

# REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACION. UN ANALISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL

Hernán Corral Talciani

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor de Derecho Civil (Universidad de los Andes)

## 1. LA GÉNESIS DEL NUEVO ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL

El proyecto de modificación al Código Civil en materia de filiación no abordó sino hasta muy avanzado su trámite el problema relativo a los hijos concebidos mediante la aplicación de la tecnología reproductiva. Se entendía que ello era materia de una regulación especial, que se estudiaba – y se sigue estudiando- en el Senado.

En el segundo trámite constitucional, los senadores Núñez, Ominami y Ruiz Esquide propusieron limitar el derecho a la indagación de la paternidad o maternidad, cuando se tratara de hijos procreados a través de métodos de reproducción asistida<sup>1</sup>. La Comisión de Constitución del Senado acogió en parte esta indicación, e introdujo un nuevo precepto para tratar de la filiación de estas personas. El texto se componía de tres incisos; uno por el cual se declara como padre y madre al varón y la mujer que se sometieron a las técnicas reproductivas; un segundo por el cual se prohíbe la impugnación de esa filiación o la reclamación de otra distinta, y un tercero en virtud del cual se señalaba que “el uso de gametos de otra persona en la fecundación no generará parentesco alguno y no se admitirá la alegación de paternidad o maternidad de aquélla”.

La norma, al principio, pasó ignorada, pero luego se advirtió el peligro que significaba, por una parte, legalizar indirectamente la técnica, y por otro contradecir el

---

<sup>1</sup> Se sugirió incluir como inciso final del que hoy es el art. 195 CC (art. 193 en el proyecto), lo siguiente: “Quedarán exceptuados de este derecho los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, cualquiera sea el origen de los gametos usados en la fertilización. Se reputarán padre y madre el hombre y la mujer integrante de la pareja sometida a dichas técnicas que reconozcan al hijo como propio, en forma irrevocable mediante escritura pública”.

espíritu de la nueva regulación al prohibir la indagación de la identidad del verdadero progenitor biológico del niño concebido.

Durante la reelaboración que sufrió el proyecto en virtud del acuerdo de la Sala del Senado, la Comisión de Constitución en el informe complementario de 22 de julio de 1998 acordó suprimir el inciso tercero que se contemplaba el uso de gametos ajenos en estas técnicas.

Durante la discusión en Sala en el Senado, la norma así redactada fue segregada para su discusión particular. Finalmente, fue aprobada por 29 votos a favor, 10 en contra y una abstención.

En la Cámara de Diputados (en tercer trámite constitucional) el precepto también despertó inquietudes, pero nuevamente fue aprobado sin modificaciones.

## 2. EL TEXTO Y EL ESPÍRITU DE LA NORMA

El precepto aprobado por la ley N° 19.585, que entrará en vigencia el 27 de octubre de 1999, es bastante parco. Dispone que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (art. 182 CC).

El texto como tal es lo suficientemente ambiguo como para despertar aprensiones sobre su verdadero objetivo, en orden a legitimar todo tipo de procedimientos procreativos, llegando incluso a permitir que se sostenga no sólo la legalidad de las llamadas técnicas heterólogas (con uso de gametos ajenos a la pareja que desea el hijo), sino incluso las modalidades de gestación por cuenta ajena (“arriendo de úteros”). No obstante, la manifestación de esas dudas llevaron a los legisladores a explicitar durante la discusión en Sala que no era ese el propósito buscado por la norma, puesto que existía otra iniciativa legal donde se aborda el problema global de la regulación de estas técnicas.

Los legisladores parecen contestes en estimar que el art. 182 CC no es una norma legitimadora de las técnicas sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social. No hubo pues un pronunciamiento sobre la

licitud de los diversos procesos biomédicos, sino una atención a la situación del hijo que –contra la ley o de acuerdo con ella- ha sido concebido mediante este tipo de métodos.

Así queda constancia de lo que señalaron diversos senadores en la sesión dedicada a votar en particular este artículo: “La iniciativa en debate – declaró por ejemplo el senador Viera Gallo- no entra en el análisis de los temas de fondo atinentes a la fertilización asistida, sino que se refiere a una sola hipótesis que se está dando en la sociedad chilena”<sup>2</sup>.

