica, como también los demás derechos de la personalidad que correspondan al ser humano concebido y no nacido. Movidos por este fin y teniendo presente que nuestro Código Civil fue dictado hace más de un siglo, y que por lo mismo, contiene preceptos inadecuados para enfrentar nuestra realidad actual en la materia, proponemos la modificación de sus artículos 55, 58, 74, 75 y 77 como también, la dictación de una norma penal indispensable para otorgar la protección debida a la criatura en gestación que se encuentra fuera del claustro materno, norma que servirá de necesario complemento de la legislación civil, pues crea una figura

1. Diario El Mercurio 17 de octubre de 1992, 22 de marzo de 1993, 6 de marzo de 1993, 12 de septiembre de 1992, 9 de agosto de 1992, 28 de septiembre de 1991, 30 de octubre de 1993.

distinta del aborto y por lo mismo, viene a llenar un vacío legal.

Proponemos, en concreto, las siguientes reformas y nuevos preceptos:

A. ARTICULO 55 DEL CODIGO CIVIL: Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.

EL SER HUMANO DESDE SU CONCEPCION DENTRO O FUERA DEL SENO MATERNO ES SUJETO DEL DERECHO A LA VIDA, INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA Y DEMAS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD QUE LE CORRESPONDAN, CONSIDERANDOSELE PERSONA AUN ANTES DE SU NACIMIENTO. EN CUANTO AL GOCE DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEBE ESTARSE A LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 77.

La ley protege los derechos de la personalidad. El juez tomará, a petición de cualquiera persona y actuando breve y sumariamente, todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de tales derechos con el fin de evitar la consumación de la amenaza o de atenuar los efectos del daño producido. La acción deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días, que se contarán desde la perpetración del hecho. En el caso de amenaza se podrá intentar como acción preventiva.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil, según procediere.

Del artículo transcrito se desprende que la modificación consiste además de la eliminación de la frase: "Dividense en chilenos y extranjeros" contenida en su actual inciso único, en agregar un nuevo inciso segundo al artículo 55, correspondiendo los incisos tercero y cuarto a los que figuraban como segundo y tercero en el Anteproyecto de Ley sobre Protección de los derechos de la personalidad, publicado en la Revista "Temas de Derecho" Vol. VI N° 2 de 1991.

La norma transcrita señala que: "EL SER HUMANO DESDE SU CONCEPCION DENTRO O FUERA DEL SENO MATERNO ES SUJETO DEL DERECHO A LA VIDA, INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA Y DEMAS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD QUE LE CORRESPONDAN, CONSIDERANDOSELE PERSONA AUN ANTES DE SU NACIMIENTO." El precepto que proponemos no recoge la doctrina jurídica tradicional en esta materia, según la cual el concepto de persona pertenece a una categoría estrictamente jurídica. En efecto, Alberto Lyon Puelma afirma que: "el concepto de "personalidad" o de "persona" o de "sujeto de derecho" no es sino una forma jurídica de unificación de relaciones, es decir, un concepto o categoría jurídica que expresa solamente un centro de

convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones. Por eso se define corrientemente a la persona como una entidad capaz de adquirir (centro de convergencia) derechos y obligaciones". Agrega Lyon que: "la personalidad, es en consecuencia un producto del orden jurídico que éste puede ligar a cualquier substrato de base estable" y que, "el hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del Derecho."² Asimismo, Vitorio Pescio V. señala que: "Nacido el individuo, existe legalmente: es PERSONA. En cambio, el concebido y aún no nacido, tiene únicamente una existencia fisiológica; esa existencia no le atribuye personalidad; no es apto para ser titular de derechos."³ En este mismo sentido, Antonio Vodanovic H., en su Curso de Derecho Civil basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., nos dice que: "la persona, desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones", agregando al referirse a la naturaleza jurídica los derechos eventuales de la criatura por nacer, que: "si aceptáramos que el derecho de la criatura está sujeto a condición resolutoria, resultaría que alguien que no es persona puede adqui-

rir bienes".⁴ Por otra parte en cambio, para la teología, la biología y la antropología filosófica, la criatura por nacer es un ser humano y, por consiguiente, debe ser considerado persona (ver en páginas anteriores el trabajo de la profesora Solange Doyharçabal Casse sobre la naturaleza o condición jurídica de la criatura por nacer para la biología, la teología y la antropología). Es así como comprobamos que existe una discrepancia entre la doctrina jurídica tradicional y las demás ciencias, diferencia que no se advierte en nuestra Carta Fundamental. En efecto, el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República inserto en el Capítulo III relativo a los Derechos y Deberes Constitucionales, prescribe que: "La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", agregando en su inciso 2° que: "la ley protege la vida del que está por nacer". La norma recién transcrita como es sabido, está contenida en el artículo 19 que ASEGURA A TODAS LAS PERSONAS..., con lo cual, se incluye en este último término a la criatura por nacer para el efecto de proteger su vida. Asimismo el artículo 4 N° 1 del

2. Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas. Víctor Vial del Río - Alberto Lyon Puelma. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985, pág. 224.

3. Manual de Derecho Civil (De las Personas - De los Bienes y De la Propiedad) III, Vitorio Pescio V., Segunda Edic., Editorial Jurídica de Chile, 1958, pág. 19.

4. Curso de Derecho Civil basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. redactadas y ampliadas por Antonio Vodanovic H., Parte General y los Sujetos de Derecho, Segunda Parte, Editorial Nascimento, 1972, págs. 154, 164.

Pacto de San José de Costa Rica (D.O. del 5 de enero de 1991) dispone que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. "Por otra parte, el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del Niño (D.O. del 27 de Septiembre de 1990) dispone que: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño "todo ser humano" menor de dieciocho años de edad..."

