

PROCREACION ASISTIDA HETEROLOGA. EFECTOS CIVILES EN RELACION CON EL MATRIMONIO Y LA FILIACION

Juan Cristóbal Gumucio Schönthaler

Abogado

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es de dominio público que en Chile, desde hace más de una década, se practican técnicas de reproducción asistida que han permitido a centenares de parejas estériles tener un hijo.

En muchas ocasiones, principalmente cuando el marido es irreversiblemente estéril, se recurre a gametos aportados por terceros que permiten llevar a cabo la procreación. Este acto, científicamente simple, produce profundas consecuencias morales, jurídicas y psicológicas que en general no se ponderan con detención.

En nuestro país debiera producirse un debate público, bien informado, sobre estas técnicas. Actualmente se tramita en el Congreso un proyecto de ley presentado por el Senador Piñera, que debiera servir para abrir este debate y pronunciarnos sobre su admisibilidad y efectos.

Algunas técnicas de procreación asistida afectan derechos fundamentales sobre los que descansa nuestro ordenamiento jurídico. El derecho a la vida, la integridad psíquica de las personas, la unidad del matrimonio, son algunos bienes jurídicos que pueden ser vulnerados por estas técnicas si no se las regula.

Por estos motivos, se requiere en primer lugar un examen sobre la admisibilidad de estas técnicas y, luego, un análisis sobre la regulación de sus efectos, porque la aplicación de estas técnicas —sea legalmente, en silencio de la ley o incluso contra ley— puede constituir una verdadera revolución en el Derecho de Familia.

Para graficar las complejas consecuencias que se producen por la aplicación de estas técnicas hemos querido tomar un caso que ya puede considerarse de práctica frecuente. Se trata de la fertilización asistida con gametos aportados por un tercero, a la que se someten algunos matrimonios para poder tener un hijo. Atendida la extensión de la materia, sólo podremos detenernos en algunos de los posibles efectos que se producirían en materia de matrimonio y filiación, de aplicarse nuestra actual legislación.

El ejemplo tomado es sólo eso, y no pretende abarcar todo el tema ni colocarse en todas las hipótesis, que son múltiples, sino que solamente llamar la atención sobre la compleja situación que plantean estas técnicas, las que no han sido previstas por nuestra ley.

II. EFECTOS EN RELACION CON EL MATRIMONIO

1. *Deber de fidelidad*

Para aproximarnos a este problema nos parece necesario distinguir si la técnica de procreación asistida hecha con gametos de un tercero se efectuó sin o con el consentimiento del otro cónyuge.

Si se ha efectuado sin el consentimiento del otro cónyuge nuevamente se debería distinguir si el acto consiste en recibir el semen de un donante, en el caso de la mujer, o convertirse en donante.

- a) Si una mujer, sin el consentimiento de su marido recibe semen de un tercero ¿estamos en presencia de un adulterio?

Como es sabido, el adulterio es un atentado contra el deber de fidelidad que vulnera el monopolio sexual de los cónyuges, propio de la unidad del matrimonio. Además, en el caso de la mujer, el adulterio es un atentado contra el orden de la familia por el riesgo de que se produzca una *turbatio sanguini*.

Los bienes jurídicos señalados son también vulnerados por la realización de estas técnicas con gametos de un donante, pero en este caso el peligro de una *turbatio sanguini* es aún mayor, porque la procreación es precisamente el objetivo del acto realizado.

Sin embargo, ¿es posible analogar la conducta a la del adulterio?

El Código Penal, antes de la Ley 19.335, que entró en vigencia el 23 de diciembre de 1994, señalaba en su artículo 375 que “cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada”.

El verbo rector de la figura era la palabra *yacer*, que ha sido entendida comúnmente como la cópula sexual normal entre un hombre y una mujer.¹

En materia civil el adulterio no había sido definido. Por este motivo se había recurrido al delito de adulterio para iluminar su significado, pero aplicándosele tanto al marido como a la mujer.

Según este criterio, cometerían adulterio tanto el marido como la mujer que yaciera con persona distinta de su cónyuge.²

De acuerdo al criterio expuesto, que es mayoritario en nuestra doctrina, no se podría alegar que existe adulterio, porque ninguna de estas técnicas podría ser analogada con la conducta *yacer*, requisito esencial para constituir un adulterio.

Podemos apreciar, entonces, que aunque en estos casos se lesionen los mismos bienes jurídicos que en el adulterio, no sería posible tipificarlo como tal porque la conducta del adulterio es *yacer*.

El legislador de la época no podía prever otra manera de atentar contra estos bienes jurídicos que no fuera a través de una relación sexual, pero como estas técnicas han abierto nuevas posibilidades, algunos autores habían planteado la necesidad de reformular el concepto de adulterio para efectos civiles.

Jaime Náquira señalaba que lo esencial en el adulterio es “el acto grave de infidelidad que atenta contra el derecho exclusivo y recíproco de los cónyuges en orden a engendrar prole, el cual tiene lugar no sólo en la relación sexual propiamente tal sino, también, con una fecundación heteróloga, en ignorancia del otro cónyuge”.³

¹ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”, Ed. Nacional Gabriela Mistral, tomo cuarto, pp. 35 y 36.

² SOMARRIVA, Manuel. “Derecho de Familia”, Ed. Nascimento, Stgo., 1936, p.134.