Es además un hecho que los senadores estaban pensando sólo en un cierto tipo de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, utilizando gametos propios o de terceros, mediante las cuales una pareja heterosexual pretende conseguir un hijo superando artificialmente su infertilidad natural.

No quedan incluidas por tantos otras modalidades reproductivas como la inseminación de mujer sola, la inseminación o FIV *post mortem*, la donación o transferencia de embriones, ni la maternidad por subrogación (por arriendo o comodato de vientres).

Finalmente, el objetivo de la norma es que la pareja heterosexual que acude a estas técnicas de reproducción mediante la utilización de gametos provenientes de terceros, no se vea perturbada por las posibles pretensiones de éstos de reclamar la paternidad o maternidad del hijo, mediante la utilización de las pruebas biológicas. Esta es la finalidad propia de la norma. Así lo explicó el senador Díez, quien votó favorablemente la disposición: “Es decir, aquella pareja que ha decidido someterse al procedimiento para lograr un descendiente consanguíneo de acuerdo con la legislación vigente, tiene la certeza de crear una filiación que no puede ser perturbada por terceros extraños a ambos, bajo ningún pretexto”. Este razonamiento es compartido por un buen número de senadores que insisten en aclarar el texto de la norma para evitar que se preste a interpretaciones abusivas<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sesión 18º, leg. 338ª ordinaria, de 5 de agosto de 1998.

<sup>3</sup> Así se dice que “el artículo mencionado señala que, cuando hay donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, los donantes no pueden reclamar la paternidad. O sea, lo único que la norma establece es que la acción de filiación no rige en este caso” (Senador VIERA GALLO); “...el argumento de que se puede hacer mal uso de la acción de filiación y reclamar una pretendida calidad de padre biológico quedando, en consecuencia, desprotegida la pareja que optó por la fertilización asistida, constituye un riesgo real” (Senador BOENINGER); “si no existiera una norma con la propuesta, podría suceder que un donador de gametos tenga la intención de dar un mal uso a la acción de filiación y al

### 3. TÉCNICAS A LAS QUE SE APLICA LA NORMA

De lo anterior, deducimos que la norma no se aplica a cualquier procedimiento reproductivo realizado al margen de la cópula natural, sino únicamente a los que cumplen los siguientes requisitos:

1º) Que quienes intentan procrear sean un hombre y una mujer, estén o no unidos por matrimonio. Se excluyen las mujeres solas o viudas y los proyectos de inserción de hijos en parejas homosexuales;

2ª) Puede tratarse de técnicas homólogas (con gametos propios de los interesados) o heterólogas (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos). No se incluye la gestación por cuenta ajena<sup>4</sup>.

3ª) Que el hombre y la mujer que desean ser padres se hayan sometido voluntariamente a la técnica. Aunque la ley habla de “someterse” y según el Diccionario el verbo someter no alude necesariamente a la voluntariedad (“Hacer que una persona o cosa reciba o soporte cierta acción”), nos parece obvio que la voluntad de los interesados debe exigirse para que pueda hablarse propiamente de técnica de reproducción asistida con efectos filiativos fundados en la “voluntad de recepción o acogida” del así concebido.

### 4. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

---

examen biológico, dejando desprotegidos a los padres que optaron por la reproducción asistida” (Senador PIZARRO); “el objetivo que se persigue es resguardar la posición de quienes han escogido ese sistema y, realmente, lo han empleado, frente a quien pudiera hacer un mal uso de derechos, pretendiendo los gametos” (Senador URENDA). Cfr. Acta de la sesión 18º, leg. 338ª ordinaria, de 5 de agosto de 1998.

<sup>4</sup> En caso de llegar a nacer un hijo por medio de un contrato de maternidad subrogada, entendemos que el acuerdo adolecerá de causa y objeto ilícito, y no será ejecutable. La mujer gestante que haya alumbrado al hijo podrá adquirir el estado de madre, en virtud de la norma del art. 183 CC que determina la maternidad por el hecho del parto. Dudoso será en este caso si la mujer que ha aportado sus óvulos (madre genética) podría ejercer la acción de impugnación de la maternidad determinada por el parto para reclamar el establecimiento de su maternidad biológica. Por el contrario, creemos que esa acción no podría serle

*a) Técnicas con uso de gametos propios*

Pensamos que si se trata de las llamadas técnicas homólogas, el art. 182 CC no recibirá aplicación por ser desplazado por las normas generales que regulan la determinación de la filiación.