Al respecto, cabe dejar en claro que las expresiones "todo ser humano" incluyen a la criatura concebida y no nacida, pues el ser humano comienza su existencia con la concepción y por ello, le es aplicable al nasciturus el artículo 6 N° 1 de la Convención según el cual, los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Igualmente importante es lo aseverado en el preámbulo de esta Convención, el cual al respecto nos señala que: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. "Estas normas, en nuestro país, tienen vital importancia frente a lo dispuesto por el inc. 2 del Artículo 5 de la Carta fundamental después de la reforma del año 1989, el que prescribe: "El ejercicio de la soberanía

reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes." De lo expuesto resulta urgente y necesario reconocer en el Código Civil expresamente que el ser humano en gestación, desde el momento mismo de la concepción, debe ser considerado persona, única forma de armonizar la norma legal con la constitucional. Es interesante y provechoso agregar que en el Derecho Comparado ya se ha reconocido que la criatura en gestación debe ser considerada persona; más aún, el Código Civil de la República Argentina, uno de los pioneros en esta materia, fue promulgado con esa convicción. En efecto, el artículo 63 dispone que: "SON PERSONAS POR NACER LAS QUE, NO HABIENDO NACIDO, ESTAN CONCEBIDAS EN EL SENO MATERNO". Por su parte, el artículo 70 agrega que: "DESDE LA CONCEPCION EN EL SENO MATERNO COMIENZA LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS; Y ANTES DE SU NACIMIENTO PUEDEN ADQUIRIR ALGUNOS DERECHOS, COMO SI YA HUBIESEN NACIDO. ESOS DERECHOS QUEDAN IRREVOCABLEMENTE ADQUIRIDOS SI LOS CONCEBIDOS EN EL SENO MATERNO NACIEREN CON VIDA, AUNQUE FUERA POR INSTAN-

TES DESPUES DE ESTAR SEPARADOS DE SU MADRE." A su turno, el Código Civil peruano de 1984 dispone en su artículo 1 que: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo." Si bien el Código peruano distingue entre persona y sujeto de derecho, le reconoce esta última calidad al ser humano por nacer para todo cuanto le favorezca. Por otra parte, el Código Civil Paraguayo de 1987 prescribe en su artículo 28 que: "La persona física, tiene capacidad desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno."⁵ En consecuencia, en nuestra opinión se es persona "ante" el Derecho y no "por" el Derecho, correspondiendo el concepto persona a una categoría natural y por ello, el concebido no nacido, debe ser considerado persona.

A continuación cabe destacar

que hablamos del "ser humano desde su concepción" y no utilizamos las expresiones "producto de la concepción". Desde este punto de vista, resulta lamentable que el artículo 154 del Código Sanitario, ubicado en su Libro IX denominado "Del aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo y de la utilización de cadáveres o parte de ellos con fines científicos o terapéuticos" señale: "Las disposiciones de este Libro no se aplicarán a las donaciones de sangre ni a las de OTROS TEJIDOS que señale el reglamento," el cual, (D.O. del 3 de diciembre de 1983) agrega en su artículo 17: "Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanereos, así como a TODO PRODUCTO DE LA CONCEPCION que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna." Es decir, en estas normas legales se considera al embrión mortinato dentro del concepto "tejidos", y además, se le llama "producto de la concepción", concepto que es inaceptable, pues a pesar de que la procreación humana pueda tener lugar in vitro, el origen del ser hu-

5. Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield y Legislación Complementaria. A-Z Editora, 1993, Buenos Aires. Código Civil Peruano promulgado el día 24 de Julio de 1984 que entró en vigencia el día 14 de Noviembre de 1984, Edición aprobada por R.D. Nº 004-84 -JUS/DGAJ. Código Civil Paraguayo promulgado por Ley Nº 1.183 de 1985 con vigencia desde el 1 de enero de 1987, Editorial El Foro, 1988.

mano no puede reducirse a un mero procedimiento llevado a cabo en un laboratorio que produzca una cosa, un bien sujeto a las reglas del mercado.

Si bien, la llamada reproducción in vitro constituye una realidad innegable, con la cual no concordamos plenamente, pensamos que aún en ella debe primar siempre como valor esencial, la idea del ser humano "criatura natural". De lo contrario el hombre en su evolución habría retrocedido innegablemente en el tiempo. Al respecto es atinente reproducir las palabras del Cardenal Ratzinger que dicen así: "Es claro que en este mundo, definitiva y completamente dominado por la ciencia, los hombres podrán ahora ser producidos únicamente en el laboratorio. El hombre se ha emancipado definitivamente de su naturaleza; no quiere ser más una criatura natural. Cada uno será compuesto en un laboratorio -según la necesidad-, en vista de la función que deberá desempeñar. Ya desde hace bastante tiempo, la sexualidad nada tiene que ver con la propagación de la especie humana; aún el solo recuerdo de esto resulta casi una ofensa para el hombre programado. Habiendo perdido su función original, la sexualidad ahora se ha convertido

solamente en un elemento narcótico con el que la vida puede ser soportable, es una especie de valla positivista para proteger la conciencia del hombre y lograr que las interrogantes que provienen de lo profundo de su ser sean eliminadas. De ahí entonces que la sexualidad nada tenga que ver con los nexos personales, con la fidelidad y el amor -que haría retroceder al hombre-, una vez más, a los viejos ámbitos de su existencia personal.

En este nuevo mundo no existen más dolores ni preocupaciones, sino sólo racionalidad y embriaguez; todo y para todo se programa."⁶

El anteproyecto que presentamos protege la vida, integridad física y psíquica y demás derechos de la personalidad que correspondan al concebido dentro o fuera del seno materno, CUALQUIERA SEA SU ESTADO DE DESARROLLO, creando una figura penal que más adelante analizaremos, por cuanto muchos autores y científicos distinguen entre el preembrión, el embrión de dos, cuatro y más células, etc. con el fin de justificar la licitud de su manipulación e incluso, de su eliminación. Se habla del status del embrión y se plantean dos interrogantes: ¿cuándo empieza la

6. Una mirada teológica sobre la procreación humana. Clase magistral dictada por el Cardenal Joseph Ratzinger en la Pontificia Universidad Católica de Chile con motivo de la conmemoración de su centenario (1988).

vida? y ¿cuándo esa vida que empieza es ya humana? Respecto de la primera, se ha señalado que "ningún científico dudaría en responder que la vida comienza en el momento de la fecundación; es decir, cuando de dos realidades distintas -surge una realidad nueva y diferente -el cigoto- con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su programa genético. Puesto que su programa genético es específicamente humano y no de ratón o de zanahoria, la nueva vida surgida es evidentemente humana"⁷. Respecto de la segunda cuestión en cambio, existen muchas respuestas. Para nosotros en todo caso, una sola: LA VIDA QUE SE INICIO CON LA FECUNDACION ES VIDA HUMANA DESDE ESE MISMO INSTANTE.

