

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE GRADUADOS

EL DERECHO DE IDENTIDAD DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS MEDIANTE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho Mención: Derecho Privado

ALDO JAVIER MASSONI MORALES

PROFESOR GUIA: MARICRUZ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS

Santiago, Chile 2004

RESUMEN .	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPITULO I. LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA FILIACION .	5
1.1. El principio de igualdad entre los hijos. .	5
1.2. El interés superior del niño. .	9
1.3. El principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, y el derecho a la identidad. . .	12
CAPITULO II. SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA . .	25
2.1. Historia fidedigna del artículo 182 del Código Civil. .	28
El artículo 182 del Código Civil. . .	31
2.3. Filiación en caso de técnicas homólogas practicadas entre cónyuges. .	33
2.4. Filiación en caso de técnicas homólogas practicadas entre concubinos. .	35
2.5. Filiación en caso de técnicas heterólogas practicadas entre cónyuges. . .	35
2.6. Filiación en caso de técnicas heterólogas practicadas entre concubinos. . .	37
2.7. La donación de gametos en el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. ⁸⁶ . .	37
CAPITULO III. LA ACCION DE CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLOGICO . .	41
3.1. Legislación comparada. .	44
3.1.2. Países en que impera el anonimato. .	45
3.1.3. Países que han consagrado el derecho de identidad del menor concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida. .	56
3.2. Bases constitucionales y legales de la acción judicial. . .	59
3.2.1. Sujeto activo. .	61
3.2.2. Sujeto pasivo. .	61
3.2.3. Plazo. .	64
3.2.4. Procedimiento y tribunal competente. .	65

⁸⁶ El proyecto de ley que regulaba los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y que establecía sanciones para los infractores de sus normas, iniciado por moción del ex H. Senador Piñera con fecha 6 de Julio de 1993 (*Boletín 01026-07*) fue archivado el 22 de Abril del año 2002

3.2.5. La sentencia definitiva y sus efectos. .	65
CAPITULO IV. LAS ACCIONES DE FILIACION EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA .	67
4.1. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. . .	69
4.2. Corte Interamericana de Justicia. . .	72
CONCLUSIÓN .	75
BIBLIOGRAFIA .	79
HEMEROGRAFICAS .	85
ELECTRONICAS .	87
LEYES . .	89
ANEXO . .	93

RESUMEN

En la presente obra se analiza la procedencia, conforme a nuestra legislación, de una acción de conocimiento del origen biológico por parte de las personas concebidas mediante técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, justificada en el derecho fundamental a la identidad de todo ser humano. Para estos efectos, la investigación se desarrollará en términos analíticos y comparativos, con especial énfasis en el derecho comparado.

En síntesis, el que una persona concebida mediante técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo, inste por el conocimiento de sus raíces biológicas invocando al efecto su legítimo derecho a la identidad, constituye un derecho fundamental que les permitirá alcanzar su mayor realización psíquica, espiritual, y social, interés digno, cierto y legítimo, cuyo amparo conforme al ordenamiento jurídico nacional e internacional resulta indubitado al tenor de lo expuesto en la presente investigación.

INTRODUCCIÓN

Los avances científicos y en especial los producidos en el campo de la biogenética, han abierto un vasto horizonte de posibilidades para permitir a las parejas estériles, acceder al hijo que la naturaleza les niega, y concretar de este modo, su anhelo de fundar la familia que tuvieron en vista al contraer matrimonio. Estos avances, impensados hasta hace muy poco tiempo atrás, nos adentran en distintas situaciones que acarrearán graves consecuencias si no son debidamente reguladas por el respectivo ordenamiento jurídico de un país. Ante esta realidad, no están ajenas las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, cuya implementación, práctica, límites y restricciones han quedado virtualmente entregadas al criterio ético-valórico de quien las realiza. En nuestro país, desde el año 1989 hasta la fecha, han nacido más de un millar de menores a través de las distintas técnicas de reproducción humana asistida, lo que las convierte en una realidad insoslayable que demuestra algún grado de aceptación de tales técnicas por parte de nuestra sociedad. Entre las múltiples alternativas que sobre la materia se ofrecen hoy en día, es posible distinguir aquellas técnicas de reproducción humana de carácter homólogo, esto es, aquéllas que se practican con los gametos propios de los cónyuges o de los miembros de una pareja estable, y aquéllas de carácter heterólogo, esto es, aquéllas en que interviene uno de los cónyuges o un integrante de la pareja estable, y un tercero que participa en carácter de donante. En la especie, en las técnicas de fecundación asistida de carácter heterólogo, existe una verdadera disociación entre el progenitor y el padre o madre del menor, y en consecuencia, la presencia de un donante de gametos implica que la identidad genética del menor sea distinta a aquella de su padre o madre formal, lo cual eventualmente puede afectar el interés del menor en lo

tocante a su identidad personal.

En efecto, con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Filiación N°19.585, se introdujeron diversas modificaciones en el ámbito del derecho civil, y concretamente en el ámbito del Derecho de Familia, se consagraron diversas disposiciones legales inspiradas en los principios rectores de dicha ley, a saber, el de la igualdad entre los hijos, el de supremacía del interés del niño, y el de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad. Ahora, ocurre que si bien la legislación actual contempla tales principios, ellos no han sido recogidos en absoluto tratándose de aquellos menores concebidos mediante algún procedimiento de fecundación asistida, toda vez que por expresa disposición legal se les prohíbe ejercer las correspondientes acciones de filiación. Así las cosas, en la presente investigación pretendo abordar la posibilidad de que aquella persona concebida mediante la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida, en concreto, respecto de aquellas en que ha intervenido un donante de gametos, pueda ejercer una acción de conocimiento del origen biológico, fundada en el derecho de identidad de toda persona, con el objeto de armonizar su situación con la Constitución Política del Estado de Chile de 1980, y con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. A mayor abundamiento, se analizarán las consecuencias de tal conocimiento, así como también las herramientas jurídicas en virtud de las cuales eventualmente se puedan ejercer las correspondientes acciones de filiación a partir del conocimiento por parte del interesado de la identidad del donante.

Cabe agregar que la presente investigación será esencialmente dogmática, documental, teórica y con un estudio explicativo que básicamente tratará de demostrar la posibilidad cierta de que los menores concebidos a partir de la utilización de alguna técnica de reproducción humana asistida puedan ejercer una acción judicial tendiente a descubrir su origen biológico, y por consiguiente, lograr un sentido de pertenencia que fortalezca su identidad personal, utilizando como métodos de investigación, básicamente los métodos deductivo, analítico, sintético y comparativo.

CAPITULO I. LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA FILIACION

En las actuales normas que el Código Civil contempla en relación con la filiación, subyacen diversos metaprincipios que las inspiran, como son el principio de igualdad de los seres humanos, el principio de supremacía del interés superior del menor, y el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

1.1. El principio de igualdad entre los hijos.

El mensaje con el cual el Poder Ejecutivo envió al Congreso Nacional el proyecto de ley que reformó el sistema filiativo en nuestro país, fue bastante claro y preciso al momento de recoger y consagrar normativamente este principio:

"El proyecto de ley... tiene como objetivo fundamental sustituir el régimen de filiación actualmente vigente por otro, que termina con las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos y que establece un trato igualitario para todos los hijos... ", agregando que "el régimen de filiación actual es profundamente discriminatorio, en la medida que clasifica a los hijos en legítimos e ilegítimos, según si han nacido dentro o fuera del matrimonio, estableciendo marcadas diferencias de trato para una categoría y otra. Lo anterior transgrede abiertamente el principio constitucional que reconoce y asegura la plena

igualdad de todas las personas ante la ley y viola el mandato contenido en la carta fundamental, que expresa que en Chile no se podrán hacer diferencias arbitrarias, ni por ley ni por autoridad alguna. Las discriminaciones que nuestra actual legislación contiene en materia de filiación, además, son contrarias a los principios contenidos en las diversas convenciones internacionales sobre los derechos humanos de las que Chile es parte y respecto de las cuales, de acuerdo con el actual artículo 5° de la Constitución Política, los órganos del Estado han contraído el compromiso de hacer respetar y promover. En efecto, numerosos son los instrumentos en materia de derechos humanos que recogen el principio de la dignidad de las personas, que impide toda suerte de discriminación en función de hechos no imputables a los sujetos, como resulta ser la circunstancia de haber sido concebidos dentro o fuera del matrimonio de sus padres".¹

Esta verdadera declaración de principios fue plasmada normativamente en el artículo 33 del Código Civil, aunque no en términos tan absolutos como pretendía el propio legislador.² En efecto, este artículo señala -en su parte final- que "la ley considera iguales a todos los hijos", pero entendiendo que se encuentran en la hipótesis quienes ostentan el estado civil de hijo por haber sido determinada legalmente su filiación respecto de cierta persona, en conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código.³ Entonces, sólo a partir de tal circunstancia, la filiación por naturaleza, sea matrimonial o no matrimonial, produce efectos comunes, dando -de este modo y en este ámbito- cumplimiento a las intenciones del legislador de reconocer a todos los hijos iguales derechos, o lo que en términos más genéricos quiere significar una concreción del

¹ AYLWIN AZOCAR, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República que Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación. Diario de Sesiones de los Diputados. Agosto. 1993. p.2481 ss.

² En este mismo sentido, el profesor Hernán Corral Talciani manifiesta: "Más allá de las intenciones, e incluso del ingente esfuerzo final que hizo el Congreso para eliminar, no ya las diferencias de efectos de las filiaciones determinadas, sino incluso toda denominación que pudiera oler a discriminación (para explicar dicha expresión agrega al pie de página que "este fue el acuerdo de la Sala del Senado que encargó a la Comisión de Constitución una nueva revisión del proyecto, que fue objeto del Informe Complementario de 22 de julio de 1998"), lo cierto -continúa- es que el estatuto filiativo que consagra el proyecto no es único y aplicable a todos los hijos como se pretendía por algunos". Añade que "Una cosa es la equiparación de la eficacia de la filiación determinada, es decir, que todos los hijos tengan los mismos derechos respecto de sus padres y los parientes de éstos, objetivo que -para bien o para mal- claramente ha sido conseguido por el texto legal". Empero, agrega que "algo diverso es la conformación misma del estado filiativo. Es claro que en relación con la estructura de la relación filial el objetivo igualitarista se ha frustrado, y ello sencillamente porque la diferencia viene impuesta por la naturaleza de las cosas y principalmente por el reconocimiento social y jurídico del matrimonio como ámbito ordinario del ejercicio de la sexualidad y de la recepción de los hijos". CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N° 19.585. Documento de Trabajo N° 25. Universidad de los Andes. Santiago. Chile. 1998. p. 6.

³ Al respecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado sostuvo categóricamente que "Se ha precisado en el nuevo artículo 33 que el estado civil de hijo respecto de una persona se tiene cuando se encuentra determinada la filiación, esto es, cuando concurren las causas legales que le dan origen, y no cuando se acredita, o sea, cuando se prueba, distinción que quedará muy clara en el Código Civil, como fluye, por ejemplo, de la lectura de los incisos primero y final del nuevo artículo 181". Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Julio. 1998. p.1523.

principio que propugna una igual protección de los hijos en sus derechos.⁴ La igualdad filiativa consagrada por la Ley 19.585 fue una consecuencia del principio de igualdad ante la ley que contempla el artículo 19 N°2 de la Constitución Política del Estado de Chile de 1980, así como también por los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se encuentran ratificados por Chile, disposiciones integrantes de nuestro ordenamiento jurídico.

En la especie, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su preámbulo señala que "... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables". El artículo 2.1. consagra el compromiso de los Estados Partes en orden a respetar y garantizar los derechos reconocidos en este Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta disposición se encuentra relacionada con el artículo 26, el cual prescribe que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...), nacimiento (...)".

Por su parte, el artículo 24.1. establece una norma similar a la anterior, pero que está destinada específicamente a exhortar a los Estados para que adopten todas aquellas medidas conducentes para una adecuada protección de la infancia sean ellas tanto legislativas, administrativas, judiciales como de toda otra índole, sin que se produzcan discriminaciones de ninguna naturaleza que puedan afectar a los niños en términos de excluirlos del beneficio de las medidas tomadas o bien de establecerles gravámenes indebidos. Así también se compele en el mismo sentido a la familia y la sociedad respecto de las medidas que decidan implementar: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, efectúa en su preámbulo idéntica declaración que el Pacto anterior. En su artículo 2.2. señala que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos -entre otros- de nacimiento. Empero, es el artículo 10.3. el cual consagra un verdadero imperativo expreso a los Estados parte, en el sentido de que deben adoptar todas aquellas medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños y adolescentes, sin establecer al respecto discriminación alguna por motivos de filiación.⁵

⁴ Como quedó constancia en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, "La declaración de igualdad reafirma la idea matriz de la ley de terminar con las discriminaciones entre los hijos en razón de su concepción o nacimiento, dejando de manifiesto en esa forma el sentido o espíritu que la anima.... En esa medida, se consagra el principio de igualdad de los efectos de la filiación, y se precisa que rige de la forma, en las condiciones, o de acuerdo a las reglas que el mismo Código entra a detallar más adelante". Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Noviembre. 1997. p.1798.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", en su preámbulo reitera o hace suyos los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sentido que "(...) sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (...)". En su artículo 1.1. -de igual forma que los Pactos anteriores- establece el compromiso de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas sin discriminación alguna por motivos –entre otros- de nacimiento. El artículo 17.5. establece perentoriamente que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Esta norma debe entenderse complementada con el artículo 19, al prescribir que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Desde una perspectiva más genérica, el artículo 24 establece que todas las personas son iguales ante la ley y, por consiguiente, tienen derecho a una igual protección de ella sin discriminación alguna.

Finalmente cabe inspeccionar la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, siguiendo la línea expositiva de los instrumentos internacionales anteriores, ya en su preámbulo reconoce que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, proscribiendo cualquier forma de discriminación en su ejercicio, incluyendo las que se fundamenten en motivos de nacimiento. Además señala, a la letra, que "Convencidos que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad"; y "Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad". En este mismo sentido, el artículo 2.1. señala que "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o sus representantes legales". Complementando y fortaleciendo aún más el contenido de dicho precepto, el artículo 3.1. prescribe que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el del interés superior del niño". En lo concerniente a la temática filiativa, el artículo 7.1. dispone que "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derechos desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Por último, en otras garantías para los niños, el artículo 8.1.

⁵ Dicho artículo prescribe que "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición".

expresa que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas".

1.2. El interés superior del niño.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha comenzado a desarrollar una nueva etapa en cuanto al tratamiento jurídico de la infancia. En efecto, con ella se ha dado origen a lo que se conoce actualmente como la Doctrina de Protección Integral del niño, cuyas líneas directrices aparecen dadas por la búsqueda de su consagración expresa en los derechos y principios constitucionales, y por consolidar una concepción del niño como sujeto titular de derechos autónomos, obligando a los Estados a adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a los principios de autonomía y de dignidad de los niños, según su estado y proceso de maduración, para -de esta forma- crear los marcos necesarios para el mayor desarrollo de sus derechos potenciales. En este orden de ideas, el profesor Carlos Peña plantea que existe para el Estado la prohibición de "considerar la condición de niño en excusa legítima para hacer excepciones al conjunto de los derechos ínsitos al Estado Constitucional. La edad se debe tomar en cuenta para garantizar el goce de derechos y no para excepcionar su goce actual".⁶ Su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, representa un proceso de absorción normativa que no es menor, toda vez que cumplido el trámite de la ratificación de este Tratado Internacional por nuestro país, el Estado adquiere un compromiso imperativo de adecuar su derecho interno a los principios y postulados que inspiran esta doctrina. En este orden de ideas, Emilio García Méndez plantea que:

"La Convención resulta el primer instrumento jurídico, efectivamente garantista en la historia de las legislaciones de menores en América Latina. Más aún, el contenido, alcance y espíritu de la Convención, ha provocado una reflexión crítica en cada uno de los mundos que conforman la cuestión de la infancia, reflexión en la cual, la necesidad de articulación ocupa un lugar de destacada importancia".⁷

La cláusula del Interés Superior del Niño, constituye el elemento fundamental de la Doctrina de Protección Integral, que se encuentra consagrada -como principio- en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del

⁶ PEÑA GONZALEZ, Carlos. El Derecho Civil En Su Relación Con El Derecho Internacional De Derechos Humanos. Revista Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. 1996. N°6. p.626.

⁷ GARCIA MENDEZ, Emilio, y BELOFF, Mary. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Temis-DePalma. Buenos Aires. Argentina. 1998. p. 303.

niño". Empero, este fundamental principio de derecho que está presente a lo largo de todo el articulado de la Convención y sobre el cual, además, se construye su tramado normativo, no se encuentra definido por ella, ni menos aún proporciona elementos de juicio para una correcta y acertada interpretación, lo cual implica la necesidad de determinar el sentido y alcance que le subyace.

Como una cuestión preliminar, cabe anotar que se realiza la idea que el niño aparece como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuese necesario, de ser ejercidos contra sus propios padres. Según lo expresa el artículo 1º, "se entiende por niño, todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". En la especie, para establecer propiamente su contenido, resulta interesante acudir a algunos planteamientos de Miguel Cillero, quien señala que en la,

"Convención el concepto de interés superior del niño cobra el carácter de principio jurídico en el sentido de Dworkin, esto es, proposiciones que describen derechos, cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de los derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos".⁸

Por su parte, Eduardo Pettiagiani define este interés como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizando en concreto".⁹ Con respecto a la dificultad de conceptualizar este principio, Carmen González señala:

"No podría establecerse una definición unívoca del interés superior del menor, desde el momento que la problemática vinculada a los menores ofrece una multiplicidad de aspectos, existen diversas categorías que se refieren a este punto, y los aspectos a tener en cuenta para determinar el interés superior del menor en lo que respecta a una adopción internacional, probablemente no serán los mismos que los que hay que considerar en un caso de sustracción o retención ilícita, en un caso de alimentos o en un caso de tráfico de menores".¹⁰

⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel, citado por CRESPO, María. El Niño Como Sujeto De Derecho. El Interés Superior del Niño en las Distintas Instituciones Jurídicas. En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N°2. Protección Integral de los Derechos del Niño. 20-24 de Septiembre de 1998. Mendoza. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho y el Gobierno de Mendoza. Libro de Ponencias. Editorial Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. Argentina. 1998. p. 102.

⁹ PETTIAGIANI, Eduardo. El Interés Superior del Menor ¿Es Superior a Todo Otro Interés?. En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N°2. Protección Integral de los Derechos del Niño. 20-24 de Septiembre de 1998. Mendoza. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho y el Gobierno de Mendoza. Libro de Ponencias. Editorial Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. 1998. p. 18.

Con todo, la ausencia de un marco conceptual en torno a este principio informador, unido a la falta de elementos o criterios interpretativos, le ha permitido adquirir una dinámica de aplicación flexible que lleva a que en cada caso concreto tenga que decidirse cuál es la medida, decisión o resolución que deba ser adoptada para asegurar una protección integral del niño. En este sentido, el contenido del principio de interés superior del niño, puede ser entendido como aquella consideración esencial a que deben sujetarse todas las decisiones adoptadas tanto por los órganos del Estado, las instituciones públicas o privadas, así como al interior de una familia, en donde se encuentre involucrado un niño, destinada a asegurar la plena protección del menor tanto de su persona como de sus bienes, atendiendo a la integralidad de las posibles esferas de resguardo, esto es, físicas, psicológicas, espirituales, morales, sociales, culturales, materiales, patrimoniales o de toda otra índole que tengan correspondencia con el caso concreto que pretende resolverse. Si bien es cierto, a todos aquellos organismos o grupos societarios que cumplen algún tipo de función relacionada con la infancia, se encuentran en situación de cumplir una irrestricta sujeción al principio en comento, es precisamente al Estado a quien le corresponde preponderantemente asumir un rol activo tanto en la implementación normativa del principio como en la creación de mecanismos dirigidos a brindar su protección y respeto efectivo de parte de toda la sociedad.

En este sentido, el Estado asume un doble compromiso: por una parte, impide al Estado utilizarlo como fundamento o base para una supresión o menoscabo de los derechos de los niños, y por otra, puede ser invocado por los menores o bien por las personas o instituciones encargadas de su cuidado personal, para ejercer plenamente todos los derechos que le confieren nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, todos los órganos del Estado -en el ámbito propio de sus competencias- deben adoptar aquellas medidas tendientes a proporcionar al niño, su mayor desarrollo espiritual y material posible, creando las condiciones sociales y culturales propicias para tal objetivo. En este contexto, el legislador asumió el compromiso de crear y promover dentro del ordenamiento jurídico, instituciones jurídicas que le permitan un goce efectivo de todos sus derechos esenciales, entre ellas, el Poder Judicial deberá cumplir con el mandato constitucional que le obliga a interpretar y resolver los conflictos judiciales relativos a la infancia, considerando como factor fundamental, el interés superior del niño. En este sentido, será indispensable que los Tribunales adopten y fomenten como medida necesaria para la correcta resolución de sus asuntos, el consultar y escuchar la opinión del menor, atendiendo –por cierto- a la etapa de desarrollo y madurez del niño.

La Ley N°19.585 ha recogido y consagrado este principio del interés superior del niño en diversos preceptos legales, del cual se advierte claramente, que el legislador le ha atribuido al principio una doble alineación normativa. En primer término, la reforma provocó una nueva orientación en los principios que informaban las relaciones personales

¹⁰ GONZALEZ, Carmen. El Interés Superior del Menor desde la Perspectiva del Derecho Internacional Privado. En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N°2. Protección Integral de los Derechos del Niño. 20-24 de Septiembre de 1998. Mendoza. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho y el Gobierno de Mendoza. Libro de Ponencias. Editorial Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. 1998. p.76.

y patrimoniales entre padres e hijos. Así, la autoridad paterna y la patria potestad han quedado dirigidas esencialmente a la protección integral del niño, debiendo propenderse a su mayor realización espiritual y material posible. En efecto, el inciso 2º del artículo 222 ubicado en el Título IX que lleva como epígrafe "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos", prescribe perentoriamente que: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades". Desde esta perspectiva, resulta interesante observar las disposiciones sobre el "régimen comunicacional" y respecto de la "facultad de corregir a los hijos", que reafirman –en todo su esplendor- la adscripción de nuestro legislador a este principio. En segundo lugar, la reforma introducida al Código Civil implicó que el interés superior del menor sea la base para resolver los conflictos jurídicos en que tenga participación o interés un menor, debiendo protegerse con ello su integridad física, psíquica o patrimonial. En esta perspectiva, el artículo 242 inciso 2º dispone que "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez". Diversas disposiciones diseminadas a lo largo del Código Civil, reiteran la fuerza vinculante de este principio como elemento interpretativo para los jueces, tales como, los artículos 225, 229 inciso 2º, 234 inciso 3º, 240 inciso 2º, 244 inciso 3º, 245 inciso 2º, y 268 inciso 2º, entre otros.

1.3. El principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, y el derecho a la identidad.

El principio de que toda persona pueda investigar ampliamente la paternidad y la maternidad amparándose en toda clase de pruebas y pericias biológicas, se funda en el derecho a la identidad de toda persona para conocer sus orígenes genéticos, sociales y culturales, lo que le permitirá en definitiva, desarrollar un sentido y espíritu de pertenencia y arraigo familiar. En este sentido, como principio general del derecho de familia, la actual legislación pretende la búsqueda de la verdad biológica por sobre una verdad puramente formal, siendo en consecuencia, el derecho a la identidad aquél que prevalece para tales efectos. En efecto, el derecho a la identidad fue en principio una creación de la jurisprudencia italiana, a la cual posteriormente adhirió cierta doctrina al definir con mayor precisión el contenido del derecho a la identidad, cuyo núcleo esencial está dado por la verdad personal, en consecuencia, real y auténtica.

La doctrina extranjera, estima que el derecho a la identidad está compuesto por una faz dinámica y una faz estática, elementos que se complementan para definir la identidad personal durante la existencia y desarrollo del ser humano. En efecto, se trata de un derecho personalísimo del que goza toda persona humana a ser uno mismo, en su

compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad.¹¹ Así las cosas, supone "un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad, que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro".¹² A mayor abundamiento, el derecho a la identidad constituye un componente esencial dentro de la esfera de los derechos humanos de tercera generación, esto es, aquéllos de carácter económico, social y cultural, y en consecuencia, actúa como agente instigador respecto al prevalecimiento de la verdad biológica como principio informador preeminente en el ámbito de la filiación.

Para entender este derecho, es necesario precisar qué es la identidad personal. A juicio de Carlos Fernández, la identidad personal "supone ser "uno mismo" y no otro, pese a la integración social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la "mismidad" del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, al lado y de la misma manera que acontece con otros esenciales intereses personales, tales como la libertad o la vida".¹³ En efecto, el fundamento mediato de la identidad personal se encuentra en la libertad individual y en la dignidad de toda persona, quien requiere en definitiva, de un desarrollo pleno y libre de la personalidad para forjar la propia identidad.

14

En consecuencia, este derecho personalísimo se traduce en la facultad de todo ser humano a que se respete su propia verdad, lo que incluye su historia y su particular configuración física, psíquica, familiar, social y cultural. Asimismo, Zannoni reconoce una

¹¹ MOLINA QUIROGA, Eduardo, ET AL. Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, [en línea]. En: CONGRESO INTERNACIONAL de Derechos y Garantías en el Siglo XXI. En Internet. 28, 29 y 30 de Abril 1999. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm> > [consulta: 05 Septiembre 2003].

¹² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, citada por VELOSO VALENZUELA, Paulina. Principios Fundamentales Del Nuevo Estatuto de Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia, VELOSO VALENZUELA, Paulina. La Filiación En El Nuevo Derecho de Familia. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 2001. p.65.

¹³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1992. p.14.

¹⁴ En Costa Rica se promovió una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo 24029-S que regulaba la realización de las técnicas de reproducción asistida en dicho país, fundándose básicamente en que infringía dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico, estos son, el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano, lo cual, entre otras consecuencias, significaba que el decreto no precisaba si el donante tenía derecho a permanecer anónimo, en circunstancias que la Constitución en su artículo 53 garantiza el derecho de todo ser humano a saber quiénes son sus padres, frente a lo cual la Procuraduría General de la República sostuvo que el Decreto no regulaba nada en cuanto a la identidad del donante, habida cuenta de que el donante no asumía derecho ni responsabilidad alguna respecto del nacido, además de que la aplicación de una presunción de paternidad del esposo, no excluía, eventualmente, la posibilidad de impugnación. La Corte Suprema de Justicia acogió la inconstitucionalidad del referido Decreto, por vulnerar el principio de reserva legal, y pronunciándose sobre el fondo del asunto, también por atentar claramente contra la vida y la dignidad del ser humano, pues la aplicación de las distintas técnicas atentaba contra la vida humana. Fallo Corte Suprema de Justicia de Costa Rica [en línea] < <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/AcercaFIVETCRica.html> > [consulta: 10 Octubre 2003]; y Decreto Ejecutivo No.24029-S [en línea] < <http://www.bioetica.org/crreprod.htm> > [consulta: 10 Octubre 2003].

triple dimensión del concepto jurídico de identidad, a saber: 1.- *Identidad personal en referencia a la realidad biológica*: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia que le corresponde conforme a su realidad biológica. Dentro de esta dimensión, se distinguen dos aspectos: 1.1.- *Identidad genética*: abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible, y 1.2.- *Identidad filiatoria*: resulta del emplazamiento en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Las expectativas de nuestro sistema jurídico es que ambos aspectos de la identidad en referencia a la realidad biológica coincidan, situación que no se presenta en la aplicación de diversas técnicas de reproducción humana asistida. 2.- *Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona*: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, etc. y 3.- *Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona*: realización del proyecto de vida de la persona: sus pensamientos, creencias, ideologías, costumbres, etc.¹⁵

La Corte de Casación Italiana, en un fallo del año 1985, sostuvo que la identidad personal “integra un bien especial y fundamental de la persona, como es aquel de ver respetado de parte de los terceros *su modo de ser en la realidad social*, o sea, que el sujeto vea garantizada la libertad de desarrollar integralmente la propia personalidad individual, ya sea en la comunidad general como en las comunidades particulares”.¹⁶ De esta manera se reconoce que este derecho tiene un fundamento axiológico en la libertad de todo ser humano, merecedor por sí mismo, de tutela jurídica “en cuanto indiscutible interés existencial que deriva de la dignidad misma de la persona”.¹⁷

Por consiguiente, posible resulta afirmar que el derecho a la identidad personal es, en términos sistemáticos, una especie dentro del amplio catálogo conformado por los derechos de la personalidad, por lo cual goza de todas las particularidades y características propias de tales derechos. Ahora bien, conforme a la sana doctrina del derecho a la identidad, éste se encuentra integrado por dos componentes perfectamente distintivos. Así, la faz dinámica, dice relación con la proyección histórica-existencial de la persona, con su patrimonio ideológico cultural. Es decir, cómo cada persona se va desarrollando a través del tiempo y según las circunstancias que vive; y por otro lado, cómo esa persona es percibida y respetada por el resto de la sociedad.¹⁸ En concreto

¹⁵ ZANNONI, Eduardo, citado por KRASNOW, Adriana Noemí. Daños derivados de las nuevas tecnologías de reproducción humana asistida. Especial referencia a la protección del derecho a la identidad [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. 2, 3 y 4 de Octubre de 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op16.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

¹⁶ Citado por FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p.100.

¹⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p.269.

¹⁸ LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Editorial Conosur. Santiago. Chile. 2001. p.129.

"es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior".¹⁹ Esta faz dinámica constituye un "complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona. Éste es el nuevo interés existencial que tiende a incorporarse a los ordenamientos jurídicos, a través de normas que configuren un derecho subjetivo perfecto o típico".²⁰ La evolución propia de todo ser humano basada en la libertad individual, implica una constante mutación en su identidad con el transcurrir del tiempo, lo cual debe ser amparado jurídicamente toda vez que ello constituye la verdad personal y real de toda persona en un momento histórico determinado.

Por otra parte, la faz estática, contiene los atributos de identificación, dentro de los que se incluye el nombre, fecha y lugar de nacimiento, estado filiativo y el origen genético-biológico.²¹ Al respecto, María del Rosario Brinsek, señala que esta fase "nos aproxima en forma inmediata a una visión básica del sujeto, mostrándonos sus signos distintivos, como podrían ser el nombre, la nacionalidad, la edad, el sexo y otras características físico-biológicas que diferencian a una determinada persona de las demás".²² Se les considera estáticos, porque generalmente son invariables e inmodificables al tratarse de una identidad física, biológica o registral, pero en ella no se agota la identidad de la persona en su más cabal y completa expresión.²³²⁴ En este orden de cosas "el concepto de la identidad excede a lo biológico pero, sin duda, está estrechamente vinculado con el acceso al derecho de conocer nuestra verdad biológica".²⁵ Por su parte, la profesora Veloso manifiesta que,

¹⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p.114.

²⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p. 25.

²¹ CERUTTI, María. Identidad Personal: contenido esencial y protección jurídica. En: XVI JORNADAS NACIONALES de Derecho Civil. Comisión N°1. Parte General: Identidad Personal. 25-27 de Septiembre de 1997. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Jurídicas. pp. s.p. Nora Lloveras denomina este origen genético-biológico como "primera identidad". LLOVERAS, Nora. La Identidad Personal: Lo Dinámico y lo Estático en los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998. N°13. p.66.

²² BRINSEK, María del Rosario. La Identidad Personal y su Protección Jurídica. En: XVI JORNADAS NACIONALES de Derecho Civil. Comisión N°1. Parte General: Identidad Personal. 25-27 de Septiembre de 1997. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Jurídicas. pp. s.p.

²³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p.108.

²⁴ LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op.Cit. p.130.

