



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil

## **EL DERECHO A TENER UN PADRE Y UNA MADRE**

La paternidad y maternidad en los casos de Adopción y aplicación de  
Técnicas de Reproducción Humana Asistida

**Memoria para optar al grado de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas y Sociales**

CATALINA TAHÍA MORENO ORELLANA  
DANIELA CRISTAL COLLAO BARRIOS

PROFESOR GUÍA: GONZALO FIGUEROA  
Abogado Universidad de Chile

Santiago, Chile

2008

*A nuestros padres, por su cariño y apoyo incondicional.*

## INDICE

RESUMEN.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: DERECHO DE FAMILIA Y LEY 19.585.....	3
DERECHO DE FAMILIA.....	3
Definición.....	3
Evolución Histórica del Derecho de Familia.....	10
Principales leyes complementarias y modificatorias del Código Civil en materia de familia.....	15
LEY 19.585.....	16
Bienvenida Igualdad.....	16
Inconstitucionalidad de la legislación anterior a la Ley 19.585.....	17
Principios Fundamentales de la Ley de Filiación.....	19
Deficiencias de la Ley de Filiación.....	21
1. Exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda.....	21
2. La Ley no entregaba ningún valor probatorio especial a la prueba de ADN.....	22
3. Negativa del demandado de someterse al examen de ADN.....	23
4. Negativa de realizarse el examen de ADN y el Derecho a la Identidad.....	24
Innovaciones de la Nueva Ley de Filiación.....	25
Sistema Probatorio.....	26
Límite a la prueba testimonial.....	28
Medios de prueba especialmente regulados por la Ley 19.585.....	28
Interpretación de la Nueva Ley.....	28
Tribunales de Familia.....	29
Crítica a los Nuevos Tribunales de Familia.....	30
CAPITULO II: LA FILIACIÓN.....	37
FILIACIÓN.....	37
Concepto.....	37
Tipos de Filiación.....	38
Determinación de la Filiación.....	39
El Reconocimiento.....	40
La Repudiación.....	43
Conclusión.....	44
Efectos de la Filiación.....	44
Criterios para determinar la Filiación.....	45
ACCIONES DE FILIACION.....	46
Tipos de acciones de Filiación contempladas en la Ley.....	47
Acción de Reclamación.....	47
Acción de Impugnación.....	47
Acción de Desconocimiento.....	48
Acción de Nulidad.....	48

PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN.....	50
Concepto.....	50
Principios.....	50
Fuente de los principios.....	51
Derecho a la Igualdad.....	52
Concepto.....	52
Fuente del principio.....	55
Recepción normativa del principio.....	55
Interés superior del niño.....	56
Concepto.....	56
Fuente normativa del principio.....	60
Recepción normativa del principio.....	61
Derecho a la Identidad.....	63
 CAPITULO III: DERECHO A LA IDENTIDAD.....	 64
CONCEPTO.....	64
DERECHO A LA IDENTIDAD COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE FAMILIA.....	66
FUENTES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	67
RECEPCIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO.....	69
 CAPITULO IV: LA ADOPCIÓN.....	 72
LA ADOPCIÓN.....	72
Origen y evolución histórica de la Adopción.....	72
Concepto.....	75
Evolución legislativa de la Adopción en Chile.....	79
Código Civil.....	79
Adopción como contrato.....	80
La Adopción legitimante.....	82
Adopción simple.....	84
Adopción plena.....	85
Legislación actual.....	87
Principales principios que inspiran el régimen de adopción chileno.....	91
El interés superior del niño en materia de adopción.....	92
El principio de la reserva relativa.....	94
El derecho a la identidad del menor en la adopción.....	95
Legislaciones comparadas sobre adopción.....	97
Legislación española.....	98
Legislación francesa.....	100
Legislación argentina.....	102
Conclusión.....	104
Características de la regulación de la adopción en la actualidad.....	104

Finalidad y fundamento.....	104
Interés superior del niño y participación del menor en el proceso de adopción...	105
Derecho a la identidad del menor y secreto.....	106
Adopción internacional.....	106
<b>CAPITULO V: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....</b>	<b>107</b>
INTRODUCCIÓN.....	107
DEFINICIÓN.....	108
DISTINTAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	109
1- Inseminación artificial.....	109
a. Inseminación artificial con semen del marido (IAC).....	110
Conflictos jurídicos que pueden darse en los casos de inseminación artificial con semen del marido.....	112
I.- Fecundación post mortem.....	112
II.- Fecundación de la mujer sin el consentimiento del marido o contra su voluntad.....	113
b. Inseminación artificial con gametos de un donante (IAD).....	113
Conflictos jurídicos que pueden darse en los casos de inseminación artificial con gametos de un donante.....	114
I.- Validez del contrato de donación o venta de gametos.....	114
II.- Quiénes son los padres del niño. Posible pugna entre los padres biológicos y los padres formales o legales.....	117
III.- Derecho a la identidad de los niños nacidos producto de Técnicas de Fertilización Humana Asistida en contraposición al derecho de anonimato del donante.....	118
IV.- Responsabilidad médica por una mala selección del semen del donante.....	123
V.- Inseminación artificial a una mujer soltera.....	125
VI.- Anonimato de los donantes de gametos.....	125
VII.- Inseminación artificial con semen de un donante y el consentimiento del futuro padre legal.....	127
2- Fecundación In Vitro.....	128
a. Fecundación In Vitro con transferencia de embriones (FIVITE).....	130
b. Fecundación In Vitro con transferencia intratubárica de gametos (GIFT).....	130
Determinación de la filiación en los diversos casos de Fecundación In Vitro.....	130
1. Fertilización In Vitro con gametos de los cónyuges o pareja.....	130
2. Fertilización In Vitro con donante externo.....	131
2a. Donante externo de espermios.....	131
2b. Donación de ovocito.....	131
2c. Donante externo de ovocito y de espermios.....	131
Problemática ética y jurídica de la fertilización In Vitro.....	132
Maternidad Gestacional Subrogada.....	133
Diversas modalidades que pueden darse en la Maternidad Gestacional Subrogada.....	134
1. Recurren a la Maternidad Gestacional Subrogada los cónyuges o una pareja.....	134
2. Recurren a la Maternidad Gestacional Subrogada un hombre o una mujer solteros.....	135

Consideraciones éticas y jurídicas en la Maternidad Gestacional Subrogada.....	136
Intereses en conflicto en la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	138
Legalidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	140
Puede permitirse la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida....	140
a. Tratados Internacionales.....	141
b. Derecho comparado.....	144
c. Legislación Chilena actualmente vigente sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	148
Consentimiento en el artículo 182.....	150
Quién puede someterse a la técnicas de reproducción humana asistida.....	151
Situación actual existente en Chile respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	152
Proyecto de Ley N° 4735 Sobre Reproducción Humana Asistida.....	153
Detalles del contenida del Proyecto de Ley N° 4735 sobre Reproducción Humana Asistida.....	154
Conclusión.....	157
CONCLUSIÓN.....	158
BILIOGRAFÍA.....	167

## RESUMEN

El objetivo de la presente Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales es exponer la forma en que se determina en nuestra legislación actual la paternidad y la maternidad en los casos de Adopción y aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y analizar cual es la aplicación que reciben actualmente los principios rectores de nuestro estatuto filiativo en los referidos casos.