Si bien biológica y genéticamente se distinguen tres etapas en la reproducción humana, que son:

- 1) gametos - fecundación - cigoto,
- 2) cigoto - mórula - blastocito - anidación y
- 3) anidación - feto,

jurídica y éticamente no son relevantes a: nuestro juicio, ya que la

protección legal debe consagrarse desde el momento mismo de la fecundación. Sin embargo, muchos autores y científicos señalan que "para que el embrión detente características humanas debe poseer unidad y unicidad, cosa que recién quedaría asegurada a los catorce días, en la época de la anidación, cuando aparece la cresta neural. Unidad es la propiedad del embrión de constituir un ser con su propia y autónoma entidad, y unicidad es el carácter de tener propiedades que jamás volverán a darse. Antes de los catorce días hay la posibilidad de que surjan gemelos o sencillamente quimeras, en consecuencia, según algunos, ese ser no sería ni humano ni humanizado, y no habría impedimentos éticos para eliminarlo o destinarlo a objeto de experimentación, tanto para descubrir nuevas verdades científicas, como para el cultivo de tejidos útiles, al parecer en el tratamiento de ciertas enfermedades, sobre todo del sistema nervioso. Varios autores agregan que en el embrión no hay subjetividad mientras no sea capaz de sentir dolor, lo cual exige cierto desarrollo aunque sea mínimo del tejido nervioso, y mientras no se de tal posibilidad no cabría hablar de ser humano; eso, se dice, lo dejaría sin derecho alguno a ser respetado en su

7. Aspectos genéticos de los primeros estados del desarrollo embrionario, en Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho. Javier Gafo, editor, UPCM, Madrid, 1986, pág. 40.

desarrollo abriendo de nuevo camino a la posibilidad de convertirlo en mero trozo anónimo de materia viviente susceptible de cualquier uso, o incluso de aniquilación si no se desea su nacimiento⁸. Es interesante agregar que con el fin de responder a esta misma interrogante, esto es, precisar desde cuando el embrión es un ser humano, se constituyó en Inglaterra el comité "Warnock" para dirimir este asunto. El comité concluyó, ya hace años atrás, que la fecha era aproximadamente el día decimocuarto después de la fertilización. Los investigadores señalaron que en ese momento las células, ya divididas varias veces, comienzan a diferenciarse entre aquellas que en definitiva conformarán la envoltura y el soporte del huevo respecto de aquellas que constituirán el embrión propiamente tal. Más aún se habla ahora del "pronúcleo" para legitimar su criopreservación, porque según se afirma, "en el desarrollo del embrión hay que distinguir dos etapas: la primera, en la que el espermio penetra al óvulo y aproximadamente 12 a 18 horas después aparecen los pronúcleos, cuando los 23 pares de cromosomas de cada uno se ordenan frente a frente sin hacer contacto. Y una segunda etapa, en que

surgen dos células diferentes, cuando se aparean los cromosomas que estaban frente a frente".⁹

Sin embargo, como señala Armando Roa dichos argumentos son de difícil defensa, pues aunque el embrión no sienta dolor durante una breve etapa, ésta es tan humana como cualquiera otra, ya que es necesaria para el desarrollo de las que siguen, como el hombre es igualmente hombre en períodos de dormición o de inconsciencia, aún cuando ahí no sea consciente de su humanidad, y ello sólo porque son momentos transitorios en marcha hacia el despertar. Agrega Roa que si dentro de los primeros catorce días aún no está determinada la unidad del embrión, si potencialmente se están gestando dos o más embriones, la calidad humana sería mayor y no menor, y si existe la posibilidad de una quimera, no habría ninguna conciencia ética que no se decidiese a esperar, pues lo que se pierde es demasiado si lo que viene es una criatura humana y no una quimera. Concluye Roa señalando que el huevo humano fecundado es biológica y antropológicamente un ser humano, ya que todas sus potencialidades genéticas están

8. Diario El Mercurio, s/f. "El embrión, lo humano y lo humanizado", por Armando Roa.

9. Diario El Mercurio, 28 de septiembre de 1991. Ciencia y Tecnología. "Se acentúa debate en investigación con embriones humanos", por Lillian Duery; Diario El Mercurio, 5 de junio de 1994.

destinadas a ser un hombre y no un gato o un mono.¹⁰

La palabra preembrión es innecesaria en opinión de Lejeune, quién nos señala que no hace falta instaurar una subdivisión llamada preembrión, porque nada es anterior al embrión; en el estado que precede al embrión sólo hay un espermatozoide y un óvulo; cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide, esta entidad deviene en cigoto; y cuando el cigoto se divide, deviene en embrión. Cuando la primera célula existe, se da ya todo ~~absolutamente todo~~ lo que le permite desplegarse hacia el individuo. Cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide, se da la célula más especializada del mundo: especializada en el sentido de que ninguna otra célula podrá tener jamás las mismas instrucciones en la vida del individuo que acaba de ser creado. Desde su concepción, un hombre es un hombre.¹¹

Finalmente debemos agregar que la norma propuesta reconoce, asegura y protege el DERECHO A LA VIDA, INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA Y DEMAS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

QUE LE CORRESPONDAN AL CONCEBIDO NO NACIDO, siendo así más amplia que la norma constitucional y que la garantía establecida en la Convención sobre derechos humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, norma de rango constitucional en conformidad a lo dispuesto por el artículo 5 de nuestra Constitución Política. En efecto, el artículo 19 N° 1 prescribe en su inciso segundo que: "La ley protege la vida del que está por nacer", norma que reproduce la contenida en el artículo 75 del Código Civil y, que se incluyó en el texto constitucional con el fin de condenar el delito de aborto¹². Por su parte, el artículo 4 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica prescribe: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente." La norma que nosotros proponemos en cambio, reconoce y asegura también la integridad física y psíquica del embrión, (además de los derechos de la personalidad que le corresponden) pues es sabido que la ciencia ha hecho posible la inter-

10. Artículo cit. en nota (8).

11. *Nuestro Tiempo*, marzo 1992. "Un libro apasionante - L'enceinte concentrationnaire - de Jérôme Lejeune sobre las consecuencias de la fecundación in vitro." Juan Cruz Cruz, pág. 112.

12. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I (basado en explicaciones de los profesores Luz Bulnes A. y Mario Verdugo M.), Emilio Pfeffer U., Editorial Jurídica Ediar -Cono Sur Ltda., 1987, pág. 365.

vención diagnóstica y terapéutica del embrión in útero e in vitro, técnicas a través de las cuales pueden ocasionarse graves lesiones al embrión, lo que debe ser sancionado por la ley. En cuanto al goce de los derechos patrimoniales, nos remitimos al artículo 77 del Código Civil, el que comentaremos más adelante.

B. ARTICULO 58 DEL CODIGO CIVIL: LAS PERSONAS SE DIVIDEN EN CHILENAS Y EXTRANJERAS Y ADEMAS, EN DOMICILIADAS Y TRANSEUNTES.