²⁵ ARIANNA, Carlos Alberto. La Construcción de la Identidad en el Niño Desde el Punto de Vista Social y su Regulación Jurídica. En: PIERINI, Alicia, SAMAJA, Juan. El Derecho a la Identidad. Los Avances Científicos. La Regulación Jurídica y los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849). Editorial Universitaria. Buenos Aires. Argentina. 1993. p.37.

“Este derecho es el que tiene toda persona sobre la *verdad de su propia biografía*, -que comprende elementos estáticos, destinados sustancialmente a no cambiar, como el nombre, el sexo, los datos respecto del nacimiento, la filiación; y dinámicos, referidos a lo que se denomina el “patrimonio ideológico-cultural de la personalidad”, constituido por las experiencias pasadas, la condición presente y, sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo. Comprende también que esta verdad personal sea así reconocida por las demás personas (la sociedad en su conjunto). En consecuencia, el derecho de identidad comprende, entre otros aspectos, el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consiguientemente, a tener la relación padre o madre e hijo, que surge del nexo biológico”.²⁶

El derecho a la identidad se encuentra vinculado con los derechos del niño, en razón de que el respeto y protección en la infancia a su libre desarrollo de la personalidad, implicará un adecuado desenvolvimiento del menor en la adultez.²⁷

Ahora bien cabe dilucidar los atributos jurídicos que importa el ejercicio del derecho a la identidad, dentro de los cuales encontramos la posibilidad de exigir que se admita y se respete lo suyo, y por lo mismo, que no se le atribuyan hechos o calidades ajenas; además, da la posibilidad de forjar uno mismo esta identidad, y por ende, de obrar conforme a ella.²⁸

En este contexto, para que una persona desarrolle plenamente su verdad personal, es fundamental que pueda tener conocimiento de cuál es su origen, quiénes son sus padres y quiénes constituyen su familia.²⁹ En este sentido, Dolores Loyarte y Adriana Rotonda manifiestan que,

“al hacernos partícipes de las nociones que hemos expuesto y de la defensa del derecho a la identidad, defendemos el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes, y reconocemos la necesidad innata y consustancial del hombre a indagar sobre lo que fue antes que él. Eso que lo precedió en el orden generacional y generativo -tanto desde lo biológico como desde lo social-, de un modo u otro

²⁶ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Principios Fundamentales del Nuevo Estatuto de Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia, y VELOSO VALENZUELA, Paulina. La Filiación En El Nuevo Derecho de Familia. Op. Cit. p. 64.

²⁷ LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op.Cit. p.130. En esta obra su autora cita una Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que al respecto resolvió que “al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico de carácter superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituye una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de ese derecho fue precisamente establecida a favor del desarrollo de la personalidad y protección de su dignidad como ser humano”. LOPEZ RIVERA, Gissella. Ibid. p.130.

²⁸ LLOVERAS, Nora. La Identidad Personal: Lo Dinámico y lo Estático en los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Op. Cit. p.66.

²⁹ LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op.Cit. p.132.

también lo constituye, lo funda y le permite conocerse” agregando que “por todo ello, nos parece particularmente importante que el ser humano pueda visualizar y mantener su pertenencia con el mundo de los progenitores, y poder gozar de un *derecho pleno a la subjetividad*”.³⁰

Por su parte, Nora Lloveras, también manifiesta que,

" la identidad en sus aspectos dinámico y estático, no resultan inseparables, y no se presenta posible la proyección histórico existencial del hombre, sin que se encuentre debido resguardo de los iniciales elementos de la primera identidad... El derecho a una identidad familiar, es el antecedente que posibilita la formación de los aspectos dinámicos de la identidad, y su protección ".³¹

Asimismo, el derecho a la identidad posee como componente implícito el derecho a la información, “entendido éste como vehículo del conocimiento. La identidad, es el resultado de la identificación y para identificar es necesario conocer. Debo saber el modo en que fui concebido, mi carga genética y la individualización de aquellos que me dieron la vida”.³² Así las cosas, el derecho de identidad es una cuestión que incumbe al Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, “porque los tres integran el gobierno del Estado, y es responsabilidad de los tres aplicar estos principios y velar por ellos, cada uno en su esfera, dentro de lo que la Constitución ha establecido como cuestiones de su competencia exclusiva”,³³ debiendo entonces propiciar que las personas accedan efectivamente a las fuentes apropiadas y fidedignas indispensables para forjar su identidad personal. En este sentido, López Rivera expresa que “es indiscutible que las personas puedan practicar las investigaciones acerca de su origen, y el Estado debe contribuir con los medios necesarios para que se acceda a fuentes veraces de información”.³⁴

Conforme con lo expuesto, este derecho debe gozar de una efectiva tutela jurídica que posibilite y asegure que toda persona logre desarrollar libremente su personalidad, y por otra parte, sancionar todas aquellas conductas que afectan directamente este derecho a la identidad. Así las cosas, la tutela jurídica de estos aspectos implicará un desarrollo –preeminentemente- en el ámbito del derecho

³⁰ LOYARTE, Dolores, ROTONDA, Adriana. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1995. p.393.

³¹ LLOVERAS, Nora. La Identidad Personal: Lo Dinámico y lo Estático en los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Op. Cit. p.70.

³² LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op.Cit. p.132.

³³ GÚIRALDES, Miguel. Problemas Judiciales Y Procesales En Relación Al Derecho A La Identidad Y La Aplicación De La Convención De Los Derechos Del Niño. En: PIERINI, Alicia, SAMAJA, Juan. El Derecho a la Identidad. Los Avances Científicos. La Regulación Jurídica y los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849). Editorial Universitaria. Buenos Aires. Argentina. 1993. p.129.

³⁴ LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op.Cit. p.132.

civil, en el sentido de que se establezcan mecanismos que permitan a las personas tener acceso a su verdad personal, de manera que un buen sistema de determinación de la filiación, resultará fundamental para tal objetivo, y por otro lado, será materia de *lege ferenda* el establecimiento de normas de responsabilidad civil que sancionen todas aquellas conductas que produzcan un daño efectivo a este derecho personalísimo.³⁵

Sin perjuicio de lo expuesto, y considerando que el derecho a la identidad constituye un interés de que cada persona “no vea alterada, desnaturalizada o negada la proyección externa o social de su personalidad. Es decir, a que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son, entre otros, el ideológico, el intelectual, el político, el social, el religioso y el profesional de la persona”³⁶, es posible sostener conforme a un examen de *lege lata*, que cualquier afectación o lesión a la identidad personal de la víctima, esto es, aquél interés cierto y legítimo amparado por nuestro orden jurídico, podrá ser resarcido por su autor en base a las normas pertinentes de la responsabilidad civil por culpa (arts.2314 y sgtes. del Código Civil).³⁷

En el derecho comparado, ciertas Constituciones Políticas contemplan expresamente el derecho a la identidad. Tal es el caso de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 cuyo artículo 56 expresa que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Todas las personas tienen derecho a ser inscritas gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación”.³⁸ También la *Constituição da República Portuguesa* en su artículo 26 N°1 expresa que “a todos le son reconocidos los derechos de identidad personal, al desenvolvimiento de la personalidad, la capacidad civil y la ciudadanía, al buen nombre y a la reputación, a la imagen y a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar, y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación”.³⁹ Asimismo, la Constitución Política de la Provincia de Buenos Aires en su art.11 consagra el derecho de “todas las personas en la Provincia, a conocer la identidad de origen”, mientras que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 12 garantiza “el derecho a la identidad de las personas; asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros”, aclarando que “en ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al

³⁵ LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op.Cit. p.133.

³⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p.99.

³⁸ Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela [en línea] <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Venezuela/venezuela.html> [consulta: 14 Octubre 2003].

³⁹ *Constituição da República Portuguesa* [en línea]< <http://www.cea.ucp.pt/lei/const/constind.htm> > [consulta: 14 Octubre 2003].

recién nacido”. Asimismo dispone que “debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada la identidad”.⁴⁰

Cabe añadir que, con fecha 11 de Noviembre del año 1997, la Asamblea General de la UNESCO aprobó la Declaración Universal Sobre el Genoma y Derechos Humanos, que si bien carece de un valor vinculante para los Estados, constituye un compromiso moral para la comunidad internacional al enunciar principios duraderos que fijan el marco ético de las actividades relativas al genoma humano. Así las cosas, diversos países han modificado su Carta Magna con el objeto de contemplar tales principios. En la especie, la Constitución Federal de la Confederación Suiza, regula en su artículo 119 todo aquello concerniente a la “Medicina reproductiva y a la ingeniería genética en el ámbito humano”,

³⁷ Respecto a la responsabilidad civil derivada de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, véase CARCABA FERNÁNDEZ, María. Problemas Jurídicos Planteados Por Las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1995. p.174 ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. Bioderecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998. p.123 ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. Responsabilidad Derivada De La Biotecnología. En: ABELEND, César Augusto, LOPEZ CABANA, Roberto, ALTERINI, Atilio Aníbal (Directores). La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1995. p.189 ss.; CABRERA, Delma, CODEGLIA, Luis. Responsabilidad Por Violación Del Derecho A La Identidad. En: ABELEND, César Augusto, LOPEZ CABANA, Roberto, ALTERINI, Atilio Aníbal (Directores). La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Op. Cit., p.115 ss.; BISCARO, Beatriz. Fecundación Asistida: Algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad en el marco vigente. En: ABELEND, César Augusto, LOPEZ CABANA, Roberto, ALTERINI, Atilio Aníbal (Directores). La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Op. Cit., p.145 ss.; WAGMAISTER, Adriana. Maternidad Subrogada. Derechos del Niño. En: LORENZETTI, Ricardo Luis, WEINGARTEN, Celia, GHERSI, Carlos A. (Directores). Daños. Medio Ambiente-Salud-Familia-Derechos Humanos. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. 2000. p.187 ss.; KRASNOW Adriana Noemí. Daños derivados de las nuevas tecnologías de reproducción humana asistida. Especial referencia a la protección del derecho a la identidad. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op16.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003]. BRUCITA, Diana Lidia, ET AL. Derecho a la identidad. Daños causados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op20.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003]. CONDE, María Victoria, ET AL. Daños derivados de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op42.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003]. CORDOBA, Marcos Mauricio, ET AL. Daños derivados de las nuevas tecnologías de reproducción humana asistida, [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op38.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

⁴⁰ MOLINA QUIROGA, Eduardo, ET AL. Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. [en línea]. En: CONGRESO INTERNACIONAL de Derechos y Garantías en el Siglo XXI. En Internet. 28, 29 y 30 de Abril 1999. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm> > [consulta: 05 Septiembre 2003].

disponiendo en su letra g) que “toda persona tendrá acceso a su información genética”.⁴¹ Asimismo, la Constitución Política de Grecia dispone en su artículo 5 párrafo 5 que “todas las personas deberán gozar de la más absoluta protección en cuanto a su salud y a su identidad genética. Todas las personas deberán ser protegidas respecto de las intervenciones biotecnológicas conforme lo disponga la ley”. Esta tendencia también fue recogida por la *Constituição da República Portuguesa* cuyo artículo 26 N°3 expresa que “una ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, específicamente en la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías en la experimentación científica”. Para ciertos autores, esta tendencia implica el abandono de la era del *habeas corpus* en pos de la era del *habeas identitatem geneticam*.⁴²

En nuestro país, con fecha 12 de Marzo del año 1997 se dio inicio por Moción de los HH. Senadores Srs. Mariano Ruiz-Esquide Jara, Juan Hamilton Depassier, Sergio Páez Verdugo, Andrés Zaldívar Larraín y Nicolás Díaz Sánchez al Proyecto de Ley sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana (Boletín 1993-11) cuyo artículo 1° establece que “la presente ley tendrá por finalidad proteger...la identidad genética”, asimismo su artículo 2° señala que “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su identidad, dignidad y diversidad”, su artículo 4° reza que “se prohíbe toda forma de discriminación basada en el patrimonio genético de las personas”, su artículo 5° manifiesta que “sólo podrán realizarse estudios e indagaciones para determinar la identidad genética de una persona con su consentimiento, o por orden de tribunal competente en causa en que tal hecho sea relevante”, el artículo 13 establece que “la información genética de una persona será reservada, salvo que ella la revele o que el juez lo autorice...”, el artículo 14 dispone que “la recolección, almacenamiento, tratamiento y difusión de datos genéticos de las personas se ajustará a las normas de la Ley 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal”, el artículo 15 consagra la prohibición de “solicitar, recibir, poseer y utilizar información genética relativa a una persona determinada e identificable, así como indagar si una persona se ha realizado un examen o análisis de carácter genético, salvo autorización legal expresa. Estas prohibiciones no afectan a la recolección y procesamiento de información genética de carácter estadístico y no nominativa”, mientras que el artículo 16 expone que “los datos genéticos que permitan la identificación de una persona deberán ser encriptados para su almacenamiento y transmisión. La encriptación podrá omitirse temporalmente por razones de salud pública”.⁴³

El derecho a la identidad como creación jurisprudencial y doctrinaria reciente, carece de una consagración explícita en el catálogo de garantías fundamentales dispuestas por nuestra Constitución Política, debiendo acudir a la interpretación armónica de variados

⁴¹ Confederación Helvética Suiza, [en línea] < <http://www.admin.ch/ch/i/rs/c101.html> > [consulta: 23 Septiembre 2003].

⁴² KRIARI, Ismini. Orthodox tradition, bioethical principles and European integration. [en línea]. En: CONFERENCIA Values and Principles for Building Europe. En Internet. 4, 5 y 6 de Mayo 2003. Atenas. Grecia. <http://www.bioethics.org.gr/013_SinedrioKriarien.html>[consulta: 14 Octubre 2003].

⁴³ A la fecha, el citado Proyecto de Ley se encuentra en 2do. Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados.

preceptos constitucionales, legales e internacionales para fundamentar de manera indubitada su existencia en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, la Convención sobre Derechos del Niño, es el único texto que de manera explícita contiene dos disposiciones referentes al derecho a la identidad.⁴⁴ En efecto, el artículo 8 prescribe que,

"los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección adecuada con miras a restablecer rápidamente su identidad".

Por su parte, el artículo 7º expresa que,

"el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24 señala que "todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre" y que "todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad". Cabe también citar al Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 18 reza que "toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuese necesario", mientras que su artículo 19 señala que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

Estos instrumentos jurídicos internacionales se han incorporado a nuestro orden jurídico interno en virtud de su ratificación, en razón de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, de la Constitución Política del Estado de Chile de 1980, que bien puede operar como una verdadera "cláusula general y abierta de tutela de la persona", es decir, aquellas que permiten la tutela jurídica de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que no se encuentran expresamente amparados como derechos subjetivos perfectos en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de 1980, cuya historia fidedigna fundamenta esta posición.⁴⁵

⁴⁴ Respecto de la importancia de la Convención en lo tocante al derecho de identidad, Elena Mendoza ha señalado que mediante ella se ha "revalorizado tal derecho, íntimamente ligado con el origen, entendido éste como el nacimiento, el principio, la raíz y causa de una cosa. Pareciera que origen e identidad tiene igual significado, pero es a partir del origen que el hombre adquiere los elementos de su identidad: nombre, relaciones familiares, nacionalidad". MENDOZA, Elena. El Derecho a la Identidad. Artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1996. N°10. p. 60.

⁴⁵ CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral. Valdivia. Chile. 1999. p.114.

En efecto, el catedrático constitucionalista José Luis Cea opina que,

“los derechos y garantías reconocidos en aquellas convenciones internacionales tienen la misma jerarquía constitucional que los propugnados en el artículo 19° del Código Político. Merecen, por ende, idéntico respeto y promoción que los atributos esenciales asegurados en la Ley Suprema. Por consiguiente, forman parte de ese catálogo, tal como si el Poder Constituyente los hubiera incorporado expresa, directa y específicamente a él, todos los derechos y deberes esenciales de la persona humana y los recursos contemplados en las convenciones internacionales solemnes ratificadas por Chile y vigentes en nuestra Patria”.⁴⁶

Dicha opinión es compartida por otros tratadistas constitucionales, como el profesor Nogueira quien señala que “la incorporación de la oración final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, les da a las normas de los tratados en materia de derechos humanos, jerarquía de Constitución material”.⁴⁷

Ahora, bien podría afirmarse que este campo normativo es aplicable solamente a los menores de edad que se encuentren en una situación jurídica determinada que haga plausible indagar acerca de su identidad biológica. Empero, el hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo es un sujeto de derechos, “y como persona que es, tiene sus propios derechos a la intimidad, a la dignidad humana, a su identidad social, biológica y cultural”.⁴⁸

Así las cosas, el derecho de identidad fluye de la interpretación armónica de una serie de preceptos constitucionales. Así el artículo 1, inciso 1, establece que las “personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo cual constituye la base que inspira todo nuestro orden jurídico.⁴⁹ Cabe destacar que el propio Preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos estipula que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, por consiguiente, siempre se dañará la dignidad del ser humano cuando se afecte su integridad psíquica y física, su intimidad, su honor, su libertad de conciencia, y otros bienes jurídicos de entidad amparados por la Constitución Política de 1980.⁵⁰

A mayor abundamiento, el valor jurídico de la dignidad,

⁴⁶ CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Op. Cit. p.115.

⁴⁷ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Bases de la Institucionalidad. En: VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Derecho Constitucional. Vol. I. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1994. p.123.

⁴⁸ VERRUNO, Luis, HAAS, Emilio, RAIMONDI, Eduardo, BARBIERI, Ana. Banco Genético y el Derecho a la Identidad. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1988. p.76.

⁴⁹ En este sentido, en el derecho comparado, el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia del año 1991 establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable”, lo cual se encuentra en plena armonía con diversos Tratados Internacionales que abogan por la no discriminación en razón del nacimiento. Constitución Política de Colombia. [en línea]. < <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/colombia.html> > [consulta: 14 Octubre 2003].

“es el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos y sus deberes correlativos. Estos son reconocidos como inherentes a esa dignidad de la persona, es decir que le pertenecen por su naturaleza intrínseca, que emanan de un ser por esencia racional, dotado de voluntad, que es libre y responsable de sus comportamientos, acreedor de un trato respetuoso, precisamente a raíz de hallarse dotado de aquellas cualidades”.⁵¹

En lo concerniente a la libertad, el artículo 19 N°7 asegura a todas las personas “el derecho a la libertad personal”, precepto que junto al artículo 1 de la Constitución Política de 1980 constituyen la base de la identidad entendida como una manifestación de la libertad individual, a lo cual se agregan otros preceptos que regulan individualmente ciertos aspectos integrantes y componentes de la identidad, tales como el honor, la integridad psíquica, la reputación, la honra y la intimidad de la vida privada, entre otros, derechos personalísimos “configurativos de la identidad de cada sujeto y sin su ejercicio efectivo resulta imposible infundir sello propio, imagen inconfundible, a la existencia personal”.⁵² La intimidad aún cuando se encuentra muy vinculada a la identidad, se diferencia en que tutela la privacidad del espacio íntimo sin consideración a la verdad personal que “supone un interés tendiente a evitar que se altere o desvirtúe la proyección social de la personalidad individual en base a datos objetivos”.⁵³

Como consecuencia del derecho a la identidad de toda persona, los artículos 195 y siguientes del Código Civil contemplan el principio de que toda persona pueda investigar ampliamente la paternidad y la maternidad recurriendo a toda clase de pruebas, especialmente las pericias de carácter biológico, que le permitirán conocer tanto sus progenitores como sus orígenes genéticos, sociales, y culturales. Con todo, este principio básico de la “verdad real o biológica” cede ante otros principios considerados predominantes en la materia, motivo por el cual, el artículo 182 estableció una excepción tratándose de los hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, toda vez que no podrán impugnar ni reclamar una filiación distinta a aquella determinada conforme a la regla dispuesta en el inciso 1° del citado artículo.⁵⁴

⁵⁰ CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile, Op. Cit. p.90.

⁵¹ CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Op. Cit. p.90.

⁵² CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Op. Cit. p.94.

⁵³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Op. Cit. p.180.

⁵⁴ Al respecto, la profesora Veloso, comentando las modificaciones que la Ley 19.585 introdujo en materia de filiación señaló que “podemos afirmar que en nuestra formulación legislativa, claramente se consideró un derecho esencial de la persona, por sobre otros derechos, el de la identidad. Ahora bien, es necesario registrar que en algunos preceptos se privilegió otros criterios...” añadiendo que “también se prefiere la verdad formal respecto del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (artículo 182)”. VELOSO VALENZUELA, Paulina. Principios Fundamentales que Inspiran el Nuevo Estatuto de Filiación. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Seminarios y Congresos. Lom Ediciones. Santiago. Chile. 1999. p.36. Entre las disposiciones del Código Civil que consagran el derecho de identidad, se encuentran los artículos 195, 198, 199, 195 y 320. Cfr. VELOSO VALENZUELA, Paulina. 2001. Principios Fundamentales Del Nuevo Estatuto de Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia, VELOSO VALENZUELA, Paulina. La Filiación En El Nuevo Derecho de Familia. Op. Cit. p. 69 ss.

CAPITULO II. SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La filiación constituye una de las instituciones fundamentales de todo ordenamiento jurídico, quizá la más importante, pues "afecta a las personas en sus raíces más íntimas".

⁵⁵ La filiación, es entonces, la relación de descendencia existente entre dos personas, entre las cuales existe un vínculo biológico, social, afectivo y cultural. Esta inicial realidad biológica, no obstante, es -a posteriori- abordada y regulada por el ordenamiento jurídico, debido a la "trascendencia para la organización de la familia, la sociedad y el Estado...". ⁵⁶

En la especie, los ordenamientos jurídicos seleccionan ciertos criterios con el objeto de establecer la filiación, siendo el criterio universalmente predominante aquél de índole biológico, el cual puede verse restringido en su aplicación por otros criterios de índole social, moral, cultural, o bien, en aras de la estabilidad familiar, de la paz social, del respeto al matrimonio, a la protección e interés mismo del menor, quebrantándose su aplicación "en la medida necesaria para preservar muy concretos valores e intereses que

⁵⁵ DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. La Filiación De Los Nacidos Con Ayuda De Las Nuevas Técnicas De Procreación Artificial Humana. Revista de Derecho Privado. Madrid. España. Junio. 1988. p. 540.

⁵⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia y Derecho. Editorial Universidad de los Andes. Santiago. Chile. 1994. p. 165.

son prioritarios"⁵⁷; y en base a ello se establecen limitaciones para el ejercicio de las correspondientes acciones de filiación.⁵⁸

Así las cosas, el antecedente biológico en ciertos y determinados casos se complementa, e incluso a veces se sustituye, por otros criterios diversos a la procreación, como ocurre en la institución de la adopción con los principios de responsabilidad y voluntariedad, lo que en definitiva implica que el legislador, al regular la materia, tenga como horizonte la paz social.⁵⁹ Ahora bien, "estos casos deben ser tratados como excepciones que confirman la regla de la importancia del dato biológico para configurar la relación filial".⁶⁰

En efecto, la decisión legislativa en materia de reproducción humana asistida en orden a excluir el principio biológico para aplicar otros de naturaleza diversa, como serían los principios de responsabilidad y voluntariedad, se sostiene sobre la base de un concepto social, afectivo y cultural de la filiación, habida consideración de que ello conlleva una verdad social, vital y sociológica distinta de aquella biológica.⁶¹ En esta materia, "casi siempre cede la dimensión biológica de la paternidad a favor de una dimensión más afectiva. No es sólo la biología ni la genética la que nos hace padres o madres, sino también y en gran medida el cariño y los lazos afectivos".⁶²

En este orden de cosas, el catedrático Martínez-Calcerrada, estima que en la regulación legal de la inseminación artificial se acoplan los siguientes principios generales de información jurídica, a saber: a) principio de voluntarismo jurídico; b) principio del

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLON BALLESTEROS, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Sexta Edición. Vol. IV. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1984. p. 249.

⁵⁸ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación In Vitro y La Filiación. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1993. p.108.

⁵⁹ Así, Jaime Vidal Martínez sostiene respecto de la verdad real "que en realidad, el principio supone un acercamiento a la verdad biológica", por lo cual no significa que sea el prevalente en materia filiativa. VIDAL MARTINEZ, Jaime, citado por FABREGA RUIZ, Cristóbal. Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida. Editorial Comares. Granada. España. 1999. p.92.

⁶⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia y Derecho. Op. Cit. p.168.

⁶¹ FABREGA RUIZ, Cristóbal. Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida. Op.Cit. p.93. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, se encuentra presente en el Código Civil, en todos aquellos casos en que se impone judicialmente la paternidad al hombre que mantuvo con la madre un trato sexual del cual es producto el hijo: no se hace padre tanto por llevar los mismos genes, sino en cuanto asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento (arts. 185 inc. final y 186). Por su parte, el principio de la voluntariedad –que comprende e incluye una asunción de responsabilidad de la función paterna o materna- justifica que se considere padre al autor de un reconocimiento de complacencia y al hombre que no quiere impugnar –consciente que no es el progenitor- la paternidad o la maternidad que la ley le atribuye (arts. 187 ss. y arts. 184 y 211 ss.).

⁶² JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael. Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1998. p.64.

interés jurídicamente protegido; c) principio de indemnidad o no perjuicio de tercero; y d) principio de orden público.⁶³

Tratándose de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida de índole “homóloga”, no existen mayores inconvenientes, toda vez que sólo intervienen los cónyuges o bien los miembros de una pareja heterosexual con una relación afectiva y estable. Con todo, existen técnicas de reproducción humana asistida, denominadas “heterólogas”, para cuya práctica se requiere de terceros extraños y anónimos que donan su material genético sin asumir ninguna obligación filiativa posterior, donación que deviene en la concepción y posterior nacimiento de un menor, que se integrará -por cierto- a un determinado núcleo familiar. Siguiendo a Ruiz Vadillo, bien cabe determinar cuál es la finalidad que se persigue con el anonimato del donante. Dicho autor manifiesta que ello importa, por una parte, facilitar la donación al saber que el dador no va a contraer responsabilidades jurídicas, y por la otra, procurar el mayor bienestar al niño, en el cual la revelación de ser producto de una inseminación artificial podría producir traumas psíquicos importantes, como consecuencia, tal vez, de un cierto rechazo social. Agrega que pueden haber excepciones con motivo de una acción de reclamación/impugnación, por razones médicas -grave enfermedad del niño que puede curarse sabiendo los genes del donante-, o por razones penales.⁶⁴

Por otra parte, Zannoni manifiesta que “la hipótesis de un dador de semen no anónimo que, conociendo a su destinataria, pretendiese luego *reconocer* como suyo el hijo, o reclamase judicialmente la paternidad...debe negarse” agregando que “quien consintió en donar o entregar su semen para su utilización por el matrimonio infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo (en lo que a la paternidad se refiere), deberá, en cambio, aceptar que el hijo no es institucional ni voluntariamente *suyo*. Aquí también le estaría vedada toda reclamación en función de la prohibición de ir contra sus propios actos. Al desprenderse de su esperma fecundante abdicó voluntariamente de su *paternidad jurídica*. Esto que afirmamos es de toda lógica y reconoce, además, una razón elemental de orden y seguridad”.⁶⁵

Así las cosas, en la materia en cuestión, el artículo 182 del Código Civil se sumó a la posición adoptada por la mayoría de los sistemas jurídicos mundiales.⁶⁶ En la especie, la

⁶³ MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. Editorial Central de Artes Gráficas. Madrid. España. 1989. pp.70-71.

⁶⁴ RUIZ VADILLO, Enrique, citado por MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. Op. Cit. p.95.

⁶⁵ ZANNONI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina: Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1978. pp.66-67.

⁶⁶ Aída Kemelmajer a propósito del artículo 182 del Código Civil señala que “la improponibilidad de la demanda de impugnación es la solución clásica en el derecho comparado y la que personalmente comparto”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Lineamientos del Régimen de la Filiación Biológica en Argentina y en la Reciente Reforma al Código Civil Chileno. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Op. Cit. p.150. Así ocurre en Noruega (art.9 de la Ley n° 8, de 8 de Abril de 1981), y en Francia (art.311-19 del Código Civil) por citar algunos ejemplos en el espectro internacional.

imposibilidad legal para que el donante ejerza acciones judiciales tendientes al establecimiento de obligaciones propias de la paternidad o maternidad resultante del acto donativo, se funda en el inciso 2º del artículo 182 del Código Civil, el que, refiriéndose al ejercicio de las acciones de estado en el ámbito de la reproducción humana asistida, prescribe que "no podrá impugnarse la filiación (...), ni reclamarse una distinta", evitando con ello "perjudicar los derechos del principal destinatario de estas técnicas cuya finalidad es, en definitiva, otorgar al nacido una paternidad y una maternidad incondicionales, es decir, de modo tal que no pueda ponerse en duda la certeza de la situación".⁶⁷ Por consiguiente, "los padres de la criatura son siempre el hombre y la mujer que se sometieron a esas técnicas de reproducción. Ello es lo que determina, es decir, lo que establece legalmente la filiación, o sea, la paternidad y la maternidad. Esta clase de filiación no admite impugnación ni la reclamación de una paternidad y/o maternidad distintas".⁶⁸

En definitiva, la legislación asegura la filiación plena y firme del concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida.⁶⁹

2.1. Historia fidedigna del artículo 182 del Código Civil.

El proyecto de ley modificatorio del régimen de filiación, no abordó la temática relativa a los hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas reproductivas, sino hasta muy avanzada su tramitación parlamentaria. La razón fue que se entendía que dicho pronunciamiento era materia de una regulación especial, que a la sazón se estudiaba en el Senado, y cuyo estudio -en la actualidad- se encuentra detenido por el archivo del proyecto. Durante el desarrollo del segundo trámite constitucional, los senadores Núñez, Ominami y Ruiz Esquide, propusieron restringir el derecho a la investigación de la paternidad o maternidad, cuando se tratara de hijos procreados a través de métodos de reproducción asistida.^{70 71}

⁶⁷ ARIANNA, Carlos Alberto. La Construcción de la Identidad en el Niño Desde el Punto de Vista Social y su Regulación Jurídica. En: PIERINI, Alicia, SAMAJA, Juan. El Derecho a la Identidad. Los Avances Científicos. La Regulación Jurídica y los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849). Op. Cit. p.44.

⁶⁸ BERSTEIN KATZ, Ricardo. Las Acciones de Filiación en el Código Civil Chileno. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Op. Cit.p. 201.

⁶⁹ JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael. Reproducción Asistida, Filosofía Etica y Filosofía Jurídica. Op. Cit. p.122.

⁷⁰ La indicación estribaba en agregar un inciso final al actual artículo 195 del Código Civil, que correspondía al artículo 193 del proyecto de ley, en los términos siguientes: "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".

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, acogió en parte dicha indicación, pero principalmente aquella que se había efectuado en el segundo informe de las Comisiones de Constitución y de Salud unidas, recaído sobre el proyecto de ley que regulaba los principios éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida.⁷² En efecto, antes de abocarse al conocimiento pormenorizado de las indicaciones realizadas sobre el proyecto de ley elaborado por la Comisión de Salud, se estimó conveniente fijar ciertos criterios acerca de los temas principales en discusión, siendo de su parecer que uno de los temas de fondo era aquel referente a la determinación de la filiación en las hipótesis a que da lugar la tecnología reproductiva. En este sentido, se señaló que el proyecto de la Comisión de Salud había dejado entregada a las reglas generales del Código Civil, la determinación de la filiación del niño nacido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Sin perjuicio de ello, el mismo artículo 13 del Párrafo Tercero, estableció que la condición de donante no generaba parentesco, y que el varón que había consentido en la aplicación de la técnica no podría impugnar su paternidad.

En el seno de las Comisiones Unidas, se señaló como lineamientos generales, que debía quedar muy en claro que la donación de gametos no generaría parentesco, y que no era posible que el hombre y la mujer que se sometían a estas técnicas y -particularmente- si habían aceptado una donación de gametos, posteriormente impugnaran su paternidad o maternidad, aduciendo que no eran los progenitores biológicos. Se advirtió, además, los inconvenientes que presentaba el hecho de hacer aplicables las reglas generales del Código Civil, sin que existiera una norma expresa en dicho cuerpo legal que regulara tal supuesto.