Para esto realizamos una exposición de la legislación vigente que establece la forma de determinación de la paternidad y maternidad en los casos referidos, detectando los vacíos existentes en las leyes que regulan la Adopción y la aplicación de Técnicas de Fertilización Humana Asistida. Expusimos el contenido de cada uno de los tres principios rectores de la filiación a la luz de los Tratados Internacionales que los establecen, y analizamos la aplicación que reciben estos principios en los casos expuestos, comparando la legislación regulatoria de la Adopción y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la señalada observancia de los principios, con la legislación extranjera y análisis de jurisprudencia y doctrina internacional.

A partir del estudio realizado planteamos soluciones para llenar los vacíos legales detectados en la legislación que regula la Adopción y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y señalando también ideas para solucionar los casos en donde a nuestro juicio se violaban los principios de nuestro estatuto filiativo, soluciones originales e inspiradas en la legislación, jurisprudencia o doctrina extranjera.

De la exposición de la legislación actual, resolvimos como se determina la paternidad y maternidad en los casos de Adopción y aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestra legislación actual y cuál es la aplicación y efectiva observancia de los principios de Igualdad, Interés Superior del Menor e Identidad.

## INTRODUCCIÓN

La determinación de la paternidad y la maternidad es muy importante en una sociedad, los niños que forman parte de ella, deben ser cuidados y educados, para lo cual debe exigírseles a sus padres que cumplan con estos deberes trascendentales para la continuidad de la sociedad. El primer paso para exigir el cumplimiento de estos deberes es contar con criterios claros e igualitarios de determinación de paternidad y maternidad. La legislación vigente es la encargada de establecer estos criterios, respetando los derechos fundamentales de las personas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, para así obligar a los padres de un menor a cumplir con sus deberes para con éste.

Los criterios y el modo de determinar la maternidad y paternidad son esenciales a la hora de hacer valer los derechos de los menores. Actualmente la tecnología ha permitido que la referida determinación no represente mayor problema, puesto que las pruebas periciales biológicas, específicamente las pruebas de ADN pueden establecer la relación de paternidad o maternidad con un altísimo porcentaje de efectividad, siendo prácticamente incontrovertibles. Y nuestra legislación filiativa actual a la hora de determinar la maternidad y paternidad se inclina por hacer prevalecer la verdad biológica, permitiendo la investigación de paternidad y maternidad.

Existen, sin embargo, excepciones al principio de la verdad biológica, que son precisamente las que se quieren abordar en esta Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, las cuales son, la determinación de la maternidad y paternidad en los casos de la Adopción y en los casos de las Técnicas de Fertilización Humana Asistida, en donde se hace prevalecer la voluntad de las partes involucradas por sobre la verdad biológica, ya que en estos casos los padres biológicos pierden todos sus derechos respecto al menor y no tienen ninguna de las obligaciones que la ley les impone. A continuación, se analizarán los criterios que utiliza nuestra legislación para determinar la maternidad y paternidad en estos dos casos, y en especial a la luz de los derechos de los menores a conocer sus orígenes, vale decir el derecho a la



identidad, y en general los derechos y deberes de los involucrados, ya que las personas que según la legislación pasan a ser los padres de los menores, al manifestar su voluntad en tal sentido y cumpliendo con los requisitos establecidos, aunque no lo sean biológicamente, deberán cumplir con todos los deberes que la paternidad trae aparejados, y en este caso no habrá lugar a arrepentimientos.

## **CAPITULO I: DERECHO DE FAMILIA Y LEY 19.585**

### **Derecho de Familia**

#### **Definición**

El Derecho de Familia es una rama del Derecho, que se puede definir como el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros.<sup>1</sup>

En su aspecto subjetivo se puede definir como las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. También está definido por Carlos Lazarte<sup>2</sup> como el conjunto de reglas de mediación y organización familiar de carácter estructural que comprende básicamente aspectos tales como; el matrimonio y sus situaciones de crisis; las relaciones entre padres e hijos; las instituciones tutelares en función sustitutiva de la patria potestad (guardas).

El derecho de familia es distinto del derecho patrimonial<sup>3</sup>, diferenciándose en diversos aspectos, principalmente porque en éste, predomina el interés social por sobre el interés individual, vale decir, predomina el interés de la familia.

Por regla general las normas jurídicas que lo integran son de orden público, pues se resguarda el interés social, por lo que son normas irrenunciables, a diferencia del derecho patrimonial donde las normas son de orden privado renunciables en su mayoría.

---

<sup>1</sup> Definición de Ferrara. RAMOS PAZOS RENÉ, *Derecho de Familia, tercera edición*, Editorial Jurídica. pág. 14.

<sup>2</sup> Carlos Lazarte, citado en Apuntes de Derecho de Familia de Universidad Diego Portales. Profesora Alejandra Agud.

<sup>3</sup> Derecho patrimonial: Aquella rama del derecho que se encarga de la atribución de los bienes a determinadas personas, regulando la movilización de los mismos, su tráfico.

Además el Derecho de Familia se caracteriza por tener un contenido eminentemente ético, de normas que muchas veces no traen aparejada una sanción, como el deber de obediencia y respeto que deben tener los hijos hacia sus padres, lo que no ocurre en el Derecho Patrimonial. Creemos que aún cuando las normas del Derecho Patrimonial nunca se limitan a meros “consejos” ya que siempre traen aparejadas consecuencias negativas en caso de contravención, su contenido también podría considerarse ético puesto que protege el patrimonio de las personas, que en general han obtenido gracias a su esfuerzo.

El Derecho de Familia, como señalamos, regula las relaciones de los miembros de la familia entre sí y respecto de terceros. Es importante destacar que en un sentido jurídico, Familia esta definida por la doctrina como “*un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco, a las que la ley atribuye algún efecto jurídico*”.<sup>4</sup> O como lo define Somarriva familia es “*un conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción*”<sup>5</sup>.

El matrimonio y el parentesco se definen como sigue: Matrimonio, según el artículo 102 del Código Civil es “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Parentesco se define como la relación de familia que existe entre dos personas, que puede ser por consanguinidad o por afinidad. El parentesco consanguíneo se funda en una relación de sangre, cuando una persona desciende de otra o de un tronco o antepasado común, que puede ser en línea recta o colateral.<sup>6</sup> Y el parentesco por afinidad por su parte es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer.

Nuestra Constitución Política expresa en su artículo 1º inciso 2º que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”. Y más adelante agrega que “*es deber del*

---

<sup>4</sup> RAMOS PAZO RENÉ, Derecho de Familia , Tercera edición, Editorial Jurídica. Pág. 9.

<sup>5</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, Derecho de Familia, Editorial Nascimento, Santiago 1946, pág. 20.

<sup>6</sup> Artículo 28 del Código Civil.

*Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta”.*

Falta en nuestra legislación una definición de familia, la única con que contamos es la del artículo 815 inciso 3 del Código Civil, que sólo sirve para fines limitados, que son el derecho de uso y habitación.<sup>7</sup>

Por esta razón se ha discutido acerca del alcance de la disposición constitucional, esto es cual sería la familia a la que el Estado debe protección, qué se entiende por familia. Se ha sugerido utilizar las normas de interpretación del artículo 19 y siguientes del Código Civil para dilucidar a qué se refiere la Constitución y la ley al utilizar la palabra familia. En su sentido natural y obvio la palabra familia proviene etimológicamente de la expresión latina *famulia* por derivación de *fámulus* que deriva del osco *famel* que significa siervo y más remotamente del sánscrito *vama* que significa hogar o habitación. Por lo que familia etimológicamente sería un conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.