³ NAQUIRA, Jaime. “Algunas Consideraciones Jurídicas sobre Fecundación Artificial y Fertilización *In Vitro*”, en Revista Educación Médica U.C., N° 5/87, p. 13.

En la misma línea, Fernando Rozas señalaba que esta conducta implicaría una especie de adulterio, porque "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".⁴

El debate anterior fue zanjado cuando la nueva Ley 19.935, junto con despenalizar el adulterio le dio una nueva redacción al artículo 132 del Código Civil, que ahora define que "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón que yace con mujer que no sea su cónyuge", de manera que actualmente no sería concebible un adulterio sin cópula carnal heterosexual.

Las consecuencias de esto son graves, ya que el marido se verá impedido de impugnar su paternidad alegando el adulterio de su mujer, que le permitiría acompañar otras pruebas que acrediten que no es el padre de la criatura (art. 181 CC).

Al marido no le quedará otro camino que impugnar la paternidad basado en la absoluta imposibilidad física de acceder a la mujer durante todo el tiempo en que pudo producirse la concepción, según lo dispuesto en el artículo 76 del Código Civil (art. 180 CC). Esto, salvo *impotencia coeundi* o *larga ausencia* del marido, es punto menos que imposible.

Esta grave situación podría ser subsanada de aprobarse el proyecto de ley presentado por el Senador Sebastián Piñera, que en su artículo 15 permite al marido impugnar la paternidad alegando que la concepción tuvo lugar con gametos de un tercero.

Sin perjuicio de lo anterior, debido a que la realización de estas técnicas con semen de un donante, sin la autorización del marido, constituyen un grave atentado contra el deber de fidelidad y el orden de la familia, ello no podría quedar sin sanción.

La mujer que actuara sin el consentimiento del marido estaría afectando gravemente el deber de fidelidad entre los cónyuges (art. 131 CC).

Creemos también que la procreación de un hijo no consentido y de persona extraña al marido constituye un grave atentado contra su honor, que podría ser una conducta comprendida por el artículo 968 N° 2 del Código Civil, constituyendo una indignidad para suceder y una injuria atroz (arts. 979 y 324 CC), además de una causal de ingratitud que permitiría revocar las donaciones realizadas antes del matrimonio (art. 1428 CC). En su defecto, constituiría una injuria grave que permitiría rebajar los alimentos de congruos a necesarios.⁵

Estos graves efectos deberían significar la posibilidad del marido de poder solicitar el divorcio, pero nos parece que esto se ve dificultado por la manera como han sido redactadas las causales, que por supuesto jamás se imaginaron la existencia de la procreación asistida con gametos de terceros o heteróloga.

La causal 2ª del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil permite el divorcio en caso de malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra.

⁴ ROZAS, Fernando. "Problemas Jurídicos y Morales que plantean la Inseminación Artificial y la Fecundación *In Vitro*", en Revista Chilena de Derecho, vol. 16 N° 3, Santiago, septiembre/diciembre 1989, p. 728.

⁵ NAQUIRA, J., ob. cit., p.16; ROZAS, F., ob. cit. p. 734.

Concordamos con don Fernando Rozas, que estima que esta causal comprendería las faltas graves al deber de fidelidad que no alcanzaran a constituir adulterio.⁶ Sin embargo, para invocar esta causal se requiere que sean malos tratamientos repetidos, de manera que la mujer debe haberse inseminado o sometido a fertilización asistida heteróloga en más de una oportunidad. Debido a los bajos porcentajes de éxito por cada proceso de fertilización, es común que una mujer se deba someter a varios intentos antes de quedar embarazada.

Don Fernando Rozas estimaba que la infidelidad podía constituir también la causal 7ª del citado artículo, cuya interpretación no debía restringirse solamente al débito conyugal, sino que a todas las obligaciones conyugales que no hubieran sido expresamente contempladas en este artículo.⁷

En el mismo predicamento, no podría estimarse procedente el divorcio por adulterio (art. 21 N° 1 LMC) y la mujer no perdería su porción conyugal ni sus derechos a suceder *ab intestato* (arts. 1173 y 994 CC), a menos que se configurasen las causales de divorcio 2ª y 7ª, citadas precedentemente.

- b) Si la conducta consiste en la donación de gametos, ¿se ha faltado al deber de fidelidad?

Creemos que sí. Nuevamente hay una grave violación a la exclusividad procreacional de los cónyuges, que podría dar lugar a un divorcio de acuerdo a las causales 2ª y 7ª del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, en los mismos casos y circunstancias ya analizadas.⁸

Además esta conducta podría constituir una injuria grave, pero consideramos improcedente catalogarla de injuria atroz, porque no se altera la composición de la familia legítima del donante.

Si la mujer es la donante de sus óvulos no producirá efecto alguno respecto de la criatura concebida. Si, por el contrario, es el marido quien dona sus gametos, por regla general esto tampoco producirá efectos, ya sea porque queda protegido por el anonimato o porque la mujer receptora es casada y el marido de ésta no tiene ninguna causal efectiva para impugnar la paternidad. Excepcionalmente, la criatura concebida podría ser declarada hijo natural o ilegítimo del donante, por sentencia judicial, de acuerdo a lo establecido en los artículos 271 N° 2 y 280 N° 1 del Código Civil.