Así, pues, hubo consenso en estimar que esa disposición tendría que establecer que el padre no es quien proporcionara el espermio, ni la madre quien donara el óvulo, sino que el hijo concebido mediante la aplicación de estas técnicas tendría como padre y madre al hombre y a la mujer que se sometieron a ellas, sin que pudiera ser factible impugnar esta filiación, ni reclamarse una distinta.

Para implementar normativamente este propósito, se convino que, en el segundo informe que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento debía evacuar a la Sala sobre el proyecto de ley que modificaba el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (Boletín N°1060-07), se incluiría un precepto en tal sentido. Por último, se indicó que en esas condiciones, este proyecto de ley podría limitarse a señalar que la filiación del niño nacido como consecuencia de las técnicas de

⁷¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N° 19.585. Op. Cit. p. 57.

⁷² Cabe hacer presente que en la discusión en Sala del Senado del proyecto de ley que regulaba las técnicas de reproducción asistida, el Senador don Anselmo Sule propuso, ante las diferencias sustanciales entre los informes y los proyectos elaborados por las Comisiones de Constitución y de Salud del Senado respectivamente, que se llevara a cabo un segundo informe evacuado por estas mismas Comisiones, pero unidas, "con el fin –sostuvo el Parlamentario- de precisar posiciones y evitar contradicciones, lo cual ayudaría evidentemente a analizar a fondo los problemas planteados". SULE CANDIA, Anselmo. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. pp.2371 - 2372.

reproducción humana asistida, sería determinada de acuerdo con las normas que sobre la materia tuviere el Código Civil.⁷³ Dieron su conformidad a la aprobación de esta idea los Senadores señoras Carrera y Feliú y señores Fernández, Larraín, Larré, Ominami, Otero, Piñera y Ruiz-Esquide.

Con todo, producto de las indicaciones y acuerdos que se consolidaron durante la discusión parlamentaria, la Comisión de Constitución del Senado introdujo –conforme a lo convenido- un nuevo precepto destinado a establecer la filiación de estos niños. El texto propuesto aparecía estructurado en tres incisos: en el primero de ellos, se declaraba como padre y madre al varón y a la mujer que se habían sometido a las técnicas de reproducción artificial; un segundo por el cual se prohibía la impugnación de esa filiación o la reclamación de otra distinta, y un tercero en virtud del cual se establecía 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".

En un comienzo, la norma pasó inadvertida, sin que se efectuara el más mínimo reparo en cuanto a las distorsiones que se producirían en las interpretaciones a que daba lugar su mandato; pero luego se previno –precisamente- el peligro que podía significar, por una parte, legalizar indirectamente las técnicas heterólogas, y por otro, contradecir el espíritu general de la nueva legislación al prohibir expresamente la indagación de la identidad del verdadero progenitor biológico del niño concebido.

En el transcurso de la reelaboración que sufrió el proyecto llevada a cabo en virtud del acuerdo de la Sala del Senado, la Comisión de Constitución, en el informe complementario de 22 de Julio de 1998, acordó eliminar el inciso tercero en donde se

⁷³

De este modo, cuando las Comisiones de Constitución y de Salud unidas, se abocaron al estudio detallado de las indicaciones efectuadas sobre el proyecto de la Comisión de Salud, y particularmente al artículo 13, se formularon –a su vez- diversas proposiciones modificatorias de su texto, entre ellas la del senador Larraín, que pretendían reemplazar dicho artículo, por otros dos. En efecto, el primero de ellos establecía que la filiación y los derechos y deberes que de ella emanan, respecto de la persona procreada por medio de alguna de las técnicas admitidas por este proyecto de ley, se regirían por las reglas generales contenidas en el Código Civil. Idéntico criterio se aplicaría en caso de omitirse alguno de los requisitos exigidos por la ley para la práctica de las técnicas autorizadas, siempre que la procreación se hubiere producido durante el matrimonio de los padres, con sus propios gametos y con la exclusiva gestación de la mujer que deseaba ser madre. Y el segundo de los artículos, entregaba una serie de reglas por las cuales se determinaría la filiación y los derechos y deberes que de ella emanaran, respecto de la persona que había sido procreada por medio de una técnica de reproducción asistida diversa de las mencionadas por el artículo anterior, diferenciando las múltiples hipótesis que podían presentarse. Sin embargo, luego de haber examinado cada una de las indicaciones propuestas, las Comisiones Unidas reafirmaron el consenso obtenido durante el análisis de las ideas generales de las indicaciones, realizado en forma previa al debate pormenorizado de ellas. Dicho consenso se produjo –como se expresó en su oportunidad- en el sentido que, por una parte, la Comisión de Constitución del Senado propondría, en su segundo informe relativo al proyecto de ley que modificaba el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, que se incluyera un artículo que estableciera que el hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida tendría como padre y madre al hombre y a la mujer que se sometieron a ellas, e impediría impugnar dicha filiación o reclamar una distinta. Sobre esta base, la iniciativa de ley en informe, contendría un artículo que simplemente efectuara una remisión al Código Civil, en términos que la filiación del hijo así concebido, se determinaría de acuerdo a las normas que sobre la materia contuviere el Código Civil. Así, entonces, quedaron establecidos los términos empleados en la redacción del artículo 17 que contenía el Párrafo Tercero del proyecto de ley elaborado por las Comisiones Unidas.

contemplaba el uso de gametos ajenos a la pareja estable que se sometía a estas técnicas. Durante la discusión en Sala en el Senado, el precepto que había quedado reducido a dos incisos y redactado en los términos actuales, fue separado para su discusión particular.

Finalmente, su aprobación fue acordada por 29 votos a favor, 10 en contra y una abstención.

En el tercer trámite constitucional, que le correspondió asumir a la Cámara de Diputados, el precepto también despertó inquietudes, pero nuevamente fue aprobado sin que se realizaran modificaciones a su texto.

El artículo 182 del Código Civil.

El artículo 182 del Código Civil constituye el único precepto legal que regula los efectos filiativos que se originan a partir de la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida. En la especie el artículo 182 del Código Civil prescribe 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”, agregando su inciso 2°, que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

Conforme con lo expuesto, bien puede afirmarse que el precepto legal citado sólo se ha limitado a reglamentar y consolidar situaciones ya consumadas. En este orden de cosas, tal precepto legal pareciera estar legitimando todos aquellos procedimientos procreativos que en la actualidad se practican, por lo cual bien puede afirmarse que ampara no sólo la legalidad de las técnicas heterólogas, sino además las modalidades de gestación por cuenta ajena, esto es, la maternidad subrogada.^{74 75}

Ahora bien, si se recurre a las normas de interpretación de la ley, y específicamente, al elemento histórico, cabe señalar que durante la discusión en Sala del proyecto de ley sobre filiación, quedó palmariamente establecido que no era ese el propósito perseguido ni buscado por la norma, puesto que existía otra iniciativa legal en trámite, donde se abordarían estas técnicas, y cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas técnicas de reproducción humana asistida.⁷⁶

Así las cosas, entre los legisladores hubo una preocupación por solucionar la

⁷⁴ Hernán Corral Talciani señaló al respecto que “la norma incluso permitiría, en una lectura aventurada pero posible, que se practique legalmente el “arriendo de úteros”, ya que declara que será madre del hijo concebido por la aplicación de una técnica de reproducción asistida la mujer que se sometió a ella. Mas de alguien alegará después que quien se sometió a la técnica es la mujer que encarga la gestación del hijo a otra”. CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Existe igualdad en la Ley 19.585?. Diario El Mercurio. Editorial. Santiago. Chile. 28 Julio 1998. A 2.

⁷⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N° 19.585. Op. Cit. p.58.

situación filiativa del menor concebido mediante métodos de reproducción humana asistida, más que un pronunciamiento sobre la licitud misma de los diversos procesos biomédicos. En este sentido, el senador Viera Gallo expuso que "la iniciativa en debate 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".⁷⁷

Desde esta perspectiva, resulta meridianamente claro que las intervenciones de los senadores giraban en torno a un presupuesto básico y común, cual era que la temática de la reproducción humana asistida se encontraba circunscrita a un cierto tipo de técnicas, protagonizadas por la inseminación y por la fecundación in vitro, ya sea con la utilización de gametos propios o de terceros. De lo anterior fluye naturalmente, como conclusión inequívoca, que no se encuentran incluidas otras modalidades reproductivas tales como la inseminación artificial de la mujer sola o de parejas homosexuales, la inseminación o fecundación in vitro post mortem, ni la maternidad por subrogación, las cuales al tenor del proyecto de ley sobre la materia, estaban proscritas. Cabe consignar que el objetivo central de la norma, junto con consolidar ciertos criterios para el establecimiento de la filiación de los hijos, consiste en que aquella pareja heterosexual que recurre a una técnica de reproducción humana asistida de carácter heteróloga, no vea perturbada su estabilidad familiar y psíquica ante eventuales pretensiones posteriores del donante a través del ejercicio de las acciones de estado, fundadas precisamente en la existencia de un vínculo biológico con el menor concebido.⁷⁸ Esta es -por tanto- la finalidad propia y correcta que persigue la norma, y en estos mismos términos fue explicada por el senador Díez, quien al votar favorablemente su aprobación expuso que "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".⁷⁹ Este razonamiento fue compartido por un buen número de senadores que instaron en aclarar el texto de la norma para evitar que se prestara para interpretaciones abusivas.⁸⁰

A continuación, se analizará la aplicación práctica del artículo 182 del Código Civil, en lo tocante a la determinación de la filiación del menor concebido mediante la

⁷⁶ Así, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se señaló que esta ley (en referencia a la de Filiación, Ley N° 19.585) no anticipará pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a estas técnicas, toda vez que esto correspondería al proyecto de ley que regulaba los principios jurídicos y éticos de tales técnicas. Informe Complementario Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Diario de Sesiones del Senado. Julio. 1998. p.1526.

⁷⁷ VIERA GALLO QUESNEY, José Antonio. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1998. p.2043.

⁷⁸ Así, LOPEZ RIVERA manifiesta que "puede ser que esta norma tenga como fundamento jurídico el valor que tiene el hecho de hacerse cargo de un niño y tratarlo como tal, ya que más padre y madre han sido las personas que, decidiendo someterse a estas técnicas utilizando donantes de gametos, han concebido un hijo, y se han comportado como tales". LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Op. Cit. p.197.

⁷⁹ DIEZ URZUA, Sergio. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1998. p.2045.

aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida.

2.3. Filiación en caso de técnicas homólogas practicadas entre cónyuges.

Respecto de las hipótesis de técnicas homólogas, puede ser enunciado como principio rector, que la filiación del hijo concebido durante el matrimonio de los padres que se someten voluntariamente a ellas con la utilización de sus propios gametos, es matrimonial, toda vez que el marido y su mujer, ostentan la calidad simultánea de progenitor y padre legal. La filiación del hijo concebido por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida homólogas, será matrimonial -concretamente- en las siguientes hipótesis:

a) Si el hijo es concebido por aplicación de las técnicas de fecundación asistida, durante el matrimonio de sus padres, siempre que exista –en principio- el consentimiento libre, consciente y formalmente expresado por ambos cónyuges, tanto para la obtención del material genético como para la utilización del mismo con fines reproductivos (artículo 182, inciso 1º, relacionado con el artículo 180, inciso 1º);

b) Si el hijo concebido por la aplicación de las técnicas, ha nacido durante el matrimonio de sus padres (artículo 182, inciso 1º, relacionado con el artículo 184, inciso 1º);

c) También será filiación matrimonial la del hijo concebido por aplicación de las técnicas, cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado determinadas previamente (artículo 182, inciso 1º, relacionado con el artículo 180, inciso 2º);

d) Por último, también será filiación matrimonial, la del hijo nacido por la aplicación de las técnicas, cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a dicho nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad se determinen por reconocimiento de ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia (artículo 182, inciso 1º, relacionado con el artículo 180, inciso 2º).

⁸⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N°19.585. Op. Cit. p.59. En esta obra, el citado autor agrega las intervenciones realizadas por otros senadores sobre este mismo punto: “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 como la propuesta, podría suceder que un donador de gametos tenga la intención de dar un mal uso a la acción de filiación y al 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 18º Sesión. Legislatura 338ª Ordinaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1998. p.2042 ss.

En la especie, los elementos de la filiación matrimonial proveniente de las técnicas de fecundación asistida están representados por la paternidad y la maternidad de los cónyuges, cuya calidad se encuentra constituida a partir del consentimiento libre, espontáneo, formal y exento de vicios tanto para la obtención de los gametos como para su utilización con la finalidad de concebir al hijo. De esta forma, el marido está asumiendo su paternidad, o en otros términos, está realizando un reconocimiento adelantado en un documento lo que permite preconstituir una plena prueba directa y fehaciente no tan sólo respecto a su consentimiento, sino también respecto de los sujetos participantes y de la utilización de su material genético.

Finalmente, dentro de los elementos que originan este tipo de filiación debe considerarse, por cierto, la existencia de un matrimonio válido entre los cónyuges, y también aquél reputado nulo en los dos casos que señala el artículo 122 del Código Civil, esto es, el matrimonio nulo putativo respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo.

Con todo, en opinión del profesor Hernán Corral Talciani, en todos aquellos casos en que se han aplicado las denominadas técnicas homólogas, no sería necesario ampararse en lo preceptuado por el artículo 182 del Código Civil, por cuanto es desplazado por las normas generales que regulan la determinación de la filiación. En efecto, el autor considera que si el nacimiento o la concepción tecnológica del niño acaecen durante el matrimonio de la pareja receptora, la maternidad quedaría determinada por el parto, conforme al artículo 183 del Código Civil, y la paternidad por aplicación de la presunción *pater ist est* del artículo 184 del Código Civil. Por tanto -a su juicio- no es necesario, para nada, sacar a relucir que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales.⁸¹

En mi opinión, el tratamiento especial que recibe esta materia por parte del Código Civil, implica que en base al criterio de especialidad que se consagra en el artículo 13 del citado Código, el artículo 182 del Código Civil prevalece por sobre la normativa general que contempla el Código del ramo sobre la filiación. Así las cosas, aún tratándose del uso de material genético proveniente de los cónyuges, en lo concerniente a la filiación del menor que se conciba mediante tal material, regirá el referido artículo 182 del Código Civil.

Ahora bien, cabe plantearse la interrogante de cuál sería la filiación del hijo concebido artificialmente, en el caso que el marido no haya expresado su consentimiento para que su cónyuge practicara algún método reproductivo. En este caso, la filiación del menor sería igualmente matrimonial, dado que existiría matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo. Con todo, al marido le queda a salvo la posibilidad de impugnar la filiación o de desconocerla en su caso, dado que no le sería aplicable el artículo 182 del Código Civil, ya que no se ha sometido en forma libre y voluntaria a los procedimientos de reproducción humana asistida, por lo que cabría aplicar en este caso las reglas generales sobre impugnación de la paternidad contempladas en los artículos 211 y siguientes del Código Civil.⁸²

⁸¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N°19.585. Op.Cit. p.60.

2.4. Filiación en caso de técnicas homólogas practicadas entre concubinos.

La aplicación de una técnica de reproducción humana asistida en una pareja estable que aporta su propio material genético, implicará que la filiación del hijo concebido por dicha pareja sea no matrimonial. Por cierto, se trata de una situación similar a la de la pareja casada, y sólo difiere de ella en cuanto el varón de quien proceden los gametos, no se encuentra casado con la mujer a quien se le practica la técnica. Esta solución, se encuentra en total concordancia con la escueta formulación legal que nos proporcionan los artículos 182, inciso 1º, del Código Civil, en relación con el artículo 180, inciso final, del mismo cuerpo legal. En efecto, esta última disposición citada señala –después de establecer las hipótesis de filiación protagonizada por los cónyuges- que en los demás casos, la filiación será no matrimonial. Si se interpreta a la luz del texto del artículo 182 del referido Código, tenemos que la filiación no matrimonial tiene lugar cuando los padres no han contraído matrimonio y siempre que se encuentre, respecto del hijo, determinada la paternidad y la maternidad, a través del consentimiento expresado por los miembros de la pareja, en forma libre, consciente, exenta de vicios, y en términos formales. Respecto de este último requisito, sería conveniente que se efectuara por escritura pública -por cierto- con anterioridad a la práctica del método tecnológico, a fin de precaver cualquier problema que pueda originarse en torno a la determinación de la filiación del hijo, y salvaguardando el interés superior del menor, debiera ser de carácter irrevocable.

2.5. Filiación en caso de técnicas heterólogas practicadas entre cónyuges.

En términos generales, se refieren a aquellas técnicas heterólogas que se realizan con el óvulo de la cónyuge y con los gametos de un donante. De suerte tal, que se produce una absoluta identificación entre la maternidad genética y la de gestación, y se plantea el problema de la doble paternidad: la biológica, determinada por la procedencia de los gametos que corresponde al donante, y la paternidad formal, derivada del consentimiento que preste el marido. Sin embargo, también se encuentran comprendidas en estas técnicas, los casos en que la mujer, reciba la donación de un óvulo, caso en el cual se producirá una disociación entre maternidad genética y gestacional, quedando su

⁸² En este sentido, Peñailillo manifiesta que “cada vez que el padre o madre estime que no se ha “sometido” a estas técnicas, podría impugnar”. PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Las Categorías de Filiación y la Investigación de la Paternidad. En: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, RAMOS PAZOS, René, TRONCOSO LARRONDE, Hernán, ET AL. Modificaciones Al Código Civil En Materia de Filiación y Sucesión por Causa de Muerte. Ley N°19.585. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. Concepción. Chile. 1999. p.30.

determinación supeditada al sometimiento voluntario por parte de la mujer a la práctica de la técnica respectiva. En todas estas hipótesis heterólogas, la determinación de la filiación de los hijos concebidos mediante la aplicación de métodos artificiales, queda determinada por la condición jurídica matrimonial de los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento.

En este orden de cosas, la filiación del menor concebido mediante este procedimiento será matrimonial si existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o a la época del nacimiento, en las mismas hipótesis que se señalaron al abordarse la filiación del concebido mediante técnicas homólogas. Por cierto, resulta necesario que los cónyuges hayan otorgado previamente su consentimiento libre, consciente y exento de vicios por parte de ambos, y que tal consentimiento conste por escrito.

Así, el consentimiento que presta el marido para que a su cónyuge se le realice una técnica heteróloga, supone la aceptación de un vínculo paterno-filial, y en consecuencia, la asunción de todas las responsabilidades correspondientes frente al hijo, las cuales no podrán ser desconocidas en atención a la doctrina de los actos propios que deriva "del principio general que impone la obligación de actuar en conformidad a los dictados de la buena fe".⁸³

En la misma línea argumental, el autor Lledó Yagüe, considera que el consentimiento que otorga el marido para que se practique una técnica heteróloga de reproducción humana asistida, significa "una asunción, *ex voluntate*, de la atribución del rol de padre por parte del marido".⁸⁴

En el amplio catálogo normativo del derecho comparado, el consentimiento del marido constituye el motivo fundamental por el cual la legislación respectiva le atribuye la calidad de padre del menor concebido mediante técnicas heterólogas, y por consiguiente, lo priva del ejercicio de la correspondiente acción de impugnación de la paternidad.⁸⁵

⁸³ DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1988. p.375.

⁸⁴ LLEDO YAGÜE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1988. p.179.

⁸⁵ Así ocurre en Québec-Canadá (art.586 del Código Civil), Bélgica (art.318.4 del Código Civil), Suiza (art.256.3 del Código Civil), Holanda (art.201.1 del Código Civil), Portugal (art.1839.3 del Código Civil), Bolivia (art.187 del Código de la Familia), todos citados por CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia y Procreación Artificial. Perspectivas para una legislación en Chile. Charla dictada el 4 de Mayo de 1995. Folleto 341. Santiago. Chile. Colegio de Abogados. p.10. Cabe agregar también Bulgaria (art.33 del Código Civil) y Costa Rica (art.72 del Código Civil) citados por GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal. Procreación Asistida, Un Análisis a la Luz de la Legislación Chilena. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 1997. p.168. También, Grecia (art.1471/2-2 del Código Civil), Luxemburgo (art.312 del Código Civil), Checoslovaquia (art.52/2 Enmienda a Ley de Familia de 1982), Hungría (Ley sobre el Matrimonio y la Familia de 1974), Suecia (Ley de Diciembre de 1984, enmendando el art.6 del Código de la Familia, e Inglaterra (Ley de 1987 sobre Reforma de la Ley de la Familia), todos citados por VEGA GUTIERREZ, María Luisa, VEGA GUTIERREZ, Javier, MARTINEZ BAZA, Pelegrín. Reproducción Asistida en la Comunidad Europea: Legislación y Aspectos Bioéticos. Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. Valladolid. España. 1993. pp.174 y 198. Asimismo ocurre en Venezuela (art.204 del Código Civil), Francia (art.311-20 del Código Civil), Noruega (art.2.3 de la Ley N° 56 del 5 de Agosto de 1994), y España (arts.6.1, 6.4 y 8.1 de la Ley 35/1988).

En efecto, es en este campo donde tiene pleno efecto el artículo 182 del Código Civil, ya que de no existir la citada norma, el hombre o la mujer que no aportara sus propios gametos al proceso de procreación asistida, no podría ser considerado por la ley como padre o madre del hijo, salvo que se produjera alguna de las siguientes hipótesis: a) que existiera un reconocimiento expreso de paternidad por el marido, b) que el marido no ejerciera la correspondiente acción de impugnación, o bien la acción de desconocimiento de paternidad en su caso; y c) en caso de adopción.

2.6. Filiación en caso de técnicas heterólogas practicadas entre concubinos.

En caso de tratarse de una pareja estable que accede a la aplicación de alguna técnica heteróloga, la filiación del hijo así concebido, quedará determinada por el consentimiento previo y expreso que los miembros de la pareja han manifestado al momento de someterse a ella. En este caso, el consentimiento previo de la pareja que consta en el historial clínico, actuará como reconocimiento anticipado de paternidad y de maternidad, por lo que tendrá plena aplicación lo dispuesto en el artículo 182, inciso 1, del Código Civil, y en consecuencia, en este caso la filiación del menor concebido será no matrimonial en atención a la ausencia del vínculo matrimonial entre los respectivos padres.

2.7. La donación de gametos en el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.⁸⁶

Respecto de la donación de gametos, en un principio la versión original del proyecto de ley la prohibía expresamente en su artículo 3, el cual disponía que la capacidad generativa era personalísima, y que toda cesión de gametos propios, a cualquier título, era contraria al orden público chileno.

Este criterio prohibitivo en términos generales se mantuvo en la Comisión de Constitución del Senado que tan sólo procedió a modificar la redacción de tal artículo, a pesar de las opiniones divergentes de los Representantes del Ministerio de Justicia quienes sostuvieron que no divisaban razones suficientes para prohibir la inseminación heteróloga.

⁸⁶

El proyecto de ley que regulaba los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y que establecía sanciones para los infractores de sus normas, iniciado por moción del ex H. Senador Piñera con fecha 6 de Julio de 1993 (*Boletín 01026-07*) fue archivado el 22 de Abril del año 2002

Posteriormente, en la Comisión de Salud del Senado se recibieron numerosos expositores que propiciaban la aceptación de las donaciones heterólogas. Fue así como los Representantes del Ministerio de Salud señalaron que "un gameto como tal no tiene connotaciones morales, ya que con ello pueden solucionarse problemas de salud que la pareja se vería imposibilitada de enfrentar sin ayuda de un tercero", añadiendo que de aceptarse las donaciones heterólogas, sería fundamental "eliminar todo vínculo entre pareja interesada e hijo, por un lado, y el tercero donante, por otro, sin perjuicio del manejo confidencial de la respectiva información para los fines pertinentes".⁸⁷

Asimismo, el doctor Zegers, en su calidad de Director de la Unidad de Medicina Reproductiva de la Clínica Las Condes señaló que "la voluntad y capacidad de ser padre o madre no están determinadas por la presencia o ausencia de gametos, y la paternidad o maternidad en la especie humana no se establece por un reconocimiento genético o molecular del hijo. A su vez el hijo no reconoce a sus padres por un puente de orden genético o molecular".⁸⁸

Por otro lado, el doctor Miguel Kottow, Director del Centro Interdisciplinario de Bioética de la Universidad de Chile, sostuvo que entre las técnicas bioéticamente aceptadas estaba la "inseminación artificial proconyugal (mal llamada heteróloga)", por lo que resulta necesario cautelar "los intereses de terceros, a saber donantes e hijos", agregando que "existiendo consenso conyugal y habiéndose garantizado el adecuado manejo de los datos del donante (anonimato permanente o pasajero, absoluto o sobreseíble), no habría diferencia ética entre la inseminación artificial conyugal y la inseminación artificial proconyugal (mal llamada heteróloga), ambas, en cambio, son equivalentes en el bien que proporcionan".⁸⁹

A su vez, la Sociedad Chilena de Fertilidad expresó que la "donación de gametos es un procedimiento que en Chile se realiza desde hace cuatro décadas", por lo que de acuerdo a la legislación vigente "se puede ser padre o madre no habiendo sido el progenitor, lo cual queda de manifiesto en el acto de la adopción. A juicio de la Sociedad Chilena de Fertilidad, el acto de la donación de gametos o embriones constituye un acto de adopción temprana".⁹⁰

En conformidad con estas opiniones, la mayoría de los miembros de la Comisión de Salud expresó que la norma aprobada por la Comisión de Constitución resultaba en extremo restrictiva, por lo que sustituyó el artículo 3 por otra norma que estableció que los

⁸⁷ MATURANA, Adriana, AVENDAÑO, Alfredo, CASTRO, René, DAZZAROLA, Patricio, ORELLANA, Marcial. Representantes del Ministerio de Salud. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. p.6892.

⁸⁸ ZEGERS HOCHSCHILD, Fernando. Exposición ante la Comisión de Salud del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. p.6895.

⁸⁹ KOTTOW LANG, Miguel. Exposición ante la Comisión de Salud del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. pp.6897-6898.

⁹⁰ DUJOVE, Simón, VANTMAN, David. Representantes de la Sociedad Chilena de Fertilidad. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. p.6901.

gametos "deberán provenir exclusivamente de los miembros de la pareja. Sólo en caso de ausencia de gametos o que éstos no sean útiles al fin reproductivo, se podrá recurrir a donantes"(artículo 5). También se aprobaron otras normas relativas al consentimiento para donar y recibir gametos (artículo 8), y a la confidencialidad y secreto respecto de los donantes y receptores (artículo 9).

Al momento de discutirse el proyecto de ley en sesión especial del Senado, el ex H. Senador Piñera expresó que una pareja al aceptar la donación de un gameto hace "un acto de amor a la vida de tal magnitud que no me parece apropiado que la ley les prohíba esa posibilidad".⁹¹

El H. Senador Díez señaló que "la donación de gametos contradice el espíritu de la fecundación asistida" ya que sustituye "al miembro de la pareja culpable de la infertilidad, o a ambos, en lo que constituye una manipulación atentatoria contra la dignidad de los mismos".⁹²

El H. Senador Ruíz-Esquide sostuvo que para cumplir con el contenido terapéutico de la ley, la Comisión de Salud permitió la donación de gametos por cuanto su "accesibilidad es de la esencia de la justicia sanitaria, o bioética del derecho a la salud y la medicina".⁹³

Asimismo, el H. Senador Ominami expresó que "lo que en definitiva más cuenta es la solidez y el calor de la estructura familiar, la dedicación de los padres a sus hijos y todos aquellos aspectos que hacen a los afectos mucho más que el origen genético".⁹⁴

El H. Senador Larraín señaló que en las técnicas heterólogas "el más grave de los efectos es la disociación o duplicidad del vínculo parental" ya que el niño "tendrá dos padres: el genético y el afectivo" por lo que no se cumple con el rol terapéutico de las técnicas ya que "no se está corrigiendo o superando para nada la propia infertilidad, que permanece inalterado".⁹⁵

En este mismo sentido se expresó la H. Senadora Feliú, quien sostuvo que la fertilización heteróloga "no respeta la dignidad del niño, quien tiene el derecho inalienable a una identidad personal", agregando que de admitirse la fertilización heteróloga, la ley debiera "garantizar el derecho del hijo mayor de edad a conocer la forma de su concepción y la identidad de sus progenitores biológicos".⁹⁶

Posteriormente, al estudiarse el proyecto de ley en conjunto por las Comisiones de

⁹¹ PIÑERA ECHENIQUE, Sebastián. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2337.

⁹² DIEZ URZUA, Sergio. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2341.

⁹³ RUIZ-ESQUIDE JARA, Mariano. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2346.

⁹⁴ OMINAMI PASCUAL, Carlos. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2360.

⁹⁵ LARRAIN FERNÁNDEZ, Hernán. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2365.

⁹⁶ FELIU SEGOVIA, Olga. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. pp.2374 - 2375.

Constitución y Salud, imperó el criterio de aceptar la donación de gametos sujeta a ciertas condiciones. Así las cosas, el proyecto de ley aprobado por ambas Comisiones disponía en su artículo 5, inciso 1, que los gametos "deberán provenir exclusivamente de los miembros de la pareja. Sólo en el caso de ausencia de gametos o que éstos no sean útiles al fin reproductivo, se podrá recurrir a gametos de donantes".

Asimismo el artículo 7, disponía que "el donante renunciará expresamente a la acción de reclamación de la paternidad o maternidad de la criatura que se conciba con sus gametos. La donación se hará mediante acta firmada ante el director del Centro Médico y podrá ser revocada en la misma forma, revocación que recaerá en los gametos que no hayan sido utilizados con anterioridad".

En el artículo 8, se manifestó el carácter secreto de toda la documentación descrita, lo que se relacionaba con el artículo 10, que estipulaba el secreto respecto de la identidad del donante, el cual sólo podría requerirse por el médico tratante cuando fuere indispensable, mientras que el artículo 12, sancionaba al que revelare la identidad del donante o la de los receptores.

En consecuencia, es dable sostener que en nuestro país, a la época de discutirse el correspondiente proyecto de ley, el criterio predominante era consagrar el anonimato del donante en términos absolutos.

CAPITULO III. LA ACCION DE CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLOGICO

La consolidación del derecho a la identidad personal en nuestro país, permite establecer con propiedad, la existencia de una acción correlativa que permita a aquellas personas concebidas mediante la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida, conocer su origen biológico. Dicha situación en particular ocurre con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo, en cuyo procedimiento los intervinientes asumen un anonimato absoluto.

En efecto, el anonimato del donante constituyó uno de los pilares fundamentales para la efectiva operatividad del procedimiento, toda vez que sin dicha reserva, muchos donantes no habrían tenido intención alguna de participar en los procedimientos de carácter heterólogo. Con todo, el hecho de que se conciba un ser humano mediante el aporte genético de un tercero extraño a la pareja, implica que el menor desconozca su origen biológico, con lo cual, eventualmente se afectaría su derecho a la identidad.⁹⁷

Cabe señalar que la identidad en su faz dinámica evoluciona a medida que transcurre la vida de las personas, toda vez que el libre desarrollo de la personalidad del ser humano implica también la adopción de constantes cambios o modificaciones en su identidad, valor e interés jurídico legítimo que el orden jurídico ampara en un Estado de Derecho.⁹⁸

Así las cosas, mediante el anonimato de los participantes en el caso de las técnicas heterólogas, existe una doble seguridad para las parejas receptoras, en el sentido de que su vida familiar no se verá alterada por remordimientos futuros del donante, como asimismo, que el menor en su adultez tampoco intentará la búsqueda del donante, evitando la aparición de agentes extraños en un seno familiar ya constituido.⁹⁹

En concreto, es posible sostener que mediante el anonimato se privilegian los intereses de los padres, y del donante, por sobre los del niño, en circunstancias de que es éste quien merece una protección acorde a la fragilidad en que se encuentra en esta suerte de relación tripartita. Así las cosas, ¿por qué no atender también al interés superior del hijo en esta materia?¹⁰⁰

A mayor abundamiento, el anonimato resulta contradictorio con la tendencia

⁹⁷ Hernán Corral Talciani señala que “la imposibilidad que se consagra, implícitamente, de conocer la identidad del progenitor vulnera también derechos fundamentales de la persona por nacer. El artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que todo niño tiene, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres. El proyecto, en este caso, implícitamente se lo niega, ya que dispone que la aportación de gametos no genera parentesco. No deja de ser llamativo que mientras todo el articulado del Proyecto de Filiación está dirigido a robustecer el derecho del hijo a conocer la identidad de quienes lo procrearon (con expresa admisión del test del ADN), esta norma tenga por misión justamente lo contrario: prohibir al hijo investigar la paternidad o maternidad biológica. ¿En qué queda la tan declamada igualdad absoluta de todos los hijos?”. CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Existe igualdad en la Ley 19.585?. Diario El Mercurio. Editorial. Santiago. Chile. 28 Julio 1998. A 2.