El Diccionario de la Real Academia Española define familia como “un grupo de personas emparentados entre sí que viven juntas, o un conjunto de ascendentes, descendientes colaterales y afines de un linaje”.

Luego en aplicación del elemento lógico<sup>8</sup> de interpretación se recurre a la definición existente en nuestra legislación de familia del artículo 815 del Código Civil, referida al derecho de uso y habitación. Este artículo establece que los derechos del habitador o usuario se limitan a sus necesidades personales del usuario o habitador, y éstas comprenden las de su familia, la cual está compuesta, según el inciso 3º del referido artículo, por el cónyuge, los hijos existentes a la época de la constitución del derecho de uso y habitación como los que sobrevienen después, esté o no casado el usuario o habitador, haya o no reconocido hijos al momento de la constitución del derecho de uso y habitación, incluye también al número de sirvientes necesarios para

---

<sup>7</sup> Artículo 815 del Código Civil

<sup>8</sup> Artículo 22 del Código Civil.

la familia, y las personas que a la fecha de constitución vivan con el habitador o usuario y a su costa, y a quienes el habitador o usuario deba alimentos.

El artículo 815 ve a la familia como una unidad de producción y consumo, esta definición no considera los vínculos de parentesco sanguíneo, de adopción o fundados solo en el matrimonio, ya que considera como parte de la familia además del cónyuge e hijos, a los sirvientes y personas que viven con él. Lo que a nuestro juicio, amplía demasiado el concepto de familia, que debe limitarse al conjunto de personas unidas por el matrimonio por un parentesco<sup>9</sup>, o por uniones de hecho, ya que entre ellas median los derechos y obligaciones que establece el derecho de familia.

Los autores vinculados a la Iglesia Católica señala que familia sería solo aquella basada en el matrimonio, por lo que solo ésta merecería la referida protección constitucional y legal, alegando que uno de los principios orientadores del Código Civil era la constitución cristiana y su protección.

Actualmente se ha llegado, por la mayoría de los autores, a la conclusión que la familia en cuestión no es únicamente la legítima, fundada en el matrimonio si no también aquella que no lo ésta. Entre ellos el profesor Gonzalo Figueroa Yañez señala que el Estado debe dar protección y propender al fortalecimiento tanto de las familias legítimas como de las que no lo son.<sup>10</sup>

Por su parte el profesor Carlos Peña González señala que el referido artículo 1º inciso 2º de nuestra Constitución fue tomado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16 N° 3.<sup>11</sup> la cual se debe relacionar con sus artículos

---

<sup>9</sup> Los cónyuges no son parientes entre sí.

<sup>10</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, Persona, pareja y familia, Editorial Jurídica de Chile, 1995, págs. 70-72

<sup>11</sup> Artículo 16 N° 3 Declaración Universal de los Derechos Humanos: “ La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

2º y 7º<sup>12</sup> que rechazan toda forma de discriminación, incluida aquella que se efectúa en razón del nacimiento.<sup>13</sup>

Cabe destacar que la nueva Ley de Matrimonio Civil<sup>14</sup> señala que la base principal de la familia es el matrimonio, con lo que nos parece que está reconociendo que el matrimonio es la base fundamental de la familia, pero no la única.<sup>15</sup> Además cuando la Real Academia Española define la palabra familia no hace referencia al matrimonio, como elemento integrante de ésta.

En nuestra opinión tanto la familia basada en el matrimonio, como la que no lo está, constituye el núcleo fundamental de la sociedad al que alude la Constitución. Es este grupo de personas el que permite la existencia de la sociedad como la conocemos, constituyendo su estructura.

Es en el seno de la familia dónde el individuo es acogido y educado, recibe valores, costumbres y aprende a compartir su espacio con otras personas para poder vivir en sociedad. Es la familia la que además de educar, protege, cuida y financia las necesidades económicas de sus miembros, dándoles un lugar donde vivir, alimento, vestimenta, salud, educación entre otros. Cumpliendo así una función redistributiva de los ingresos, y educativa que es esencial para la continuidad de la sociedad, ya que

---

<sup>12</sup> Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7. "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

<sup>13</sup> FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *"Instituciones Modernas del derecho civil"*, Editorial Cono Sur, Santiago de Chile 1996, págs. 140-150.

<sup>14</sup> Ley 19.947 de 2004

<sup>15</sup> Ley 19.947 Artículo 1 inciso 1º

gracias a esto se prepara a los individuos que compondrán la sociedad del futuro, y se vela por el bienestar de los ancianos fuente de sabiduría y portadores de nuestra historia.

Si cada individuo velara sólo por si mismo, nadie educaría ni cuidaría a nuestros niños, ni se encargaría de los ancianos y la sociedad se extinguiría. Las labores referidas y de tanta importancia que cumple la familia, se llevan a cabo de igual forma tanto si la familia se basa o no en el matrimonio,

Esta función de estructurar y mantener la existencia de la sociedad que le atribuimos a la familia, la cumple de igual forma tanto cuando se funda como cuando no se funda en el matrimonio, las uniones de hecho, las familias monoparentales entre otras. Toda familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado.

Podríamos concluir definiendo en nuestras palabras lo que nos parece que es la familia digna de protección constitucional y legal: Familia es aquel grupo de personas unidas por un vínculo de parentesco, matrimonial, consanguíneo o adoptivo o que se encuentran unidos de hecho.

En nuestra opinión la familia, es un grupo de personas unido por vínculos sanguíneos y/o afectivos, que se cuidan y ayudan mutuamente, compartiendo recursos, costumbres, valores, en una relación de constante cooperación mutua entre sus miembros, existiendo la mayoría de las veces relaciones jerárquicas entre ellos, ya que por lo general los de mayor edad en la familia serán los jefes de ella y la mayor de las veces son los que trabajan para mantener a la familia o aportan la mayor cantidad de recursos para ello y por su mayor experiencia dirigen el comportamiento de los demás miembros de la familia, tienen el mando, cuidan y educan a los más jóvenes, no necesariamente menores de edad, que gozan de estos beneficios de educación, cuidados y manutención, o cuidan a los ancianos. Estas relaciones son estables, vale decir duraderas en el tiempo, esta estabilidad no solo depende de su duración, si no

principalmente de un elemento psicológico en este caso el ánimo de permanencia que tengan los miembros de la familia, de continuar con la mutua cooperación.

Los elementos de este concepto de familia, serían por tanto los siguientes:

1. grupo unido por vínculos sanguíneos y/o afectivos.
2. relación de cooperación mutua, que incluye recursos, cuidados y educación.
3. jerarquía dentro del grupo.
4. estabilidad en el tiempo.

Siendo elementos determinantes los vínculos sanguíneos o afectivos, la cooperación mutua y la estabilidad, no debiendo estar presente obligadamente la jerarquía dentro del grupo ya que en los casos de matrimonios o parejas sin hijos no estará presente este elemento.