El artículo 55 inciso 1 después de definir a la persona natural, nos dice que se dividen en chilenas y extranjeras, clasificación que a nuestro parecer debe quedar incluida en el artículo 58 de la forma recién propuesta, en razón de una mejor técnica jurídica.

C. ARTICULO 74 DEL CODIGO CIVIL: LA EXISTENCIA DE TODA PERSONA PRINCIPIA CON LA CONCEPCION. SE ENTENDERA POR NACIDO AL QUE ESTANDO FUERA DEL CLAUSTRO EN QUE SE GESTO, HA DADO ALGUN SIGNO DE VIDA INDEPENDIENTE.

La norma que proponemos termina con la clásica distinción en-

tre la existencia legal y la existencia natural de la persona. En efecto, el ser humano "existe" desde el instante mismo de la concepción y, en consecuencia, se le debe considerar persona desde ese momento. No cabe por lo tanto, hacer ninguna distinción. Así Doral nos dice que "el concebido tiene vida actual, no potencial, tiene naturaleza en el sentido cabal de que el nacimiento es una fase de la generación, y la idea de totalidad excluye, el corte, la incisión en la consideración global de persona."¹³ Es así como se le reconoce a la criatura por nacer su derecho a la vida, integridad física y psíquica y demás derechos de la personalidad que le correspondan, expresamente, constituyendo este reconocimiento no un acto gracioso del legislador, sino que, la necesidad de asegurar sus derechos humanos innatos. En efecto, pensamos que la criatura por nacer es titular desde luego del derecho a la vida, integridad física y psíquica y además, de otros derechos extrapatrimoniales, como son los derechos de la personalidad, tales como, el derecho a la propia imagen, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, el derecho a la protección de la salud, etc., sin perjuicio de corresponderle además los atributos de la personalidad, ello, en la medida que nuestras mentes atrapadas en una larga

13. Concepto Filosófico y Jurídico de Persona. José A. Doral, pág. 125.

tradición jurídica, a nuestro juicio errada, logren comprender la irrefutable verdad que constituye la existencia de la criatura concebida y no nacida y las reales proyecciones de tal existencia. Por su parte, tratándose de los derechos patrimoniales, éstos se le defieren a la criatura desde ya, aún antes de su nacimiento, como lo expondremos al comentar el texto del artículo 77 que se propone.

Luego consideramos necesario *modificar el concepto de nacimiento*, pues al señalar la actual legislación que éste se produce "al separarse completamente de su madre" presenta problemas que es necesario abordar: una primera cuestión clásica que plantea, que debe entenderse con la expresión "completamente" y una segunda, que nos sitúa en la interrogante de que sucedería si fuera científicamente posible la ectogénesis. Respecto de la primera cuestión, algunos autores señalan que la separación completa exige que la criatura haya salido del seno materno y se haya cortado el cordón umbilical, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviese expulsada, en tanto que, otros tratadistas afirman que hay "separación completa" cuando la criatura ha salido toda del

seno materno sin que tenga importancia el hecho de que se haya cortado o no el cordón umbilical^{14 15}, discusión que consideramos obsoleta, pues desde 1950 la Organización Mundial de la Salud definió el nacimiento como aquél que se produce con la "expulsión o la extracción completa del producto de la concepción fuera del cuerpo de la madre, cualquiera haya sido la duración de la gestación, cuando después de esta separación aquél respira o da cualquier otro signo de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos musculares, haya sido cortado el cordón umbilical, o no lo haya sido".¹⁶ Debemos agregar además que *mantuvimos la teoría de la vitalidad* recogida por don A. Bello, pues según la norma propuesta basta que el que está fuera del claustro en que se gestó, dé un signo de vida independiente, siguiendo así el criterio de la Organización Mundial de la Salud. Desechamos la teoría de la viabilidad, que supone que el individuo nazca vivo y viable, es decir, con la aptitud de seguir viviendo, pues esta teoría se basa en un pronóstico y no en un hecho, ya que para afirmar que un recién nacido no es viable, menester es predecir que morirá. Para salvar la duda, algu-

14. Ob. cit. en nota (4), pág. 158 - 159.

15. Ob. cit. en nota (2), pág. 228.

16. *Cuerpo Humano, Persona y Familia*. Atilio A. Alterini, Libro Homenaje a la Profesora Doctora María Josefa Méndez Costa, Santa Fé, Argentina, 1990, pág. 305.

nas legislaciones presumen viable a la criatura que viviere 24 horas (artículo 30 del Código Civil español)¹⁷. Sin embargo, la ciencia demuestra que bien puede el niño vivir dicho lapso y no ser viable. Por otra parte, como señalaba don A. Bello, "añádase la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo". Designar cierto plazo es además arbitrario.¹⁸

En cuanto al segundo problema esto es, la ectogénesis, es decir, la posibilidad de crear un ser humano en un laboratorio, procedimiento con el cual no estamos de acuerdo pero, que no podemos ignorar como una alternativa científicamente viable eventualmente, y con el fin de proteger la vida de la criatura por nacer, proponemos que la ley señale que "se entenderá por nacido al que estando fuera del claustro en que se gestó..." Con estas palabras desvinculamos el concepto de nacimiento con la idea de separación de la criatura del cuerpo de la madre.

Cabe agregar que la ectogénesis está en general prohibida. En efecto, entre otros, el Consejo Australiano de Investigaciones Médicas estableció una serie de directrices para la fertilización in vitro, entre las cuales una de ellas señala que: "Se prohíbe continuar el desarrollo embrionario in vitro más allá de cuando la implantación se llevará a cabo"¹⁹. El Consejo de Europa por su parte, en su recomendación 1046 de 1986 sobre utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales, comerciales, invitó a los Gobiernos de los Estados miembros a prohibir lo que llamó "manipulaciones o desviaciones no deseables de estas técnicas", entre ellas, la ectogénesis o producción de un ser humano individualizado autónomo fuera del útero de una mujer, es decir, en un laboratorio;²⁰ y también, la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, señala en su Capítulo VI denominado "De las infracciones y Sanciones", artículo 20 N° 2, L.B. sobre infracciones muy graves (l.c.) "el mantener in

17. Código Civil Español. Edición preparada por Francisco Rico Pérez, Profesor de Derecho Civil en la Universidad Complutense. Cuarta Edición, 1986. Editorial Trivium S.A., Madrid, España.

18. Ob. cit. en nota (4), págs. 160 - 161.

19. Algunas Reflexiones acerca de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina de Carlos Cárdenas Quirós, en La Familia en el Derecho Peruano, Libro homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chavez. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, pág. 192.