En efecto, si el nacimiento o la concepción tecnológica del niño acaecen durante el matrimonio de la pareja receptora, la maternidad quedará determinada por el parto, conforme al art. 183 CC, y la paternidad por aplicación de la presunción *pater is est* del art. 184 CC. No es necesario, para nada, sacar a relucir que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales.

Si la pareja que se somete a la técnica homóloga no ha contraído matrimonio, la determinación de la filiación se producirá con toda seguridad mediante reconocimiento otorgado en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 187 CC). Si uno o ambos padres no reconoce al hijo deberá reclamarse judicialmente la filiación, pero de nuevo no será necesario invocar el art. 182 CC, ya que mediante las pruebas biológicas se podrá acreditar la paternidad o maternidad discutidas. Por cierto, el hecho de que se pruebe que esos interesados consintieron en someterse a la técnica de la cual nació el hijo, constituirá un elemento probatorio importante en ese proceso. Pero se tratará de una probanza, no de un medio de determinación de la filiación.

*b) Técnicas con uso de gametos ajenos*

Es en este campo donde tiene lugar propio la función del artículo 182 CC, ya que de no existir la norma, el varón o la mujer que no aportó su material genético al proceso de procreación no podría ser considerado, salvo caso de adopción, padre o madre del niño.

---

negada al hijo, en virtud del derecho fundamental a la identidad que incluye el conocimiento de sus orígenes.

En todo caso, la determinación no operará por la mera exhibición de documentos o declaraciones testimoniales que acrediten el sometimiento a la técnica. La ley no ha dado normas –ni creo que hubiera sido factible hacerlo- para que acceda al Registro la voluntad de procrear artificialmente un hijo.

Por esta razón, aquí la determinación se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero.

En el fondo, pueden darse dos situaciones. La primera – que será la más frecuente- que el hijo goce de una filiación determinada por otros medios que coincide con la que le atribuye el art. 182 CC. Por ejemplo, si es hijo de padres casados y se aplicó la presunción de paternidad del marido, o si es hijo de padres no casados pero ambos lo han reconocido voluntariamente. En tales casos, sólo frente a una demanda de impugnación de dicha filiación (por ejemplo, del marido que pretende desconocer su paternidad o del donante de gametos que pretende reclamar al hijo), se podrá oponer como excepción la norma del artículo 182 CC, y la sentencia que constate que se han producido sus presupuestos afirmará la filiación determinándola conforme a esa norma, es decir, por el hecho del sometimiento a esas técnicas reproductivas.

La segunda situación en la que puede encontrarse el hijo concebido por aplicación de estas técnicas, es que sea de filiación no determinada, por no haber tenido lugar las formas ordinarias de determinación. En tal caso, el hijo, o su representante legal, podrá ejercer la acción de reclamación de paternidad y maternidad contra el varón o la mujer que consintieron en la aplicación de la técnica, y la sentencia que así lo constate determinará la filiación conforme con el art. 182 CC.

En ambos casos, la sentencia debe acceder al Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento.

## 5. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN TECNOLÓGICA

Según el art. 182 CC no puede impugnarse la filiación determinada conforme a la regla que él establece, es decir que son padres el varón y la mujer que se someten a la técnica.

La norma está claramente dirigida, en primer lugar, al miembro de la pareja que se somete a la técnica y que no aportó sus propios gametos en la fecundación. La ley le veda que entre a desconocer su paternidad o maternidad invocando la falta de vínculo de sangre. Esta prohibición de impugnar es operativa solamente cuando existe determinada una filiación para el hijo por otros medios pero que coincide con la regla del art. 182 CC. El caso típico es el del marido que ha aceptado que su mujer sea inseminada con gametos ajenos y que luego pretende impugnar la presunción de paternidad. Lo mismo sucede, cuando se trate de padres no casados, si uno de ellos pretende ir en contra del reconocimiento que hizo del hijo.

También indirectamente se aplicará al aportante de gametos, que no podrá impugnar la paternidad o maternidad de los que consintieron en la técnica, como presupuesto de procedencia de una acción de reclamación de su propia paternidad o maternidad.