Por ende cabe concluir que consideramos familia, no solo aquella fundada en el matrimonio, si no también aquellas parejas de convivientes con o sin hijos siempre que sean estables en el tiempo y tengan relación de cooperación mutua, incluyendo como familia a las madres solteras con sus hijos, a un matrimonio con hijos y la abuelita que vive con ellos, a un grupo de hermanos huérfanos que viven juntos en relación de cooperación mutua, a los padres o madres divorciados o separados que continúan conjuntamente al cuidado de sus hijos comunes, a los padres con sus hijos adoptivos o sus hijos concebidos mediante Técnicas de Fertilización Humana Asistida.

Por esto, es a los grupos humanos que acabamos de definir a los cuales la Constitución debe protección, ya que son ellos los que le dan estabilidad y continuidad a la sociedad, redistribuyen los recursos para que los miembros más jóvenes o ancianos de ella puedan ser mantenidos y cuidados, son al base de la sociedad, su núcleo fundamental, sin la cual no se desarrollaría adecuadamente.



## **Evolución Histórica del Derecho de Familia**

Los principios orientadores del Código Civil en la época de su redacción eran muy distintos a los imperantes actualmente en especial los referentes a la materia que nos atañe. Estas bases fundamentales eran a nuestro entender, las siguientes:

- Matrimonio religioso e indisoluble;
- Incapacidad relativa de la mujer casada;
- Administración Unitaria concentrada en el marido de la sociedad conyugal;
- Patria potestad exclusiva y con poderes absolutos a favor del padre;
- Filiación matrimonial fuertemente favorecida.

En la actualidad estos principios han sufrido profundas modificaciones, la única que se ha mantenido es la administración exclusiva y excluyente del marido de la sociedad conyugal.<sup>16</sup>

Todos los demás principios han sido modificados poco a poco: se ha secularizado el matrimonio, y se volvió disoluble luego de la promulgación de una ley sobre el divorcio; la mujer casada actualmente en cualquier régimen matrimonial es plenamente capaz; la patria potestad no es una prerrogativa exclusiva del padre, puesto que puede ejercerla también la madre.

---

<sup>16</sup> Esto justificado en el hecho que será el marido el que responda de su gestión frente a terceros y no la mujer, lo que nos parece una justificación pobre, que se basa únicamente en la creencia de que el más capacitado para administrar el patrimonio familiar es el marido, basándose en los roles predeterminados del hombre y la mujer, donde el hombre es el proveedor y la mujer es madre, que cuida a los hijos y la casa, sin contar con el conocimiento y la experiencia suficiente como para administrar el patrimonio familiar.

Nos parece que es una concepción arcaica del matrimonio, que no está acorde con los tiempos en que vivimos, donde la mujer es independiente, trabaja y se mantiene. Por lo que es inconcebible que el régimen supletorio de la voluntad de las partes en nuestra legislación, sea uno donde el marido administra todos los bienes de la familia incluso los de su mujer (excepto algunos como los provenientes de su trabajo). Nos parece mucho más adecuado, y acorde con la comunidad de vida que representa el matrimonio el Régimen de Participación en los Gananciales que se propuso para ocupar el lugar de la Sociedad Conyugal como régimen supletorio pero que sólo fue aceptado como régimen alternativo en caso que las partes lo escogieran expresamente.

La filiación ha sufrido profundos cambios, que a nuestro juicio vienen en protección de nuestros niños, y para estar acorde a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile que repugnan toda forma de discriminación en especial aquella basada en el origen.

A la época en que se dictó nuestro Código Civil, se favorecía la filiación matrimonial considerándola como más digna de amparo que cualquiera otra. Así, se prohibía la investigación de la filiación no matrimonial, en especial, a nuestro parecer, para proteger la honra e intimidad de los señores de la época, que tenían amoríos antes o fuera del matrimonio, eludiendo todo tipo de responsabilidad, sin tomar en consideración la legislación, las necesidades de los hijos ansiosos de conocer sus orígenes, y más grave aún, necesitados de sustento sin tener a quién reclamárselo.

Nos parece que don Andrés Bello fue poco justo en este punto, ya que a la fecha de la promulgación del Código Civil varios Códigos que le sirvieron de inspiración ya admitían la referida investigación, como el Código Civil Francés por ejemplo. Se consideró más importante el interés de los padres, la intimidad, y tranquilidad de hombres adultos que podían responsabilizarse de sus actos, por sobre el de los hijos, niños sin culpa alguna de haber nacido fuera del matrimonio.

Este criterio ha sido revertido totalmente en la actualidad, dónde no sólo se permite la investigación de la filiación, sino que se facilita, ya que se aceptan toda clase de pruebas y el tribunal puede ordenar pruebas de oficio, para que se logre efectivamente el objetivo de descubrir el origen de las personas, haciendo cumplir así su derecho a la Identidad, considerado un derecho fundamental de toda persona.

Por otro lado, se favorecía la filiación matrimonial, ya que sólo los hijos matrimoniales tenían la totalidad de los derechos que concedía la legislación a los hijos. Eran los llamados “hijos legítimos”. En la época existían por lo tanto tres categorías de hijos<sup>17</sup>; hijos legítimos, naturales e ilegítimos.

---

<sup>17</sup> Art. 35 al 40 del Código Civil anterior a las modificaciones introducidas por la ley 19.585.

Hijos legítimos eran los concebidos durante el matrimonio verdadero anterior o posterior al nacimiento, o putativo<sup>18</sup> que produzca efectos civiles y los legitimados por el matrimonio de los mismos posterior a la concepción.

Hijos ilegítimos eran todos los demás que no cupieran en la categoría de legítimos. Estos podían ser; simplemente ilegítimos, naturales o de dañado ayuntamiento.

Hijos ilegítimos eran aquellos nacidos fuera del matrimonio, no reconocidos por sus padres. Hijos naturales, los que habían obtenido el reconocimiento de su padre, o madre, o de ambos otorgado por instrumento público. Los hijos ilegítimos podían ser además de dañado ayuntamiento que comprendía a los adúlteros<sup>19</sup>, a los incestuosos<sup>20</sup> y a los sacrílegos<sup>21</sup>.

Los hijos naturales eran marcados con el estigma de haber nacido fuera de un matrimonio legalmente constituido y se los privaba de la posibilidad de contar con la protección de una familia amplia conformada por abuelos, tíos, tías, primos entre otros.

---

<sup>18</sup> Art. 122 Código Civil : “El matrimonio nulo, si ha sido celebrado ante oficial del Registro Civil, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.

Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la filiación matrimonial de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge, al que casi de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.”

<sup>19</sup> Eran los hijos concebidos en adulterio, uno de los padres a lo menos debe haber estado casado con otra persona al tiempo de la concepción, la ley 5750 del 2 de Diciembre de 1935 suprimió la clasificación de hijos sacrílegos, adúlteros e incestuosos.

<sup>20</sup> Eran las persona cuyos padres eran parientes, emparentados uno con otro en la línea recta de consanguinidad o afinidad, legítima o ilegítima, o que se hallaban en el segundo grado transversal de consanguinidad o afinidad, legítima o ilegítima, o entre padres que de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro.

<sup>21</sup> Eran los concebidos cuando alguno de sus padres era clérigo de ordenes mayores, o persona ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica.

De acuerdo a la ley, los hijos naturales no podían tener abuelos, porque su reconocimiento como tales era un acto voluntario del padre o madre que los reconocía, que no podía involucrar a los abuelos, que no habían manifestado voluntad alguna y por ende, los hijos naturales no podían heredar a sus abuelos en representación de sus padres, ni esperar protección ni cuidado de ellos.<sup>22</sup> Además la condición de hijos naturales o ilegítimos los hacía víctimas de discriminación por parte de muchas personas, instituciones y grupos, tales como los colegios, por considerarlos portadores de una dudosa moralidad, por no haber sido concebidos en el seno de una familia bien estructurada.