20. Sesión 38 ordinaria. Discusión por la Asamblea los días 19 y 24 de Septiembre de 1986 (sesiones 13 y 18). (Cf. Doc.5615, informe de la Comisión de Cuestiones Jurídicas, Doc.5635, parecer de la Comisión de Cuestiones Sociales y Salud). Texto adoptado por la Asamblea el 24 de Septiembre de 1986 (sesión 18).

vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día 14 siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieren haber estado crioconservados" y, (l.s.) "la ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio" ²¹.

Finalmente en la norma que proponemos se elimina el actual inciso segundo del artículo 74 del Código Civil que dispone: "La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás", pues la criatura por nacer es un alguien y no un algo y por ello, no se le puede reputar no haber existido jamás, ya que de lo contrario, el legislador estaría negando su existencia física que constituye una verdad científicamente irrefutable y además, negaría su existencia jurídica que se sustenta en esa realidad innegable y, que por este anteproyecto se reconoce.

D. ARTICULO 75 DEL CODIGO CIVIL: LA LEY PROTEGE LA VIDA E INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA DEL QUE ESTA POR NACER. EL JUEZ DE LE-

TRAS DE MENORES, SIEMPRE QUE CREA QUE DE ALGUN MODO PELIGRA SU VIDA O SALUD, TOMARA A PETICION DE CUALQUIERA PERSONA O DE OFICIO, TODAS LAS PROVIDENCIAS QUE LE PAREZCAN CONVENIENTES PARA PROTEGER LA EXISTENCIA DEL NO NACIDO, TALES COMO PROHIBIR LA DESTRUCCION DE EMBRIONES, DISPONER EL INTERNAMIENTO DE LA MADRE EN UN CENTRO ASISTENCIAL, O DECRETAR LA SEPARACION TEMPORAL DE LOS CONYUGES EN CASO DE VIOLENCIA O ENFERMEDAD CONTAGIOSA. EL PROCEDIMIENTO EN ESTOS CASOS SERA EL INDICADO EN LA LEY 16.618 Y TENDRA COMPETENCIA CUALQUIER JUEZ DE LETRAS DE MENORES.

Todo castigo a la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Como ya lo hemos señalado, el anteproyecto de ley que presentamos se propone entre otros fines, proteger la vida, integridad física

21. Ley (española) Nº 35 sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 22 de Noviembre de 1988 publicada en el Boletín Oficial del Estado Nº 282 del 24 de Noviembre de 1988. Hemos optado por esta solución, pues conocido es que los avances científicos superan la evolución del Derecho, produciéndose una desarmonía entre la ciencia y el Derecho, que puede generar graves consecuencias, como sería en este caso, la desprotección del concebido y gestado in vitro.

y psíquica de la criatura que está por nacer, derecho que naturalmente le pertenece, pues es un ser humano único e irrepetible. "Que él exista, hace una diferencia en el universo, porque no hubo ni habrá otra combinación de valores y facultades como la suya. Que él deje de existir antes de haber florecido, antes de haber brindado al universo su única mezcla de cualidades, entonces, también importa. Es una pérdida irremediable"²². En efecto, el empleo del DNA (ácido desoxiribonucleico) establece infaliblemente el hecho, de que por mandato de la naturaleza, la primera célula humana viviente, que se forma cuando el espermatozoide del hombre penetra el óvulo de la mujer, contiene un DNA exclusivo del ser humano al cual pertenece. Hoy es científicamente demostrable que este DNA es distinto del de los padres. Es así como, desde el principio de esta primera célula, existe un nuevo ser humano²³. El embrión es un ser humano, no así el óvulo, ni un gameto.

Producida la concepción, la nueva vida concebida es un individuo humano separado: un organismo de origen humano que

posee en sí mismo todo lo que es necesario para organizar su propio desarrollo, su propio crecimiento, su propia multiplicación y diferenciación, si se le proporciona solamente la nutrición y el ambiente apropiados²⁴. En definitiva, todo ser humano tiene el derecho a no ser impedido a llegar a la vida durante las diversas y relativamente largas etapas que preceden al nacimiento²⁵. Sin embargo, casi a diario podemos comprobar como se atenta contra la vida de la criatura que está por nacer. En efecto, leemos titulares en la prensa que señalan: "Rusos exportan tejido fetal a E.E.U.U."; "Debate ante empleo de células fetales en cura de enfermedades"; "El diagnóstico genético de los embriones humanos lleva a la eugenesia", afirma el biólogo francés Jacques Testart; "Costo de la fertilización: hay que detener los tratamientos agresivos. Como resultado de tales tratamientos, son frecuentes los nacimientos de mellizos, trillizos y cuádruples y cada recién nacido con un peso muy bajo, lo que obliga a cuidados intensivos no siempre con el mejor resultado"; "la fecundación artificial es un negocio en auge" (USA); "Las amenazas contra la vida humana" por

22. Revista Semilla de Vida. Corporación Movimiento Anónimo por la Vida. Págs. 9 y 11. Santiago, Marzo - Abril 1993, Nº1.

23. Revista Semilla de Vida. Corporación Movimiento Anónimo por la Vida. Págs. 9 y 11. Santiago, Marzo - Abril 1993, Nº1.

24. Declaraciones Recientes de la Iglesia en Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho. Ob. cit en nota (7), págs. 154 - 155.

25. Fundamento Ético-Jurídico del derecho a la vida. Francisco Puy, pág. 98.

el Cardenal Joseph Ratzinger; "Se acentúa debate en investigación con embriones humanos"; "Polémica por destino de siete embriones congelados"; "Jacques Testart dice basta"; "Papa se pronunció contra la manipulación genética"; "Mujer danesa está embarazada de nueve bebés"²⁶. A estos hechos debemos sumar la legalización del aborto incluso, hemos leído en la prensa en los días pasados, que en E.E.U.U. se promulgó una ley que protege el aborto, estableciendo una sanción para quien dificulte el acceso al aborto. Surge entonces la interrogante, ¿por qué se atenta contra la criatura que está por nacer? Las respuestas pueden ser muy variadas: Así Cristián Larrain señala que existe una subvaloración de la criatura en gestación, que tiene su origen en la desinformación²⁷. Sin embargo, hay personas perfectamente informadas que atentan contra la vida del que está por nacer porque en ellos se advierte la ausencia de verdaderos valores cristianos. Si bien, se han dictado leyes que, en consideración a los avances científicos han venido a regular la reproducción asistida como lo es la Ley española (Nº 35) de 1988, en lo que se refiere al estatuto ju-

rídico del embrión, es extremadamente compleja. En efecto, el profesor Hernán Corral Talciani nos dice al respecto que: "No existe un criterio uniforme y constante, puesto que se diferencian tres fases en el desarrollo embrionario adaptándose a ellas la regulación legal. Estas tres fases son las de "preembrión", "embrión" y "feto". "Los preembriones (óvulos fecundados hasta aproximadamente catorce días más tarde, según resulta de la exposición de motivos de la Ley Nº 35) en general, son asimilados a los gametos y su protección jurídica cede ante intereses de otros, sea de los usuarios de una técnica de reproducción asistida o de los científicos e investigadores".²⁸