## 6. RECLAMACIÓN DE UNA FILIACIÓN DISTINTA A LA TECNOLÓGICA

El inciso segundo del art. 182 CC dispone que no puede reclamarse otra filiación diferente a la establecida en virtud de su inciso primero. Según la historia de la disposición que acabamos de reseñar, la norma tiene un claro objetivo: impedir al aportante de gametos ajenos perturbar la estabilidad de la pareja que ha conseguido un hijo mediante la aplicación de una técnica heteróloga. De este modo, a un progenitor biológico se le niega la posibilidad de indagar y acreditar el vínculo que lo une con el niño que ha sido procreado.

## 7. CASOS DE EXCEPCIÓN

Pensamos que la regla que niega la acción de impugnación y la de reclamación en estos casos, no puede aplicarse sino cuando se den los requisitos de aplicación de la norma. Concretamente, que se trate de una técnica a la que el varón y la mujer se sometieron voluntariamente.

Por ello, si se demuestra que uno de ellos no consintió en la sustitución de sus fuerzas generativas por material genético ajeno, esa persona podrá impugnar la paternidad o maternidad que hubiere sido determinada conforme con los medios ordinarios. Así, el marido que ignoró, o incluso se opuso a que su mujer fuera inseminada por gametos de un tercero, puede impugnar la paternidad del hijo que le atribuye la presunción de paternidad.

Del mismo modo, si el hijo queda con filiación no determinada al comprobarse que alguno de los integrantes de la pareja que accedió a la técnica no consintió en ella, él tendrá derecho a ejercer la reclamación de la filiación fundada en el vínculo sanguíneo en contra del progenitor biológico-aportante de gametos.

#### 8. EL DERECHO DEL HIJO A INDAGAR LA VERDADERA PATERNIDAD O MATERNIDAD

Al haberse expresamente suprimido el inciso del precepto que disponía que el uso de gametos ajenos no constituiría parentesco, se abre la interrogante de si, incluso fuera de los casos de excepción que hemos visto, conserva el hijo el derecho a impugnar la filiación tecnológica (de la pareja receptora) y a reclamar la indagación de la paternidad o maternidad biológicas (del aportante de gametos).

En contra, pueden darse los argumentos siguientes:

1º) El inciso tercero que señalaba que la donación de gametos no constituía parentesco se suprimió por considerarse incluido en el inciso segundo del art. 182, lo que consta en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución del Senado de 22 de julio de 1998, que afirma que ese inciso era “un simple corolario de las reglas precedentes”;



2ª) El inciso segundo al prohibir la impugnación y la reclamación no distinguen entre los posibles titulares, por lo que debe considerarse incluido también el hijo.

3º) Iría contra el propósito del legislador de dar estabilidad al grupo familiar en el que se inserta el hijo procreado tecnológicamente.

Sin embargo, tales argumentos pueden ser refutados, porque:

1º) No queda claro que el inciso tercero fuera suprimido sólo por considerársele repetitivo. No se explicaría el consenso logrado en tal sentido por quienes defendían el precepto y quienes lo atacaban justamente por impedir al hijo conocer su identidad biológica<sup>5</sup>. Cuando el informe alude a que se trata de un simple corolario de las reglas precedentes, la referencia sólo se aplica a la imposibilidad del progenitor biológico de reclamar su paternidad o maternidad, pero no al derecho del hijo a determinar su verdadera filiación. En el fondo, lo que nos viene a decir el Informe es que hubo consenso en no dar una regla especial en esta materia, y que mientras no se dictara la ley especial que se estudia debían regir las reglas generales.

2º) No parece posible decir que el hijo queda sin más incluido en la prohibición del inciso segundo, puesto que la norma debe interpretarse en el contexto general de la ley que es el de favorecer el derecho del hijo a conocer la identidad de sus padres.

3ª) La historia del precepto demuestra que los legisladores lo único que querían era evitar que el donante de gametos perturbara a la pareja que había conseguido un hijo por estas técnicas. En ningún momento se revela la intención de cercenar el derecho del hijo a conocer la identidad de sus verdaderos progenitores. Por otro lado, la estabilidad del grupo familiar en la que está inserto el hijo puede quedar protegida convenientemente cuando exista posesión notoria, de acuerdo con el art. 201 CC.