⁹⁸ La doctrina extranjera se manifiesta ampliamente en pos de consagrar positivamente el derecho a la identidad del menor en la materia en cuestión. Así, Nora Lloveras sostiene que “toda regulación que propicie o estatuya sobre la reproducción humana asistida, debe emplazar el derecho de identidad en el lugar jerárquico que ya tiene respecto a las personas. En el sentido de resguardar el contenido del derecho de identidad, podemos citar las propuestas sobre la necesidad de permitir el acceso a la información sobre la identidad del dador, en el caso de autorizarse la procreación por prácticas heterólogas, así como el libre acceso a la información médico – genética, a favor del menor cualquiera fuese su edad”. LLOVERAS, Nora. La Identidad Personal: Lo Dinámico y lo Estático en los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Op. Cit. p.72. Asimismo, Loyarte y Rotonda expresan que “retomando la cuestión del derecho a la identidad, creemos que éste debe ser especialmente custodiado por el legislador, y por ello, el Estado debe organizar un sistema que viabilice su vigencia plena” LOYARTE, Dolores, ROTONDA, Adriana. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Op. Cit., p.399. Por otra parte, cabe citar los argumentos que esgrime Andorno para manifestarse en contra de la fecundación heteróloga, en el sentido de que ellas suponen “deliberadamente el nacimiento de hijos que, desde el principio, van a estar privados de su padre biológico. El niño va a tener un padre legal y un padre biológico que, en principio, queda en el anonimato”, agregando que “el empleo de gametos de terceros anónimos supone desconocer el derecho del niño a su propia identidad biológica, a lo más íntimo de su propio ser como es su origen. Nuevamente, estamos frente a una cosificación de la persona, esta vez por el corte de sus raíces biológicas”. ANDORNO, Roberto. El Derecho Frente a la Procreación Artificial. Buenos Aires. Argentina. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1997. pp.63-64.

⁹⁹ La historia del art.182 del Código Civil 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 artículo 201 del Código Civil. CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N°19.585. Op.Cit. p.64.

universal existente en materia de filiación, y que ha sido recogida por la ley 19.585, cual es, el amplio reconocimiento a la libertad para investigar la paternidad o maternidad (doctrina de la verdad biológica o real por sobre la verdad formal), de manera tal que no parece acertado el silencio adoptado por el legislador en torno a la posibilidad de que el menor concebido cuente -a su arbitrio- con una acción judicial que le permita -en definitiva- conocer su procedencia genética, social y cultural cuando el material genético no corresponde a quien asume el rol formal y social de padre o madre.

En la comunidad jurídica nacional, existe consenso en que el derecho a la identidad del menor constituye un derecho humano fundamental que justifica plenamente la averiguación del origen biológico por parte del menor concebido mediante la intervención de un tercero ajeno a la pareja que se haya sometido a la práctica de alguna técnica de reproducción humana asistida.

En este sentido, la profesora Veloso manifiesta que,

“Es discutible la solución de negar el derecho del menor a conocer su origen biológico, es decir, negarle su derecho a la identidad”, agregando que “puede sostenerse que el hijo, siendo mayor de edad, estaría habilitado para -invocando su derecho a la identidad- solicitar en Tribunales que se determine su origen biológico, con otros fines, distintos a la determinación de la paternidad o maternidad. Además de poder sustentarse en la Convención sobre Derechos del Niño y otros tratados, y en la propia Constitución Política, en cuanto contempla implícitamente el derecho a la identidad, podría argumentarse que, en todo caso, ello no vulnera el artículo 182, que contiene la hipótesis de reclamación o impugnación de la filiación, lo que no sería el objeto pedido en el ejercicio de este tipo de acción”.¹⁰¹

En consecuencia, las diferencias entre uno u otro autor discurren sobre la base de los alcances que tiene el derecho de identidad, en el sentido de si aquél se satisface con la búsqueda del origen biológico, o bien, fundamenta también la posibilidad de ejercer alguna acción de filiación en contra del donante.

En los capítulos sucesivos se abordará esta pugna de criterios y opiniones que divide

¹⁰⁰ Al respecto, Maricruz Gómez De La Torre, expresa que “el conocimiento del origen biológico –saber quién es su padre o madre biológica- es de gran importancia, tanto para la propia identidad de la persona como para el desarrollo de su personalidad. Es un derecho que tiene todo individuo por el mero hecho de nacer y, a su vez, forma parte de los derechos fundamentales amparados por la Constitución...” agregando que “al existir una colisión de derechos entre los derechos del hijo y el del donante o de la pareja receptora, debe prevalecer el derecho del hijo, no sólo por ser la parte más débil de la relación, sino porque sus derechos son de jerarquía constitucional y fundamentales para el desarrollo del niño...” concluyendo que la “ley...debió haber establecido la posibilidad del hijo –alcanzada la mayoría de edad- de conocer sus orígenes biológicos si él lo desea, así como la identidad del donante. Al mismo tiempo, liberando de toda obligación jurídica al donante, respecto a la criatura nacida como consecuencia de su donación”. GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación In Vitro y La Filiación. Op. Cit. p.102. Así también se manifiestan Loyarte y Rotonda al expresar que “la naturaleza de las cuestiones en juego no reconocen la misma entidad” añadiendo que “si analizamos la cuestión desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, observamos que por un lado encontramos un adulto capaz, que procedió a la dación de un elemento de su cuerpo -semen-, y por el otro, un ser totalmente ajeno a los métodos por los cuales fue engendrado, que intenta conocer y clarificar su identidad” LOYARTE, Dolores, ROTONDA, Adriana. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Op. Cit. p.397 ss.

a la doctrina nacional, sin embargo, por el momento, basta con señalar que el menor se sentirá -generalmente- arraigado afectiva, social y culturalmente en la familia que lo cobija, por lo cual, probablemente, no deseará tener contacto alguno con el donante de gametos, empero, es preciso señalar que las personas van mutando en el tiempo sus afectos, creencias y pensamientos, circunstancia que puede desencadenar en algún momento un proceso de búsqueda interior que las impulse a indagar en sus raíces biológicas, interés legítimo que el derecho ampara.

Lamentablemente, nuestra legislación civil carece de una consagración positiva que diga relación con la posibilidad de ejercer una acción judicial tendiente a obtener el conocimiento del origen o raíz biológico como proyección del derecho a la identidad de toda persona en caso de aplicarse las técnicas de reproducción humana asistida, y por consiguiente, frente a este vacío legal, surge la necesidad de construir doctrinariamente una acción judicial tendiente a lograr los objetivos mencionados, lo que se desarrollará en el presente capítulo.

3.1. Legislación comparada.

Al repasar el amplio catálogo normativo internacional sobre la materia, este conflicto de intereses fue generalmente resuelto mediante la consagración del anonimato en términos absolutos, aún cuando hoy en día se ha ido flexibilizando atendiendo el interés superior

¹⁰¹ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Sobre La Determinación de la Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia, VELOSO VALENZUELA, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Op.Cit. p.127. Otros autores que se manifiestan en el mismo sentido, son Turner, quien expresa que un “ejemplo de desajuste entre el proceso legislativo y la constitucionalización” es el que ocurre con la nueva ley de filiación al postergar el derecho a la identidad del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, toda vez que “el hijo concebido a través de estas técnicas carece de las acciones de impugnación y de reclamación de su filiación”. TURNER SAELZER, Susan. El Derecho A La Identidad Como Derivación Constitucional. Análisis de la jurisprudencia constitucional alemana. En: FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos (Coordinador). La Constitucionalización del Derecho Chileno. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2003. p.139. Asimismo, Figueroa, afirma que “todas las personas deberían tener derecho a información genética acerca de sus progenitores. Esa información debería estar disponible en los bancos de gametos para todos aquellos que tengan acceso legal a los mismos”. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Persona, Pareja y Familia. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1995. p.54. También lo reconoce implícitamente el profesor Lecaros, quien manifiesta que “cuando se hace la fecundación artificial con gameto a un donante ajeno al matrimonio, y secreto de la identidad del donante, se atenta contra el derecho natural del hijo, anterior y superior al Estado, de relacionarse con su verdadero padre”. LECAROS ZEGERS, Raúl, ET AL. Fecundación Asistida. Declaración Pública. Diario El Mercurio. Nacional. Santiago. Chile. 6 Mayo 1998. C 6. A mayor abundamiento, Maricruz Gómez de la Torre manifiesta que “la existencia de un donante anónimo implica un matiz especial para la pregunta de si tiene derecho una persona a conocer la identidad de sus padres” añadiendo que “ni el derecho de los padres a no tener interferencias de un tercero, ni el derecho a su intimidad por parte del donante, pueden impedir que el niño que nace tenga la posibilidad de saber quien es su padre genético, cuando alcance la mayoría de edad”. GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Aspectos Que Debe Contemplar Una Ley Que Regule Las Técnicas De Fecundación Asistida, En Relación Con La Pareja Usuaria. En: PEREZ LEVETZOW, Enrique, ET AL (Colaboradores). Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 1996. pp.158 - 159.

del hijo. En la especie, cabe señalar que en las discusiones parlamentarias relativas al anonimato se confundían los deberes que imponía el mantenimiento del secreto médico, o del secreto profesional en general, con la cuestión del sujeto responsable de las obligaciones de paternidad, como asimismo sobre la salvaguarda del derecho a la intimidad familiar y el sacrificio del derecho del hijo a conocer su origen, todos los cuales en definitiva, constituyen diferentes intereses en conflicto que se amparan en la defensa o ataque de la anonimidad.¹⁰²

Así las cosas, frente a la compleja problemática que plantea el acto de la aportación o “donación” de gametos, surgen distintas posiciones legislativas. En efecto, en los albores de las legislaciones europeas, es posible constatar la influencia que tuvo la postura del Consejo de Europa plasmada en su *Proyecto Preliminar de 1984*, el cual sostuvo que el anonimato debía ser estrictamente observado entre la pareja y el donante por un lado, y entre el donante y el hijo por el otro.¹⁰³

Siguiendo este corolario, la mayoría de la legislación comparada eliminaba toda posibilidad de que el hijo concebido mediante la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida de índole heteróloga, tuviere conocimiento de la identidad del donante, excepto en aquellos casos en que fuere estrictamente necesario por razones médicas, esto es, cuando el menor pudiere verse afectado por alguna enfermedad riesgosa para su vida, frente a lo cual el centro médico en donde se llevó a cabo la reproducción asistida, debería entregar los datos genéticos y las características fenotípicas del donante.

Con todo, la tendencia a revelar la identidad del donante ha ido generando cada vez mayor consenso en la comunidad internacional, situación que se ha reflejado en las propias legislaciones y en recomendaciones brindadas por las instituciones especializadas en la materia, las que en síntesis, han privilegiado el derecho a la identidad del menor en orden a conocer su origen biológico.

3.1.2. Países en que impera el anonimato.

3.1.2.1. España.

La Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida establece que la donación será anónima, y salvo casos extraordinarios, el hijo no podrá conocer la identidad del donante, sino sólo, los datos inmunológicos o fenotípicos sin que ello incluya su identidad (arts. 5, 7 y 8). En la especie, el hijo y las mujeres receptoras tienen derecho a conocer las características generales del donante, es decir, podrán conocer sus cualidades y sus atributos físicos, pero no las señas de su identidad. Sólo se podrá identificar al donante por causas terapéuticas graves o por razones de salud.¹⁰⁴

¹⁰² MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y La Fecundación In Vitro. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1988. p.99.

¹⁰³ MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y La Fecundación In Vitro. Op. Cit. p.106.

Sin embargo, hubo autores que desde un principio sostuvieron que la legislación atingente a las técnicas de reproducción humana asistida debía contemplar el derecho del menor a conocer su origen biológico.

En este sentido, Lledó Yagüe expresaba en su oportunidad, que,

“para que la futura ley de la reproducción humana asistida no nazca viciada, *ab intrínseco*, de inconstitucionalidad, debe posibilitar al hijo el conocimiento de las características biológicas del progenitor, es decir, apostar por una cognoscencia de los datos inmunológicos y fenotípicos del donante” agregando que “en la fecundación humana asistida quizá esta sería la solución más sensata para no violentar la norma constituyente, permitir la investigación de la paternidad y/o maternidad, en todo caso; pero, explicitándose en la ley que desarrolle las técnicas en cuestión que, del conocimiento, no se derivarían responsabilidades derivadas de la filiación, ni personales, ni tampoco patrimoniales”.¹⁰⁵

Asimismo, hubo otros autores que cuestionaron el anonimato del donante aún antes de la vigencia de la citada Ley.

Así, Sancho Rebullida manifestaba que,

“este tratamiento (donación anónima) puede ser considerado contradictorio con lo proclamado en el artículo 39.2 de la Constitución: “La Ley posibilitará la investigación de la paternidad” y con los artículos 127 y concordantes del Código Civil que tras noventa y dos años de imponer un absurdo y anacrónico anonimato, ha permitido tras la reforma de 1981, la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Poco habrá durado la apertura de tal reforma si prospera la tesis de la permisión de la donación de gametos y embriones y la del anonimato de los donantes”.¹⁰⁶

La doctrina española se ha pronunciado lata y prolíficamente sobre la pugna existente entre el anonimato consagrado por el artículo 5 N°5 de la Ley 39/1988 y el artículo 39 de la Constitución Política.¹⁰⁷

Cabe citar lo expuesto por el jurista ibérico Femenía López al sostener que,

“el carácter anónimo de la donación ha sido una de las cuestiones más discutidas de la Ley, y una de las razones que se invocan en el recurso de inconstitucionalidad

¹⁰⁴ HERRERA CAMPOS, Ramón. La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal en España. Editorial Universidad de Granada. Granada. España. 1991. p.143

¹⁰⁵ LLEDO YAGÜE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Op. Cit. pp.124 -126.

¹⁰⁶ SANCHO REBULLIDA, Francisco, citado por GONZALEZ MORAN, Luis. Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida. En: GAFO, Javier (Ed.). Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. España. 1998. p.131.

¹⁰⁷ Para indagar los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del anonimato establecido por la ley 39/1988, véase FABREGA RUIZ, Cristóbal. Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida. Op. Cit. pp.94 ss.

pendiente contra la misma. En términos generales, la mayoría de la doctrina opina que el anonimato de los donantes es contrario al artículo 39.2 de la Constitución por cuanto le niega a los nacidos por medio de alguna de las técnicas de reproducción asistida el derecho de toda persona a la investigación de la paternidad y, por tanto, a conocer su origen genético. Con ello se vulneraría igualmente el principio de igualdad constitucional (arts.9.2 y 14), ya que se hace de peor condición y trato al hijo nacido mediante reproducción asistida al negarle la posibilidad de conocer la verdad biológica, lo cual no se niega a los seres nacidos por medios naturales, a tenor del artículo 39.2 de la Constitución”.¹⁰⁸

Otros autores partidarios del conocimiento del origen biológico, entre otros, son Pantaleón Prieto, Roca i Trias, González González, Carbajo González, Delgado Echeverría, Quesada González, y Rivero Hernández quien estima que el derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD o FIV con gameto donado por tercero, es un derecho inalienable e innegable a quien tenga aquel origen, uno de los derechos fundamentales de la persona que protege indirectamente el artículo 10.1 de la Constitución Política de España, y a ejercitar por él con total independencia de la acción de reclamación de filiación y su régimen jurídico. El que ese derecho no se halla tipificado, regulado por Ley ordinaria (Código Civil), no permite negar su existencia y viabilidad procesal, si puede considerarse incluido en y protegido por el mencionado precepto constitucional.¹⁰⁹

Asimismo, Jaime Vidal Martínez expresa que,

“las técnicas de reproducción asistida permiten la disociación de la paternidad y maternidad legales respecto de las biológicas, lo que puede generar efectos adversos en la personalidad de los afectados, particularmente de los niños nacidos mediante éstas técnicas. Como quiera que los niños reclaman una protección jurídica especial, cobra relevancia el reconocimiento de su derecho a la identidad” agregando en definitiva que “reconocer al hijo el derecho a conocer su origen resulta, en mi opinión, obligado, para contrarrestar eventuales abusos resultantes de la práctica de la reproducción asistida, corrigiendo en alguna medida la despersonalización que conllevan tales prácticas”.¹¹⁰

En otra obra, el citado autor manifiesta que “el anonimato del donante es una construcción ad hoc, que hoy por hoy, no encuentra suficiente apoyatura tal como se la quiera perfilar en la Ley de 5 de Mayo de 1982, ni por supuesto en nuestra Constitución, para lo que la dignidad de la persona – de toda persona- es el fundamento del orden político y de la paz social”.¹¹¹

Por su parte, Hernández agrega que “hay que tener en cuenta que los mismos informes legislativos permiten que el niño, al llegar a la mayoría de edad, pueda conocer

¹⁰⁸ FEMENIA LOPEZ, Pedro. *Status* Jurídico del Embrión Humano, Con Especial Consideración Al Concebido In Vitro. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. España. 1999. p.303.

¹⁰⁹ Citados por LLEDO YAGÜE, Francisco. *Fecundación Artificial y Derecho*. Op. Cit. pp.29-30.

¹¹⁰ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *Derechos Inherentes en la Reproducción Asistida*. En: BALLESTEROS, Jesús (Ed.). *La Humanidad In Vitro*. Editorial Comares. Granada. España. 2002. p.274 ss.

su origen y las características del donante, aunque ello no implica que haya de existir ninguna relación paterno-filial entre ellos” citando al efecto el art.8 N°2 del Proyecto de Recomendaciones del Consejo de Europa de 1984, la Recomendación 29 del Informe Warnock, la Recomendación 53 del Informe del Congreso Español, y el art.5 N°11 de la Proposición de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.¹¹²

En este mismo sentido, Herrera se manifiesta partidario de un anonimato flexible, “es decir, que el hijo, una vez que ha obtenido su mayoría de edad, pueda conocer quién es su padre o madre biológico; y también en aquellos casos en los que sea necesario saber quién es el ascendiente de un niño, pensemos en el supuesto de que se tiene una enfermedad grave y que se transmite hereditariamente” añadiendo de que a la vez se debe modificar “la Ley y el Código Civil, para que los donantes no tuvieran ninguna responsabilidad ante “sus hijos” y que los uniera ningún tipo de vínculo legal”, concluyendo que esta colisión de preceptos deberá ser resuelta en última instancia por el Tribunal Constitucional, “el que decidirá si debe de existir el anonimato o no”.¹¹³ Agrega el citado autor que “en definitiva, entiendo que es un derecho inalienable el del “hijo” que nadie puede negarle el conocer su origen biológico, con base en los artículos 10.1 y 24.1 de la Constitución española. Pero también hay que señalar que el hijo debe quedar desvinculado jurídicamente de su padre genético”.¹¹⁴

Asimismo, Martínez-Calcerrada manifiesta defender “a ultranza no ya el derecho del hijo inseminado a conocer su verdad biológica a efectos de su estado civil o nexo de paternidad/maternidad, sino que hasta sustantivizamos como otro derecho, también indeclinable, el de conocer su proceso de concepción o “acreditamiento de su generación biológica”, a los simples fines de la noticiabilidad de un dato vital para él y revelador de su misma existencia”.¹¹⁵

Aún más categórica, Moro Almaraz expresa que deberá tenerse en cuenta el interés actual y futuro del niño, principio informador del artículo 39 de la Constitución española, por lo cual, prevalece la veracidad biológica y la protección del sujeto más débil en esta materia. Así las cosas, la exigencia de un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos a partir de las nuevas técnicas de reproducción humana de los demás, situación que contradice los arts.14 y 39 de la Constitución española, y los Tratados Internacionales que han de tenerse en cuenta según el art.10 de la Constitución española, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,

¹¹¹ VIDAL MARTINEZ, Jaime, citado por GONZALEZ MORAN, Luis. Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida. En: GAFO, Javier (Ed.). Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales. Op. Cit p.133.

¹¹² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La Filiación En La Fecundación Asistida: Consecuencias Jurídicas En Torno A La Misma. En: BARBERO SANTOS, Marino, MARTÍN-MUMICIO AGUADO, Angel, (Eds.). Ingeniería Genética y Reproducción Asistida. Editorial Benzal. Madrid. España. 1989. p.251.

¹¹³ HERRERA CAMPOS, Ramón. La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal en España. Op. Cit. p.55.

¹¹⁴ HERRERA CAMPOS, Ramón. Op. Cit. p.144.

¹¹⁵ MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. Op. Cit. p.173.

Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, Carta Social Europea de 1961, que abogan por la no discriminación por nacimiento. En consecuencia, el anonimato no puede significar en la actualidad un veto a la investigación de la paternidad, aunque en sí mismo ya constituye un auténtico obstáculo para que tenga un resultado positivo. Si, por algún medio, se hubiera llegado a conocer quién es el donante y se ejercitara una acción de reclamación, será el Juez quien estudiará las distintas connotaciones del supuesto y el beneficio del hijo.¹¹⁶

En síntesis, el alcance del anonimato del donante conforme a la legislación española sigue siendo una materia controvertida, y a mayor abundamiento, dentro de la corriente que propicia la inconstitucionalidad del anonimato, existen autores que discrepan en torno al límite que debe revestir el conocimiento de la identidad del donante. Al respecto, Carcaba, expresa que “el secreto cede hasta cierto punto, pues aunque puede alcanzar a la identidad del donante, no tiene implicaciones en relación a la filiación, que quedará establecida en todo caso en relación al marido o varón que consintió la IAD”.¹¹⁷

Empero, González Morán, opina que los efectos del anonimato le son inoponibles al menor, toda vez que la Ley al emplear,

“en el artículo 5.5 la expresión “la donación será anónima” está dando a este adjetivo una significación distinta de la propiamente etimológica: no quiere decir que el donante “carezca de nombre” o con más sentido “que su nombre sea absolutamente desconocido”, sino que el anonimato se despliega en una doble dirección: el donante no debe conocer el nombre de los beneficiados con su semen ni éstos deben conocer el nombre del donante”.¹¹⁸

Por su parte, otros autores, sostienen que la revelación de la identidad del donante no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación, lo que debe “entenderse en el sentido que de la sola revelación de la identidad no es bastante para determinar la filiación, pero no en el sentido de que el hijo no pueda ejercitar la correspondiente acción de reclamación de la paternidad (junto con la pretensión de la impugnación de la legalmente determinada, ex art.134 del Código Civil)”.¹¹⁹

Con todo, ciertos autores como Fábrega Ruiz manifiestan que si bien todo hombre busca su origen y tiene derecho a investigarlo, no hay duda de que tal derecho puede ser limitado por la ley, cuando determinados bienes jurídicos así lo exijan, por lo cual, para evitar el chantaje, los remordimientos y otras dificultades, debe respetarse el anonimato

¹¹⁶ MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y La Fecundación In Vitro. Op. Cit. p.106 ss.

¹¹⁷ CARCABA FERNÁNDEZ, María. Problemas Jurídicos Planteados Por Las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. Op. Cit. p.111.

¹¹⁸ GONZALEZ MORAN, Luis. Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida. En: GAFO, Javier (Ed.). Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales. Op. Cit. pp.131 y 132.

¹¹⁹ LOPEZ y LOPEZ, Angel, MONTES PENADES, Vicente, ROCA I TRIAS, Encarna. Derecho de Familia. 3ªEdición. Editorial Tirant Lo Blanch Libros. Valencia. España. 1997. p.313.

del donante.¹²⁰

En este mismo sentido, también se pronuncia Gómez Vila quien sostiene que de no establecerse “el anonimato, el hijo podría en cualquier momento entablar reclamaciones extramatrimoniales”, lo que “no implica que la pareja receptora y el niño nacido por IAD no tengan derecho, si lo desean, a conocer las características sanitarias o genotípicas del donante”.¹²¹

Asimismo, Gafo expresa que,

“no menos cierto es que tales normas (las relativas a la investigación de la paternidad) se redactaron en atención exclusiva a las formas naturales de procreación. Y por otra parte, si se garantiza la protección de la familia, ¿no podrá suponer todo lo contrario introducir en la misma la identidad misteriosa de un tercero extraño? El resultado de tal permisividad podría llegar a ser precisamente el opuesto al pretendido por la norma constitucional que, por su parte, también asegura, y en el mismo artículo (39.2) la protección integral de los hijos, igual ante la ley con independencia de su filiación”.¹²²

Esta verdadera controversia doctrinaria en torno al artículo 5° de la Ley 35/88, fue zanjada en su oportunidad por el Tribunal Constitucional de España. En efecto, el citado artículo 5°, entre otros, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el referido Tribunal por parte de un grupo de Diputados que sostenían que la referida ley impedía al hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida el conocimiento de quién era su progenitor, lo que a su juicio vulneraba el artículo 39.2., así como también el contenido esencial de la protección de la familia a que alude el artículo 39.1., ambos de la Constitución Política.

La defensa, por parte del Abogado del Estado, sostuvo que en esta materia la solución legal respondía a criterios de razonabilidad en un conflicto de intereses, esto es, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea y por otro, el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y la protección que el Estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares, así como también debía cautelarse el derecho a la intimidad del donante.

El Pleno del referido Tribunal rechazó el recurso en este capítulo, resolviendo la sentencia en su Considerando 15° que,

“la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta

¹²⁰ FABREGA RUIZ, Cristóbal. *Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Op. Cit. p.103.

¹²¹ GOMEZ VILA, Marcela. *Biojurídica*. Editorial Lerner. Madrid. España. 1989. p.61.

¹²² GAFO, Javier, citado por GONZALEZ MORAN, Luis. *Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida*. En: GAFO, Javier (Ed.). *Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales*. Op. Cit p.131.

perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad. No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución”, agregando que “el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, «en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto». Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos. Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida orientadas -debe nuevamente recordarse- a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones -desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación- puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo”.¹²³

3.1.2.2. Francia.

En Francia, el artículo L. 665-14 del Libro IV del Código de Sanidad Pública incorporado

¹²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España. STC 116/1999 del 17 de Junio de 1999. Publicada en el BOE el 08 de Julio de 1999. [en línea]. < <http://www.bioderecho.cl/Descargas/jurisprudencia/STC116-1999.doc> > [consulta: 10 Octubre 2003]. Véase t. SOTO SILVA, Rodrigo. Informe sobre el Tratamiento del Embrión Humano en la Jurisprudencia Constitucional Española. Revista IUS et PRAXIS. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Talca. Chile. 2001. Año 7. N°2. p.285 ss.

por el artículo 2 de la Ley 94-654 del 29 de Julio de 1994 dispone que “el donante no podrá conocer la identidad del receptor ni el receptor la del donante. No podrá divulgarse ninguna información que permita identificar a la vez a quien haya realizado una donación de un elemento o de un producto de su cuerpo y a quien lo haya recibido, únicamente en caso de necesidad terapéutica podrá establecerse una excepción a dicho principio de anonimato”, lo cual reitera el artículo 673-7 del Libro IV del citado Código, disposición introducida por el artículo 10 de la referida Ley 94-654, al disponer que la donación de gametos no podrá estar supeditada a la designación de la pareja receptora.¹²⁴

3.1.2.3. Noruega.

La Ley N°56 sobre Las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina del 5 de Agosto del año 1994 señala en su artículo 2.7 que "el personal médico tendrá la obligación de garantizar el secreto de la identidad del donante de esperma. No podrá proporcionarse información alguna al donante de esperma sobre la identidad de la pareja o del niño".¹²⁵

3.1.2.4. Dinamarca.

Con fecha 10 de Junio de 1997 se dictó la Ley 460 sobre Procreación Artificial, a partir de la cual se dictaron determinados Decretos que la reglamentaban. Entre estos, el Decreto 728 del 17 de Septiembre de 1997 sobre Fertilización Asistida dispone en sus artículos 11 y 15 que los donantes de gametos deberán permanecer anónimos respecto de la pareja receptora, así como también respecto del menor concebido, y que no podrán recibir información alguna relativa a la pareja receptora o al menor concebido.¹²⁶

3.1.2.5. Reino Unido.

En el Reino Unido, el *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* establece como principio general el anonimato del donante, aún cuando, conforme al artículo 31 del citado cuerpo legal, el menor puede, alcanzados los 18 años de edad, solicitar al Consejo de Fertilización Humana y Embriología, información relativa a su condición de haber sido concebido artificialmente, siempre y cuando se le facilite un adecuado asesoramiento acerca de las consecuencias de tal situación. Asimismo, podrá solicitarle al referido

¹²⁴ Véase Loi No. 94-654 du 29 Juillet 1994. *Relative don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prenatal*. [en línea]. < <http://www.cnrs.fr/SDV/loirecap.html> > [consulta: 15 Octubre 2003].

¹²⁵ Lov Om Medisinsk Bruk Av Bioteknologi Nr.56. Véase ROMEO CASABONA, Carlos María. Código De Leyes Sobre Genética. Editorial Universidad de Deusto y Fundación BBV Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. España. 1997. p.329 ss. Para conocer la historia fidedigna del establecimiento de la ley noruega sobre la materia, V.t. BLEIKLIE Ivar A., Legislation for Protection: Why Norway designed restrictive policies in the field of ART's 2002. En: JOINT SESSION Workshop. The Politics of Biomedicine: Explaining and Evaluating Policy Design. European Consortium For Political Research. En Internet. desde el 22 al 27 de Marzo 2002. Torino. Italia. [en línea]. <<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/turin/ws18/Bleiklie.pdf>> [consulta: 24 Octubre 2003].

¹²⁶ Véase Denmark. International Digest of Health Legislation. [en línea] < <http://www.who.int/idhl/> > [consulta: 22 Octubre 2003].

Consejo que certifique, conforme a sus registros, si determinada persona con la cual desea contraer matrimonio, es o no su progenitor, ello con el objeto de evitar matrimonios entre personas con vínculo de parentesco ignorado.¹²⁷

Las restricciones impuestas por la legislación citada fueron impugnadas en el caso caratulado “ *Joanna Rose & E (a child) v the Secretary of State for Health & the Human Fertilisation & Embryology Authority* ”, en que dos personas que fueron concebidas mediante donación de gametos entablaron acciones judiciales tendientes a obtener suficiente información relativa al donante, incluida su identidad, amparándose en los artículos 8 y 14 del *Human Rights Act (1998)*, que entró en vigencia a partir del 2 de Octubre del 2000, y que incorporó a la legislación interna del Reino Unido la Convención Europea sobre Derechos Humanos (1950), en un intento del Gobierno británico de la época en orden a modernizar su Constitución Política. Tales artículos establecen básicamente el derecho a la vida privada y familiar, y la prohibición de discriminar. La *High Court* en una audiencia preliminar estimó que el artículo 8 del *Human Rights Act* se encontraba comprometido por parte de las entidades públicas demandadas, y en consecuencia, existía suficiente base legal como para continuar adelante con el litigio.