- c) Si la práctica de estas técnicas se ha efectuado con el consentimiento del otro cónyuge, ¿se ha faltado al deber de fidelidad?

Aunque resulte una contradicción en los términos, esta hipótesis también constituiría un atentado contra la unidad del matrimonio y el monopolio sexual de los cónyuges.

⁶ ROZAS, Fernando. Apuntes de clases de Derecho de Familia, año 1991, recogidos en la Memoria de Prueba de ROZAS, Ricardo, "Manual Práctico de Derecho de Familia" (inédita), Universidad Católica, Santiago, 1993, p.38.

⁷ GÓMEZ VILA, Marcela. Biojurídica (La Nueva Genética ante el Derecho). Lierner Editores, Madrid, 1989, p. 125, afirma también la posibilidad de solicitar el divorcio en estos casos, basada en una causal similar a la del artículo 21 N° 7, contemplada por la legislación colombiana: "El grave e injustificado incumplimiento, por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o padre y de esposa o madre."

⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. "Biogenética, filiación y delito". Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 133 a 134.

Así como en el adulterio no basta con el consentimiento previo del otro cónyuge para que deje de ser adulterio, en este caso el consentimiento prestado con anterioridad a la práctica de estas técnicas equivaldría a la condonación del dolo futuro, lo que es inadmisibles en nuestro derecho.

Sin embargo, nos parece que en la generalidad de estos casos no sería posible alegar el divorcio.

Si bien es cierto la casuística en esta materia y la motivación del consentimiento prestado puede ser infinita, debiendo en última instancia ser el juez quien determine si han existido malos tratamientos de obra o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada, nos parecería una desproporción, por ejemplo, considerar que el sometimiento de una mujer casada a un procedimiento de fertilización asistida heterólogo, con el consentimiento del marido, para lograr el nacimiento de un hijo querido por ambos, sea considerado un mal trato de obra grave o una resistencia injustificada a cumplir las obligaciones conyugales. Las causales de divorcio, por tratarse de sanciones al incumplimiento de preceptos de orden público, no permitirían la integración analógica de conductas no comprendidas en su descripción típica.

2. *Impedimento dirimente de parentesco*

El artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil prohíbe la celebración de matrimonios entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, y entre los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado.

El artículo 29 de la misma ley sanciona su contravención con la nulidad.

Por último, el artículo 36 de la Ley 18.703 dispone que la adopción plena hace caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado, salvo el impedimento de parentesco del artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil.

El impedimento de parentesco ha tenido relevancia con la proliferación de las donaciones de gametos para su utilización en las técnicas de fertilización asistida.

El potencial existente en un donante hace posible que de cada donación se puedan fecundar varias mujeres, de tal modo que si una persona donara espermios periódicamente, el número de hijos biológicos podría ser altísimo. Conocido por la prensa americana fue el caso de un doctor que inseminó a 50 pacientes con su propio semen.⁹

Estas donaciones realizadas secretamente hacen prácticamente imposible descubrir si los contrayentes son parientes por este concepto. Es perfectamente factible imaginar un caso en que un donante se case con su hija biológica, sin que ninguno de los dos lo sepa. Y es más factible aún imaginar el matrimonio entre hermanos consanguíneos, hijos de un mismo donante.

Como el impedimento abarca también el parentesco por afinidad,¹⁰ también podría quedar abarcado por esta hipótesis el matrimonio entre la viuda de un donante y el hijo biológico de su marido o incluso la concubina de un donante y el hijo biológico de éste.¹¹

⁹ The Washington Post. "Fertility Doctor's intention: expert says he donated own sperm to help". November 23, 1991, p.A1.

¹⁰ SOMARRIVA señala que éste sería el único efecto de la afinidad ilegítima, ob. cit., p. 47.

¹¹ En contra DE VECIANA, Ramón, que refiriéndose a un ordenamiento jurídico diferente al nuestro (España), sostiene que sólo opera la afinidad ilegítima respecto de la persona unida en matrimonio con el donante, pero que no abarcaría como parientes afines ilegítimos a los prove-

Creemos que en estos casos de celebrarse el matrimonio se infringiría este impedimento y el matrimonio podría ser declarado nulo.¹²

Para llegar a la conclusión anterior, nos ha servido como un elemento orientador lo dispuesto por la Ley 18.703 para la adopción plena, porque aunque no sea lo mismo, son casos similares, ya que el donante se desentiende del hijo engendrado, el cual es considerado hijo legítimo de la familia receptora. Más de alguien podría cuestionar el doble carácter que podría tener una persona, como una especie de hijo legítimo de una persona e ilegítimo de otra para estar impedido a casarse con miembros de familias distintas, sin embargo, ha sido la propia ley (art. 5 LMC) la que ha zanjado el problema al disponer que el impedimento sea por consanguinidad y no por ascendencia o descendencia legítima o ilegítima.

A mayor abundamiento, en el caso de la adopción plena se ha contemplado este impedimento para que un hijo legítimo no se case con su padre o madre consanguíneo (art. 36 L.18.703)¹³.

Considerando aplicable el impedimento del artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, será irrelevante para estos efectos el que los contrayentes conozcan o no las relaciones que los ligan. El matrimonio es igualmente anulable.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que en caso de declararse nulo el matrimonio, el conocimiento de los presuntos cónyuges sobre este impedimento será esencial para determinar si el matrimonio fue putativo.

