

JUAN CRISTÓBAL GUMUCIO SCHÖNTHALER, *Procreación asistida, un análisis a la luz de la legislación chilena*, Santiago, marzo de 1998.

Juan Cristóbal Gumucio Schönthaler obtuvo, con el título en comento, el Primer Premio del Concurso de Tesis convocado por la Fundación Fernando Fueyo Laneri, el año 1994. Se trata de una obra que abarca, analiza, diagnóstica y concluye, desde una perspectiva estrictamente jurídica, los efectos de los procedimientos de procreación humana asistida a la luz de nuestro derecho.

Gumucio entra decididamente en un tema complejo, regulado hasta hoy en Chile casi sólo por criterios y reglas morales —a veces aún difusas o en proceso de mayor explicitación—, inexplorado por la legislación positiva y apenas incluido en la obra de algunos pocos autores nacionales.

El autor demuestra a lo largo del texto una sabia independencia de criterio. No pretende hacer de él un documento normativo que recoja exhaustivamente los postulados morales que principalmente la Iglesia Católica ha vertido al respecto; sin perjuicio de referirse a ellos y analizarlos cuando es oportuno. Por el contrario, intenta exitosamente analizar, con un rigor exclusivamente jurídico manifestado en juicios personales, cómo la aplicación de las técnicas de procreación asistida podrían alterar las disposiciones de nuestra legislación en materias jamás modificadas, casi siempre de orden público, y eventualmente constituir —en nuestra opinión— una descodificación material de nuestro Código Civil (utilizando la terminología de Alejandro Guzmán Brito). El hecho de que el autor pretenda, en ciertos casos, evadir un juicio directo sobre la licitud o ilicitud de las técnicas en sí, no deja de incomodar, al principio, al lector ávido de los mismos. Sin embargo, esta es una de las características que le dan valor al trabajo de Gumucio, ya que la convierte en un verdadero compendio jurídico que ilustra con claridad cómo una conducta humana, que puede ser eventualmente reprobable desde el prisma moral, no necesariamente atenta en contra de bienes jurídicos protegidos, y, en consecuencia, puede no revestir el carácter de un ilícito. Sin perjuicio de lo anterior, el autor sabe dar cabida a lo largo de su texto a los pronunciamientos de autoridades en el terreno de la moral occidental, en especial a los de la Iglesia Católica; como asimismo expone los criterios impuestos por la ética profesional y la *lex artis*. En todo caso, no podrá decirse que la ética profesional y la *lex artis* propongan, en definitiva, criterios contradictorios ni independientes a los explicitados por la Iglesia Católica a través de los documentos pertinentes, oportunamente citados por el autor.

En sus capítulos preliminares, el texto introduce al lector en los procedimientos contra la infertilidad, en la valoración según la ética profesional y la *lex artis* de estas técnicas, exponiendo a su vez la posición de la Iglesia Católica. En seguida, el autor se arriesga a proponer, con fundamento, un estatuto jurídico para el embrión, y a calificar jurídicamente a los gametos. Sigue el autor exponiendo acerca de las consecuencias de estas técnicas en el contrato de matrimonio y en especial con respecto a los deberes que este impone, para finalmente plantear los problemas jurídicos suscitados en materia de filiación y en relación al derecho sucesorio.

Nos parece valioso el aporte de Gumucio —en especial en el Capítulo IV (“Procreación Asistida y Matrimonio”)— al colocar como centro principal de importancia, y como un bien jurídico de mayor entidad, la protección del ser humano no nacido frente a lo que ha llamado “el derecho a la procreación” o la problemática de las parejas estériles. Por otra parte, es destacable la defensa que hace el autor, con buenos argumentos jurídicos positivos y doctrinarios y acertado manejo de la hermenéutica constitucional, del hecho de que los titulares de este “derecho a la procreación” sólo pueden ser los cónyuges, y que jamás este derecho puede confundirse ni menos equivaler al derecho de tener finalmente un hijo. Quizás hizo falta, dentro del análisis de la normativa constitucional, que el autor también hubiera analizado los efectos de estas técnicas desde la perspectiva de la garantía del artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República, y hubiera ahondado en lo que el Constituyente de 1980 entendió por “igualdad” y por “diferencias arbitrarias”. Creemos que estos conceptos están naturalmente destinados a iluminar el debate en estas materias.