Como consecuencia de ello, y con el objeto de evitar futuras demandas civiles en su contra, en Febrero del año 2004, las autoridades británicas anunciaron que modificarán la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* en términos tales de que, los menores concebidos mediante donación de gametos a partir del 1° de Abril del año 2005 puedan acceder a los registros en que conste la identidad del donante, una vez que cumplan los dieciocho años de edad. A mayor abundamiento, esta modificación legal ya había sido insinuada por la *Human Fertilisation and Embryology Authority*, que en su momento propuso que debían derogarse las disposiciones relativas al anonimato del donante dado que el menor concebido mediante donación de gametos tenía el derecho fundamental de conocer su origen genético.¹²⁸

3.1.2.6. Irlanda.

La práctica de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran actualmente reguladas por las denominadas *General Medical Council Guidelines*, esto es, una guía que establece los procedimientos y la conducta ética que deben observar todos aquellos profesionales que practiquen tales procedimientos médicos, sin perjuicio de otros cuerpos normativos tales como *The Irish Constitution (1937)*, *The Sale of Goods and Supplies Act*

¹²⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. Código De Leyes Sobre Genética. Op.Cit. p. 339 ss.

¹²⁸ Véase Human Fertilisation and Embryology Authority. Response to the Department of Health's Consultation On 'Donor Information: Providing Information About Sperm, Egg, And Embryo Donors'. Julio 2002. [en línea] <http://www.hfea.gov.uk> [consulta:10 Octubre 2003]. V.t. Informe del Department of Health del Reino Unido. [en línea]. <<http://www.doh.gov.uk/gametodonors/gametodonorconsult.pdf>> [consulta: 10 Octubre 2003]. V.t. Donor Insemination case - children can claim right to personal identity [en línea] <<http://www.liberty-human-rights.org.uk/press/press-releases-2002/donor-insemination-case-children-can-claim-r.shtml>> [consulta: 24 Octubre 2003]. Véase t. Extracto del fallo recaído en el caso “ *Joanna Rose & E (a child) v the Secretary of State for Health & the Human Fertilisation & Embryology Authority* ” [versión en inglés] en documento anexo a esta obra.

(1980), *The Adoption Number 2 Bill 1987*, *The Data Protection Act (1988)*, *The Freedom of Information Act (1997)*, y el *Equal Status Act (2000)*. En efecto, las *guidelines* constituyen reglas vinculantes dictadas por la *General Medical Council*, entidad establecida en 1978 por la *Medical Practitioners Act* y cuya finalidad consiste en proteger los intereses públicos frente a la ciencia médica, siendo el interés de los pacientes la base primordial en virtud de la cual dicta pautas profesionales y éticas que regulan la actividad médica.

En la especie, hasta el año 1994 sólo se permitía la práctica de técnicas de reproducción humana asistida entre cónyuges, en circunstancias bastante estrictas. Posteriormente, se admitió la posibilidad de recurrir a la donación de gametos en el caso de practicarse una inseminación artificial, debiendo el médico tratante contar con el consentimiento de la pareja receptora, y otorgarles, entre otros deberes, información acerca de las consecuencias sociales, terapéuticas y legales que dicha técnica conlleva. Asimismo, el médico practicante deberá mantener en estricta reserva la identidad del donante, antecedente que no podrá revelarles a la pareja receptora.

En lo tocante a las consecuencias legales, actualmente el ejercicio de una acción tendiente a la obtención del conocimiento del origen biológico por parte del menor concebido de aquella manera, deberá ser resuelta por la jurisprudencia, habida consideración de que el *Status of Children Act* permite ampliamente la investigación de la paternidad.¹²⁹

3.1.2.7. China.

El proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Tecnológica contempla el anonimato del donante, aún cuando, el menor a los 16 años de edad podrá solicitar información relativa al donante siempre que no se trate de su identidad.¹³⁰

3.1.2.8. Grecia.

La Ley 3089/2002 sobre Reproducción Humana Asistida establece el anonimato del donante, y sólo podrá revelarse información del donante por razones terapéuticas o médicas del menor concebido. Interesa en este caso, lo informado por la Comisión Nacional de Bioética de Grecia, la que sostuvo la pertinencia del anonimato con el objeto de salvaguardar la privacidad de todos los involucrados.¹³¹

¹²⁹ APARISI MIRALLES, Angela. El Permisivismo ante la FIV: A) La Visión Angloamericana. En: BALLESTEROS, Jesús, (Ed.). *La Humanidad In Vitro*. Op. Cit. p.53 ss. Véase t. *Commission On Assisted Human Reproduction*, [en línea], < <http://www.cahr.ie/> > [consulta: 10 Noviembre 2003].

¹³⁰ Véase Legislative Council of China. [en línea]. < http://www.legco.gov.hk/yr98-99/english/bc/bc53/general/06_brif.pdf > [consulta: 10 Octubre 2003].

¹³¹ V. Greece National Bioethics Commission. [en línea]. < <http://www.bioethics.gr/images/draftbillen.pdf> > [consulta: 10 Octubre 2003].

3.1.2.9. Italia.

Tras arduos y polémicos debates, con fecha 12 de Diciembre del año 2003 fue aprobado por el Senado el proyecto de ley que en lo sucesivo regulará la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en este país. Hasta entonces, Italia, carecía de una legislación especial relativa a la temática en cuestión, y a pesar de haberse presentado en su oportunidad, innumerables proyectos de leyes, la actividad era regulada mediante un par de circulares emanadas del Ministerio de Salud, las cuales eran solamente aplicables a los Servicios de Salud públicos (SSN - *Servizio Sanitario Nazionale*), mientras que los centros médicos privados se regían por la regulación propia de sus respectivos códigos de ética.¹³²

Así las cosas, la actual legislación en cuestión prohíbe en su artículo 4°, N°3, las técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo, y por consiguiente, la donación de gametos, a pesar de que ello constituía una práctica habitual en los centros médicos privados. Con todo, el artículo 9° dispone que en el evento de que se recurra a una técnica de reproducción humana de carácter heterólogo, la maternidad se determinará conforme a las reglas generales, y se considerará padre al cónyuge o conviviente cuyo consentimiento se haya manifestado en actos concluyentes, quienes no podrán ejercer las correspondientes acciones de filiación, así como tampoco podrá hacerlo el donante. En este caso, el médico tratante será sancionado con pena pecuniaria e inhabilidad de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, mientras que los demás intervinientes carecen de sanción penal.¹³³

3.1.2.10. Brasil.

En Brasil, los Consejo de Medicina implementados por la Ley 3268 del 30 de Septiembre de 1957, constituyen entidades de derecho público encargadas de supervigilar la ética

¹³² *Circolare 1 Marzo 1985 su Limiti e condizioni di legittimità dei Servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del SSN*. Esta Circular prohíbe expresamente la donación de gametos. Cabe agregar también la *Circolare 27 Aprile 1987 N°1 su Misure di prevenzione del virus VIH e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione artificiale*. Esta última fue actualizada en el año 1992, extendiéndola a la donación de órganos, tejidos y gametos, con lo cual se reconoció implícitamente que en los centros médicos privados se practicaban técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo. Para un acabado conocimiento respecto a la gran cantidad de proyectos de ley presentados ante el Parlamento Italiano, véase FEMENIA LOPEZ, Pedro. *Status Jurídico del Embrión Humano, Con Especial Consideración Al Concebido In Vitro*. Op. Cit. p.194 ss. V.t. DI PIETRO, Maria Luisa ET AL. s.a. Il Dibattito Parlamentare Sulla "Procreazione Medicalmente Assistita". Medicina e Morale. [en línea] <http://www.bioeticaweb.com/Comentarios_juridicos/casini_di_pietro_fivet.pdf> [consulta: 22 Octubre 2003]. Sobre la falta de una legislación especial que abarcara la materia en cuestión, V.a. RAMJOUE, Celina, Assisted Reproductive Technology Policy in Italy: Explaining the Lack of Comprehensive Regulation. En: JOINT SESSION Workshop. The Politics of Biomedicine: Explaining and Evaluating Policy Design. European Consortium For Political Research. En Internet. Desde el 22 al 27 de Marzo 2002. Torino. Italia. [en línea] <<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/turin/ws18/RAMJOUE.pdf>> [consulta: 24 Octubre 2003].

¹³³ Véase Legge 19 Febbraio 2004, N°40, (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* N°45 del 24 de Febrero del 2004) sobre *Norme in Materia di Procreazione Medicalmente Assistita*, [en línea] <<http://www.senato.it/>> [consulta: 25 Febrero 2004].

profesional de los médicos, para lo cual se encuentran investidas de facultades disciplinarias y reguladoras de la actividad. Así las cosas, mediante la Resolución del Consejo Federal de Medicina N°1.358/92 sobre *Normas Éticas Para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida* se reguló el marco normativo al cual deben atenerse los médicos que practican técnicas de reproducción humana asistida, y entre sus disposiciones, señala que los donantes no deben conocer la identidad de los receptores, ni viceversa.¹³⁴

3.1.3. Países que han consagrado el derecho de identidad del menor concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida.

3.1.3.1. Suecia.

La *Lag (1984:1140) Om Insemination* del 20 de Diciembre de 1984, establece en su artículo 4° que “el niño que haya sido engendrado por el proceso de inseminación expuesto en el artículo 3° de esta ley, una vez alcanzada la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en el libro archivado a tal efecto en el centro médico correspondiente. En caso de requerirse, la Junta del Consejo Superior de la Seguridad Social estará obligada a ofrecer la ayuda necesaria para obtenerlos”. Interesante resulta esta disposición por cuanto la comisión sueca encargada de proponer una normativa en torno a la inseminación artificial, llegaba a la conclusión de que la posibilidad de conocer la identidad de los donantes conduciría con esperanza a que sea posible a largo plazo obtener sólo donantes con una responsable y madura actitud en su cooperación, si bien que, con el secreto del donante se incrementaría el número de donantes.¹³⁵

Posteriormente, se dictó la *Lag (1988:711) Om Befruktning Utanföör Kroppen* del 14 de Junio de 1988, la que regulaba la fecundación in vitro de carácter homólogo. Ahora bien, esta ley fue modificada por la *Lag (2002:252) Om Ändring I Lagen (1988:711) Om Befruktning Utanföör Kroppen* del 2 de Mayo del año 2002, modificaciones que entraron en vigencia a partir del 1 de Enero del año 2003.

A partir de la fecha recién citada, en Suecia se permite la donación de óvulos, y el artículo 7, de la Ley 1988:711 incorporado por la Ley 2002:252, establece el derecho a que la persona concebida mediante un procedimiento de donación de óvulos pueda, alcanzada la suficiente madurez, solicitar información sobre la identidad de la donante al centro médico en cuyos registros especiales conste tal información. Para tales efectos, el

¹³⁴ Véase artículo 6° de la Resolución 1358/92 del 11 Noviembre de 1992 dictada por el Consejo Federal de Medicina (Publicada en el D.O.U. el día 19 de Noviembre de 1992. Sección I. p.16053) [en línea] < http://157.86.152.2/ghente/doc_juridicos/resol1358.htm > [consulta: 24 Octubre 2003].

¹³⁵ *Lag Om Insemination 1984:1140* [en línea] < <http://www.notisum.se/rnp/SLS/LAG/19841140.htm> > [consulta: 27 de Octubre 2003]. Cfr. LLEDO YAGUE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Op. Cit. p.30 ss. HOOFT, Pedro Federico. Bioética y Derechos Humanos: Temas y Casos. Ediciones De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1999. p.40. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. Bioderecho. Op. Cit. p.177 ss.

artículo 6, dispone que el centro médico deberá mantener archivada la información relativa al donante durante al menos 70 años.¹³⁶

3.1.3.2. Austria.

En este país, se dictó la Ley Federal sobre la Procreación Médica Asistida -*Fortplanzungsmedizingesetz (FMedG)*- del 1 de Julio de 1992, cuyo artículo 1 parágrafo 20 señala que “el menor concebido con gametos de un tercero, al cumplir catorce años podrá solicitar la revelación de los archivos mencionados en el art 1. parágrafo 15”, estos son, los archivos en que consta la identidad del donante.¹³⁷

3.1.3.3. Suiza.

La Ley Federal Concerniente a la Procreación con Asistencia Médica N°814.90, del 18 de Diciembre de 1998, en vigencia a partir del 28 de Diciembre del año 2000 tras un referéndum nacional, contempla en su artículo 27 que el menor concebido mediante algún procedimiento de reproducción humana asistida, una vez que cumpla los 18 años de edad, podrá solicitar a la autoridad respectiva la información relativa a las características físicas y generales del donante, incluyendo su identidad, sin perjuicio de que con anterioridad a dicha edad, y en cualquier momento, podrá solicitar información relativa al donante, siempre y cuando, se encuentre comprometido un interés digno de protección. La autoridad, previamente a la revelación de antecedentes, deberá informarle al donante que procederá a revelar sus datos al menor, y si éste rechaza tal revelación, al menor le serán informados los derechos de la personalidad correspondientes al donante y a la protección de su familia. Con todo, si el menor insiste en su solicitud, la autoridad deberá revelar al menor la información acerca del donante.

Cabe añadir que el artículo 18, inciso 2, de la citada ley dispone que al donante, previo al acto de donación de esperma, le deberá ser informada por escrito la situación jurídica descrita, específicamente, en lo tocante al derecho del concebido para consultar los documentos relativos a la donación. Asimismo, esta ley tiene efecto retroactivo, por lo cual, la disposición relativa al derecho del concebido para conocer los archivos relativos a la donación, le es también aplicable a los médicos que hayan practicado técnicas de reproducción humana asistida con antelación a la vigencia de la presente ley.¹³⁸

3.1.3.4. Holanda.

En Holanda, a pesar de la inexistencia de una legislación que aborde íntegramente la temática de la reproducción humana asistida, las que han sido reguladas mediante

¹³⁶ Lag (1988:711) *Om Befruktning Utanför Kroppen* con modificaciones introducidas por la Lag (2002:252). [en línea]. < <http://www.notisum.se/rnp/SLS/LAG/19880711.htm> > [consulta: 27 de Octubre 2003].

¹³⁷ Véase *Fortplanzungsmedizingesetz (FMedG)* del 1 de Julio de 1992. Publicada en el BGBl.Nr.275/1992. [en línea]. < <http://www.bmwf.gov.at> > [consulta. 16 Octubre 2003].

¹³⁸ Confederación Helvética Suiza, [en línea] < http://www.admin.ch/ch/i/rs/814_90/index.html > [consulta: 15 Octubre 2003].

disposiciones éticas de las entidades médicas, se dictó la Ley sobre Información Concerniente a los Donantes en Fertilizaciones Artificiales, del 28 de Mayo del año 2002, la cual contempla que el menor concebido mediante técnicas de reproducción humana de carácter heterólogo tiene derecho, a partir de los 16 años de edad, a solicitar la revelación de la identidad del donante, siempre que éste lo haya consentido por escrito al momento del acto de su donación.

En el evento de una ausencia del consentimiento del donante, podrá informársele la identidad del donante si ello es conveniente para los intereses del menor, especialmente en el caso de que su salud se encuentre comprometida.

Las entidades en que se practiquen técnicas de reproducción humana asistida deberán remitir todos los antecedentes a la Fundación sobre Información de Donantes en Fertilizaciones Asistidas, organismo que deberá conservarla durante 80 años.¹³⁹

3.1.3.5. Islandia.

En Islandia, la Ley N°55 sobre Fertilización Artificial, del 29 de Mayo del año 1996, dispone un sistema mixto, en que el donante deberá manifestar su intención de mantener el anonimato, caso en el cual no podrá otorgarse ninguna información a la pareja receptora de los mismos, ni al menor así concebido, o bien atenerse a lo dispuesto en el artículo 4, inciso 4, el cual reza que “el menor concebido mediante una donación de gametos, en el caso de que el donante no haya manifestado su intención de mantener su anonimato, podrá a partir de los 18 años de edad, solicitar el acceso a los registros conforme a lo dispuesto en el inciso 3°, con el objeto de recabar información acerca del nombre del donante”.¹⁴⁰

3.1.3.6. Australia.

En el Estado de Victoria en Australia, el *Infertility Treatment Act 1995* en su artículo 79 contempla que cualquier persona, a partir de los 18 años de edad, puede, por escrito, requerir de la autoridad competente, cualquier información relativa al donante de gametos, incluyendo la revelación de su identidad.¹⁴¹

¹³⁹ Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting (publicada en el Staatsblad Nr.240-2002). Véase en Eerste Kamer der Staten-Generaal, [en línea] < <http://eerstekamer.cust.pdc.nl/9324000/1/j9vvgh5ihkk7kof/vgg0+2n000> > [consulta: 24 Octubre 2003]. V.f. TIMMERMANS, Arco, The Netherlands: Conflict and Consensus on Assisted Reproductive Technology Policy [en línea]. En: JOINT SESSION Workshop. The Politics of Biomedicine: Explaining and Evaluating Policy Design. European Consortium For Political Research. En Internet. Desde el 22 al 27 de Marzo 2002. Torino. Italia. <<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/turin/ws18/timmermans.pdf>> [consulta: 24 Octubre 2003].

¹⁴⁰ Ministerio de Salud de Islandia. [en línea]. <http://www.raduneyti.is/interpro/htr/htr.nsf/pages/lawsandregs0002> [consulta: 14 Octubre 2003].

¹⁴¹ Australasian Legal Information Institute. [en línea]. http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/ita1995264/s79.html [consulta:14 Octubre 2003].

3.1.3.7. Nueva Zelanda.

El Gobierno Neozelandés ha propiciado dos proyectos de leyes, actualmente en el Comité de Salud del Parlamento, denominados *Assisted Human Reproduction Bill* y *Human Assisted Reproductive Technology Bill*, en los que se le permitirá al menor concebido mediante donación de gametos, a los 18 años de edad, requerir información relativa a la identidad del donante. También, podrá requerir tal información el menor de 16 años, siempre que sea autorizado por el Tribunal de la Familia.

Asimismo, se le permitirá al donante de gametos recabar la identidad del menor concebido mediante la utilización de sus gametos, siempre que así lo consienta el menor o el Tribunal de la Familia en caso de que sea un menor de 16 años de edad.

Respecto de la temática en cuestión, el informe del *National Ethics Committee On Assisted Human Reproduction (NECAHR)* sostuvo su beneplácito respecto de la posibilidad del menor de acceder al conocimiento de la identidad del donante por razones genealógicas y hereditarias, objetando solamente la edad a partir de la cual el donante podía acceder a la identidad del menor, estableciendo que ello era apropiado cuando el menor involucrado cumpliera 25 años de edad.¹⁴²

3.1.3.8. Finlandia.

Actualmente en Finlandia, y en relación al proyecto de ley sobre reproducción humana asistida que se encuentra en trámite en el Parlamento, se discute la posibilidad de admitir sólo donantes dispuestos a revelar su identidad, y por consiguiente, que los menores concebidos puedan, a los 18 años de edad, conocer la identidad de su progenitor.¹⁴³

3.2. Bases constitucionales y legales de la acción judicial.

Nuestra Constitución Política del Estado de Chile de 1980 consagra en su artículo 73 el principio de inexcusabilidad que implica que los Tribunales de Justicia siempre deben resolver los asuntos que siendo propios de su competencia se sometan a su conocimiento, aun a falta de ley que resuelva la contienda, caso en el cual deberán atenerse al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, principio que también encuentra su consagración en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, y en el artículo 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, y por imperativo constitucional, frente a un vacío legal es necesario recurrir a los mecanismos de

¹⁴² Véase National Ethics Committee On Assisted Human Reproduction (NECAHR). [en línea]. < <http://www.newhealth.govt.nz/necahr.htm> > [consulta: 15 Octubre 2003]; Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda. [en línea]. < <http://www.justice.govt.nz> > [consulta: 15 Octubre 2003].

¹⁴³ Véase Nordic Fertility Society. [en línea]. < http://www.nordicfs.org/report_finland.html > [consulta: 10 Octubre 2003].

integración legal que clausuran nuestro sistema jurídico, entre ellos, el espíritu general de la legislación, la equidad natural, ambos elementos consagrados en el artículo 24 del Código Civil, y la analogía contemplada en el artículo 22, inciso 2, del Código Civil.

En atención a que el fundamento de la acción judicial será el derecho a la identidad del actor, cabe asimismo agregar que, dentro del espíritu general de la legislación, encontramos como principios generales del derecho, la igualdad, el interés superior del menor, y la libre investigación de la paternidad o de la maternidad, como consecuencia del derecho fundamental a la identidad personal, todos los cuales informan nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, esta acción judicial deberá contemplar, entre sus fundamentos, la analogía, toda vez que en la materia, es dable asimilar la situación jurídica contemplada para el adoptado, con la del concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo.

Ocurre que, en la Ley 19.620 sobre adopción de menores, el artículo 27, inciso 2°, dispone que “cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”, lo cual complementó el artículo 13, del Decreto 944, en términos tales que “el adoptado, los adoptantes o los ascendientes y descendientes de éstos que deseen obtener información sobre su adopción en conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, y sean autorizados para ello por resolución judicial, serán asesorados por el organismo que haya intervenido en el proceso de adopción, o por el Servicio Nacional de Menores en todo caso, el que deberá actuar en lo posible como intermediario a fin de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto, brindando la asesoría que las partes involucradas necesiten”, norma sustantiva que por analogía es posible aplicar en el caso de los concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, habida consideración del aforismo jurídico que se manifiesta en que “donde exista la misma razón, debe existir la misma disposición”.¹⁴⁴ En efecto, la *ratio legis* de la disposición citada atiende a conciliar el interés superior del menor y la identidad personal, con el orden y la estabilidad familiar, toda vez que reconoce implícitamente el derecho a la identidad de toda persona.

145

¹⁴⁴ El inciso 3° del Artículo 27 fue producto de una indicación en el Senado por parte de los Srs. Cariola, Stange y Urenda quienes incluso propusieron que “en la sentencia de adopción se consagrara el deber de los adoptantes de dar a conocer al adoptado el hecho que tiene esa calidad del modo que estimen más conveniente y a más tardar cuando cumpla su mayoría de edad”, sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado no estimó apropiado imponer por ley una fórmula única, en circunstancias de que cada familia debe elaborar la que le parezca más adecuada a su propia realidad. CARIOLA BARROILHET, Marco, STANGE OELCKERS, Rodolfo, ET AL. Debate en Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Diciembre. 1998. p.1385 ss. En España, el adoptado también puede indagar en sus raíces biológicas, en circunstancias que ello no se contempla en el caso de aquél concebido mediante reproducción humana asistida, y al respecto, Garrido manifiesta que “el Codi ha seguido sin dar respuesta a esta cuestión. No obstante, es de observar que en sede de filiación adoptiva admite que la persona adoptada pueda ejercitar las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológica, sin perjuicio de que se nos diga que *“la cual cosa no afecta la filiación adoptiva”* (art.129 CF). La ausencia de una norma similar en materia de filiación por fecundación asistida no deja de suscitar dudas de si es intencionada o no”. GARRIDO MELERO, Martín. Derecho de Familia. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. España. 1994. p.423.

3.2.1. Sujeto activo.

La legitimación activa para impetrar esta acción judicial, le corresponde a aquella persona que tenga conocimiento de haber sido concebida mediante la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida. En el caso del incapaz, el artículo 264 del Código Civil estatuye que “el hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta”, agregando que “si el padre, la madre o ambos niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que quiera intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis”. Cabe agregar que la representación del incapaz también podría ser asumida por el defensor público correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

En la especie, aquella persona que ejerza la patria potestad del menor deberá deducir la correspondiente acción judicial tendiente al conocimiento del origen biológico del menor, toda vez que sobre dicha persona pesa un deber jurídico específico, cual es, propender en forma activa, eficaz y oportuna al interés superior del menor para efectos de permitirle un acabado conocimiento de su verdadera identidad de origen.¹⁴⁶

3.2.2. Sujeto pasivo.

La acción judicial deberá dirigirse contra el Centro Médico privado en el que se implementó la técnica de reproducción humana asistida, o bien contra el Hospital Público dependiente del respectivo Servicio de Salud, y en definitiva, contra todo aquél que tenga suficiente información archivada en sus dependencias, o en registros, en que se pueda constatar fehacientemente la práctica de alguna técnica de reproducción humana asistida que le incumba al menor que nazca mediante ella.

¹⁴⁵ En este sentido, Hernán Corral Talciani expresa que “ahora se trata de un derecho para el adoptado de conocer su calidad de tal, y de allí que si es el adoptado quien solicita al tribunal el acceso al expediente no necesitará probar ningún motivo especial sobre la comprensible necesidad de conocer quiénes fueron sus padres biológicos, si ello consta en el expediente...” agregando que la “norma del art.27 de la ley N°19.620 debe interpretarse a la luz del art. 7 de la Convención de Derechos del Niño, que establece como un derecho fundamental del niño el conocer la identidad de sus padres, en la medida que resulte factible”, por lo cual en ningún caso podría negarse “el derecho a conocer la verdad biológica del adoptado mayor de edad, ni aun a pretexto de los conflictos emocionales que podría implicar su descubrimiento...” máxime, si conforme al art.8.2 del Reglamento de la Ley 19.620, aquellos padres que desean entregar en adopción a un menor deben ser preparados para la búsqueda que posteriormente pueda emprender el menor a su respecto. CORRAL TALCIANI, Hernán. Adopción y Filiación Adoptiva. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2002. p. 286 ss.

¹⁴⁶ MOLINA QUIROGA, Eduardo, ET AL. Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. [en línea]. En: CONGRESO INTERNACIONAL de Derechos y Garantías en el Siglo XXI. En Internet. 28, 29 y 30 de Abril 1999. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm> > [consulta: 05 Septiembre 2003].

En el ámbito privado, el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas establece en su artículo 17 que los establecimientos de salud deberán contar con un sistema de registro del historial clínico, cuyo plazo de conservación será de diez años, el cual se computará a partir de la última atención efectuada al paciente.¹⁴⁷

Ahora, bien cabe dilucidar cuál es la denominada “última atención” practicada, y quién es el “paciente”. Al respecto, el término “paciente”, a mi parecer, comprende ambos miembros de la pareja que voluntariamente se hayan sometido a la práctica de alguna técnica de reproducción humana asistida, así como también al menor que nazca producto de su implementación.

Asimismo, es posible afirmar que “la última atención” será aquélla que diga directa relación con el procedimiento implementado, por lo que, habiendo nacido el menor, se reputará como “última atención” aquél control médico tendiente a verificar su condición y evolución de salud, lo cual en definitiva será un hecho materia de prueba.

Por otra parte, tratándose del ámbito público, los establecimientos afectos al Sistema Nacional de Servicios de Salud podrán eliminar las historias clínicas que permanezcan pasivas y sin movimiento por más de 15 años, debiendo dejar constancia de ello en un acta que se elabora al efecto.¹⁴⁸

Cabe agregar también, que la Directiva Ministerial del Ministerio de Salud sobre “Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y La Transferencia Embrionaria” establece en su artículo 9°, que las “Instituciones que desarrollen estos Programas deberán mantener registros y observaciones clínicas con protocolos preestablecidos y modificables conforme el progreso de FIV y TE y tal material estar a disposición de las autoridades de Salud y Sociedades Científicas”. Si bien en forma expresa no establece un plazo en que tales registros deban permanecer conservados, tal disposición deberá conciliarse con lo dispuesto en la Directiva Permanente Interna Administrativa N°5.

En consecuencia, tal registro deberá consignar la información del hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas de reproducción humana asistida, así como también la información respecto de aquél concebido mediante aquéllas, y la eventual utilización de gametos donados por un tercero.

En el caso de las Clínicas y Hospitales Privados, la revelación de tales antecedentes quedará sujeta al artículo 22, del citado Reglamento, el cual prescribe que “sólo el

¹⁴⁷ El art. 17 del Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas (Decreto 161 del Min. de Salud, D.O. 19 Nov. 1982), reza de la siguiente manera: “Asimismo, los establecimientos deberán contar con un sistema de registro e información bioestadística que consulte a lo menos: a) Registro de ingresos y egresos...El plazo de conservación de la referida documentación por parte de estos establecimientos, será de un mínimo de diez años. El plazo señalado regirá a contar de la última atención efectuada al paciente. Todo paciente tiene derecho de recabar la entrega de informes de resultados de exámenes de laboratorio, de anatomía patológica, radiografías, procedimientos, diagnósticos y terapéuticos (cirugías, endoscopías y otros), en el momento que lo estime necesario y dentro del plazo mínimo establecido”.

¹⁴⁸ Para conocer la normativa que regula la ficha clínica en el ámbito público, véase la Directiva Permanente Interna Administrativa N°5 del Ministerio de Salud, y el Manual de Procedimientos SOME aprobado el 14 de Junio de 1989 por Resolución Exenta 926 del Ministerio de Salud.

Director Técnico del establecimiento podrá proporcionar o autorizar la entrega de dicha información a los Tribunales de Justicia y demás instituciones legalmente autorizadas para requerirla”, mientras que en el caso de entidades públicas, tal revelación igualmente procederá en el evento de que sustancie un proceso judicial.

Cabe señalar que el Decreto 656 del Ministerio de Salud (D.O. 17/12/1997) vino a reglamentar la Ley 19.451 sobre Transplante de Órganos, y de paso derogó el Decreto 240 que establecía el Reglamento del Libro IX del Código Sanitario. En efecto, su artículo 39, dispuso que se consideraban *“derogadas todas aquellas disposiciones reglamentarias que sean contrarias o incompatibles con sus disposiciones, en especial, aquellas que sobre el particular se contienen en el Decreto Supremo 240 de 1983 del Ministerio de Salud...”*. Con todo, la Ley 19.451 solamente reguló aquello concerniente a los trasplantes de órganos, esto es, conforme a su artículo 1°, el *“proceso que implica el procuramiento y extracción del órgano de un donante vivo o muerto y su implementación al cuerpo del receptor”*. Por consiguiente, en mi opinión, sigue vigente el artículo 17, del Decreto Supremo 240, el cual estatuye que *“las disposiciones de este Reglamento no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula osea, huesos, piel, fanereos, así como a todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante manifestada sin formalidad alguna”*, toda vez que operó una derogación expresa única y exclusivamente respecto de las disposiciones reglamentarias relativas a los trasplantes de órganos, subsistiendo en todo lo demás las otras disposiciones que de manera alguna pugnan con las disposiciones del Decreto 656, el que nada dispone en torno a la donación de gametos.