Por último, nos parece necesario aclarar que por el modo en que se llevan a cabo estas técnicas será punto menos que imposible que los cónyuges sepan que son consanguíneos, ya que probablemente nunca conocerán la identidad del donante.

III. FILIACION

1. *Determinación, impugnación, investigación y reclamación de la paternidad*

a) Determinación de la paternidad

El primer problema presentado por la procreación asistida con utilización de gametos de un tercero es la determinación de la paternidad.

El Código Civil ha seguido la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, esto es, se presume padre al marido de la mujer que ha parido a la criatura, si el nacimiento se produce luego de los 180 días subsiguientes a la celebración del matrimonio (art. 180 CC).

En virtud de esta norma, el hijo nacido por obra de semen donado se presumirá legítimo, de manera que a no mediar una impugnación del marido, será reputado padre a pesar de no tener una vinculación genética con el hijo.

nientes de una cópula extramatrimonial. "La Eutelegenesia ante el Derecho Canónico". Ed. Bosch, Barcelona, 1957, pp. 107 a 111.

¹² En tal sentido, GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. "Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en Seres Humanos". Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p.49 y DE VEJANA, ob. cit., pp. 105 a 111.

¹³ En la adopción plena el adoptado, además de ser hijo legítimo, y por tanto afectarle todos los impedimentos por parentesco respecto de su nueva familia, conserva también el impedimento con su familia de sangre (art. 36 Ley 18.703).

Una solución distinta la aporta Avilés, que sostiene que en estos casos se trataría de un hijo concebido fuera del matrimonio, que debería ser legitimado por sus padres.¹⁴

b) Impugnación de la paternidad

La mayor discusión respecto de la determinación de la paternidad se ha centrado principalmente en la posibilidad del marido de impugnarla. En este tema tan debatido se suele distinguir entre aquellos casos en que el marido prestó su consentimiento a la fertilización asistida o, por el contrario, el tratamiento se realizó contra su consentimiento o sin él.

La procreación asistida heteróloga practicada con el consentimiento del donante ha presentado grandes problemas en materia de filiación. Los países que han legislado sobre el asunto, autorizando las técnicas de fertilización asistida con gametos de terceros, han otorgado eficacia al consentimiento del marido considerándolo padre legítimo de la criatura y privándolo de la acción de impugnación.¹⁵

El debate se ha centrado principalmente sobre la procedencia o improcedencia de esta impugnación. A continuación haremos una breve reseña del estado de la discusión.

Algunos autores niegan al marido la posibilidad de impugnar la paternidad en virtud de la *teoría de los actos propios*.

La teoría en cuestión reconoce su fundamento en un auténtico principio general del Derecho con sustento en la buena fe. En virtud de esta doctrina, el marido no podría impugnar su paternidad si previamente ha consentido la fertilización asistida con gametos de un tercero. Según Zannoni, esta doctrina está basada en dos argumentos, uno axiológico, fundado en la buena fe, y otro sistemático, fundado en la relevancia jurídica del consentimiento.¹⁶

¹⁴ AVILÉS M., Víctor Manuel. "Derecho Obstétrico". Editorial e Impresora Multigráfica, Santiago, 1992, p. 71.

¹⁵ En tal sentido se pronuncian el Código Civil de Canadá (art. 586), el Código de familia boliviano (art. 187), los Códigos holandés (art. 201-I), suizo (art. 256) y búlgaro (art. 32), el Informe Warnock (Recomendación 53), el Consejo de Europa (art. 9 Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial), la Ley sueca sobre inseminación artificial (art. 6), el Código Civil de Costa Rica (art. 72). Citados por Soro L., ob. cit., pp. 128 a 133. En igual sentido, el Uniform Parentage Act de Estados Unidos, el Código Civil de California, los Estatutos Generales Anotados de Connecticut, el Código de Georgia, las leyes de Massachusetts, los Estatutos de Minnesota, New Jersey y Oregon y el Código de Washington. Citados por VETRI, Dominick. "Reproductive Technologies and the United States Law". International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, Estados Unidos, July 1988, pp. 527 a 532.

¹⁶ Siguiendo al autor, éste sostiene: "el disfavor con que pueda valorarse la inseminación en sí, no debe obstar a que la solución que se adopte conjugue dos directivas básicas: una, la buena fe en el comportamiento, la lealtad de conducta. La tesis que admite a ultranza la impugnación de la paternidad por parte del marido que aceptó la fecundación de su esposa con esperma fértil de un tercero, favorece un obrar desleal de aquél, y, por qué no, un auténtico engaño (...). Podrá juzgarse que el procedimiento es éticamente repugnante, pero no siendo ilícito —y no lo es (en virtud de la autonomía de la voluntad)— debe prevalecer entonces, como valor jurídico, el de la seguridad en las relaciones jurídicas".

Además agrega: "El otro argumento es de naturaleza sistemática. La doctrina de los actos propios (...) tiene el carácter de un verdadero principio general del Derecho. Es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella. (...) Ese

Una posición contraria a la anterior se inclina por la *indisponibilidad de la acción de impugnación*, porque ésta es un derecho de orden público que no puede ser renunciado por la sola voluntad de las partes en contrato de ninguna especie.