Gumucio da opiniones innovadoras sobre las consecuencias jurídicas de estas técnicas. No siempre estas opiniones podrán ser acogidas por la vía jurisprudencial, dado que enfrentan texto legal expreso en contrario. Lo anterior ocurre con la opinión del autor —que compartimos— en el sentido de que debiera propenderse a la libre y amplia investigación de la paternidad por parte del hijo. Sin embargo, pensamos que a partir de un análisis armónico de las disposiciones tanto de Derecho de Familia, como de las que también son pertinentes en materia penal, procesal civil y procesal penal, se advierte la imposibilidad de que un juez acceda a otorgar un derecho semejante al hijo. Siguiendo el mismo criterio antes planteado, estimamos también que debiera autorizarse al marido a impugnar la paternidad del niño procreado con semen de un tercero.

En el mismo sentido, el autor presenta realidades que claramente fueron imposibles de prever cuando hace más de ciento cuarenta años se dictó nuestro Código Civil. Pareciera que a algunas de las controversias suscitadas por estas nuevas realidades es imposible darles una solución justa, aplicando las propuestas normativas dadas por el legislador de entonces. Es el caso de la imposibilidad de impugnar la maternidad cuando el hijo ha sido concebido con el óvulo de una mujer y gestado en el vientre de otra; máxime cuando pudo haber existido un contrato de arrendamiento de útero. Por otra parte, no puede divisarse cómo sobrevivirá la presunción de derecho del artículo 76 del Código Civil, en circunstancias que la concepción puede en la actualidad preceder al nacimiento en mucho más de 300 días contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el día de este último.

La obra de Juan Cristóbal Gumucio llega en una época propicia. En el Congreso Nacional se ha presentado un proyecto de ley que pretende regular las técnicas de reproducción asistida. No está de más el reafirmar la importancia de la misión que toca a los juristas de informar y revelar criterios propios de la ciencia del Derecho a los legisladores. Son estas materias de ciencia jurídica estricta que deben ser estudiadas y maduradas por profesionales capaces de proporcionar luces al debate que seguramente se generará.

A pesar de que no ha sido un tema abarcado por la obra en comento, creemos que la decisión de legislar sobre temas que súbitamente aparecen en la vida diaria y que se tornan relevantes —y en este caso esenciales— al

hombre, debe estar precedida por un margen adecuado de tiempo, que permita el esclarecimiento y la maduración de los criterios éticos, que preceden a los jurídicos en la materia respectiva. En otras palabras, estimamos que no siempre debiera legislarse sobre una materia tan pronto como se constata que en la práctica ocurren ciertas conductas que inciden en el campo que le es propio. Al legislar apresuradamente, se puede terminar por producir el mal que se quiere evitar, y finalmente no dotar a las nuevas normas legales de la permanencia necesaria en el tiempo, arriesgando su modificación temprana y progresiva.

Por último, creemos que con las cautelas debidas, deberá finalmente legislarse en la materia, no intentando acabar en un solo texto todas las interrogantes que esta nueva problemática plantea al Derecho, y que por lo visto parecen aumentar vertiginosamente. Existen algunas materias que necesitan más urgentemente que otras un tratamiento legislativo; otras conductas, una sanción más drástica —como la penal, *ultima ratio*—, ya que atentan y contravienen bienes jurídicos de primer orden. Pero jamás deberá esta nueva legislación traicionar los principios que desde sus remotos orígenes han inspirado el orden jurídico nacional, que no son otros que aquellos que emanan de la naturaleza del hombre: parámetro objetivo que constituye la única vara para medir las conductas humanas, incluyendo la misma ley positiva.

El libro de Juan Cristóbal Gumucio Schönthaler consituye un aporte objetivo, innovador y escrito con afán riguroso.

*Rodrigo de Alencar Baraona*