Así pues, en nuestro país las formalidades que reviste la donación de gametos, queda prácticamente entregada a las exigencias impuestas por aquél organismo en cuyas dependencias se practiquen técnicas de reproducción humana asistida.¹⁴⁹

En nuestro país, los usos normativos de la ciencia médica en lo concerniente a la

¹⁴⁹ Véase Diario La Tercera, Reportaje de revista “Mujer a Mujer” en que se afirma que “a pesar de que en Chile no hay una ley que regule las técnicas de reproducción, cada entidad que presta estos servicios se hace responsable. La Clínica Las Condes cuenta con un marco regulatorio que, a juicio de algunos, puede llegar a ser más estricto que cualquier ley estatal”. NOVOA M., Loreto. Nuevos Latidos de Esperanza. [en línea]. Diario La Tercera. Revista de Mujer a Mujer. En Internet. 19 Mayo 2001. < <http://mujer.tercera.cl/2001/05/19/fertil1.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003]. V. También reportaje en Revista Ercilla, en que se sostiene que en Chile “todo procedimiento de fertilización asistida está sujeto a estrictas normas de ética médica, a pesar de no existir legislación al respecto. La voz reguladora en nuestro país surge solamente de la Sociedad Chilena de Fertilidad”. MELGAREJO S. Ruth. Donación de Óvulos. Adoptar la Mitad de un Hijo. [en línea]. Revista Ercilla. En Internet. 29 Abril 2002. N°3.188. < <http://www.ercilla.cl/nanterior/n3188/ovulos.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003]. En nuestro país, las técnicas de reproducción humana asistida actualmente se practican en la Clínica Alemana, Clínica Las Condes, Clínica Las Nieves, Clínica Clindigo, Clínica Reñaca, Clínica Los Dominicos, Centro Médico San Jorge, Sanatorio Alemán de Concepción, Hospital Clínico San Borja-Arriarán, CER, y Ginesia. CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia y Procreación Artificial. Perspectivas para una legislación en Chile. Charla dictada el 4 de Mayo de 1995. Op. Cit. p.6. cfr. MELGAREJO S. Ruth. Donación de Óvulos. Adoptar la Mitad de un Hijo. [en línea]. Revista Ercilla. En Internet. 29 Abril 2002. N°3.188. < <http://www.ercilla.cl/nanterior/n3188/ovulos.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003], Centros de Medicina Reproductiva [en línea] < <http://www.infertilidad.cl/dondeir01.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003], y GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal. Procreación Asistida. Un Análisis a la Luz de la Legislación Chilena. Op. Cit. p.24.

donación de espermios, han dispuesto que éstos sean importados preferentemente desde los Estados Unidos de Norteamérica.¹⁵⁰

Ahora bien, tratándose de donación de óvulos, estos provienen en su gran mayoría de mujeres que se sometieron a los rigores de alguna técnica de reproducción asistida, por lo que, con su consentimiento, sus óvulos sobrantes congelados son donados a otras mujeres.¹⁵¹

Conforme con lo expuesto, tratándose de una donación de óvulos, si bien es posible sostener que legalmente no se requiere que conste dicho consentimiento en documento alguno, en la especie, la *lex praxis* de la ciencia médica ha hecho constar tal consentimiento por escrito, con lo cual será posible indagar los archivos en que conste dicha formalidad, sin perjuicio de la existencia de los demás registros clínicos a partir de los cuales sea posible colegir una donación de gametos.¹⁵²

3.2.3. Plazo.

¹⁵¹ V. Reportaje en que se afirma que “para los casos en que la falta de gametos afecte a la mujer el camino puede ser más fácil. Y es que la donación de ovocitos se practica en Chile desde hace diez años. En el 2000 se realizaron 79 procedimientos de ovodonación, según el recién publicado Registro Chileno de Reproducción Asistida. Las donantes son mujeres jóvenes, menores de 35 años, que están siendo sometidas a un tratamiento de fecundación in vitro y que no tienen enfermedades como sida, hepatitis o diabetes. Ellas han sido estimuladas con hormonas para producir una gran cantidad de ovocitos. El promedio de células sexuales que se aspira es de 12, pero en cada intento se fertilizan y luego se implantan sólo tres o cuatro. Es el remanente de ovocitos de buena calidad el que es donado, en el caso que la pareja sometida a alguno de estos tratamientos voluntariamente así lo decida. Para hacerlo se firma un contrato que debe contar con el consentimiento de los dos. La donación es anónima y no es pagada. La mujer puede ser donante una sola vez y sus gametos se utilizan en una madre receptora. Los médicos hacen coincidir el biotipo biológico de la que da y la que recibe, para que el hijo nacido sea lo más parecido a sus padres”. SOLARI, Carola. Adoptar Desde el Vientre. [En línea]. Diario La Tercera. Revista de Mujer a Mujer. En Internet. 18 Mayo 2003. < <http://mujer.tercera.cl/2003/05/18/adoptar.htm> > [consulta: 12 Septiembre 2003]. En este mismo sentido, se expone que “los óvulos donados provienen de mujeres que están siendo sometidas a técnicas de FIV. Tras la estimulación hormonal, necesaria para que sus ovarios produzcan una cantidad de ovocitos suficientes para ser fertilizados in vitro, en muchas de estas pacientes el número de huevos extraídos es mayor que el requerido para lograr la cantidad de embriones -no más de tres- que luego serán transferidos a su útero. En estos casos, se pide la autorización, informada y por escrito, de ella y su pareja, para donar dicho remanente a quienes no cuentan con células reproductivas femeninas. La receptora y la donante no se conocen entre sí y, a su vez, la donante jamás sabrá si sus óvulos llegaron a procrear un nuevo ser”. MELGAREJO S. Ruth. Donación de Óvulos. Adoptar la Mitad de un Hijo. [En línea]. Revista Ercilla. En Internet. 29 Abril 2002. N°3.188. < <http://www.ercilla.cl/nanterior/n3188/ovulos.html> > [consulta: 10 Septiembre 2003]

¹⁵² En Chile, entre 1989 y 1995 se constituyeron más de 170 familias a través de adopción de espermios, y otras 52 por medio de la adopción de óvulos. Asimismo en el Hospital San-Borja Arriarán se realizan anualmente alrededor de 15 tratamientos de ovodonación. V. MELGAREJO S. Ruth. Donación de Óvulos. Adoptar la Mitad de un Hijo. [En línea]. Revista Ercilla. En Internet. 29 Abril 2002. N°3.188. < <http://www.ercilla.cl/nanterior/n3188/ovulos.html> > [consulta: 10 Septiembre 2003]. Cfr. Zegers quien manifiesta que “entre 1989 y 1995 nacieron en Chile 622 niños como resultado de procedimientos de reproducción asistida, incluyendo técnicas de donación de gametos”. ZEGERS HOCHSCHILD, Fernando. s.a. [en línea] < <http://www.uchile.cl/bioetica/doc/repasis.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

En atención a que el derecho a la identidad es un derecho inherente al ser humano, la acción judicial correlativa que surge de tal derecho será imprescriptible. En efecto, el derecho de identidad es un derecho intrínseco, esto es, que emana de la propia naturaleza humana, por lo que no puede ser limitado en su esencia de acuerdo al imperativo constitucional consagrado en el artículo 19, N°26, de nuestra Constitución Política del Estado de Chile. Así las cosas, y tratándose de un derecho humano, participa de todas las cualidades y características propias de tales derechos, dentro de las cuales se encuentra la imprescriptibilidad. Con todo, aún en el caso de que se estime que la acción judicial queda sometida a las reglas sobre prescripción de acciones judiciales consagradas en los artículos 2514 y siguientes del Código Civil, el plazo para ejercer la acción judicial sería de cinco años contados “desde que la obligación se haya hecho exigible”. La referida disposición implica que sea un hecho materia de prueba el acreditar el momento en que el actor tuvo conocimiento de su verdadero origen biológico, y desde aquél momento, comenzará a correr el plazo de prescripción. A mayor abundamiento, bien cabe considerar que tal conocimiento se manifiesta expresa y explícitamente al momento de deducir la acción judicial, lo que en definitiva y de todas maneras, significa una verdadera imprescriptibilidad de la acción.

3.2.4. Procedimiento y tribunal competente.

Conforme al artículo 3, del Código de Procedimiento Civil, y ante la inexistencia de Tribunales de Familia hasta la fecha, la causa deberá sustanciarse de acuerdo al procedimiento ordinario, toda vez que se trata de una actuación que no está sometida a una regla especial diversa. A mayor abundamiento, se tratará de un procedimiento declarativo, en que el Tribunal determinará o establecerá la procedencia o improcedencia de la acción de conocimiento del origen biológico, y en caso de acogerse, deberá ordenar la revelación de los antecedentes que disponga la entidad practicante del procedimiento reproductivo asistido, incluida la identidad del donante.

En relación al tribunal competente para conocer el asunto, y tratándose de una materia de índole constitucional y civil, el tribunal competente, conforme a las reglas generales, será aquél del domicilio del demandado, conforme lo dispone el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales.

3.2.5. La sentencia definitiva y sus efectos.

La sentencia definitiva que se dicte en autos, surtirá el efecto relativo de todo fallo dispuesto en el artículo 3, del Código Civil, esto es, que sólo tendrá fuerza obligatoria respecto de la causa en que actualmente se pronunciare. De esta manera, la sentencia definitiva tendrá un carácter declarativo, reconociendo el derecho de la persona concebida mediante técnicas de reproducción humana asistida para acceder y conocer los registros en que conste la identidad del donante.

En concreto, mediante el ejercicio de la tantas veces citada acción judicial, la persona concebida mediante técnicas de reproducción humana asistida, solamente podrá adquirir el conocimiento de su origen biológico, específicamente, la identidad y las

características del donante, mas ello no podrá devenir en efectos filiativos conforme a lo dispuesto en el artículo 182 del Código Civil.

A mayor abundamiento, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio dice relación con el derecho a la identidad, mas no con los efectos filiativos y patrimoniales que de tal conocimiento pudieren derivarse, toda vez que tales efectos son regulados específicamente por el artículo 182, del Código Civil, el cual, desde el punto de vista de la hermenéutica legal, prevalece frente a las normas generales que rigen la materia en atención al criterio de especialidad consagrado en el artículo 13, del Código Civil, y al elemento gramatical de interpretación legal consagrado en el artículo 19, del Código Civil.

153

¹⁵³ Al respecto, René Abeliuk manifiesta que “no cabe duda, que la disposición se aplica tanto al tercero que proporcionó los gametos como al hijo fruto de esta reproducción asistida. Que la solución puede ser criticable no cabe duda, pero ello no permite torcer su claro sentido...pretender que sólo son los padres y el tercero, pero no el hijo quienes están afectos a esta limitación, choca claramente con la disposición. Es cierto que el principio general es la libre investigación de la paternidad o maternidad, pero la norma especial es ésta, y ella prima, por cierto, sobre la regla general”. ABELIUK MANASEVICH, René. La Filiación y Sus Efectos. Vol. I. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2000. p.121.

CAPITULO IV. LAS ACCIONES DE FILIACION EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Habiéndose dilucidado favorablemente en la presente investigación la posibilidad de ejercer una acción judicial tendiente al esclarecimiento del origen biológico fundada en el derecho a la identidad de toda persona, cabe pronunciarse someramente entonces sobre la posibilidad de que, habido conocimiento de la identidad del donante, el menor concebido mediante algún procedimiento de reproducción humana asistida emprenda una acción de filiación tendiente a reclamar respecto del donante todos los efectos filiativos propios de tales acciones.

Tal como se ha enunciado sistemáticamente en la presente obra, concurriendo el criterio de especialidad en la materia, impera el artículo 182, del Código Civil, el cual 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”, añadiendo que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”, consagrando en definitiva una verdadera inexpugnabilidad del estado filiativo por parte de aquellas personas concebidas a partir de la aplicación de cualquier tipo de técnica de reproducción humana asistida, careciendo, por tanto, de la posibilidad de ejercer

cualquier tipo de acción de filiación.

En efecto, la disposición *in comento* fue recién incorporada por la Ley de Filiación N°19.585, por lo que es probable que se mantenga vigente, o a lo menos, sin modificación de ninguna índole, durante un prolongado tiempo, habida consideración de que aún en Chile, este tipo de técnicas de reproducción humana asistida son de reducida utilización. Ahora bien, los principios rectores que inspiraron a la citada Ley de Filiación, fueron ampliamente plasmados en sus diversos preceptos, con la excepción dispuesta, entre otros, por el artículo 182, del Código Civil.

En lo pertinente, mediante la disposición legal citada, varios tratadistas nacionales sostienen que se discrimina arbitrariamente a los hijos concebidos a partir de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida en relación a los menores concebidos de manera natural, por cuanto a éstos la ley les otorga la posibilidad de investigar la paternidad o maternidad en forma amplia, mientras que a aquéllos se las prohíbe, situación que vulneraría tanto la Constitución Política del Estado de Chile, como distintos Tratados Internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por nombrar algunos, todos los cuales abogan por la no discriminación por nacimiento.

154

En rigor, el establecimiento de tal discriminación arbitraria en razón de la manera en que han sido concebidas ciertas personas en relación con otras, podría dar lugar a que tales personas, una vez reestablecido el imperio de la igualdad ante la ley, puedan ejercer las correspondientes acciones de filiación. Cabe agregar que la discusión de fondo del asunto estriba en la pugna entre diversos derechos

¹⁵⁴ En este sentido, Hernán CORRAL TALCIANI expresa que “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 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”. CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N°19.585. Documento de Trabajo N°25. Op.Cit. p.64. Una opinión similar esboza, COURT, quien manifiesta que el inciso 2° del art. 182 del Código Civil “podría considerarse contraria a la Constitución Política y, claramente, a tratados internacionales que establecen *el derecho del hijo a investigar la paternidad o maternidad*”. COURT MURASSO, Eduardo. Nueva Ley de Filiación. Santiago. Chile. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 1999. p.103. Asimismo, Peñailillo sostiene que “ante aquel impedimento de impugnar, el que se considera verdadero padre y, sobre todo, el hijo, podrían pretender que ese precepto es inaplicable por inconstitucional (citando el art. 1° de la Constitución) o contraria a alguno de los Tratados internacionales” citando a este respecto “al art.7 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que dispone el derecho, en la medida de lo posible, a reconocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Las Categorías de Filiación y la Investigación de la Paternidad. En: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, RAMOS PAZOS, René, TRONCOSO LARRONDE, Hernán, ET AL. Modificaciones Al Código Civil En Materia de Filiación y Sucesión por Causa de Muerte. Ley N°19.585. Op. Cit. p.30.

fundamentales, a saber, por una parte el derecho a la identidad cuya razón de ser a mi juicio se encuentra en el artículo 1, inciso 1, de nuestra Constitución Política, en relación también con el principio de servicialidad del Estado consagrado en el artículo 1, inciso 4, de la citada norma fundamental, y por la otra, el deber del Estado de brindarle la debida protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, lo cual se contempla en el artículo 1, incisos 2, y 5, de la Constitución Política. En este debate de índole constitucional será fundamental el concepto de familia y de filiación que se invoque, toda vez que en la materia, la atribución de paternidad y de la maternidad se basa en los principios de voluntariedad y de responsabilidad respecto de aquellas personas que se hayan sometido a la práctica de estas técnicas de reproducción humana asistida con intervención de un tercero en su calidad de donante.

Así pues, y de conformidad con la actual legislación, determinada la filiación conforme a la ley del ramo, y habido conocimiento de su verdad biológica, el menor no podría impugnar o reclamar una filiación distinta.

Con todo, bien cabe analizar los mecanismos jurisdiccionales mediante los cuales se pudiera plantear en la práctica forense esta controversia jurídica, de manera tal que, en el caso de que nuestra jurisprudencia corrija esta supuesta discriminación arbitraria, las personas concebidas mediante las distintas técnicas de reproducción humana asistida podrían ejercer las consiguientes acciones de filiación.

4.1. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley.

Una persona concebida mediante la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida de carácter heterólogo podría entablar una acción de filiación en contra del supuesto donante en conformidad con el artículo 208 del Código Civil. Acto seguido, el juez deberá darle curso a la demanda si en ella se presentan antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda.

Así las cosas, encontrándose pendiente la resolución del asunto, se podría deducir un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley con el objeto de impedir la aplicación del artículo 182 del Código Civil en el caso concreto. En estas circunstancias, la controversia jurídica discurrirá sobre la base de establecer la inconstitucionalidad del artículo 182 del Código Civil, específicamente en lo tocante a la imposibilidad del ejercicio de las acciones de filiación por parte de los concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, fundado en que ello importa una discriminación arbitraria en base a la forma en que han sido concebidos, y que se manifiesta o concreta a partir del momento mismo de su nacimiento.

Desde un punto de vista formal, y a propósito de que es el inciso 2º, del artículo

182, del Código Civil aquél que eventualmente podría ser considerado como agravante para los intereses del concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, nuestra jurisprudencia ha sido conteste en señalar que no procede este recurso extraordinario respecto de un pasaje, frase o parte de una disposición legal, sino que por el contrario, el precepto legal en cuestión debe ser íntegramente inconstitucional.¹⁵⁵

Ahora bien, tratándose del fondo del asunto, podría afirmarse que el artículo 182, del Código Civil, eventualmente vulnera los artículos 1, incisos 1, y 4, 19 N°1, y 19 N°2, de la Constitución Política del Estado de 1980, al considerarlo que atenta contra la dignidad y los derechos de las personas y a la integridad psíquica del afectado, toda vez que el Estado a través de su normativa interna, le impide el efectivo acceso a su verdad biológica, lo cual cercena su identidad personal, impidiéndole de tal manera su mayor realización espiritual posible, vulnerándose asimismo la igualdad ante la ley al establecerse grupos o personas privilegiadas que pueden ejercer libremente las acciones de filiación, en relación con aquellos imposibilitados de ejercer las mismas, todo lo cual importa en definitiva, según cierta doctrina nacional, una discriminación arbitraria.

Con todo, cabe argumentar que lo que nuestra Constitución Política de 1980 impide son las denominadas “*diferencias arbitrarias*”, esto es, aquellas discriminaciones carentes de razonabilidad o fruto del capricho o la sinrazón.¹⁵⁶

A mi juicio, esta supuesta discriminación arbitraria del artículo 182, del Código Civil, no es tal, toda vez que nuestra Constitución Política de 1980 permite el establecimiento de “*diferencias*”, bajo la condición de que se funden en criterios de carácter objetivo y razonable para que no sean tildadas de arbitrarias. Cabe agregar, que la tarea argumentativa para sostener la licitud de la norma, recaerá en

¹⁵⁵ BULNES ALDUNATE, Luz. El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980. Apuntes de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. Chile. 1982. pp.18 y 19.

¹⁵⁶ Nuestra Excm. Corte Suprema ha resuelto que “por diferencia arbitraria debe entenderse toda diferencia o distinción realizada por el legislador que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; que no tenga justificación racional o razonable” (Recurso de Inaplicabilidad, Causa Rol 16.227, del 12 de Julio de 1991, Mardones Mora, Pedro Antonio). En otra ocasión falló de la siguiente forma: “Primero: que con la igualdad se quiere acentuar la importancia de que ninguna autoridad imponga requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias. Segundo: Lo que se pretende con el derecho a la igualdad, es que ante el derecho todas las personas tengan en razón de su situación de raza, sexo, estirpe, condición u otras, un mismo trato. Tercero: Que así entendido este derecho resulta fácil decir que las normas contenidas en los artículos..., no son inconstitucionales porque los indígenas, en los casos señalados en estos preceptos, tienen el mismo trato y se encuentran en iguales condiciones con los integrantes de la corporación...pues es evidente que la dictación de éstas tuvo como único propósito la protección de ciertas categorías de personas para resguardar su debilidad social, cultural y económica, frente a otros estamentos de la sociedad chilena que no se encuentran en las mismas condiciones” (Recurso de Inaplicabilidad, Causa Rol 17.058, del 25 de Enero de 1993, Corporación Metodista). Citados por GOMEZ BERNALES, Gastón Alfonso. El Recurso de Inaplicabilidad, La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso. Informes de Investigación del Centro de Investigación. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. s. edit. 1999. Año 1 (4). p.25 y 26.

la razonabilidad y objetividad de los distintos criterios de distinción adoptados para el caso en cuestión.¹⁵⁷

Conforme con lo expuesto, habrá que dilucidar si las diferencias en la materia, y que recoge el artículo 182, del Código Civil, se fundan en criterios cuyo fundamento sean lo suficientemente razonables y objetivos como para sostener una simple desigualdad que carece de inconstitucionalidad, y por ende, tal disposición legal se concilie plenamente con el principio de igualdad.

En esta materia, han primado los principios de responsabilidad y voluntariedad por sobre el principio de la verdad biológica respecto de aquellas personas que se han sometido a la práctica de alguna técnica de reproducción humana asistida, habida consideración de que la inexpugnabilidad del estado filiativo por parte del concebido se funda asimismo en otros valores y principios tales como el orden y la estabilidad familiar, la paz social y la seguridad y certeza jurídica en las relaciones familiares, todos los cuales son suficientemente razonables y de manifiesta entidad como para establecer determinadas diferencias en relación a las demás personas concebidas de manera natural.

En este evento, así como en el caso de la posesión notoria de la calidad de hijo, el supuesto de hecho para regular jurídicamente esta situación, es absolutamente disímil a aquella situación de facto que enfrentan las personas concebidas de manera natural, toda vez que aquéllos intervinientes en la práctica de estas técnicas *ex ante* prestan su consentimiento libre, voluntario y espontáneo, de manera tal que constando ello en forma explícita y fehaciente, constituirá la base

¹⁵⁷ La Excm. Corte Suprema resolvió que “el artículo 19 Número 2 de la Constitución Política no garantiza una igualdad absoluta, pues se acepta que haya discriminaciones con tal de que no sean arbitrarias, y en las actas quedó establecido que era un tratamiento igualitario aquel que no diferenciaba...” recurriendo a la definición de arbitrario “según la Real Academia, esto es, el acto de proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”. (Recurso de Inaplicabilidad, Causa Rol 30.114 del 04 de Junio de 1994, Espinoza Bravo, Pedro), citado por GOMEZ BERNALES, Gastón Alfonso. El Recurso de Inaplicabilidad, La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso. Op. Cit. p.27. Por otra parte, cabe consignar la jurisprudencia sistemática y uniforme que sobre la materia en cuestión ha emanado del Tribunal Constitucional. En Causa Rol N°53, con fecha 5 de Abril de 1988, sostuvo que “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. “No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición...(Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Tomo 4°, pag.263)”. LARRAIN CRUZ, Rafael. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23-XII-1985 y el 23-VI-1992. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1993. p.144. Esta jurisprudencia se ha reiterado en Causa Rol N°203, de fecha 6 de Diciembre del año 1994, y en Causa Rol 219, de fecha 31 de Julio del año 1995, en la que además agrega que “la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias, y es por ello que este Tribunal en la misma sentencia hizo suyas otras expresiones del mismo tratadista Linares Quintana sobre este punto, señalando que: “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”....”. LARRAIN CRUZ, Rafael. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16-VII-1992 y el 22-I-1996. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1996. p.377.

para asumir voluntaria y responsablemente todos los efectos filiativos respecto del concebido, por lo que posteriormente no podrán retrotraer el estado de las cosas en razón de que están imposibilitados de dirigirse en contra de sus propios actos.

En esta obra ha quedado palmariamente acreditado que conforme a la actual legislación nacional resulta procedente impetrar una acción judicial tendiente a la averiguación del origen biológico, por lo que la eventual afectación al derecho a la identidad y al desarrollo de la personalidad junto con la integridad psíquica del interesado, de modo alguno serán agraviados o cercenados mediante la eventual aplicación al caso *sub lite* del citado artículo 182, del Código Civil.

Por otra parte, mediante el ejercicio de alguna acción de filiación por parte del concebido, el donante vería afectada su vida privada, su intimidad personal y familiar, bienes jurídicos protegidos por nuestra Constitución Política, y que a su vez también merecen ser salvaguardados en pos del orden familiar y la certeza en las relaciones paterno filiales.

4.2. Corte Interamericana de Justicia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos permite que cualquier particular denuncie a un Estado parte de la Convención por haber conculcado sus derechos amparados por la referida Convención ante el órgano competente creado para estos efectos, esto es, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función fundamental consiste en investigar los hechos denunciados, y habiendo mérito para ello, someterlo a la decisión de la Corte Interamericana de Justicia, quien en única instancia, decidirá en definitiva si hubo infracción a algún derecho o libertad protegido por la Convención. En el evento de acogerse la denuncia, la Corte ordenará que se reparen las consecuencias de la medida o situación que constituyó la vulneración de los derechos involucrados, y el eventual pago de indemnizaciones por parte del Estado infractor.

En el caso en cuestión, habiéndose rechazado por la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley interpuesto en contra del artículo 182 del Código Civil, el juez *a quo* aplicará el referido artículo al caso *sub iudice*, por lo cual, una vez recaída sentencia de término en la causa, y agotados los recursos internos, cabe la posibilidad de recurrir dentro del plazo de seis meses contados desde que se le notifique la decisión definitiva al afectado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fundado en que el Estado de Chile, quien es parte de la citada Convención, mediante el Poder Legislativo, por una parte, y por la otra, mediante el Poder Judicial, ha consolidado una discriminación arbitraria que vulnera diversas disposiciones de la Convención, al impedirle el ejercicio de las acciones de filiación a un determinado grupo de personas.¹⁵⁸

El Estado de Chile deberá fundar su defensa en el hecho de la inexistencia de

¹⁵⁸ Para ver las disposiciones de la Convención vulneradas por el Estado de Chile, *Vid. supra.*, Cap. I, p. 10 ss.

discriminaciones arbitrarias, toda vez que el motivo de la inclusión del artículo 182, del Código Civil, en nuestro ordenamiento jurídico, como he enunciado a lo largo de esta obra, obedece a criterios de razonabilidad y objetividad que la justifican plena y suficientemente, habida consideración de que el ejercicio de las acciones de filiación importará asimismo, vulnerar los derechos a la vida privada y a la intimidad del donante, aspectos consagrados en el artículo 11, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CONCLUSIÓN

La presente tesis ha establecido la procedencia del derecho a la identidad de toda persona conforme a nuestra Constitución Política del Estado, y a diversos Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en nuestro país.

En efecto, el derecho a la identidad constituirá el fundamento inmediato de la acción judicial tendiente al esclarecimiento del origen biológico, social y cultural de aquellas personas concebidas mediante técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, lo cual posibilitará que aquéllas alcancen su mayor realización psíquica, espiritual, y social, interés cierto y legítimo amparado tanto por nuestro ordenamiento constitucional, como por el ordenamiento jurídico internacional.

Asimismo, la posibilidad de indagar el origen biológico encuentra su fundamento mediato en otros derechos fundamentales tales como la libertad, la igualdad y la dignidad de todo ser humano, lo cual evidentemente le otorga una consistencia jurídica indubitada a la acción judicial impetrada por el interesado, cuyo legítimo contradictor será aquel organismo en cuyas dependencias o archivos consten antecedentes que permitan establecer la identidad del donante.

Cabe destacar que la actual tendencia legislativa mundial en la materia, apunta a la revelación de la identidad del donante al menor concebido mediante técnicas de índole heterólogas, sin perjuicio de la imposibilidad de impetrar acciones filiativas propiamente tales en contra del referido donante. En la especie, esta acción judicial excede el ámbito del clásico derecho de familia, toda vez que se encuentra arraigada en el campo constitucional, constituyendo entonces, un derecho fundamental de las personas el instar

por el establecimiento de su raíz biológica, y cuyos efectos prácticos, en definitiva, deberán dilucidarse caso a caso.

En el caso que se haya revelado y acreditado la identidad del donante, el actor tendrá certeza de su origen biológico, sin perjuicio de que las consecuencias jurídicas de tal conocimiento se encuentran delimitadas por la propia legislación civil sobre la materia. En mi opinión, la imposibilidad del concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida de carácter heterólogo para ejercer las acciones de filiación a partir del conocimiento pleno y certero de su origen biológico, se basa en que el artículo 182, inciso 2, del Código Civil expresa y específicamente consagra la imposibilidad del ejercicio de las acciones de filiación por parte de aquéllos que se hayan sometido a estas técnicas. Así pues, tal disposición no sólo se hace extensiva tanto a los padres del menor como al donante, tal cual queda de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, sino que también alcanza al menor concebido mediante cualquier técnica de reproducción humana. En consecuencia, la filiación del menor concebido de aquélla manera, queda establecida por una regla especial que regula la materia, cual es, el inciso 1, del artículo 182, del Código Civil, cuyo inciso siguiente regula las consecuencias filiativas de tal determinación, estableciendo la imposibilidad de ejercer las acciones de filiación sin distinción alguno, por lo cual, resulta plenamente aplicable el aforismo jurídico que reza que siendo claras las palabras de la ley, no le es lícito al intérprete distinguir.

A mayor abundamiento, y siguiendo el criterio de especialidad consagrado en nuestra legislación, esta disposición legal prevalece sobre las reglas generales que en materia de filiación se contemplan en lo pertinente, y de modo alguno constituye una discriminación arbitraria respecto del menor concebido de esta manera, toda vez que conforme a nuestra Constitución Política tal discriminación debe revestir el carácter de arbitraria, esto es, fruto del capricho o de la sin razón, cuyo no es el caso en atención a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en que el legislador histórico justificó su inclusión en el orden jurídico civil en base a criterios de razonabilidad tales como, la estabilidad de la familia, la certeza en las relaciones familiares, y la seguridad jurídica, de suerte tal que no se vulnera la igualdad ante la ley, por cuanto el tratamiento dado a los menores concebidos de manera artificial es igualitario, sin concesión de privilegios entre unos u otros, habida consideración de que se trata de una regulación legal específica que gobierna a un grupo de personas que se encuentra en la misma situación jurídica.

A mi parecer, la eventual discriminación arbitraria podría darse en el impedimento, sea legal o judicial, de que el menor indague sus raíces biológicas, por cuanto ello vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la identidad de toda persona. Cabe sostener que la ley sólo impide el ejercicio de las acciones de filiación, en consecuencia, ante el silencio de la misma, se deberá recurrir a los principios generales del derecho, al espíritu general de la legislación, y a la analogía, como fuentes integradoras del sistema jurídico nacional, para concluir que la interposición de una acción judicial tendiente al esclarecimiento del origen biológico es absolutamente procedente conforme a nuestra actual legislación.

Sin perjuicio de que en esta investigación se ha establecido la procedencia y consistencia jurídica de la correlativa acción de conocimiento del origen biológico, bien cabe consignar que en nuestro país las técnicas de reproducción humana asistida se han

desarrollado al amparo de los códigos de conducta propios de los centros médicos en cuyas dependencias se practican, lo cual constituye a mi juicio, una incertidumbre e inseguridad en cuanto a los efectos jurídicos de tales procedimientos, habida consideración de que la Directiva Ministerial 1072 de 1985 del Ministerio de Salud sólo incumbe a las entidades públicas.

En este orden de cosas, el Estado y sus órganos, específicamente, el Poder Legislativo, deberían adoptar todas aquellas medidas tendientes a brindar una adecuada, efectiva y oportuna tutela de los derechos esenciales involucrados en la materia en cuestión, situación que entre otras cosas, debiera manifestarse en una legislación que apunte al establecimiento de una acción, sea en sede administrativa o en sede jurisdiccional, que posibilite a las personas concebidas mediante técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, una vez alcanzada la mayoría de edad, acceder a los archivos en que conste la identidad del donante.

A mayor abundamiento, una legislación sobre la temática en cuestión deberá propender al establecimiento de una entidad que apruebe, controle y fiscalice la práctica adecuada de las distintas técnicas de reproducción humana asistida, y a la cual, en definitiva, se le deberán remitir todos los antecedentes y registros en los cuales consten tales procedimientos. En este tipo de procedimientos, el donante deberá ser informado de los alcances de su acto, en especial, de la posibilidad de que el menor concebido conozca su identidad, para lo cual deberá exigirse su consentimiento escrito en tal sentido. En tales circunstancias, se logrará conciliar debidamente los distintos intereses involucrados en la materia, habida consideración de que ello importará una armonía social en base al imperio de la verdad personal.

BIBLIOGRAFIA

- ABELIUK MANASEVICH, René. La Filiación y Sus Efectos. Vol I. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2000.
- ANDORNO, Roberto. El Derecho frente a La Procreación Artificial. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1997
- APARISI MIRALLES, Angela. El Permisivismo ante la FIV: A) La Visión Angloamericana. En: BALLESTEROS, Jesús, (Ed.). La Humanidad In Vitro. Editorial Comares. Granada. España. 2002.
- ARIANNA, Carlos Alberto. La Construcción de la Identidad en el Niño Desde el Punto de Vista Social y su Regulación Jurídica. En:PIERINI, Alicia, SAMAJA, Juan. El Derecho a la Identidad. Los Avances Científicos. La Regulación Jurídica y los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849). Editorial Universitaria. Buenos Aires. Argentina. 1993.
- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. La Filiación Inducida y las Clasificaciones Legales. En: II CONGRESO MUNDIAL Vasco.La Filiación A Finales Del Siglo XX. Problemática Planteada Por Los Avances Científicos En Materia De Reproducción Humana. 28 de Septiembre al 2 de Octubre de 1987. Vitoria-Gasteiz. España. Gobierno del País Vasco. Editorial Trivium. Madrid. España. 1988.
- BERSTEIN KATZ, Ricardo. Las Acciones de Filiación en el Código Civil Chileno. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Seminarios y Congresos. Lom Ediciones. Santiago.