Soto dice que “al margen de la veleidad de la memoria y del juicio ético que merezca el consentimiento del marido, nosotros consideramos que éste carece de relevancia jurídica, no sólo para constituir el vínculo parental, sino también para negarle la acción de impugnación con base en el principio de que deben respetarse los actos propios. (...) Y es que, en realidad, la teoría original de los actos propios exige que la conducta anterior sea *deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz*”.¹⁷ A pesar de que la conducta sería deliberada, ese consentimiento no sería ni relevante ni eficaz.

Concluyendo, el autor señala que “la *teoría de los actos propios*, o el principio que impide invocar la propia torpeza, no son argumentos eficaces para derogar las disposiciones vigentes en materia de filiación, las que sólo reconocen como fuentes de la misma: el vínculo genético y el que nace de la adopción, prohibiendo la renuncia tácita o expresa del derecho a impugnar la paternidad”.¹⁸ “Hay que entender que las acciones de estado pueden estar sujetas a un plazo de caducidad, pero son personalísimas, indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles”.¹⁹

En Chile la doctrina se encuentra dividida, pero los autores mayoritariamente se inclinan por reconocerle algún valor al consentimiento del marido.

Así Náquira, por ejemplo, niega la posibilidad de impugnar la paternidad fundado en la doctrina de los actos propios:

- “a) Si el orden jurídico ha reconocido y aceptado como algo lícito la fecundación heteróloga y el marido ha consentido en forma libre e informada, su voluntad expresada con anticipación ha sido válida;
- b) De ser así, procede aplicar la doctrina civil de los actos propios, según la cual quien acepta voluntariamente la realización de un determinado acto lícito, con posterioridad no puede pretender desconocerlo; de lo contrario, el orden legal estaría avalando una decisión posterior arbitraria en perjuicio de terceras personas inocentes o de buena fe”.²⁰

A una conclusión similar llega Rozas, quien señala que si el marido ha consentido, no podría aprovecharse de su propio dolo.

Sin embargo, si muere el marido, Rozas plantea la interrogante sobre si los herederos y demás personas habilitadas por la ley podrían o no impugnar esa paternidad (arts. 184 y 187 CC).

“Ellos no se aprovecharían de su propio dolo como el marido, (pero) si éste no tiene acción es poco probable que la tengan aquéllos. Hacemos presente, en

consentimiento importó el compromiso vinculante entre ambos cónyuges de asumir la paternidad y la maternidad; (...) opera relevantemente la *voluntad procreacional*, (que) aunque (...) no sea el fundamento exclusivo de la filiación creemos que, en el caso, se traduce en un elemento voluntario suficiente para responsabilizar al marido”. ZANNONI, Eduardo. “Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 59 a 62.

¹⁷ SOTO L., ob. cit., p. 125.

¹⁸ Ibid., p. 126.

¹⁹ VIDAL MARTÍNEZ, citado por SOTO L., ob. cit., p. 127.

²⁰ NAQUIRA, ob. cit., pp. 15 a 16.

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 (art. 182)".²¹

A su vez, Vodanovic llega a la misma conclusión, pero sin recurrir a la *teoría de los actos propios*, sino que interpretando analógicamente la adopción plena.²²

Por nuestra parte, no concordamos con estas posiciones.

En primer lugar, el Derecho de Familia contempla normas que son de orden público, lo que implica que no son materia de libre estipulación en un contrato. En otras palabras, la voluntad de las partes no puede alterar las normas de orden público, es decir, la acción de impugnación de la paternidad no es disponible ni renunciable por vía contractual.

En segundo lugar, creemos que la *teoría de los actos propios* se ha basado sobre ciertas premisas falsas, como es la licitud del contrato.

En Chile, ante la falta de norma expresa, se ha suscitado un debate sobre la admisibilidad de esta convención. No estamos en condiciones de asumir en estas pocas páginas el contenido de éste,²³ pero la discusión podría zanjarse acertadamente si se aprobara el proyecto de ley presentado por el Senador Piñera que, en su artículo 3°, señala que "la capacidad generativa es personalísima. En consecuencia, es contrario al orden público chileno todo acto en virtud del cual una persona ceda a otra a cualquier título gametos propios".

Sin embargo, no es necesario esperar la aprobación de este proyecto para sostener que el acto celebrado entre los cónyuges, al menos no es lícito en todas sus cláusulas.

Como señalábamos anteriormente, las normas sobre determinación de la paternidad son de orden público, de manera que cualquier contrato celebrado en contravención a ellas adolecería de objeto ilícito.

Si bien es cierto que la nulidad absoluta no puede alegarla quien ha celebrado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683 CC), el marido al impugnar la paternidad le bastará con desconocer el contrato sin que sea necesario alegar la nulidad. Por su parte, si la mujer pretende hacer valer el contrato en que el marido renuncia a impugnar la paternidad de un futuro hijo, el juez, de oficio, debiera declarar la nulidad de este acto, porque el vicio aparecería de manifiesto en el acto o contrato (art. 1683 CC).

En definitiva, cabe sostener que el marido podría impugnar la paternidad, siendo irrelevante su renuncia previa a la acción de impugnación.

Si no ha mediado consentimiento previo del marido para que la mujer se someta a estas técnicas con gametos aportados por terceros, con mayor razón será posible impugnar la paternidad.

²¹ ROZAS, ob. cit., p. 728.