Varias leyes fueron atenuando este principio de la filiación matrimonial favorecida. Así el decreto ley N° 328 y la ley 5.521 realizaron una tímida reforma referente a los efectos de la filiación legítima, atribuyendo la patria potestad en forma subsidiaria a la madre legítima.

Posteriormente, la Ley 5.750 de 2 de diciembre de 1935, suprimió la calidad de hijos de dañado ayuntamiento, que a nuestro juicio era la más aberrante discriminación y suerte de enrostramiento de pecados, encima ajenos. Se permitió además al hijo ilegítimo (no reconocido como natural) pedir alimentos en caso de encontrarse en una de las hipótesis contempladas por la ley, sin que esto significara consagrar el derecho a investigar la paternidad o maternidad. Ya que se estableció en forma tajante: “No es admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los indicados en el art. 280”.

Luego la Ley 10.271 de 2 de abril de 1952 mejoró notablemente la situación de los hijos naturales, admitiéndose el reconocimiento forzado<sup>23</sup>, además del espontáneo (expreso o tácito) y provocado. Pero este reconocimiento forzado sólo en casos taxativamente señalados y que eran difíciles de probar. Esta ley N° 10.271 modificó también el principio según el cual los hijos naturales tenían un parentesco limitado

---

<sup>22</sup> Actualmente los abuelos son parientes y se los hereda y se les pueden pedir alimentos en caso que los padres no puedan dárselos a sus hijos.

<sup>23</sup> Artículo 271 N° 2,3 y 4

careciendo de abuelos y modificó el área sucesoria, ya que los hijos naturales pasaron a concurrir conjuntamente con los hijos legítimos en el primer orden de sucesión intestada, pero no en la misma proporción<sup>24</sup> y pasaron a ser asignatarios de cuarta de mejoras.

La Ley 18.802 no representó cambios significativos, estableciendo que la madre legítima podía tener el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos en caso de obtener la tuición de los mismos. Que también la tendría en caso de suspensión del ejercicio de la patria potestad del padre o en caso de ser privado de la administración de los bienes de sus hijos.

Por su parte las leyes 17.999 y 19.089 perfeccionaron el reconocimiento voluntario expreso, en protección de los hijos.

Finalmente, la Ley 19.585 terminó definitivamente con toda forma de discriminación entre los hijos, consagrando que todos los hijos son iguales, tienen los mismos derechos independientemente de su origen y de la relación que hayan tenido sus padres para concebirlos. Se mantuvo, eso sí, la distinción entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales solo para efectos de reconocimiento de los hijos, ya que en caso de filiación matrimonial se presume la paternidad del padre casado con la madre. Y los hijos que pretendan que se les reconozca una filiación matrimonial deben demandar en forma conjunta a su padre y madre que estén o hayan estado casados.

Esto no quiere decir que todos los hijos sean efectivamente iguales, sino que tienen iguales derechos, “estableciendo la igualdad de efectos, es decir, de derechos y cargas, entre todos los hijos con prescindencia del origen de la filiación, y esa idea igualitaria se expande hacia los padres, manifestándose destacadamente en el acceso al cuidado personal y a la patria potestad”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Artículo 988 del Código Civil anterior a la reforma de la Ley 19585.

<sup>25</sup> PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL, “*Los Bienes: la propiedad y otros derechos reales*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Como señalan las profesoras Claudia Schmidt y Paulina Veloso, expertas en el tema, “la evolución legislativa del régimen filiativo culmina con la dictación de la Ley N°19.585, la cual “instaura” a diferencia de las leyes que precedieron, un nuevo estatuto filiativo, sin perjuicio que también introduce modificaciones en materia de sucesión”<sup>26</sup>.

A nuestro parecer es un alivio que se haya instaurado este nuevo régimen filiativo, ya que discriminar a las personas, en especial a los niños por algo tan ajeno a su voluntad y a su responsabilidad, como es su propio origen constituye una aberración, que nos acerca más a un sistema de clases sociales fijas y que valora a las personas por sus nombres y apellidos y no por lo que son y han construido a lo largo de sus vidas.

### **Principales leyes complementarias y modificatorias del Código Civil en materia de familia**

La Ley de Matrimonio Civil de 10 de Enero de 1884, y la de Registro Civil de 17 de Julio de 1884 secularizaron el matrimonio, la primera de las cuales ha sido actualmente reemplazada por la *Ley 19.947 del 17 de mayo de 2004*.

La ley 5.343 de 1934 sustituida por la Ley 7.613 de 1943, y la ley 18.703 de 1988 que reguló la adopción de menores. Actualmente la *ley 19.620 del 27 de octubre de 1999*, que establece el nuevo estatuto sobre adopción, derogó las anteriores.

La ley 5.750 de 1935, que suprimió los hijos de dañado ayuntamiento y permitió a los hijos ilegítimos pedir alimentos a su padre o madre en determinadas hipótesis. Para algunos, esta ley admitió por primera vez, tímidamente, la investigación de la

---

<sup>26</sup> Schmidt Claudia, Veloso Paulina, La Filiación en el nuevo Derecho de Familia, Cono Sur, 2001, Santiago, Chile. Pág.8

paternidad y maternidad ilegítimas. Pero la verdad es que la referida investigación continuaba siendo prohibida.

La *ley 19.585* publicada en el Diario Oficial de 26 de Octubre de 1998 eliminó la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales y, como consecuencia de ello, modificó sustancialmente lo relativo a patria potestad y derechos hereditarios.

La ley 19.968 creó los tribunales de familia y entró a regir el 1º de Octubre de 2005. Esta Ley contiene disposiciones que en cierto modo pueden significar, modificaciones o complementaciones importantes a la legislación vigente, como por ejemplo en lo referido a la ponderación de la prueba en los juicios de familia.

## **Ley 19.585**

### **Bienvenida Igualdad**

La ley 19.585 denominada “Nueva Ley de Filiación” fue publicada en el Diario Oficial el 26 de Octubre de 1998, y entró en vigencia el 27 de Octubre de 1999.

Esta ley constituye una importante reforma en el ámbito filiativo y sucesorio chileno, incorporando los principios que actualmente imperan en las modernas legislaciones que regulan esta materia.

Esta ley representa un profundo cambio a nuestro Código Civil, terminando en forma definitiva con el trato desigual que la ley chilena daba a los hijos según nacieran dentro o fuera del matrimonio. Se dio así inicio a la plena igualdad entre todos los niños y niñas de Chile, poniéndose fin a una discriminación vigente desde 1855<sup>27</sup> que distinguía entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales. Esta Ley 19.585 consagró el derecho de igualdad, el interés superior del menor y el derecho a la identidad.

---

<sup>27</sup> Promulgación del Código Civil.

Esta legislación se complementa con la referida a la adopción, otorgando igualdad de derechos para los hijos, sean biológicos o adoptivos.