Chile. 1999.

BISCARO, Beatriz. Fecundación Asistida: Algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad en el marco normativo vigente. En: ABELENDAS, César Augusto, LOPEZ CABANA, Roberto, ALTERINI, Atilio Aníbal (Directores). La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1995.

BOSSERT, Gustavo. Problemas Jurídicos Que Se Abren A Partir De Los Avances Científicos En Materia De Procreación. En: PIERINI, Alicia, SAMAJA, Juan. El Derecho a la Identidad. Los Avances Científicos. La Regulación Jurídica y los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849). Editorial Universitaria. Buenos Aires. Argentina. 1993.

BRINSEK, María del Rosario. La Identidad Personal y su Protección Jurídica. En: XVI JORNADAS NACIONALES de Derecho Civil. Comisión N°1. Parte General: Identidad Personal. 25-27 de Septiembre de 1997. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Jurídicas. pp. s.p.

BUERGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Cecilia, NIKKEN, Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Caracas. Venezuela. San José. Costa Rica. 1990.

BULNES ALDUNATE, Luz. El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980. Apuntes de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. Chile. 1982.

CABRERA, Delma B., y CODEGLIA, Luis. Responsabilidad Por Violación Del Derecho A La Identidad. En: ABELENDAS, César Augusto, LOPEZ CABANA, Roberto, ALTERINI, Atilio Aníbal (Directores). La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1995.

CARCABA FERNÁNDEZ, María. Problemas Jurídicos Planteados Por Las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1995.

CEA EGAÑA, José Luis. El Sistema Constitucional de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral. Valdivia. Chile. 1999.

CERUTTI, María. Identidad Personal: contenido esencial y protección jurídica. En: XVI JORNADAS NACIONALES de Derecho Civil. Comisión N°1. Parte General: Identidad Personal. 25-27 de Septiembre de 1997. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Jurídicas. pp. s.p.

CRESPO, María. El Niño Como Sujeto De Derecho. El Interés Superior del Niño en las Distintas Instituciones Jurídicas. En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N°2. Protección Integral de los Derechos del Niño. 20-24 de Septiembre de 1998. Mendoza. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho. Gobierno de Mendoza. Libro de Ponencias. Editorial Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional

- de Cuyo. Mendoza. Argentina. p.102.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia y Derecho. Editorial Universidad de los Andes. Santiago. Chile. 1994.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia y Procreación Artificial. Perspectivas para una legislación en Chile. Charla dictada el 4 de Mayo de 1995. Folleto 341. Colegio de Abogados. Santiago. Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley N°19.585. Documento de Trabajo N°25. Universidad de los Andes. Santiago. Chile. 1998.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. Adopción y Filiación Adoptiva. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2002.
- COURT MURASSO, Eduardo. Nueva Ley de Filiación. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 1999.
- DIEZ-PICAZO, Luis, GULLON BALLESTEROS, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Sexta Edición. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1984.
- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. La Filiación De Los Nacidos Con Ayuda De Las Nuevas Técnicas De Procreación Artificial Humana. Revista de Derecho Privado. Madrid. España. Junio 1988:539 – 551.
- DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1988.
- DULITZKY, Ariel. Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Latinoamericano. En: BUERGENTHAL, Thomas, CANCADO TRINDADE, Antonio. Estudios Especializados de Derechos Humanos. I Edición. Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 1996.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1995.
- FABREGA RUIZ, Cristóbal. Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida. Editorial Comares. Granada. España. 1999.
- FEMENIA LOPEZ, Pedro. *Status* Jurídico del Embrión Humano, Con Especial Consideración Al Concebido In Vitro. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. España. 1999.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho A La Identidad Personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1992.
- FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo. 1995. Persona, Pareja y Familia. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1995.
- FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Derecho de Familia. Vol. VI. Editorial Universo. Santiago. Chile. 1959.
- GARCIA MENDEZ, Emilio, y BELOFF, Mary. Infancia, Ley, y Democracia en América Latina. Editorial Temis-De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1998.
- GARRIDO MELERO, Martín. Derecho de Familia. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. España. 1994.
- GONZALEZ, Carmen. El Interés Superior del Menor desde la Perspectiva del Derecho

- Internacional Privado. En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N°2. Protección Integral de los Derechos del Niño. 20-24 de Septiembre de 1998. Mendoza. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho. Gobierno de Mendoza, Libro de Ponencias. Editorial Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. 1998.
- GONZALEZ MORAN, Luis. Aspectos Jurídicos de la Procreación Asistida. En: GAFO, Javier (Ed.). Procreación Humana Asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales. Madrid. España. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. España. 1998.
- GOMEZ BERNALES, Gastón Alfonso. El Recurso de Inaplicabilidad, La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso. Informes de Investigación del Centro de Investigación. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. s. edit. 1999. Año 1 (4):16-20.
- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, 1993. La Fecundación In Vitro y La Filiación. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1993.
- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Aspectos Que Debe Contemplar Una Ley Que Regule Las Técnicas De Fecundación Asistida, En Relación Con La Pareja Usuaria. En: PEREZ LEVETZOW, Enrique, ET AL (Colaboradores). Instituciones Modernas de Derecho Civil, Homenaje al Profesor Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 1996.
- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Determinación de la Filiación y Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Seminarios y Congresos. Lom Ediciones. Santiago. Chile. 1999.
- GOMEZ VILA, Marcela. Biojurídica. Editorial Lerner. Madrid. España. 1989.
- GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal. Procreación Asistida, Un Análisis a la Luz de la Legislación Chilena. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 1997.
- GÜIRALDES, Miguel. Problemas Judiciales Y Procesales En Relación Al Derecho A La Identidad Y La Aplicación De La Convención De Los Derechos Del Niño. En: PIERINI, Alicia, SAMAJA, Juan. El Derecho a la Identidad. Los Avances Científicos. La Regulación Jurídica y los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849). Editorial Universitaria. Buenos Aires. Argentina. 1993.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La Filiación En La Fecundación Asistida: Consecuencias Jurídicas En Torno A La Misma. En: BARBERO SANTOS, Marino, MARTÍN-MUMCIO AGUADO, Angel, (Eds.). Ingeniería Genética y Reproducción Asistida. Editorial Benzal. Madrid. España. 1989.
- HERRERA CAMPOS, Ramón. La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal en España. Editorial Universidad de Granada. Granada. España. 1991.
- HOOFT, Pedro Federico. Bioética y Derechos Humanos: Temas y Casos. Ediciones De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael. Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía

- Jurídica. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1998.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Lineamientos del Régimen de la Filiación Biológica en Argentina y en la Reciente Reforma al Código Civil Chileno. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Seminarios y Congresos. Lom Ediciones. Santiago. Chile. 1999.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos del Derecho Civil. Derecho de Familia. Vol IV. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1984.
- LARRAIN CRUZ, Rafael. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23-XII-1985 y el 23-VI-1992. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1993.
- LARRAIN CRUZ, Rafael. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16-VII-1992 y el 22-I-1996. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1996.
- LLEDO YAGÜE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1988.
- LLOVERAS, Nora. La Identidad Personal: Lo Dinámico y lo Estático en los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998. N°13:65 – 84.
- LOPEZ RIVERA, Gissella. Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales. Editorial Conosur. Santiago. Chile. 2001.
- LOPEZ y LOPEZ, Angel, MONTES PENADES, Vicente, ROCA I TRIAS, Encarna. Derecho de Familia. 3ª Edición. Editorial Tirant Lo Blanch Libros. Valencia. España. 1997.
- LOYARTE, Dolores, ROTONDA, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1995.
- MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. Editorial Central de Artes Gráficas. Madrid. España. 1989.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. Constitución, Tratados y Derechos Esenciales. Ediciones Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago. Chile. 1994.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, MERA FIGUEROA, Jorge. El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos. Revista Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. 1996. N°6:27 – 84.
- MENDOZA, Elena. El Derecho a la Identidad. Artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1996. N°10:54 – 73.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. Responsabilidad Derivada De La Biotecnología. En: ABELENDA, César Augusto, LOPEZ CABANA, Roberto, ALTERINI, Atilio Aníbal (Directores). La Responsabilidad: Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1995.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. Bioderecho. Editorial Abeledo-Perrot.

Buenos Aires. Argentina. 1998.

MOHOR ABUAUAD, Salvador. Elementos De Juicio Para La Interpretación Del Artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980. La Revista de Derecho: Derecho, Sociedad, Cultura. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. Chile. 1992. Año V. N°1:227 – 253.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, FIAMMA OLIVARES, Gustavo. La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. Chile. 1994. N°55/56:115 – 126.

MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y La Fecundación In Vitro. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1988.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Bases de la Institucionalidad. En: VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Derecho Constitucional. Vol I. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 1994.

PEÑA GONZALEZ, Carlos. El Derecho Civil En Su Relación Con El Derecho Internacional De Derechos Humanos. Revista Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. 1996. N°6:545 – 659.

PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Las Categorías de Filiación y la Investigación de la Paternidad. En: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, RAMOS PAZOS, René, TRONCOSO LARRONDE, Hernán, ET AL. Modificaciones Al Código Civil En Materia de Filiación y Sucesión por Causa de Muerte. Ley N°19.585. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Concepción. Chile. 1999.

PETTIAGIANI, Eduardo. El Interés Superior del Menor ¿Es Superior a Todo Otro Interés?. En: X CONGRESO INTERNACIONAL de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas. Comisión N°2. Protección Integral de los Derechos del Niño. 20-24 de Septiembre de 1998. Mendoza. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho y el Gobierno de Mendoza. Libro de Ponencias. Editorial Talleres Gráficos de la Dirección de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. 1998.

PINOCHET ELORZA, César. Eficacia De La Elevación A Rango Constitucional De Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos. Revista Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago. Chile. 1990. N°13:9 – 18.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Código De Leyes Sobre Genética. Editorial Universidad de Deusto y Fundación BBV Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. España. 1997.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial Y La Experimentación Genética Ante El Derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1990.

SOTO SILVA, Rodrigo. Informe sobre el Tratamiento del Embrión Humano en la Jurisprudencia Constitucional Española. Revista IUS et PRAXIS. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Talca. Chile. 2001. Año 7.

N°2:285 – 316.

- TURNER SAELZER, Susan. El Derecho A La Identidad Como Derivación Constitucional. Análisis de la jurisprudencia constitucional alemana. En: FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos (Coordinador). La Constitucionalización del Derecho Chileno. Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2003.
- VEGA GUTIERREZ, María Luisa, VEGA GUTIERREZ Javier, MARTINEZ BAZA, Pelegrín. Reproducción Asistida en la Comunidad Europea: Legislación y Aspectos Bioéticos. Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. Valladolid. España. 1993.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina. Principios Fundamentales que Inspiran el Nuevo Estatuto de Filiación. En: El Nuevo Estatuto De Filiación En El Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Seminarios y Congresos. Lom Ediciones. Santiago. Chile. 1999.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina. Principios Fundamentales Del Nuevo Estatuto de Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia, VELOSO VALENZUELA, Paulina. La Filiación En El Nuevo Derecho de Familia. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 2001.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina. Sobre La Determinación De La Filiación. En: SCHMIDT HOTT, Claudia, VELOSO VALENZUELA, Paulina. La Filiación En El Nuevo Derecho de Familia. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. Chile. 2001
- VERRUNO, Luis, HAAS, Emilio, RAIMONDI, Eduardo, BARBIERI, Ana. Banco Genético y el Derecho a la Identidad. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1988.
- VIDAL MARTINEZ, Jaime. Derechos Inherentes en la Reproducción Asistida. En: BALLESTEROS, Jesús (Ed.). La Humanidad In Vitro. Editorial Comares. Granada. España. 2002.
- WAGMAISTER, Adriana. Maternidad Subrogada. Derechos del Niño. En: LORENZETTI, Ricardo Luis, WEINGARTEN, Celia, GHERSI, Carlos A. (Directores). Daños. Medio Ambiente-Salud-Familia-Derechos Humanos. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- ZANNONI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina: Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1978.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1988.

HEMEROGRAFICAS

- AYLWIN AZOCAR, Patricio. Mensaje de S.E. el Presidente de la República que Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación. Diario de

- Sesiones de los Diputados. Agosto. 1993. p.2481 ss.
- CARIOLA BARROILHET, Marco, STANGE OELCKERS, Rodolfo, ET AL. Debate en Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Diciembre. 1998. p.1385 ss.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Existe igualdad en la Ley 19.585?. Diario El Mercurio. Editorial. Santiago. Chile. 28 Julio 1998. A 2.
- DIEZ URZUA, Sergio. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2341.
- DIEZ URZUA, Sergio. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1998. p.2045.
- DUJOVE, Simón, VANTMAN, David. Representantes de la Sociedad Chilena de Fertilidad. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. p.6901.
- FELIU SEGOVIA, Olga. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. pp.2374 - 2375.
- KOTTOW LANG, Miguel. Exposición ante la Comisión de Salud del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. pp.6897 - 6898.
- LARRAIN FERNÁNDEZ, Hernán. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2365.
- LECAROS ZEGERS, Raúl, ET AL. Fecundación Asistida. Declaración Pública. Diario El Mercurio. Nacional. Santiago. Chile. 6 Mayo 1998. C 6.
- MATURANA, Adriana, AVENDAÑO, Alfredo, CASTRO, René, DAZZAROLA, Patricio, ORELLANA, Marcial. Representantes del Ministerio de Salud. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. p.6892.
- MUÑOZ R. Carmen Luz. Cómo Enfrentar la Infertilidad. Tiempos del Mundo. Actualidad. Santiago. Chile. 7 Octubre 1999. A4.
- OMINAMI PASCUAL, Carlos. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2360.
- RUIZ-ESQUIDE JARA, Mariano. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. p.2346.
- SULE CANDIA, Anselmo. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1996. pp.2371 – 2372.
- VIERA GALLO QUESNEY, José Antonio. Discusión Parlamentaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1998. p.2043.
- ZEGERS HOCHSCHILD, Fernando. En Chile No Se Puede Dar Esperma. Diario El Mercurio. Actualidad. Santiago. Chile. 24 Enero 2004. A 25.
- ZEGERS HOCHSCHILD, Fernando. Exposición ante la Comisión de Salud del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996. p.6895.
- Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Noviembre. 1997. p.1798.
- Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones del Senado. Julio. 1998. p.1523.

Informe Complementario Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Diario de Sesiones del Senado. Julio. 1998. p.1526.

Acta de la 18° Sesión. Legislatura 338ª Ordinaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto. 1998. p.2042 ss.

ELECTRONICAS

BLEIKLIE Ivar A. Legislation for Protection: Why Norway designed restrictive policies in the field of ART's. En: JOINT SESSION Workshop, The Politics of Biomedicine: Explaining and Evaluating Policy Design. European Consortium For Political Research. En Internet. Desde el 22 al 27 de Marzo 2002. Torino.Italia.[en línea] <http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/turin/ws18/Bleiklie.pdf> [consulta: 24 Octubre 2003].

BRUCITA, Diana Lidia, ET AL. Derecho a la identidad. Daños causados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op20.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

CENTROS de Medicina Reproductiva. [en línea]. < <http://www.infertilidad.cl/dondeir01.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

COMMISSION On Assisted Human Reproduction. [en línea]. < <http://www.cahr.ie/> > [consulta: 10 Noviembre 2003].

CONDE, María Victoria, ET AL. Daños derivados de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op42.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

CORDOBA, Marcos Mauricio, ET AL. Daños derivados de las nuevas tecnologías de reproducción humana asistida. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op38.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

CORDOVA, Jimena. Adopción de Espermios. [en línea]. Diario La Tercera. Revista de Mujer a Mujer. En Internet. 23 Marzo 2003. < <http://mujer.tercera.cl/2002/03/23/espermios1.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

COSTA RICA. Fallo Corte Suprema de Justicia de Costa Rica [en línea] < <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/AcercaFIVETCRica.html> > [consulta: 10

- Octubre 2003].
- DEPARTMENT of Health. [en línea]. < <http://www.doh.gov.uk/gametodonors/gametedonorconsult.pdf> > [consulta: 10 Octubre 2003].
- DI PIETRO, Maria Luisa ET AL. s.a. Il Dibattito Parlamentare Sulla "Procreazione Medicalmente Assistita". Medicina e Morale. [en línea] <http://www.bioeticaweb.com/Comentarios_juridicos/casini_di_pietro_fivet.pdf> [consulta: 22 Octubre 2003].
- ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Constitucional. STC 116/1999 del 17 de Junio de 1999. Publicada en el BOE el 08 de Julio de 1999. [en línea] < <http://www.bioderecho.cl/Descargas/jurisprudencia/STC116-1999.doc> > [consulta: 10 Octubre 2003].
- HUMAN Fertilisation and Embryology Authority. Response to the Department of Health's Consultation On 'Donor Information: Providing Information About Sperm, Egg, And Embryo Donors'. Julio. 2002. [en línea] < <http://www.hfea.gov.uk> > [consulta:10 Octubre 2003].
- KRASNOW, Adriana Noemí. Daños derivados de las nuevas tecnologías de reproducción humana asistida. Especial referencia a la protección del derecho a la identidad. [en línea]. En: VII CONGRESO INTERNACIONAL de derecho de daños responsabilidades en el siglo XXI.- Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. En Internet. 2, 3 y 4 de Octubre 2002. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi20op16.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].
- KRIARI, Ismini. Orthodox tradition, bioethical principles and European integration. [en línea]. En: CONFERENCIA Values and Principles for Building Europe. En Internet. 4, 5 y 6 de Mayo 2003. Atenas. Grecia. <http://www.bioethics.org.gr/013_SinedrioKriarien.html>[consulta: 14 Octubre 2003].
- MELGAREJO S. Ruth. Donación de Óvulos. Adoptar la Mitad de un Hijo. [en línea]. Revista Ercilla. En Internet. 29 Abril 2002. N°3.188. < <http://www.ercilla.cl/nanterior/n3188/ovulos.html> > [consulta: 10 Septiembre 2003]
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, ET AL. Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial. [en línea]. En: CONGRESO INTERNACIONAL de Derechos y Garantías en el Siglo XXI. En Internet. 28, 29 y 30 de Abril 1999. Buenos Aires. Argentina. U. de Buenos Aires. Facultad de Derecho. < <http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm> > [consulta: 05 Septiembre 2003].
- NATIONAL Ethics Committee On Assisted Human Reproduction (NECAHR). [en línea]. < <http://www.newhealth.govt.nz/necahr.htm> > [consulta: 15 Octubre 2003]
- NOVOA M., Loreto. Nuevos Latidos de Esperanza. [en línea]. Diario La Tercera. Revista de Mujer a Mujer. En Internet. 19 Mayo 2001. < <http://mujer.tercera.cl/2001/05/19/fertil1.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].
- RAMJOUÉ, Celina. Assisted Reproductive Technology Policy in Italy: Explaining the Lack of Comprehensive Regulation. EN: JOINT SESSION Workshop, The Politics of Biomedicine: Explaining and Evaluating Policy Design. European Consortium For Political Research. En Internet. Desde el 22 al 27 de Marzo 2002. Torino. Italia. [en

línea]

<<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/turin/ws18/RAMJOUÉ.pdf>>
[consulta: 24 Octubre 2003].

SOLARI, Carola. Adoptar Desde el Vientre. [en línea]. Diario La Tercera. Revista de Mujer a Mujer. En Internet. 18 Mayo 2003.

<http://mujer.tercera.cl/2003/05/18/adoptar.htm> [consulta: 12 Septiembre 2003].

TIMMERMANS, Arco. The Netherlands: Conflict and Consensus on Assisted Reproductive Technology Policy. [en línea]. En: JOINT SESSION Workshop, The Politics of Biomedicine: Explaining and Evaluating Policy Design. European Consortium For Political Research. En Internet. Desde el 22 al 27 de Marzo 2002. Torino. Italia.

<<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/turin/ws18/timmermans.pdf>>
[consulta: 24 Octubre 2003].

ZEGERS HOCHSCHILD Fernando. s.a. [en línea] <

<http://www.uchile.cl/bioetica/doc/repasis.htm> > [consulta: 10 Septiembre 2003].

LEYES

AUSTRALIA. Australasian Legal Information Institute. [en línea]. <

http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/ita1995264/s79.html > [consulta: 14 Octubre 2003].

AUSTRIA . Fortplantungsmedizingesetz (FMedG) del 1 de Julio de 1992.

Publicada en el BGBl.Nr.275/1992. [en línea]. < <http://www.bmwf.gov.at> > [consulta. 16 Octubre 2003].

BRASIL. Resolución 1358/92 del Consejo Federal de Medicina. [en línea]. <

http://157.86.152.2/ghente/doc_juridicos/resol1358.htm > [consulta: 24 Octubre 2003].

CHILE. Ministerio de Justicia. 1902. Ley 1552: Código de Procedimiento Civil. 30 de Agosto de 1902.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1943. Ley 7421: Aprueba Código Orgánico de Tribunales. 9 de Julio de 1943.

CHILE. Ministerio del Interior. 1980. Decreto Supremo 1.150: Constitución Política de la República de Chile. 24 de Octubre de 1980.

CHILE. Ministerio de Salud. 1982. Decreto 161: Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas. 19 de Noviembre del año 1982.

CHILE. Ministerio de Salud. 1983. Decreto 240: Reglamento del Libro IX del Código Sanitario. 3 de Diciembre del año 1983.

CHILE. Ministerio de Salud. 1985. Directiva Ministerial 1072: Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y La Transferencia Embrionaria. 28 de Junio del año 1985.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto 778: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 29 de Abril de 1989.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto 326: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 27 de Mayo de 1989.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1990. Decreto 830: Convención sobre los Derechos del Niño. 27 de Septiembre de 1990.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Decreto 873: Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". 5 de Enero de 1991.

CHILE. Ministerio de Salud. 1997. Decreto 656: Reglamento de la Ley 19.451 sobre Transplante de Órganos. 17 de Diciembre del año 1997.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley 19.620: Dicta Normas Sobre Adopción de Menores. 5 de Agosto del año 1999.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Decreto 944: Reglamento de la Ley 19.620. 18 de Marzo del año 2000.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Decreto con Fuerza de Ley 1: Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil. 30 de Mayo del año 2000.

CHINA. Legislative Council of China. [en línea]. <
http://www.legco.gov.hk/yr98-99/english/bc/bc53/general/06_brf.pdf > [consulta: 10 Octubre 2003].

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia [en línea] <
<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Colombia/colombia.html> > [consulta: 14 Octubre 2003].

CONFEDERACION HELVETICA SUIZA. [en línea] <
http://www.admin.ch/ch/i/rs/814_90/index.html > [consulta: 15 Octubre 2003].

CONFEDERACION HELVETICA SUIZA. [en línea] <
<http://www.admin.ch/ch/i/rs/c101.html> > [consulta: 23 Septiembre 2003].

COSTA RICA. Decreto Ejecutivo No.24029-S [en línea] <
<http://www.bioetica.org/crreprod.htm> > [consulta: 10 Octubre 2003].

DINAMARCA. International Digest of Health Legislation. [en línea] <
<http://www.who.int/idhl/> > [consulta: 22 Octubre 2003].

FINLANDIA. Nordic Fertility Society. [en línea]. <
http://www.nordicfs.org/report_finland.html > [consulta: 10 Octubre 2003].

GRECIA. Greece National Bioethics Commission. [en línea] <
<http://www.bioethics.gr/images/draftbillen.pdf> > [consulta: 10 Octubre 2003].

HOLANDA. Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting. [en línea]. <
<http://eerstekamer.cust.pdc.nl/9324000/1/j9vvgh5ihkk7kof/vgg0+2n000> > [consulta: 24 Octubre 2003].

ISLANDIA. Ministerio de Salud. [en línea]. <
<http://www.raduneyti.is/interpro/htr/htr.nsf/pages/lawsandregs0002> > [consulta: 14 Octubre 2003].

ITALIA. Legge 19 Febbraio 2004. N°40. Norme in materia di procreazione

-
- medicamente assistita. [en línea] <<http://www.senato.it>> [consulta: 24 Febrero 2004].
- NUEVA ZELANDA. Ministerio de Justicia. [en línea]. < <http://www.justice.govt.nz> > [consulta: 15 Octubre 2003].
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa [en línea] <
<http://www.cea.ucp.pt/lei/const/constind.htm> > [consulta: 14 Octubre 2003].
- SUECIA. Lag Om Insemination 1984:1140. [en línea]. <
<http://www.notisum.se/rnp/SLS/LAG/19841140.htm> > [consulta: 27 de Octubre 2003].
- SUECIA. Lag (1988:711) Om Befruktning Utanför Kroppen con modificaciones introducidas por la Lag (2002:252). [en línea]. <
<http://www.notisum.se/rnp/SLS/LAG/19880711.htm> > [consulta: 27 de Octubre 2003].**
- VENEZUELA. Constitución Política de Venezuela [en línea] <
<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Venezuela/venezuela.html> > [consulta: 14 Octubre 2003].

ANEXO

Neutral Citation Number: [2002] EWHC 1593 (Admin)

Case No: CO/3802/01

**IN THE HIGH COURT OF JUSTICE QUEEN'S BENCH DIVISION
ADMINISTRATIVE COURT**

Royal Courts of Justice

Strand,

London, WC2A 2LL

26 July 2002

B e f o r e :

THE HONOURABLE MR JUSTICE SCOTT BAKER

Between:

	ROSE AND ANOTHER	Claimants
	- and -	
	SECRETARY OF STATE FOR HEALTH HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY	First Defendant Second Defendant

(Transcript of the Handed Down Judgment of Smith Bernal Reporting Limited, 190 Fleet Street London EC4A 2AG Tel No: 020 7421 4040, Fax No: 020 7831 8838 Official Shorthand Writers to the Court)

Ms Monica Carss-Frisk Q.C and Mr Tom De La Mare (instructed by Liberty) for the Claimants

Mr Nigel Giffin (instructed by Solicitor, Department of Health) for the First Defendant Ms Dinah Rose (instructed by Morgan Cole) for the Second Defendant

Mr Justice Scott Baker

This case concerns the rights of children born as a result of artificial insemination by donor ('A.I.D.'). There are two Claimants, Joanna Rose, an adult and EM who is a child represented by her mother as litigation friend. Their cases are being conducted by Liberty not only on their behalf but also on behalf of many others who have similar concerns to find out information about their biological parents.

Joanna Rose was born in Reading in 1972, long before the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ("the 1990 Act") and indeed well before the Warnock Committee on Human Fertilisation and Embryology whose report in 1984 led to the 1990 Act. At the time of her conception more or less complete secrecy was the order of the day but attitudes have changed a great deal during her lifetime. Fertility services were provided to her mother by Dr Boyd from his Harley Street practice and she has an older brother, Adam, who was born in 1966. He too is an A.I.D. child and was conceived as a result of fertility services at the same clinic albeit with sperm, it is believed, from a different donor.

EM was born on 18 January 1996. Her mother had previously been treated for 13 months at St James's University Hospital, Leeds. She is now six years old. All that is known of the donor is that he is six feet two inches tall, of medium build, has dark hair and hazel eyes and has an A positive blood group.

Ms Rose lives in Brisbane, Australia. She has dual citizenship. She is single and has no children. For six months she worked full time at Link-up, an organisation working for indigenous Australians that reunites and supports children born to indigenous families, separated from those families and placed with white adopted parents or in institutions. She was struck by the similarity of identity issues in their cases with those in her own. She obtained a bachelor of social science degree in human services and then turned to a bachelor of arts honours course in applied ethics. She is currently completing a thesis on the problems and ethics in relation to donor conceived adults and hopes to follow this with a PhD in the same field.

She discovered she was born as a result of donor insemination when she was about seven years old. The circumstances were distressing and are covered in her evidence. It is unnecessary for me to repeat them in this judgment. She was sworn to secrecy and felt grief, confusion and guilt. The issue became suppressed until adulthood. From about the mid 1980s first her family and then Ms Rose herself made persistent and determined efforts to obtain from Dr Boyd, and then from his son who took over possession of his records, non-identifying information about the donor. This yielded nothing and the present position is that there is no longer any information available. Any records that there were

have been destroyed.

Ms Rose pursued other avenues. She met by chance in Sydney a woman who turned out also to be an A.I.D. child from Dr Boyd's clinic. They thought for a time that they might be half sisters but tests showed this to be improbable. Another contact was one of the sperm donors to Dr Boyd's clinic, Dr Beeney. He was very helpful in trying to obtain information from Dr Boyd's practice but again to no avail. Eventually Ms Rose was told that the records had been destroyed. Tests showed that Dr Beeney could not be Ms Rose's father.

Ms Rose says that in all of her searches one of the things that has concerned her is that she does not know to whom she is genetically related. At the time she was conceived there were no regulatory controls on the number of times any one donor's sperm could be used to conceive children. Ms Rose describes the importance of the information to her in the following terms:

"I feel that these genetic connections are very important to me, socially, emotionally, medically, and even spiritually. I believe it to be no exaggeration that non-identifying information will assist me in forming a fuller sense of self or identity and answer questions that I have been asking for a long time. I am angry that it has been assumed that this would not be the case, and can see no responsible logic for this (given the usual pre-eminence accorded to the rights and welfare of the child), unless it is believed that if we are created artificially we will not have the natural need to know to whom we are related. I feel intense grief and loss, for the fact that I do not know my genetic father and his family. There is no closure for me, as I assume these people are not dead. In addition there is no comfort for this, as there is little social recognition of this significance or grief. I live with the uncertainty of a reunion being possible, though unlikely, and of even unknowingly passing my biological father or siblings in the street. I wonder if we would recognise each other. I wonder if they think of me, and if they do how and where there would communicate this.

Lack of knowledge and openness also forces me into unhappy or inappropriate pigeon holes. I have been using my social father's medical history as a child (even though it has no conceivable relevance to me), and, if it were not for my parents' honesty, I would have been led to do so for the rest of my life. I am fortunate that my parents were as honest with me as they were, even if what they told was very traumatic for me. I feel that this lack of information is potentially very dangerous. Someone who is conceived through donor insemination should, I believe, live their life according to accurate genetic information about themselves (e.g. about genetic propensity to certain illnesses, heart disease, birth defects in children conceived with certain genetic characteristics etc). This information needs to be provided throughout the course of their life and should be regularly updated as new information is discovered. Such dangerous mis-information is re-enforced by birth certificates which do not reflect someone's true genetic identity.

With the revelation of my donor conception I am now unable to complete medical history forms whenever I have to complete them. I do not know about half of my ethnicity or racial identity. In addition this will not just affect me. If I have children then I will only have half of my genetic and hereditary roots to pass on to my offspring. Clearly the

establishment of a retrospective register, and the safe keeping of my records, is something that I am compelled to seek.

As mentioned above, I find the fact that I do not have this missing genealogical picture very distressing. I have had counselling to deal with some of these feelings and feel that I am now ready for information to be provided to me. Without this information these feelings of distress and inequality will not go away. The need to discover this information has become a central feature of my life, along with the need for recognition for this. I need to find out more about my medical, genealogical and social heritage. Other people who come from families, where they have known both of their natural parents are able to discover this through the process of time. This includes information about their background and religion, where certain of their talents and skills may come from (e.g. parents or relations with musical or artistic skills), why they look the way they do etc. I have a strong need to discover what most people take for granted. While I was conceived to heal the pain of others (i.e. my parents' inability to conceive children naturally), I do not feel that these are sufficient attempts to heal my pain."

She then continues to describe the effect on her family, home and private life. I have no reason to doubt the genuineness of her feelings or her statement that she is part of a growing tide of donor conceived adults who feel they have suffered damage from the current arrangements, both from the secrecy and from having large gaps in their self knowledge.