²² VODANOVIC H., Antonio (Alessandri, Somarriva, Vodanovic). "Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General". Ed. Ediar ConoSur, Santiago, 1992, Tomo I, pp. 356 a 357.

²³ Ver CORRAL T., Hernán. "Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia." Colección Jurídica Universidad de Los Andes, Santiago, 1994, pp. 152 a 154 y NAQUIRA, ob. cit., p. 13.

En estos casos, el marido podrá impugnar la paternidad de acuerdo a las reglas generales establecidas en los artículos 180 y 181 del Código Civil.

Sin embargo, ya vimos que esta conducta, a pesar de su gravedad, no podía ser tipificada de adulterio, impidiendo la impugnación de la paternidad de acuerdo con el artículo 181 del Código Civil.

Negada la posibilidad de alegar adulterio, el marido sólo podrá impugnar la paternidad probando la absoluta imposibilidad física de acceder a la mujer durante todo el tiempo en que se pudo producir la concepción. Como ya lo señalábamos anteriormente, salvo escasas excepciones, esta causal es poco menos que imposible.

Una alternativa distinta propone Avilés, que considera que de faltar el consentimiento del marido se podría estar usurpando el estado civil, cometiéndose el delito contemplado en el artículo 354 del Código Penal.²⁴

Salvo la alternativa planteada por Avilés, nos encontramos con la paradoja que el marido, teniendo derecho a impugnar la paternidad, carece de causal para hacerlo, porque los motivos previstos por el Código Civil no son aplicables en la práctica.

Como ya lo señalábamos precedentemente, esta situación podría ser subsanada de aprobarse el proyecto de ley del Senador Piñera que, en su artículo 15, permite al marido impugnar la paternidad si la concepción tuvo lugar con gametos de terceros.

En efecto, el proyecto en comento señala que la paternidad le corresponde al donante, sin perjuicio del derecho de la criatura concebida por estos métodos, de demandar alimentos congruos en contra del marido de la madre que hubiere consentido en la utilización de la técnica de reproducción asistida.

Este artículo es una efectiva manera de desincentivar la donación de gametos para la reproducción, amparando a la vez al hijo nacido de estas técnicas, porque de no obligarse al marido a pagar alimentos congruos, el niño nacido podría verse privado de ellos, debido al anonimato del donante, o sólo tener los necesarios porque en la mayoría de los casos la filiación será simplemente ilegítima.

c) Investigación de la paternidad

Es práctica común en Chile y el mundo entero que la identidad del donante permanezca en el anonimato.

Muchas legislaciones que permiten estas técnicas lo han establecido expresamente y en países como Chile, aunque no se ha regulado legalmente, los centros médicos lo han practicado amparados en el secreto profesional y en la adopción de normas de otros países y de organizaciones médicas internacionales.

Los argumentos a favor de la mantención del secreto del donante han sido diversos, de manera que a continuación sólo veremos algunos de los más esgrimidos.²⁵

²⁴ AVILÉS, ob. cit., p. 71.

²⁵ Sobre los motivos argumentados en favor y en contra del anonimato del donante, recomendamos ver la completa exposición de GÓMEZ DE LA TORRE V., Maricruz. "La Fecundación *In Vitro* y la Filiación". Ed. Jurídica, Santiago, 1993, pp. 196 y ss.

Se ha señalado que el conocimiento de la identidad del donante podría producir interferencias en la relación familiar, atentando contra la estabilidad de la familia. El donante podría reclamar derechos sobre el hijo, como de hecho ya ha sucedido,²⁶ o el hijo podría reclamar derechos sobre el donante, sin perjuicio de la carga psicológica que implica para el cónyuge estéril conocer la identidad del padre o madre biológico de su hijo.

Si se aboliera el secreto a la identidad del donante, varios centros sanitarios temen que se quedarían sin ellos, ante la posibilidad que en el futuro pudieran quedar obligados a cumplir los deberes de padre.

Una encuesta realizada en Australia, sin embargo, parece contradecir el predicado anterior al revelar que un 60% de los encuestados contestó que no tendrían problemas en que el niño se relacionara con ellos luego de cumplir los dieciocho años.²⁷

El anonimato, aunque aún muy difundido, comienza a ser superado como medio de proporcionarse donantes. Con el objeto de obtener la mayor semejanza fenotípica y genotípica, la utilización de gametos donados por hermanos de personas estériles va en aumento. En estos casos, son los propios pacientes quienes obtienen el consentimiento del donante para que aporte sus gametos.

Además de estar superándose en la práctica (de un modo relativo porque aún es predominante la utilización de donantes anónimos), cada día son más los detractores de este secreto.

Hernán Corral señala que hoy existe una corriente mundial hacia una fuente de la filiación basada en el dato biológico que ha permitido una mayor libertad en la investigación de la paternidad y que, en este sentido, el anonimato del donante sería una posición retrógrada que privilegia la construcción de la filiación sobre entelequias jurídicas, al modo de la denominada filiación civil o formal, propia de otros tiempos, donde el legislador utilizaba un criterio restrictivo en la materia.²⁸

A esta crítica se le suman otras, como los graves trastornos psicológicos que generarían para el hijo el desconocimiento de sus orígenes, en el caso de descubrir que no es hijo biológico de su padre y que está imposibilitado de conocer su verdadero origen.²⁹

También se ha alegado la importancia de conocer los orígenes genéticos del hijo para prevenir o curar las enfermedades congénitas.³⁰

²⁶ ZYPORIN, Terra. "Inquietudes Médico Sociales sobre la Reproducción Humana Artificial", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 13 N° 2, Santiago, 1986, p. 293, informa que en Estados Unidos se le otorgó derecho de visita a dos donantes.

²⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, ob. cit., p. 96.

²⁸ CORRAL T., Hernán. "La Configuración de un Derecho a Conocer la Identidad del Progenitor Biológico". Ponencia presentada ante el VII Congreso Mundial de la Familia. El Salvador, septiembre de 1992, pp. 1 a 3.

²⁹ CONSEJO DE EUROPA. Documento 4776, Informe sobre la inseminación artificial presentado por la Comisión sobre Cuestiones Sociales y de la Salud de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, septiembre de 1981, cuya versión en italiano puede ser consultada en ASCONE, Gioanbattista y Rossi, Liliana. "La Procreazione Artificiale: Prospettive de una Regolamentazione Legislativa nel nostro Paese". Ed. Scientifiche Italiane, Napole-Roma, 1986, p. 181.

³⁰ Este motivo es recogido por la Ley 35/88 de España que permite el acceso a información general respecto del donante e incluso a conocer su identidad, si del anonimato se sigue peligro para la vida del hijo (art. 5.5).

Veamos a continuación qué derechos tendría el hijo legítimo para investigar la paternidad

El artículo 320 del Código Civil dispone que ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.

En principio, en virtud de este artículo el hijo podría investigar su paternidad biológica. Pero no queda bien resuelto el problema, porque al investigar esa verdadera paternidad necesariamente estaría impugnando su legitimidad, impugnación que sólo compete al marido mientras viva (art 182 CC).

Una interpretación armónica del Código nos conduce a pensar que el artículo 320 es de general aplicación, constituyendo una excepción a la regla el caso en que un hijo legítimo quiera investigar la paternidad, porque primaría el artículo 182.

Pareciera que la ley no está tan interesada en conocer la verdad sobre los orígenes biológicos del hijo, sino más bien se preocupa de resguardar sus derechos, quedando mejor resguardado como hijo legítimo de quien no es su padre, que como hijo natural o simplemente ilegítimo de quien verdaderamente lo es.³¹

Sin embargo, no se agotan aquí las posibilidades del hijo de investigar la paternidad.

Corral señala que existiría un derecho a investigar la identidad del donante basado en la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en Chile. En efecto, la Constitución garantizaría el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (art. 19 N° 1). El artículo 5° reconoce, a su vez, la existencia de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana.

El Pacto de San José de Costa Rica señala que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5°) y, por último, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres, en la medida de lo posible (art. 7°).

Fundado en este conjunto de normas, Corral concluye: "el derecho a conocer la identidad del progenitor debe ser reconocido como un derecho esencial que corresponde a toda persona, cualquiera sea su raza, sexo, color o forma de nacimiento, es decir, se trata de un derecho derivado de la naturaleza humana, que el ordenamiento debe proteger y facilitar, y no impedir o dificultar. En caso contrario, se estaría sometiendo a la persona a un "trato inhumano o degradante y, por cierto, se le estaría infiriendo un daño a lo menos a su integridad psíquica, todo lo cual entraña vulneración de los textos internacionales y constitucionales que acabamos de citar".³²

Siguiendo la línea de argumentación de Corral, se podría intentar un recurso de protección alegando que el anonimato del donante constituye un atentado contra la integridad psíquica del hijo.

Una argumentación en tal sentido debería además demostrar que el acto es arbitrario o ilegal.

³¹ Esto sería lo que CORRAL ha llamado un *favor legis* en beneficio de la filiación legítima. "La Configuración...", ob. cit., p. 7.

³² CORRAL, "Familia y Derecho", ob. cit., pp. 191 y s.s.

Una tercera vía para investigar la identidad del progenitor es propuesta por Panatt, que alude a un derecho inalienable del hijo a conocer sus antecedentes genéticos, entre otras cosas, por lo absurdo que resulta contemplar un impedimento de parentesco para contraer matrimonio entre personas que no pueden tener acceso a conocer la identidad de sus progenitores.³³

A modo de conclusión, creemos que existen buenas razones para impedir el anonimato del donante y permitir al hijo investigar la identidad de su progenitor, pero esos argumentos se estrellan contra la realidad de nuestro derecho de familia, que es reacio a permitir una investigación amplia de la paternidad del hijo legítimo.

d) Reclamación de la paternidad

Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 182 del Código Civil, que dispone que "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo", no nos parece procedente que el donante reclame la paternidad del hijo concebido con sus gametos, si el marido no ha impugnado su paternidad.

2. *Determinación, impugnación y reclamación de la maternidad*

La maternidad sigue al parto. Es decir, quien ha gestado y parido a la criatura se reputa la madre. El Código Civil no pudo imaginar que existiría el día que una mujer diera a luz un hijo con un óvulo aportado por otra, de modo que a su dictación, maternidad biológica y gestacional eran una sola cosa.

Hoy la realidad puede ser distinta, pero eso no faculta para impugnar la maternidad por el hecho de ser el óvulo de otra mujer.