Se celebró la entrada en vigencia de esta nueva ley en una ceremonia realizada en las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, con la presencia del entonces Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, la Ministra de Justicia, doña María Soledad Alvear Valenzuela, y la Directora Nacional del Servicio, doña María Alejandra Sepúlveda Toro. Ante la presencia de las referidas autoridades, llegaron los primeros padres, desde la entrada en vigencia de la nueva ley, a solicitar el certificado de nacimiento de sus hijos. Se llenaron las partidas y se les entregaron los correspondientes certificados sin hacer ninguna inscripción discriminatoria para los recién nacidos. A los padres se les entregó un Quillay en símbolo de la importancia de la vida y del crecimiento, y cada árbol llevaba adjunta una cinta con la leyenda “Bienvenida, Igualdad”<sup>28</sup>

### **Inconstitucionalidad de la legislación anterior a la ley 19.585**

La mayoría de la doctrina considera que fue la ley 19.585 la que consagró por primera vez en nuestra legislación, los principios de Igualdad de los hijos y el principio de la identidad biológica.

La profesora Claudia Schmidt por su parte sostiene que esto no es efectivo, ya que Chile al ratificar la Convención de los Derechos del Niño el año 1989, Tratado Internacional que contiene estos principios, los incorporó a su legislación.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> [http://www.registrocivil.cl/Institucion/hitos/detalle\\_hitos/27-10-1999/27-10-1999.html](http://www.registrocivil.cl/Institucion/hitos/detalle_hitos/27-10-1999/27-10-1999.html)

<sup>29</sup> SHMIDT HOTT,CLAUDIA Y VELOSO VALENZUELA,PAULINA, “*La Filiación en el nuevo Derecho de Familia*”, Santiago, Chile : Cono Sur : LexisNexis Chile, 2001.



Según este criterio, el principio de la igualdad filiativa como el de la identidad biológica, estaban ya reconocidos en Chile con anterioridad a la reforma legal de 1998. Esto debido a que el inciso 2º del artículo 5 de la Constitución Política de la Republica<sup>30</sup> establece que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales de las personas, que se encuentran establecidos no sólo en la propia Constitución, sino también, en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Al respecto cabe añadir que durante muchos años la legislación chilena estuvo incumpliendo sus compromisos internacionales, ya que al ratificar un Tratado Internacional el Estado se compromete a cumplirlo y a adecuar su legislación interna al contenido del Tratado. El Estado chileno estuvo violando los derechos esenciales, de igualdad y el derecho a la identidad, que formaban parte de su legislación.

Frente a esta realidad, aplicando los remedios que contempla nuestra legislación para las normas inconstitucionales, se podría haber atacado la legislación anterior a la Ley 19.585 mediante la vía del recurso de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, y acto seguido, exigir la aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño, lo que es lícito por tratarse de un convenio que forma parte de la legislación interna.

Este tipo de solución se planteo en el Congreso Mundial de la Familia de Panamá de 1996 para los casos en que la ley fuera contraria a los principios generales de protección del niño, como en Chile antes de la ley 19.585.

---

<sup>30</sup> Artículo 5º C.P.R.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.  
El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta solución llamada la “triple vía” consiste en la aplicación de:

1. El principio de la derogación tácita
2. La aplicación directa de los Tratados Internacionales
3. La utilización de todos los elementos de interpretación.

Nos parece que la legislación anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley de filiación, era a todas luces inconstitucional, no sólo por contravenir disposiciones de un Convenio ratificado por Chile y vigente, sino también y principalmente por establecer una discriminación que atenta contra un principio básico, pilar de nuestro sistema, como es la igualdad ante la ley con independencia del nacimiento, edad, sexo, condición, raza, credo religioso, ideas políticas etc. Además, se privaba de protección, estabilidad económica y reconocimiento social a los hijos ilegítimos.

### **Principios Fundamentales de la Ley de Filiación**

Los principios fundamentales en que se basó la nueva ley son los siguientes:

La creación de un estatuto igualitario para todos los hijos, sean éstos nacidos dentro o fuera del matrimonio de sus padres, estableciendo así el derecho a la plena igualdad.

El establecimiento de la igualdad de los derechos hereditarios que correspondan a los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de éste.

Se establece una igualdad entre los hijos, pero la situación de todos ellos se ve desmejorada porque el cónyuge mejora sustantivamente sus derechos en el ámbito sucesorio, ya que el cónyuge recibe como mínimo el doble de lo que corresponde a cada hijo.

Sólo para efectos de la determinación de la filiación, nuestro Código mantuvo la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, sin vulnerar el principio de igualdad pues todos los hijos tienen iguales derechos, no se consagran estatutos jurídicos distintos. La filiación es una, no hay “clases de hijos” y la ley sólo habla de la filiación, no de una filiación matrimonial y otra no matrimonial.

Esta diferencia se utiliza únicamente para determinar el régimen jurídico al que se someten las acciones de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial. Y tiene importancia ya que en caso de tratarse de filiación matrimonial, la paternidad se podrá determinar a través de la presunción legal de paternidad del marido.<sup>31</sup> (Respecto a la maternidad la ley no distingue).

Se puede entender la razón de la distinción recurriendo al Mensaje del Ejecutivo con el cual se envió el proyecto de ley al Congreso. Al respecto señala: “La única distinción que se hace en el proyecto, es la que necesariamente resulta de la determinación de la filiación, ya que para el establecimiento de ésta no puede ignorarse que el matrimonio otorga un principio de certeza, que permite presumir la paternidad del marido.”

La consagración del principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, con la posibilidad de utilizar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, con lo que queda claro que la ley 19.585 le da gran relevancia a la verdad biológica.

---

<sup>31</sup> Presunción de paternidad, es una presunción simplemente legal.

Art. 184. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges.

No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los Artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido.

Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretado el divorcio, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII.

Art. 185. La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad están establecidas legalmente en conformidad con los Artículos 183 y 184, respectivamente.

Tratándose del hijo nacido antes de casarse sus padres, la filiación matrimonial queda determinada por la celebración de ese matrimonio, siempre que la maternidad y la paternidad estén ya determinadas con arreglo al Art. 186 o, en caso contrario, por el último reconocimiento conforme a lo establecido en el párrafo siguiente.

La filiación matrimonial podrá también determinarse por sentencia dictada en juicio de filiación, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

El principio que todos los hijos menores de edad, sin distinción, quedan sujetos a patria potestad, es decir bajo la representación legal de sus padres, los cuales serán responsables del cuidado y educación de sus hijos.

La patria potestad la ejercerá el padre, la madre o ambos conjuntamente, mediante acuerdo subinscrito al margen de la partida de nacimiento dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, la patria potestad la ejercerá el padre.

### **Deficiencias de la Ley de Filiación**

Con el correr de los meses se detectaron deficiencias en la nueva Ley, que impedirían que ésta alcanzara en parte las finalidades para las que fue creada. Por esta razón fue necesario introducirle algunas modificaciones, las que apuntan principalmente a la responsabilidad masculina de reconocer a los hijos.

Ana María Latorre, Directora Regional del Servicio Nacional del Menor, señaló que esta resolución puede provocar un aumento en el reconocimiento de la paternidad en nuestro país. “Debería haber un aumento en el reconocimiento de hijos, éste era uno de los pequeños problemas que tenía la ley ya que había mucho trámite y al final las mujeres optaban por no continuar. Creo que esto va a permitir tener una justicia más equitativa, ágil. Con la entrada en vigencia de los tribunales de familia va a existir una función más clara de donde se va a concentrar los derechos que tiene todo niño y niña de nuestro país”, señaló la Directora del Servicio.