Así por ejemplo, si bien el artículo 3 de la ley prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, el artículo siguiente prescribe que sólo se transferirán al útero el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo, con lo cual se legaliza el deshecho de embriones. En efecto, el artículo 11 Nº 3 de la Ley señala que los embriones so-

26. Diario El Mercurio: 17 de octubre de 1992, 18 de octubre de 1992, 12 de septiembre de 1992, 9 de septiembre de 1992, 26 de mayo de 1991, 28 de enero de 1991, 13 de agosto de 1989, 12 de marzo de 1987, 13 de agosto de 1993.

27. Revista Semilla de Vida, Ob. cit. en nota (22), pág. 4.

28. La Nueva Legislación Española sobre Técnicas de Reproducción Artificial y Procedimientos Afines. Hernán Corral Talciani, pág. 203 en Revista de Derecho Privado, Universidad Católica, Marzo 1992.

brantes de una FIV, por no haber sido transferidos al útero, se criopreservarán en los bancos autorizados por un máximo de cinco años²⁹. Agrega el profesor Corral que "en las etapas siguientes: embrión y feto, el nasciturus goza de mayor protección, pero tampoco está vedada completamente su manipulación". En efecto, la Ley N° 42 de diciembre de 1988 sobre "Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos", permite en sus artículos 2 y 4 la donación y utilización de embriones y fetos o de sus células, tejidos u órganos, cuando se cumple con ciertos requisitos y, el trasplante de células, tejidos u órganos embrionarios o fetales en beneficio de personas enfermas, cuando el receptor preste su consentimiento, fines para los cuales la viabilidad del embrión o feto es determinante, pues si éstos son clínicamente no viables, se puede llegar hasta extraer órganos de una criatura viva.³⁰

Frente a lo expuesto, el artículo 75 del Código Civil resulta hoy claramente insuficiente. En efecto, por una parte es necesario ampliar la protección legal a la integridad física y psíquica de la criatura que está por nacer, y por otro lado, debe señalarse un procedimiento claro y preciso y más aún, debe determinarse el juez

competente. Sólo en esta forma se garantiza una aplicación real del Derecho. En consideración a estas ideas, planteamos en el inciso segundo del artículo 75 del Anteproyecto que presentamos, que el procedimiento en estos casos sea el indicado en la Ley 16.618 (Ley de Menores) y que tenga competencia cualquier Juez de Letras de Menores. Debemos señalar que basados en la experiencia que ha tenido en su tarea por defender la vida de la criatura por nacer la CORPORACION MOVIMIENTO ANONIMO POR LA VIDA y además, teniendo presente el dictamen de la Contraloría General de la República N° 14.525 de 15 de Junio de 1992 que considera que "dada precisamente la naturaleza protectora de las normas que rigen las funciones del Servicio Nacional de Menores, forma parte de la competencia de éste la ejecución de acciones que, como las que se refieren a la asistencia del que está por nacer, precaven las situaciones de riesgo que ese organismo está directamente llamado a remediar, hemos pensado que el Juez competente sea el de Letras de Menores, pudiendo entrar a conocer el asunto cualquiera de ellos, dada la premura que requiere adoptar una medida de protección de la vida e integridad física y psíquica del

29. Ley española, Ob. cit. en nota (21).

30. Ob. cit. en nota (28), pág. 203.

no nacido. Es por ello que desde luego, el procedimiento que deberá aplicarse, será el indicado en la Ley de Menores (Nº 16.618).

E. ARTICULO 77 DEL CODIGO CIVIL: LOS DERECHOS DEFERIDOS A LA CRIATURA NO NACIDA ESTAN SUBORDINADOS A LA CONDICION DE QUE NAZCA CON VIDA. DICHOS DERECHOS SE RESOLVERAN SI LA CRIATURA MUERE DENTRO DEL CLAUSTRO EN QUE SE GESTO O SI UNA VEZ FUERA DE EL, NO SOBREVIVE UN MOMENTO SIQUIERA.

La norma que proponemos es consecuencia de las modificaciones ya referidas. En efecto, la criatura no nacida es considerada persona aún antes de su nacimiento y por lo tanto, es sujeto de toda clase de derechos, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales. En cuanto a estos últimos, que en la actual legislación están en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe, se defieren, en el anteproyecto, desde ya a la criatura bajo condición de que nazca con vida. Como es sabido, mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de los llamados derechos eventuales de la criatura por nacer, polémica que con la norma propuesta ya no tiene sentido, pues tales derechos en el anteproyecto que se presenta, son condicionales, esto es, están sujetos a una condición re-

solutoria, cuyo evento consiste en que la criatura muera dentro del claustro en que se gestó o que una vez fuera de él, no sobreviva un momento siquiera. Cumplido que sea este hecho futuro e incierto, tendrán aplicación las reglas generales en materia de condición resolutoria cumplida. En consideración a lo expuesto, abordaremos en un anteproyecto complementario, las diversas modificaciones que habría que introducir en el Código Civil y otros cuerpos legales, entre otras a los artículos 240 inciso 2 (en el cual se deberá señalar que la patria potestad se ejercerá también respecto de los derechos deferidos a la criatura no nacida), 354 (en el que se eliminaría las expresiones "para en caso que nazca vivo"), 356 (disposición en la cual deberá señalarse que el padre legítimo podrá nombrar tutor por testamento al hijo que está por nacer para que lo represente en sus derechos); 343 (norma en la que se eliminaría la referencia a los derechos eventuales del que está por nacer, toda vez que la criatura no nacida deberá estar bajo tutela y no bajo curaduría de bienes en conformidad a lo prescrito por el artículo 341); 485 (artículo que deberá adecuarse a los nuevos principios consagrados en este anteproyecto). Es atinente señalar que el artículo 962 del Código Civil dispone que: "Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión;...". Por lo tanto, la criatura no nacida tiene capacidad sucesoria aún en la ac-

tual legislación, por lo que no deberá modificarse esta norma.