Por otra parte, el principio general expresado en el art. 195 CC en el sentido de que “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad”, que debe ser interpretado a la luz del derecho a la integridad psíquica protegido por la Constitución Política (art. 19, N° 1) y del derecho de todo niño a conocer, en la medida de lo

---

<sup>5</sup> El Informe señala textualmente lo siguiente: “Pero con el objeto de no anticipar pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas técnicas, que corresponderá realizar en ese otro proyecto de ley [el de reproducción humana asistida], en particular sobre la aceptación o prohibición del uso de gametos de donantes, y el eventual derecho de la persona así concebida para conocer su progenitura biológica, optó por eliminar el inciso tercero, que, por lo demás, era un simple corolario de las reglas precedentes”.

fácticamente posible, a sus padres, manifestado en la Convención de los Derechos del Niño (art. 7), lleva a concluir que, a falta de norma expresa en contrario, el art. 182 CC no puede impedir al hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida con utilización de gametos de terceros, el ejercer las acciones de estado tendientes a establecer judicialmente quién es el progenitor biológico, en quien deben recaer también los deberes propios de la paternidad o maternidad.

## 9. JUICIO CRÍTICO

La regulación que se pretendió realizar en la ley N° 19.585 de la filiación de los hijos concebidos por técnicas de reproducción asistida adolece de serios reparos jurídicos y éticos.

En primer lugar, desde el punto de vista técnico jurídico, la vaguedad e imprecisión en que está concebida la norma del art. 182 CC, así como su desajuste con el sistema general adoptado por la nueva regulación, conspiran contra la claridad que debe reinar en estas delicadas materias, haciendo posible las más peregrinas interpretaciones.

Además, es sorprendente que el consentimiento del varón o de la mujer sean factor de atribución del vínculo filial. No se puede negar que aquí la ley ha hecho primar principios contractuales a materia de derecho de familia, que no pueden dejarse a la autonomía de la voluntad. Siempre se ha dicho, por ejemplo, que el derecho a la fidelidad es irrenunciable, por lo que el consentimiento del marido en el adulterio de la mujer no le puede impedir impugnar la filiación del hijo así concebido. En cambio, cuando se trata de hijos concebidos mediante técnicas reproductivas, el consentimiento del varón es interpretado por la ley como renuncia anticipada del derecho a impugnar la filiación. Hay aquí una clara transgresión al principio medular del derecho de familia de que el estado es indisponible (cfr. art. 2450 del Código Civil).

En tercer término, cabe anotar que la norma deja sin precisar la forma en qué debe prestarse el consentimiento, y cómo será éste comprobado en caso de litigio. Es evidente que el tosco tratamiento del legislador de una materia tan compleja como ésta puede producir consecuencias muy desafortunadas.

Con la perspectiva del tiempo, parece indudable que esta materia debió estudiarse en una ley especial (como han hecho los países que han legislado sobre estos procedimientos) y no incluyéndola a última hora y precipitadamente en un proyecto que no estaba concebido para hacerse cargo de tal problema.

Finalmente, aunque interpretado el art. 182 en el sentido restrictivo que le hemos atribuido más arriba, podrían impedirse otras lecturas que perjudiquen el bienestar del niño así concebido, parece claro que la norma, en vez de descincentivar las fecundaciones heterólogas (siempre dañinas para el interés del menor, que se ve tratado como producto y que es concebido –diga lo que diga la ley- con vínculo filial doble<sup>6</sup>), las promueve, al conceder sin matices ni limitaciones el mismo efecto que los usuarios deseaban obtener al recurrir a este tipo de procedimientos.

Hemos de esperar que el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida que se encuentra en estudio en el Senado, pueda enmendar el error cometido y proteger cumplidamente, no sólo los intereses de la pareja que sufre la infertilidad, sino primordialmente los derechos de todo niño a venir al mundo como persona humana, y no como producto destinado a satisfacer aspiraciones de otros.

Santiago, junio de 1999

---

<sup>6</sup> Al respecto véase CORRAL, H., “Acceso de parejas no casadas a las técnicas de reproducción asistida, donación de gametos y gestación por cuenta ajena”, en *Fecundación asistida. Jornada de estudio y reflexión*, Cuaderno Humanitas N° 11, 1998, pp. 28-34, y *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, 1994, esp. pp. 145-159.