Las principales deficiencias de la Ley de Filiación eran:

1. Exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda.

El artículo 196 de Código Civil señala que el Juez, sólo dará curso a la demanda si con ella se presentan a lo menos dos antecedentes, como son fotografías, testigos, cartas, etc., que hagan plausibles los hechos en que se funda.

Esta exigencia limitaba la posibilidad de investigar la paternidad contra personas respecto de los cuales no se contaba con prueba alguna, y la única posibilidad era el ADN, por ejemplo el caso de relaciones fugaces de una noche, o de amantes clandestinos, que carecieran, por razones obvias de testigos, fotografías o cartas.

Al carecer de estas pruebas, las acciones no prosperaban en los Tribunales de Justicia y no se podían solicitar los peritajes de carácter biológico como la prueba de ADN, lo cual iba a todas luces, en contra del derecho a la identidad de las personas, y dejaba a los menores sin un padre a quien exigirle sus derechos.

Con esto, nos parece que la ley pretendía proteger a las personas de acusaciones falsas, destinadas únicamente a mancillar su honra, pero produjo un efecto adverso a las finalidades de la ley, que el legislador, poco visionario a nuestro gusto, no previó al momento de su creación.

### Solución:

Actualmente, para proteger la honra de las personas en estos casos, existe la posibilidad de condenar en costas al demandante vencido si el juez estima que según nuestra legislación, no tuvo fundamento plausible para litigar.

Y el artículo 197 del Código Civil obliga a indemnizar los perjuicios al que haya ejercido una acción de filiación de mala fe.

### 2. La ley no entregaba ningún valor probatorio especial a la prueba de ADN

El examen de ADN tiene un porcentaje de certeza de un 99.9%. A pesar de esto, la antigua ley la consideraba como una prueba pericial biológica más, sin asignarle un mayor valor probatorio que el resto de las pruebas periciales biológicas. Esto provocaba que los jueces tuvieran diversidad de criterio sobre su importancia. Incluso llegando al extremo de rechazar el reconocimiento de la paternidad de

individuos cuya paternidad había sido establecida por la prueba de ADN, argumentando la falta de otras pruebas.

Solución:

La nueva ley de filiación establece que el examen de ADN será prueba suficiente para demostrar paternidad o maternidad, sin necesidad de contar con otras pruebas.

3. Negativa del demandado de someterse al examen de ADN

Frente a la negativa del demandado a someterse al peritaje biológico, el juez tenía las manos atadas.

Cierto es que no se puede obligar por la fuerza al individuo a la realización de estas pruebas. La única consecuencia para la negativa injustificada de someterse a la prueba de ADN era una presunción grave de paternidad en su contra, que sólo alcanzaba pleno valor probatorio si se le agregaban otras presunciones. Bastaba con la negativa del demandado, para paralizar el proceso en caso de no contar el demandante con otras pruebas a través de las cuales determinar la paternidad. En estos casos se veía frustrado el derecho a conocer la propia identidad de las personas y además las dejaba sin tener a quién exigirle los derechos emanados de la calidad de hijo. Claramente no se estaba cumpliendo con el objetivo.

Solución:

Con la actual legislación, en caso de negativa injustificada de someterse a la prueba de ADN por dos veces, el demandado podrá ser sancionado con la presunción legal de paternidad o maternidad o la ausencia de ella dependiendo del caso. Por lo que en caso de estarse reclamando el reconocimiento de paternidad, el demandado que se negare dos veces injustificadamente a realizarse el test será declarado padre.

En estos casos, los Tribunales de Familia sesionarán en sólo dos audiencias: preparatoria y juicio. Si se reconoce la paternidad, en la primera audiencia, el juicio queda concluido. Si la parte demandada no comparece, niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad, el juez ordenará de inmediato la prueba gratuita de ADN.

#### 4. Negativa de realizarse el examen de ADN y el derecho a la identidad

Cabe destacar que el hecho de no poder obligar al individuo a la realización del peritaje biológico, nos parece que atenta contra el derecho a la identidad de las personas.

La referida presunción deja a salvo los derechos del hijo emanados de la paternidad o maternidad, vale decir yo como hijo podré cobrarle una pensión alimenticia al demandado y recibir su herencia, entre otros derechos, porque el Juez declarará la paternidad o maternidad frente a la negativa injustificada de someterse a la prueba de ADN.

Pero eso no despeja las interrogantes de los hijos respecto a sus orígenes. No se está cumpliendo con el derecho a conocer la propia identidad.

Por lo anterior nos parece que al ser considerado el derecho a la identidad como un derecho fundamental de las personas, los supuestos padres debieran ser sancionados con otras penas para que se vieran constreñidos a someterse a la prueba de ADN. Como ejemplo podría apercibirse con arresto y multas. Así como en los casos de falta de pago de pensión alimenticia, los padres pueden ser sancionados con multas y arrestos, penas que se pueden repetir si continúan incumpliendo sus deberes, nos parece que se podrían aplicar también estas medidas para dar efectivo cumplimiento al derecho a la propia identidad, que al ser considerado fundamental tendría incluso una categoría superior que el derecho de alimentos.

Esta idea nos parece más efectiva para que las personas tengan la certeza de sus orígenes. En especial tomando en consideración que la prueba de ADN no atenta contra la libertad personal, ni contra la estabilidad física de las personas, al tratarse de una inofensiva muestra de sangre entre otras posibilidades, (pelo, saliva etc.).

En nuestra opinión las personas quieren saber con certeza sus orígenes, aunque ese padre no quiera tener ningún tipo de relación con su hijo, lo que es lo más probable si se negó a someterse al peritaje biológico. La persona igualmente quiere saber de dónde viene, quienes son sus parientes, sus abuelos, tíos, hermanos, la historia de ellos, su historia en el fondo. Por ello tiene derecho a exigir saber, a que ese supuesto padre o madre se someta al test de ADN, y no sólo estar amparado por una presunción, que aunque deja a salvo sus derechos, declarando padre al demandado que se niega a someterse al test, no le da la anhelada certeza de quién es.

### **Innovaciones de la Nueva Ley de Filiación**

En conclusión, la nueva Ley de Filiación establece los siguientes cambios: Admite a tramitación toda acción de reclamación de filiación, sin la exigencia de adjuntar antecedentes que hagan plausibles los hechos en que se funda; el examen de ADN será prueba suficiente para determinar maternidad o paternidad; en caso de negativa injustificada de someterse al examen de ADN, el Juez podrá aplicar a modo de sanción la presunción legal de paternidad o maternidad o la ausencia de ella, según corresponda; el establecimiento de métodos más expeditos para la notificación de las partes, permitiéndose que la orden judicial para la realización de los exámenes de ADN sea notificada en forma personal al demandado o por cualquier medio que garantice la debida información, evitándose así que los reclamados eludan dicha prueba. Las causas que actualmente se encuentran en los Tribunales de Menores seguirán siendo conocidas de acuerdo al procedimiento vigente en su inicio, hasta su sentencia y término con tratamiento preferencial, mientras entran en vigencia los nuevos Juzgados de Familia<sup>32</sup>; la ampliación de los Tribunales Competentes para conocer las causas de reclamación de filiación, permitiendo que se entablen en cualquiera de los domicilios de las partes a elección del demandante; que una vez fallado el reconocimiento judicial del reconocimiento de la paternidad o maternidad para hacer valer los derechos del niño o

---

<sup>32</sup> En funcionamiento desde el 1 de Octubre de 2005.



niña, bastará un acta que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento de la hija o hijo, para lo cual el tribunal reemitirá una copia auténtica al Registro Civil.