Las causales de impugnación son taxativas y en el caso de la maternidad, sólo se puede impugnar por falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero (art. 293 CC). De más está decir que nada de eso ocurre en este caso, por lo que la mujer que gestó y dio a luz al hijo será la madre.³⁴

Si la donante quisiera reclamar la maternidad del hijo nacido con sus gametos creemos que el artículo 293 del Código Civil se lo impide, porque faculta la impugnación de la maternidad sólo por falso parto o suplantación de hijo, hipótesis que no ocurren si la receptora de los óvulos pare la criatura.

Cuando el Código Civil fue dictado, gestar y dar a luz eran prueba irrefutable de que el hijo nacido había sido concebido con los genes de quien lo parió.

Hoy el avance de la medicina ha permitido disociar estos conceptos. Sin embargo, la solución de nuestro Código Civil, sin siquiera imaginarlo, rompe el principio de la maternidad genética, pero nos parece que los resultados logrados son satisfactorios, ya que desincentiva la maternidad por subrogación al declarar

³³ PANATT, Natacha. "La Inseminación Artificial y su posible regulación a través de un Instrumento Internacional", en Revista Chilena de Derecho, Santiago, 1989, Vol. 16 N° 2, p. 528.

³⁴ Esta es la opinión casi unánime de la doctrina nacional. En un planteamiento solitario H. CORRAL, "Situación de los Hijos Procreados Artificialmente *Post Mortem* en la Legislación Chilena actual", inédito, p. 5, considera posible impugnar la maternidad por suplantación de hijo, si se interpreta esta causal en forma amplia, esto es, considerando que el "verdadero hijo de la madre genética está suplantando un imaginario e hipotético hijo de la madre sustituta, que en verdad no ha existido nunca. Debe tenerse en cuenta —señala el autor— que el espíritu de la ley es que se establezca la maternidad real, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre".

madre a quien da a luz a la criatura, evitando que se gesten hijos de otros "por encargo".

El proyecto de ley del Senador Piñera sigue la solución del Código Civil, perdiendo cierta coherencia dogmática, ya que reconoce la paternidad del donante de semen y la maternidad de la receptora de óvulos.³⁵ Como el fin perseguido es evitar que se produzca la maternidad por subrogación, las consecuencias nos parecen acertadas, sin embargo, creemos que existiría una mayor coherencia dogmática si en vez de señalar que "es madre de un hijo aquella mujer que lo parió", se reputara de pleno derecho esta situación, por el solo hecho del parto.

IV. CONCLUSIONES

Sin ánimo de repetir los conceptos vertidos, sino sólo a modo de recapitulación, es posible apreciar que las técnicas de procreación asistida introducen elementos nuevos en nuestro derecho de familia que requieren regulación porque nuestra legislación no prevé estas situaciones.

A diferencia de otras ramas del derecho civil, donde las infracciones a la ley pueden ser sancionadas eficazmente con la nulidad, en el derecho de familia, y especialmente en materia de filiación, no se puede sancionar pura y simplemente con la nulidad al acto que da origen a un hijo, sino que se deben regular también sus efectos.

Aunque nos parece preferible aplicar las leyes vigentes a las nuevas situaciones, sin caer así en una espiral inagotable de leyes especiales para cada asunto, creemos que en este caso la realidad ha superado una vez más a nuestra legislación, que en ciertas ocasiones no logra soluciones coherentes.

Así por ejemplo, se ha visto que la procreación asistida con gametos de un tercero constituye un grave atentado contra el deber de fidelidad, especialmente si se practica sin el consentimiento del otro cónyuge, pero las sanciones a esta conducta requieren de un gran esfuerzo interpretativo de las causales de divorcio e indignidades para suceder.

Aún más grave, si es la mujer quien se somete a estas técnicas, de nacer un hijo, el marido a pesar de tener derecho a impugnar a ese hijo, no encontrará causales para hacerlo, porque no se trata de un adulterio y salvo raras excepciones, el marido no estará en absoluta imposibilidad física de acceder a su mujer.

Por otra parte, aunque la donación de gametos para su utilización en técnicas de procreación asistida pueda afectar importantes bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento jurídico, si los cónyuges deciden de común acuerdo someterse a estas técnicas nuestra legislación, indirectamente, constituye un gran incentivo.

En efecto, debido a que mientras vive el marido nadie puede impugnar la legitimidad del hijo, nuestro Código Civil, que trató de establecer los vínculos de filiación siguiendo parámetros biológicos, estaría amparando una verdadera *voluntad procreacional constitutiva de una filiación legítima* inimpugnable.

Nuestro Código Civil constituye también un obstáculo para que el "donante" investigue y reclame derechos sobre su hijo biológico, constituyendo un segundo incentivo para que los cónyuges se sometan a estas técnicas.

³⁵ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. Resumen de Proyectos. Boletín N° 1026-07, Santiago, 1993, p. 19.

A su vez, el hijo también se vería impedido de investigar sus orígenes, a pesar de los perjuicios psíquicos que esto le pueda causar. Al respecto, es interesante la posibilidad de intentar un recurso de protección por el atentado que pueda significar contra su integridad psíquica el desconocimiento de sus progenitores.

Finalmente, creemos que el proyecto de ley presentado por el Senador Piñera puede constituir un positivo aporte en el tratamiento de este tema, porque es un proyecto bien inspirado, respetuoso de nuestros principios jurídicos y morales, que además aporta soluciones para algunos verdaderos *callejones sin salida* de nuestra legislación actual.