Finalmente debe tenerse presente que la solución que adoptamos en esta materia, es la consagrada por el Derecho Comparado, según lo señalamos al comentar las legislaciones de Argentina, Perú y Paraguay.

F. ANTEPROYECTO DE LEY PENAL. ARTICULO UNICO:

"EL QUE MANIPULE O ABANDONE UN SER HUMANO EN GESTACION QUE SE ENCUENTRE FUERA DEL CLAUSTRO MATERNO, CUALQUIERA SEA SU ESTADO DE DESARROLLO, PRODUCIEN- DOLE LESIONES O MUERTE, SERA CASTIGADO CON LA PENA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO A PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO."

La norma que proponemos sanciona la "MANIPULACION" y el "ABANDONO" de la criatura en gestación que se encuentra fuera del claustro materno. Con el término "manipulación" pretendemos prohibir la investigación genética que no tenga por finalidad la salvación o curación de la criatura. Al respecto, Juan Pablo II ha señalado que "las manipulaciones

desconsideradas sobre los game- tos o sobre los embriones, que consisten en transformar sus se- cuencias específicas de genoma, portador de características pro- pias de especie y de individuo, hacen correr a la humanidad ries- gos serios de mutaciones genéti- cas", agregando que "estos ries- gos no dejarán de alterar la inte- gridad física y espiritual no sólo de los seres sobre los cuales estas transformaciones han sido efectuadas, sino sobre personas de las futuras generaciones".³¹ Sancionamos la experimentación con embriones humanos, pues "existiendo bancos de esperma y teniendo a su disposición los óvu- los concebidos por FIVET, era cuestión de tiempo antes de que los técnicos laboratoristas comen- zaran a experimentar con embri- ones "producidos" única y exclusi- vamente para la experimentación. Dichos experimentos van de un extremo al otro, teniendo como meta desde la conquista de en- fermedades genéticas (lo cual hace pensar a algunos que lo justifica) hasta la unión de células animales y humanas."³²

Por otra parte, con el término "abandono" queremos prohibir la donación, destrucción y criocon- servación de los embriones "so- brantes". En efecto, "dado que la extracción de ovocitos exige una

31. Diario El Mercurio 20 de noviembre de 1993.

32. Fecundación In Vitro: Trágico Atraso de la Ciencia, preparado y distribuido por Human Life International, INC., Miami U.S.A.

intervención en la mujer que además de molesta debe ser realizada en un momento preciso de su ciclo ovulatorio y que éstos sufran daños con su congelación, lo habitual es crear varios embriones, y si bien el número de fracasos que se producen antes de que una implantación tenga éxito es considerable, la posibilidad de que haya embriones sobrantes es alta, preguntándonos entonces por su destino.³³

Más adelante, la norma propuesta señala "...CUALQUIERA SEA SU ESTADO DE DESARROLLO..." palabras con las cuales queremos proteger al no nacido desde el momento mismo de la concepción, sin distinguir fases de desarrollo, pues "la concepción o fecundación..., se realiza en la mujer en el tercio externo de la trompa de falopio. En la mujer, el tiempo que transcurre entre la fecundación o concepción en el tercio externo de la trompa de falopio y la implantación o anidación en el útero es de cuatro a cinco días. Dicho de otro modo, implantarse en la cavidad uterina para iniciar un embarazo, llega un ser humano de cuatro a cinco

días de vida, en estado de blastocito. Todos hemos vivido nuestros primeros cuatro a cinco días de vida en la trompa de falopio."³⁴ "En ningún momento de su crecimiento el embrión puede ser, pues objeto de ensayos que no serán para él un beneficio, ni de experiencias que implicarían inelectablemente tanto su destrucción como amputaciones o lesiones irreversibles, porque la naturaleza misma del hombre sería, al mismo tiempo, vapuleada y herida."³⁵

Es de suma importancia agregar que el Consejo de Europa en su Recomendación 1046 de 1986 sobre utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, consideró que desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla en un proceso continuo, de modo que no es posible hacer diferenciaciones claras a lo largo de las primeras fases embrionarias.³⁶ Por otra parte, Jérôme Lejeune, nos dijo con toda razón que "no hay diferencia entre el joven que yo fui en estado embrionario y el ser hu-

33. Hacia un Estatuto Jurídico del Embrión Humano (especial consideración del preembrión) por M. Carcaba Fernández, Universidad de Oviedo, en la Filiación a finales del s.XX. Editorial Trivium S.A., 1988, Madrid, España.

34. Los derechos del niño antes de nacer. Aspectos éticos y científicos, Carlos Quintana V., Editor, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 55. (Procedimientos postconcepcionales de planificación familiar. Alfredo Pérez Sánchez, Prof. de obstetricia y ginecología, Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile).

35. Diario El Mercurio 20 de noviembre de 1993.

36. Texto adoptado por la Asamblea el 24 de Septiembre de 1986, sesión 18, Ob. cit. en nota (20).

mano que he llegado a ser ahora." En efecto, agrega Lejeune que "el misterio de la diferenciación de las células es un problema resuelto, pues se sabe donde se encuentra inscrito el código genético. Resulta, pues errónea la conclusión de que el cigoto fecundado es una masa de células, aparentemente no diferenciadas; las nuevas pruebas atestiguan irrefutablemente que existe una diferenciación y que, desde el primer instante, existe también un embrión", y por ello, "no hace falta instaurar una subdivisión llamada pre-embrión."³⁷ Sigue prescribiendo la norma que proponemos: "El que manipule o abandone un ser humano en gestación que se encuentre fuera del claustro materno, cualquiera sea su estado de desarrollo, PRODUCIENDOLE LESIONES O MUERTE..." palabras con las cuales queremos sancionar penalmente no sólo la destrucción, esto es, la muerte de la criatura en gestación que se encuentra fuera del vientre materno, sino que también, las lesiones que se le infieran como consecuencia de su manipulación, recogiendo de esta manera los límites señalados por el Papa en esta materia, quién indicó que "deben estimularse las investigaciones en el campo de la biogenética, pero

siempre que se abran a nuevas perspectivas y terapias genéticas respetuosas con la vida y la integridad de los sujetos, y tienda a la salvaguardia o a la curación individual de los pacientes nacidos o por nacer, aquejados de patologías a menudo letales."³⁸ A este respecto, la Recomendación 1046 del Consejo de Europa de 1986 consideró en materia de normas sobre el uso de embriones o fetos humanos y sobre la toma de tejidos de ellos, para fines diagnósticos o terapéuticos, que: "toda intervención sobre el embrión vivo, in útero o fuera de él con fines diagnósticos distintos de los ya previstos por la legislación nacional, sólo se permitirá si tiene como objetivo el bienestar del niño al nacer y favorecer su desarrollo", y que para fines terapéuticos, "cualquier intervención sobre el embrión vivo, in útero o in vitro, o sobre el feto in útero o fuera de él, sólo se permitirá si tiene como objetivo el bienestar del niño al nacer..." agregando que: "la terapia... sólo se permitirá para enfermedades embrionarias con un diagnóstico claro y preciso y con pronóstico grave o muy malo, sin posibilidad de otros tratamientos y cuando la terapia ofrezca razonables garantías de solución para la enfermedad."³⁹ La norma que pro-