The position of EM is different. In the first place she was born some years after the 1990 Act came into force. It took nine attempts for her mother to become pregnant and a different donor was used on each occasion. A fertility nurse told her mother that they would do their best to match her husband's physical characteristics, but beyond giving this information to the hospital she had no role in the selection of the donors.

During her pregnancy EM's mother contacted the hospital seeking information about the donor and was given the information to which I have already referred, plus the fact that the donor was alive. No further information has been supplied either by the hospital, the Human Fertilisation and Embryology Authority ('H.F.E.A.') or anyone else.

Ever since EM was born, her parents have been open and honest with her about her background and have told her she was created using donor sperm. She constantly asks questions and is very curious. She has a life story book designed by former members of the donor conception network. This explains how donor insemination works and why it exists. EM's parents are not only open with EM but also with others within and outside the family. EM tells people she is special as she is a donor baby. She explains that her daddy did not have any sperm and so the sperm of another man had to be used. She says she would like to meet the man and constantly asks questions about him, what job he has, what he looks like and so forth. EM's mother finds it very difficult to be able to answer all these questions.

She says that she and her husband intend to pass on non-identifying information to EM as and when they consider it appropriate. In making parenting decisions now that may have repercussions later they wish to know the type of information to which EM will eventually have access so that they can react and anticipate it in a way that they feel

appropriate. Parents need to ensure that their children are as well adjusted to their origins as possible. She identifies her particular concerns as:

- i) medical information particularly about diseases or illnesses that might be inherited;
- ii) A thumbnail sketch about the donor, his profession, interests, hobbies, religion or beliefs, aptitude, aspirations and motivations for donating sperm. This would preferably be information provided by the donor himself;
- iii) Information from the donor about whether he is willing to be contacted for any purposes ranging from providing the information in (i) and (ii), if necessary anonymously through a third party on a non-identifying basis, to meeting EM when she is older or corresponding with her.

She says in her evidence:

“I try to live my life as truthfully as I can, and I think that it is very important that we can be as honest with our daughter as possible. I believe that secrecy can be very destructive to individuals and to families and I would like to be able to protect our daughter as much as I can from this. I think that not knowing does prey on her mind, which is why she asks us so many questions. I am concerned that the questions will grow over time and she will not be able to have the answers to them. We want to be able to provide the answers to these very important questions. If in the future our daughter wanted to make contact with the donor then we would completely support her and help her in this.”

She says she feels strongly that she is prevented from being open with her daughter because of current legislation and that several of the main organisations that work in the adoption and social work field support greater openness to children born by A.I.D.

The two Claimants seek judicial review of the Secretary of State's decision expressed in his letter of 25 June 2001. This letter was a response to a request made by letter of 15 January 2001. The Roses were seeking access to non-identifying information, and where possible identifying information, in respect of the anonymous donor. They also wanted directions or regulations to be made concerning matters identified in the letter. EM's family was seeking non-identifying information about the donor and the establishment of a contact register. The Secretary of State's response was that there was to be a consultation exercise (announced the previous December), that the consultation document would be published shortly and that the various points would be considered by ministers following completion of the consultation exercise. The consultation document was eventually forthcoming but not until the end of 2001.

The Claimants' cases are advanced along the following lines.

i) Article 8 of the E.C.H.R. is engaged in their quest for further information and this is so whether the information sought is of a non-identifying or identifying nature.

ii) Article 14, when read in conjunction with Article 8, is also engaged in relation to the discrimination that exists under the current regime first between A.I.D. offspring and adoptees and second between A.I.D. offspring like the first Claimant who was born before the present legal regime came into force through the 1990 Act and those born thereafter (like the second Claimant, EM).

iii) In order to discharge its duties under Articles 8 and 14, the state has a positive obligation to ensure that certain vital non-identifying information about donors is collected and made available to A.I.D. offspring both on maturity and to parents such as those of EM who wish to bring up their child in openness about the circumstances of its conception. This information includes the type of information I have referred to as the subject of EM's mother's particular concerns. This information, it is said, is routinely recorded in adoption cases.

iv) Also, the state must establish a voluntary contact register to facilitate the exchange of information and contact between willing A.I.D. offspring and willing donors. In the case of adoption such a register exists.

v) The failure to take these steps involves continuing breaches by the state of the Claimants' rights under Articles 8 and 14. There is no justification for this failure. These limited steps do not involve the compulsory disclosure of the identity of the donor.

Once the consultation exercise was under way, and it was clear that the government was giving serious consideration to how to tackle this extremely difficult problem, it was obviously sensible that many of the issues in this litigation should be stood over pending ministerial decisions on what if any government action was appropriate. Accordingly, at a case management conference on 1 May 2002 I directed that only three issues should be tried at the substantive hearing that had been fixed for 22 May 2002 and the remainder should be stood over. Those issues are:

- i) whether the matters at issue are such as to engage Article 8 of the E.C.H.R;
- ii) to what extent the Secretary of State may rely on Section 6(6)(a) of the Human Rights Act of 1998 ("the 1998 Act"); and
- iii) whether the Claimants' arguments, if accepted, would be capable of justifying the making of a declaration of incompatibility.

It is necessary at the outset to say that Ms Carss-Frisk, who has appeared for the Claimants, has made it clear that for the purposes of this litigation it is not sought to achieve compulsory disclosure of the identity of donors. This seems to me to be an entirely realistic position for her to take. The donors donated the sperm voluntarily for the purposes of relieving the affliction of infertility and on the clear understanding, if not promise, that their identity would remain undisclosed forever. Any failure now to honour that long standing understanding, quite apart from being manifestly unfair to the donors, would drive a coach and horses through the A.I.D. system.

The statutory background

Because of the limited nature of the issues presently to be decided by the court, it is unnecessary to make more than limited reference to some of the provisions of the 1990 Act. As I have mentioned, the critical distinction between the two Claimants is that Ms Rose was born many years before any legislation was on the statute book when secrecy was very much the order of the day. EM was born afterwards; so some of its provisions are of direct relevance to her. Those provisions that need particularly to be kept in mind are:

Section 4(1)(b): Prohibition of the use of sperm in treatment services without a licence

from the second Defendant (unless the woman and the man providing the sperm are being treated together.)

Section 5: Creation of H.F.E.A., the second Defendant.

Section 8: Functions of H.F.E.A. and in particular power to perform additional functions specified in delegated legislation.

Section 23: Power of H.F.E.A. to give directions.

Section 28: The woman's husband or partner, not the donor, is treated as the father of the child.

Section 31(1): Requirement that H.F.E.A. keep a register of information of, amongst other things, the provision of treatment services (defined in Section 2).

Section 31(3),(4): Right of an adult (over 18) to know from H.F.E.A. whether he or she is an A.I.D. child and to be provided by H.F.E.A. with such further information (but no more) as regulations require, (at present there are no regulations).

Section 31(5): Regulations cannot require H.F.E.A. to disclose identifying information about a donor if the information was provided at a licensed clinic at a time when H.F.E.A. could not have been required to give information of that kind.

Section 31(6),(7): A person under the age of 18 has, in the event of pending marriage, the right to discover from H.F.E.A. whether he or she would or might be related to the intended spouse.

Section 33: Restrictions on disclosure of information by H.F.E.A. and existing or former employees. This is subject to specified exceptions. There is an issue about the extent to which this would prevent the disclosure of non-identifying information to the Claimants.

Section 45: Power of the Secretary of State to make regulations. Certain regulations require a positive prior resolution of both Houses of Parliament (Section 45(4)). Regulations made under Section 8 are not, however among them. Regulations made under Section 8 are subject to the annulment procedure.

Article 8

Article 8 provides:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedom of others.

The only question for the court at the present juncture is whether Article 8 is engaged at all. If it is, it will be necessary at any adjourned hearing to go on and consider the balancing exercise under Article 8(2) and whether Article 8 has been breached.

As the Secretary of State points out, it is respect for private and family life, if anything,

that brings the Claimants within the article. Neither home nor correspondence is involved. It is necessary therefore to look at the authorities to see how these concepts have been interpreted in relation to Article 8. The root authority in the European Court is Gaskin v United Kingdom (1989) 12 EHRR 36. Gaskin spent most of life as a minor in care boarded out with various foster parents. He claimed he was ill treated in care and since his majority had tried to obtain details of where he was kept, by whom and in what conditions in order to help him to overcome his problems and learn about his past. After protracted litigation he obtained access to some, but not all, of his case records. The court said at para 36:

“In the opinion of the Commission ‘the file provided a substitute record for the memories, and experience of the parents of the child who is not in care.’ It no doubt contained information concerning highly personal aspects of the applicant’s childhood, development and history and thus could constitute his principal source of information about his past and formative years. Consequently lack of access thereto did raise issues under Article 8.

37. The court agrees with the Commission. The records contained in the file undoubtedly do relate to Mr Gaskin’s ‘private and family life’ in such a way that the question of his access thereto falls within the ambit of Article 8”

The court went on to refer to Johnston v Ireland (1987) 9 EHRR 203 where it had held that:

“although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life.”

It then quoted, with apparent approval, that the Commission considered that ‘respect for private life’ requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that in principle they should not be obstructed by the authorities from obtaining such very basic information without specific justification.

The court distinguished the case from Leander v Sweden (1987) 9 EHRR 433 where the state was found to have interfered with Article 8 rights by compiling, storing, using and disclosing private information about the applicant but noted that in both cases there was a file containing details of the applicant’s personal history that he had had no opportunity of examining in its entirety.

The court in *Gaskin* found a breach of Article 8 saying at paragraph 49 that:

“.....persons in the situation of the applicant have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and understand their childhood and early development”

Next comes Niemietz v Germany 16 EHRR 97 where the court declined to attempt an exhaustive definition of ‘private life’ but said it would be too restrictive to limit the notion to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. ‘Respect for private life’ must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. Nor should the notion of ‘private life’ necessarily be taken to exclude activities of a professional or business nature. The court therefore viewed

the concept of private life as a somewhat elastic one, depending on the particular circumstances under consideration.

Martin v United Kingdom App No.27533/95 was a case declared inadmissible by the Commission. The case concerned records held by two local authorities about the applicant, but the Commission felt the position adopted by the local authorities as regards disclosure adopted a fair balance between the legitimate aim sought to be realised and the applicant's wish to have access to them and that in the circumstances no positive obligation to disclose the records could be derived from Article 8. The Commission did however note that:

"...the records to which the applicant requests access, though not relating to his childhood, contain information of a personal nature relating to personally significant incidents in his life and, accordingly, considers that access to such records falls within Article 8 of the Convention."

An important recent European authority to which it is necessary to refer is Mikulic v Croatia App No.53176/99. The judgment was published on 7 February 2002. The applicant was a child born out of wedlock who, together with her mother, filed a civil suit in the Zagreb Municipal Court to establish her paternity. She alleged that the proceedings took so long to conclude that respect for her private and family life had been violated. She had no effective remedy for speeding up the proceedings or ensuring the appearance of the Defendant in court. The court held that there had been a violation of Article 8. It said:

"52. The present case differs from the paternity cases cited above in so far as no family tie has been established between the applicant and her alleged father. The court reiterates, however, that Article 8, for its part, protects not only 'family' but also 'private' life.

53. Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Respect for 'private life' must also comprise to a certain degree the right to establish relationships with other human beings (see, *mutatis mutandis*, the Niemietz v Germany judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p.33, para 29).

There appears, furthermore, to be no reason of principle why the notion of 'private life' should be taken to exclude the determination of the legal relationship between a child born out of wedlock and her natural father.

54. The Court has held that respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality (see the Gaskin v United Kingdom judgment of 7 July 1989, Series A no.159, p.16, para 39).

55. In the instant case the applicant is a child born out of wedlock who is seeking, by means of judicial proceedings, to establish who her natural father is. The paternity proceedings which she has instituted are intended to determine her legal relationship with H.P. through the establishment of the biological truth. Consequently, there is a direct link between the establishment of paternity and the applicant's private life."

Finally from Europe comes M v Netherlands (1993) 74 DR 120. Once again the application was declared inadmissible. That case involved the converse of the present case. M was a sperm donor. In 1985 the applicant and his then wife met a lesbian couple who wanted a child by a known donor. The applicant agreed to be the donor and following A.I.D. a child was born to one of the lesbian couple. The applicant visited the mother during the pregnancy and babysat the child regularly during the first nine months of its life, but thereafter further contact was refused. The Commission considered that the situation in which a person donates sperm only to enable a woman to become pregnant through artificial insemination does not of itself give the donor a right to respect for family life with the child. Neither the applicant's contact with the child nor the sperm donation, nor the two together was a sufficient basis to conclude that such a close personal tie had developed between them as to fall within the scope of 'family life' in Article 8.

Mr Giffin, for the Secretary of State relies strongly on this case arguing that you cannot get round the difficulty of not coming within the concept of 'family life' by calling it 'private life.' For my part I do not consider the issue in the present case to be essentially a question of whether the relationships of the Claimants and the donors fall within the ordinary concept of family life. This, to my mind, is really an identity case and involves the Claimants' rights to know about their origins. The emphasis therefore is much more on 'private life' than 'family life'. *M v Netherlands* is to my mind of little assistance, first because it is looking at the question of 'family life' rather than 'private life' and second because it is looking at the problem through the other end of the telescope.

Turning to the domestic authorities, none is conclusive either way. R(L) v Secretary of State for Health [2001] 1 FLR 406 was a case involving visits by nephews and nieces to the applicant in a high security hospital. There was an issue about the effect of the Secretary of State's policy on family life. The case illustrates the elasticity of the concept of family life in Article 8, which is dependant on the facts of the particular case. This case in my judgment takes the resolution of the present problem no further.

Re H; Re G: (2001) FLR 646 raised the question whether it would be lawful to place a child for adoption without consultation with the natural father. Mr Giffin relies on a passage from the judgment of the President at paragraph 38.

"The first issue is whether there is a family life in respect of which there may be a breach. The European Court of Human rights accepted in *B v UK* [2000] 1 FCR 289 that it is legitimate to treat married and unmarried fathers differently. Not every natural father has a right to respect for his family life with regard to every child of whom he may be the father (see also *McMichael v UK* [1995] 2 FCR 718.) The application of art 8(1) will depend upon the facts of each case. In *K v UK* (1986) 50 DR 199, the applicant was the natural father and the Commission said; 'The question of the existence or non- existence of family life is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties.' "

The President concluded that on the facts the father in one case should be consulted but that in the other case he should not.

The nearest domestic authority is Gunn-Russo v Nugent Care Society and Secretary of State for Health [2001] UKHRR 1320. The Claimant was adopted at the age of two and

brought judicial review proceedings to obtain disclosure of records held by the voluntary adoption agency that handled her adoption. She succeeded because the policy of the first defendants (the successors to the agency) was applied without due consideration to the facts of her case. Her claim against the Secretary of State for failure to fulfil a positive obligation under Articles 8 and 14 of the E.C.H.R. to make available an appeal procedure against the decision of bodies such as the first defendant was unsuccessful. The records she was seeking were very important to her in her quest to understand her childhood and thereby complete her personal identity and self perception. There was, therefore, an important parallel with the present case.

I said at paragraph 56 that I had come to the conclusion that, in the circumstances of that case, Article 8 added nothing to the English common law. Regulation 15 of the Adoption Agencies Regulations 1983 already fully contemplated the interest of the claimant in knowing and understanding her early life. The disputed documents were not ones to which any greater right of access was conferred by Article 8 than existed in domestic law. I added at paragraph 60:

“However, I find it difficult to see that respect for her private family life per se entitles the claimant to access to documents created before and shortly after the time she was adopted, many of which will have emanated from third parties such as the social services.”

I distinguished *Gaskin* where the material sought was about the applicant and related to his basic identity.

Although in my view there are analogies between the position of adopted children and A.I.D. children, the information sought by the Claimants in the present case is very different from that which Ms Gunn-Russo was seeking. Here, what the Claimants are trying to obtain is information about their biological fathers, something that goes to the very heart of their identity, and to their make-up as people. Ms Gunn-Russo already had that information. What she was doing was seeking to obtain information that had very probably come in large part from third parties to fill in gaps in general information around the time she was adopted. It should also be pointed out that Ms Gunn-Russo’s claim succeeded against the first defendants without recourse to Article 8. Nothing I said in *Gunn-Russo* is in my judgment a serious obstacle to the Claimant’s argument under Article 8 in the present case.

Article 8 was considered in the context of disclosure of information by Munby J in *Re X: Disclosure of information* [2001] 2 FLR 440, 451. He followed *Gaskin* but pointed out that he had to balance the competing Article 8 rights of the victim and perpetrator of the abuse.

However, both Defendants submit that Article 8 is not engaged at all in the circumstances of the present case. They emphasise that the starting point is to look and see precisely what it is that the Claimants are seeking to obtain. Ms Rose was conceived at a time when A.I.D. was wholly unregulated and before H.F.E.A. came into existence. EM was conceived after the 1990 Act had been in existence for a number of years. Both claim that the Defendants are obliged in order to discharge positive duties under Article 8:

i) to collect and make available to A.I.D. offspring and their parents certain non-identifying information about the donor including blood type, medical history, social

and family background, religion, skills and interests, occupation, reasons for donation, willingness to be approached for identification and willingness to provide updating information; and

ii) to establish a voluntary mechanism to facilitate the exchange of information and contact between willing A.I.D. offspring and willing donors, such as a voluntary contact register.

The information the Claimants are looking for is information that relates to the donor but does not identify him. This is not necessarily an easy line to draw and there is, of course, a risk that the more non-identifying information that is provided the greater the chance of accidental identification.

In my judgment, at the stage of considering whether Article 8 is engaged at all, it is artificial to distinguish between identifying and non-identifying information. If Article 8 is engaged it is engaged to facilitate the establishment by the Claimants of their personal identity. It is of course, and this is a point made by the Defendants, the Claimants' personal identity that is crucial and not that of the donor. Information about the donors is only relevant in so far as it helps the Claimants to build up pictures about themselves. There will come a point where information about the donor is too remote to assist in this purpose. As was pointed out in argument, the State is not required to take every positive step that might possibly promote the emotional wellbeing of some of its citizens.

The bottom line, so it seems to me, is that the donor provided half of each Claimant's genetic identity and it is this that creates the interest of the Claimant to seek information about him. Even here, however, a note of caution must be sounded. It will not be in every case where a woman has given birth following A.I.D. treatment that the A.I.D. donor is the father of the child.

The Defendants submit that it does not follow, if it be the case, that just because identifying information engages Article 8, these Claimants automatically fall within Article 8 too. I am invited to look at the non-identifying information actually sought and see if it alone is of such significance that it engages Article 8. In my judgment that is not a correct or realistic approach. The dividing line between identifying and non-identifying information is not, as the evidence shows, an easy line to draw. At this stage the only question is whether Article 8 is engaged at all and in that regard it seems to me I must look at the concept of information about donors regardless of whether it falls on the identifying or non-identifying side of the line.

What the Claimants in reality want is as much information as possible, including, if appropriate, the identity of the donor. Realistically, they realise that because of the circumstances of confidentiality in which donations of semen are made they are most unlikely to be able to force disclosure of the donor's identity.

Mr Giffin analysed the meaning of family life and private life within Article 8. He did so separately with regard to each expression and sought to show that the Claimants fall within neither. In my judgment it is more helpful to look at the one expression 'respect for his private and family life' to see whether the claimants fall within that. This case is really about respect for the Claimants' personal identity within that context. It is, in my judgment an over simplistic approach to dismiss the family life aspect by saying that there is no

family life on the facts and a mere genetic link is not enough, and then to dismiss the private life aspect by saying the claim is directed at obtaining (i) non-identifying information and (ii) establishing a relationship with the donor, neither of which on analysis falls within the ordinary meaning of private life.

It has, in my judgment been clear since Marckz v Belgium (1979) 2 EHRR 330 that there is an obligation on the state to allow the ties of family life to develop normally and that this obligation is not limited to compelling a state to abstain from interference with family life; it may require the existence in domestic law of legal safeguards that render family life possible. The same in my judgment applies to respect for private life which often cannot be separately compartmentalised from family life see X, Y and Z v The United Kingdom 24 EHRR 143 para 41.

Ms Dinah Rose's arguments for H.F.E.A. can be summarised as follows.

This case is not concerned with family life at all; Article 8 does not protect potential family relationships. In any event the right for respect for family life imposes no obligation to ensure that families are happy.

This case is really about the right to private life and within that the concept of the Claimants' identity.

There is no good reason of policy why the concept of private life should be extended. In particular, it cannot be defined so widely as to render meaningless 'family life.'

Martin adds nothing to *Gaskin*, and *Mikulic* is irrelevant on the issue of provision of non-identifying information.

There is no general right of access to personal information (see *Gaskin* paragraph 37).

The engagement of Article 8 in the present case would be a giant step from the existing European jurisprudence in particular *Gaskin*. Article 8 does not give a right to any information held about an individual. In this case the information sought is information about a third party who, as a matter of law, is not related to the Claimant.

The Convention is intended to protect fundamental human rights; it is not a plaster for every ill.

She also points to the fact that very extensive information is already collected and guidelines followed. The restriction on disclosure of information by clinics in section 33(5) of the 1990 Act has been relaxed by the Human Fertilisation and Embryology (Disclosure of Information) Act 1992, the new Section 6B of the 1990 Act being introduced by the 1992 Act.

What therefore are the principles to be drawn from the authorities that are relevant to this case? They seem to me to be these.

Private and family life is a flexible and elastic concept incapable of precise definition.

Respect for private and family life can involve positive obligations on the state as well as protecting the individual against arbitrary interference by a public authority.

Respect for private and family life requires that everyone should be able to establish

details of their identity as individual human beings. This includes their origins and the opportunity to understand them. It also embraces their physical and social identity and psychological integrity.

Respect for private and family life comprises to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.

The fact that there is no existing relationship beyond an unidentified biological connection does not prevent Article 8 from biting.

These principles lead me to the following conclusions. Article 8 is engaged both with regard to identifying and non-identifying information, albeit in this case the identity of the donors is not directly sought. What is wanted is non-identifying information and a voluntary contact register. I do emphasise, lest there be any doubt about it, that the fact that Article 8 is engaged is far from saying that there is a breach of it. That question, which may fall to be decided on a further occasion, involves consideration of other matters and may depend on any future action taken by the Secretary of State.

It is to my mind entirely understandable that A.I.D. children should wish to know about their origins and in particular to learn what they can about their biological father or, in the case of egg donation, their biological mother. The extent to which this matters will vary from individual to individual. In some instances, as in the case of the Claimant Joanna Rose, the information will be of massive importance. I do not find this at all surprising bearing in mind the lessons that have been learnt from adoption. A human being is a human being whatever the circumstances of his conception and an A.I.D. child is entitled to establish a picture of his identity as much as anyone else. We live in a much more open society than even 20 years ago. Secrecy nowadays has to be justified where previously it did not. The distinction between identifying and non-identifying information is not relevant at the engagement stage of Article 8, but it is likely to become very relevant when one comes to the important balancing exercise of the other considerations in Article 8(2).

Respect for private and family life has been interpreted by the European Court to incorporate the concept of personal identity (see *Gaskin*). Everyone should be able to establish details of his identity as a human being (*Johnston v Ireland* (1987) 9 EHRR 303 para 55). That, to my mind, plainly includes the right to obtain information about a biological parent who will inevitably have contributed to the identity of his child. There is in my judgment no great leap in construing Article 8 in this way. It seems to me to fall naturally into line with the existing jurisprudence of the European Court.

Section 6(6)(a) of the Human Rights Act 1998

Section 6(1) of the Human Rights Act 1998 ('the 1998 Act') makes it unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right. Section 6(6)(a) provides that 'an act' includes a failure to act but does not include a failure to introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation.

In the event, there is no dispute about the effect of Section 6 in this case. The position is that Section 6(6)(a) prevents the Claimants from complaining of any failure to enact primary legislation or of any failure to make regulations under Section 31(4)(a) of the 1990 Act (extent of information to be provided by H.F.E.A. to an applicant). Any regulations

under this subsection require the positive approval of both Houses of Parliament. (see Section 45(4)). On the other hand, the Claimants are not debarred from claiming the Secretary of State has acted unlawfully in failing to make regulations under Section 8(d) of the 1990 Act (regulations prescribing additional functions of H.F.E.A.), because such regulations would fall within the negative resolution procedure (see Section 45(5) of the 1990 Act).

The parties do not dispute therefore that any failure to make regulations under Section 8(d) of the 1990 Act is amenable to a claim that the Secretary of State has breached a positive obligation under the 1998 Act. Where the primary legislation provides that a statutory instrument shall be subject to annulment by resolution of either house, but after being made, it would not be a proposal for legislation for the purposes of Section 6(6)(a) of the 1998 Act. Contrast the position where the primary legislation provides that a statutory instrument may not be made unless authorised by affirmative resolution. There, the instrument would be 'a proposal for legislation' for the purposes of Section 6(6)(a) of the 1998 Act. I am indebted to a joint note written at the request of the Court of Appeal by Mr Robin Allen Q.C. and Mr Philip Sales in another case (see Public law [2000] P.L. 361) which all parties agree accurately states the law on this point. As the authors observe, the distinction reflects the general concern in the 1998 Act to preserve and protect parliamentary sovereignty; parliamentary sovereignty is more closely engaged where subordinate legislation cannot be made without direct approval by Parliament.

Justification for a declaration of incompatibility

The question is whether if the Claimants' arguments succeed they would be capable of justifying a declaration of incompatibility under Section 4 of the 1998 Act. Ms Carss-Frisk poses the question in this way. Suppose a breach of Article 8 is established and suppose that breach cannot be cured under the present legislative scheme (the 1990 Act) or any regulations made thereunder, to what relief are the Claimants entitled? The answer, she submits, is a declaration of incompatibility under Section 4 of the 1998 Act. She says the declaration should set out the relevant positive duty or duties of the state and the failure of the 1990 Act to enable them to be carried out.

The Defendants' response, (and the case is primarily advanced by the Secretary of State) is that the Claimants are not entitled to a declaration of incompatibility, or indeed any relief, because they cannot identify any particular provision that is incompatible with Convention rights.

There are two reasons why, in my judgment it is premature to rule on this issue now. First, it is unclear in what precise circumstances the issue might arise and second the law is not presently clear and it is possible that it will be clarified by higher courts before the final conclusion of this case.

How might the issue arise? The Claimants contend that there is power under Section 23 of the 1990 Act to give directions to clinics that have never been licensed. H.F.E.A. say there is no such power, a view supported by the Secretary of State.

The Claimants argue that if the ambit of Section 23 is not sufficiently wide then the Secretary of State can remedy this by enhancing H.F.E.A's powers (see Sections 8 and 45(1)). The Secretary of State's response is that he cannot enhance H.F.E.A's powers in

this way, to which the Claimants say that if there really is no power in principle to achieve these positive steps required to meet their Article 8 obligations *the scheme* of the Act is incompatible with the Convention. The 1990 Act sets up a scheme, the purpose of which is to regulate. If it does not achieve, by one means or another, that which Article 8 requires to be achieved then the scheme (as opposed to any particular provision within it) is incompatible with the Convention.

I was referred to [ReS:ReW \[2002\] UKHL 10](#) where Lord Nicholls of Birkenhead considered whether the existence of possible infringements meant that the Children Act 1989 was incompatible with Article 6 of the Convention. He said:

“85. Here again, the position is not straightforward. The Convention violation now under consideration consists of a failure to provide access to a court as guaranteed by article 6(1). The absence of such provision means that English law may be incompatible with article 6(1). The United Kingdom maybe in breach of its treaty obligations regarding this article. But the absence of such a provision from a particular statute does not, in itself, mean that the statute is incompatible with article 6(1). Rather, this signifies at most the existence of a lacuna in the statute.

86. This is the position so far as the failure to comply with article 6(1) lies in the absence of effective machinery for protecting the civil rights of young children who have no parent or guardian able and willing to act for them. Such cases there is a statutory lacuna, not a statutory incompatibility.

87. The matter may stand differently regarding the inability, of parents and children alike, to challenge in court care decisions, however fundamental, made by a local authority while a care order is in force. This matter may stand differently because, judicial review apart, the opportunity to challenge such decisions in court would be in conflict in the scheme of the Children Act. This gives rise to yet another issue: whether inconsistency with a basic principle of the statute, as distinct from inconsistency with express provisions within the statute, gives rise to incompatibility for the purpose of section 4.”

He said the issue did not call for decision on the appeals under consideration and that he preferred to leave it open.

Ms Carss-Frisk submits that the present case presents precisely the inconsistency envisaged by Lord Nicholls in para 87. It is far more than a mere lacuna in the 1990 Act. The 1990 Act is a legislative scheme which, if her other arguments fail, is incompatible with the Convention and she is entitled to a Section 4 declaration.

Mr Giffin, on the other hand, submits that the 1998 Act contemplates that any declaration can only be attached to specific legislative provisions. Force for this submission is to be found in the wording of Section 4 itself. Section 4(1), (2)(3) and (4) all refer to a provision of primary legislation in the singular. Further, Section 4(6) refers to the validity of the provision in respect of which the declaration is given. My attention was drawn to Section 10(2) which empowers a Minister of the Crown to make amendments to the legislation to remove the incompatibility. This, submits Mr Giffin, is to be distinguished from a power to make entirely new legislation, to add something that Parliament failed to include when it passed the legislation in question. Parliamentary sovereignty is such that

the power remains fairly and squarely with Parliament itself. There is a dividing line between failure to legislate to incorporate an obligation to comply with a Convention right on the one hand, and enacting legislation that conflicts with such a right on the other.

The literal construction of Section 4 attracted itself to Elias J in R (J) v Enfield Borough Council [2002] EWHC 432 although he did not have to decide the point. He referred to the court being required by Section 4(2) to be satisfied that a particular statutory provision is incompatible with a Convention right (para 67). He referred to the difficulty where the complaint was, as here, of a failure to take positive steps. How can the court properly conclude that a series of provisions is incompatible with a Convention right when only one of them – or indeed some entirely different statute – needs to be amended or fresh legislation needs to be passed to resolve the incompatibility (para 71)? He said (para 69) he did not find it particularly helpful, as had been argued in that case, to try and decide which statutory provision was most closely causatively related to a statutory omission. He regarded this as an unrealistic and somewhat arbitrary task. He went on:

“I would be inclined simply to state that there is a gap in the legal assistance provided which, in certain very limited and specific circumstances, may lead to a breach of a Convention right, without making a formal Section 4 declaration. It would then be for the government to decide how, if at all, they think that the gap could best be bridged.”

I can see the attraction of such a course in some cases, but Ms Carss-Frisk persuasively points out that there is no question of any Act other than the 1990 Act being the legislation that is at fault. The 1990 Act is a clear and self contained statutory scheme and if it does not do what Article 8 requires it to do fast track remedial action should be available through a declaration of incompatibility. She relied on International Transport Roth GmbH and others v Secretary of State for the Home Department EWCA CIV 158 where a declaration granted by the Court of Appeal was that the penalty scheme to deter those intentionally or negligently allowing clandestine entry into the United Kingdom was incompatible with Article 6 and Article 1 of the first protocol of ECHR.

Conclusion

1. The evidence before the court satisfies me that Article 8 of the E.C.H.R. is engaged in the circumstances of these Claimants. Whether or not there has been a breach of it is, I emphasise again, an entirely different matter and does not fall for consideration by the court at this stage.

2. Section 6(6)(a) is an answer to any complaint that the Secretary of State has failed to enact primary legislation or make regulations under Section 31(4)(a) of the 1990 Act. It is no answer to a failure to make regulations under Section 8(d).

3. It is not possible at this stage to rule one way or the other whether, if the Claimants' arguments succeed, they will be entitled to a declaration of incompatibility. There is an open question of law, the resolution of which is dependent in part on the precise findings of the court and the conclusions to be drawn from them.

I shall hear submissions from counsel as to any consequential orders that are now required.