37. Ob. cit. en nota (11), págs. 110 - 112.

38. Diario El Mercurio 20 de noviembre de 1993.

39. Texto adoptado por la Asamblea el 24 de Septiembre de 1986, sesión 18, Ob. cit. en nota (20).

ponemos tiene vital importancia en materia de prácticas eugenésicas, que el biólogo Jacques Testart llama eugenismo blando, señalando que mientras los embriones no han sido implantados, es posible identificar algunas de sus características genéticas mediante el análisis de algunas células, lo cual permite eliminar los embriones no deseados, lo que a juicio de Testart "abre una perspectiva totalmente nueva en la práctica de la eugenesia", que "no es más que una forma particular de racismo".⁴⁰ Es de vital relevancia recalcar que no concordamos con el principio contenido en el Informe Warnock de Gran Bretaña del 26 de Junio de 1984, según el cual se pueden autorizar experimentos con embriones fertilizados, siempre que no sobrepasen los catorce días después de producida la fertilización, pues la vida humana, como lo hemos señalado en este trabajo, comienza desde el instante mismo de la concepción.⁴¹ Asimismo pensamos que el que congela un embrión y dispone de él para fines de experimentación o terapia, comete delito, pues intenta contra su derecho a la vida.

Finalmente, la norma que proponemos establece que la sanción penal para aquél que manipule o abandone un ser humano en gestación que se encuen-

tre fuera del claustro materno, cualquiera sea su estado de desarrollo, produciéndole lesiones o muerte, será la de PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO A PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO. Según la doctrina tradicional, el aborto supone un embarazo, no teniendo relevancia el estado de desarrollo en que se encuentre la criatura por nacer. Por ello, se habla también de interrupción del embarazo con muerte del feto.

"Desde esta perspectiva parece obvio que la destrucción del embrión in vitro antes de su implantación en el seno materno, es decir en el útero, no constituiría aborto en el sentido típico que le han dado los autores e intérpretes de la ley penal." Sin embargo, don Eduardo Zannoni estima que la "sumisión a los conceptos seculares que han delimitado el delito de aborto a la muerte del embrión o del feto en el seno materno, no podría constituir -al menos en las legislaciones que no contienen una definición legal del aborto- un obstáculo para reformular el concepto recogido. Como decimos, de la observación de la realidad biológica 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

40. Diario El Mercurio 18 de octubre de 1992.

41. Ob. Cit. en nota (19), pág.189

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." Agrega Zannoni que: "si no se aceptan estas ideas... es preciso recoger penalmente el tipo que reprima el aborto mediante destrucción del embrión in vitro, en las mismas condiciones que el que reprime la destrucción del feto en el seno materno, interrumpiendo el embarazo.⁴² Por nuestra parte, el Código Penal no define el aborto, es más, no lo regula en el Título VIII del Libro II que reglamenta los delitos contra las personas, sino que, lo contempla en el Título VII del mismo Libro que tipifica los delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, distinguiendo en su párrafo 1 en los artículos 342 al 345 entre el aborto causado por terceros extraños, por la mujer embarazada y por un profesional. Constituyendo el aborto un delito que atenta contra la vida del ser más indefenso de todos sobre la tierra, consideramos errado el criterio del legislador, ya que con el aborto no se perturba el orden de las familias, pues no tiene importancia el estado civil de la mujer embarazada ni su edad. La doctrina penal clásica (Carrara) define el aborto como "la muerte

del feto en el útero o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto (feticidio).⁴³ Considerando lo expuesto pensamos que es necesaria la creación de un tipo penal para proteger la vida de la criatura fuera del seno materno y teniendo presente que esa vida es igual a la de aquella criatura que se encuentra in útero, la sanción penal que proponemos es la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, tomamos como pauta para estos efectos, las penas señaladas entre los artículos 342 al 345 del Código Penal. De lo expuesto, resulta urgente y necesaria la reforma propuesta, sobre todo si consideramos que en Estados Unidos se ha promulgado una ley que protege el aborto, según la cual, es ahora un delito federal el bloquear el acceso a las clínicas abortivas y se castiga con cárcel al que con intimidación u obstrucción impide a la mujeres dirigirse a una clínica para someterse a un aborto (condena de hasta tres años).⁴⁴

Es así que con este Anteproyecto pretendemos armonizar la norma legal con la Carta Fundamental, sin perjuicio que en un trabajo posterior abordaremos las diver-

42. Inseminación Artificial y Fecundación Extratuterina. Eduardo Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 1978, págs. 92 - 94.

43. Derecho Penal, Tomo III, Alfredo Etcheberry, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, 1976, págs. 63 - 65.

44. Diario El Mercurio 27 de mayo de 1994.

sas modificaciones legales que se deberían introducir en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de los principios que inspiran el presente trabajo. Sin embargo, para finalizar quisiera recordar que la Asamblea de la Asociación Médica Mundial adoptó en 1948 en Ginebra la siguiente fórmula de juramento: "Mantendré el respeto absoluto de la vida humana desde la concepción, incluso bajo la amenaza; jamás admitiré el empleo de mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad"⁴⁵ y, reproducir las palabras del Cardenal Joseph Ratzinger que sintetizan muy bien el pensamiento de

esta Comisión: "Donde el criterio decisivo del reconocimiento de los derechos es el de la mayoría, donde el derecho a la expresión de la propia libertad puede prevalecer sobre el derecho de una minoría que no tiene voz, es la fuerza la que se ha convertido en criterio del derecho." "Un Estado que usurpe la prerrogativa de definir cuales seres humanos son o no sujetos de derechos y que reconozca, por tanto, a algunos el poder de violar el derecho fundamental a la vida de otros, va contra el ideal democrático al que dice atenerse, y mina las mismas bases en que se apoya."⁴⁶

45. Ob. cit. en nota (7), pág. 147.

46. Diario El Mercurio 26 de mayo de 1991.