## **Sistema probatorio**

El concepto central en materia probatoria de la ley 19.585 es la amplia admisibilidad probatoria, que se expresó en el Mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de ley, y que fue aceptado unánimemente en el Congreso.

Esto quedó plasmado en la ley:

Artículo 198 del Código Civil: “En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte.” Además, y de mucha relevancia, la ley no establece restricciones para el ejercicio de las acciones o para acoger la demanda como ya se señaló.

La prueba para determinar la filiación se rige por las reglas generales.

La ley 19.585 establece que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio<sup>33</sup>. Vale decir, los Jueces deben asumir un papel activo, ya que se trata de una materia de interés general. Además, se admiten toda clase de pruebas para la determinación de la paternidad o maternidad.

Se discute si al señalar que se admiten “toda clase de pruebas” se refiere la ley únicamente a todas las pruebas que señala taxativamente nuestra legislación<sup>34</sup> en los artículos 1.698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil, o bien a todo tipo de pruebas, más allá de éstas.

---

<sup>33</sup> Artículo 198 Código Civil.

<sup>34</sup> Nuestra legislación señala que son medios de prueba: Instrumentos, Testigos, Confesión, Juramento, Inspección Judicial, Dictamen pericial y Presunciones.

Algunos autores señalan que los artículos 1.698 del C.C. y 341 del C.P.C. son jerárquicamente leyes, por lo que pueden ser modificadas por otras leyes, en este caso, sin derogarlas, sino aplicando el criterio de especialidad. Por lo que en materia de determinación de la filiación hay completa libertad de prueba.

Otros en cambio, señalan que el legislador sólo pretendía referirse a todas las pruebas contempladas en la legislación vigente con la frase “toda clase de pruebas”. Y que ésto no constituiría un inconveniente para cumplir los objetivos de la ley, puesto que en nuestro sistema procesal las pruebas son taxativas pero se amplían por la vía de la analogía<sup>35</sup> para ir incorporando los nuevos avances científicos a las posibles pruebas que se aporten en juicio. Así los videos y fotografías son considerados como instrumentos, y la prueba de ADN una prueba pericial. “Lo jurídico y lógico es que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación, que la ciencia pone con imaginación siempre renovada, ante él”<sup>36</sup>

Las profesoras Claudia Schmidt y Paulina Veloso<sup>37</sup> señalan que el alcance de la disposición “admite toda clase de pruebas” debe considerarse armónicamente con la que declara que “La Ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad”<sup>38</sup>. Y significa:

- Que no existen supuestos de filiación excluidos de la investigación judicial. Como serían por ejemplo casos de hijos nacidos por una relación fugaz o producto de la prostitución, el incesto o el adulterio.
- No existen supuestos de hecho excluidos. Vale decir se pueden probar todos los hechos alegados por las partes, cualesquiera sean.
- Permite la utilización de amplios medios de prueba, sin restricción alguna.

---

<sup>35</sup> Figueroa Juan Agustín, Apuntes de Derecho Procesal, 2004, Santiago, Chile.

<sup>36</sup> Couture, Eduardo “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. Tercera Edición, Desalma, Buenos Aires, 1993. págs.261 y 262

<sup>37</sup> Schmidt Claudia, Veloso Paulina, “La Filiación en el nuevo Derecho de Familia”, Cono Sur, 2001, Santiago, Chile.pág. 156

<sup>38</sup> Artículo 195 Código Civil.

En cuanto al mérito probatorio se ha señalado que el juez tiene amplias facultades para apreciar la prueba y que la debe apreciar de acuerdo a la sana crítica. Esto es, a través de un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, debiendo exponer y explicar el razonamiento a través del cual llegó a su convicción, en el fallo. No se puede basar en un capricho o arbitrariedad, está limitado por las reglas de la razón, la experiencia y los avances científicos de la época.

### **Límite a la prueba testimonial**

Existe un límite a la prueba testimonial en el artículo 198 inc.2. Señala que es insuficiente la sola prueba testimonial, para dar por acreditada la filiación. Lo que nos parece de toda lógica, puesto que algo tan importante como la filiación de una persona, que además es un tema de interés general, no puede determinarse basándose en habladurías de la gente.

Igualmente la prueba de testigos es aceptada en el proceso, y puede ser muy útil para probar la existencia de una relación amorosa entre los padres, por ejemplo.

### **Medios de prueba especialmente regulados por la ley 19.585**

Ya se señaló que en cuanto a los medios de prueba se aplican las reglas generales, pero existen determinados medios de prueba que fueron especialmente regulados por la ley.

Son los siguientes:

- Las pruebas periciales de carácter biológico.
- La posesión notoria del estado civil.
- Las presunciones

### **Interpretación de la Nueva ley**

La nueva ley de filiación debe ser interpretada según las reglas generales, según las reglas de interpretación del Código Civil. Pero cabe destacar que en la interpretación que se haga de ella, los jueces que deben aplicarla, deben poner especial atención a los principios rectores de la ley, ya que debe ser interpretada a la luz de estos principios, porque su observación es su objetivo central.

Los principios como ya se señaló son la igualdad de todos los hijos, el interés superior del menor y el principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad basado en el derecho a la identidad.

### **Tribunales de Familia**

Los nuevos Juzgados de Familia entraron a funcionar el 1° de octubre de 2005. Su principal función es concentrar todas las materias de familia en un solo tribunal, especializado en materias de familia. Su objetivo es lograr que los juicios sean más rápidos y eficientes.

El antiguo sistema era escrito y secreto, el nuevo sistema es oral, sin intermediarios entre el juez y las partes, y las audiencias serán continuas. Sería más rápido por el hecho de ser oral y porque se trataría de un juez especializado en la materia y que debería asumir un papel activo instando a las partes a concretar acuerdos, principalmente por la vía de la mediación. Por eso se dice que este nuevo sistema es más humano. La cercanía de este juez con las partes, por darse entre ellos un trato directo, y la dedicación exclusiva del juez a este tipo de materias, pretende que se protejan en mayor y mejor medida los intereses de la familia, que es un grupo al cual el Estado debe protección y el interés superior del niño uno de los principios rectores del derecho de familia, entre otros.

Esto puede lograrse en este nuevo sistema, porque claramente un juez más involucrado puede tomar resoluciones más acordes a la protección de la familia y en

especial de los menores que son los más vulnerables en situaciones de crisis familiar. Además contarán con el asesoramiento de profesionales especializados en temas de familia, como asistentes sociales y psicólogos, entre otros.

Progresivamente, Chile tendrá 258 Jueces de Familia a los que se suman 77 Jueces de Letras con competencia en asuntos de familia, es decir, habrá 335 jueces en todo el país para dirimir este tipo de conflictos. En la Región Metropolitana habrá 99 jueces de Familia, antes sólo contábamos con 21 Jueces. Se invertirá en capacitar a los nuevos Jueces y funcionarios, y el sistema contará con una moderna infraestructura e informática.

En resumen las novedades que aportan los nuevos juzgados de familia son las siguientes:

- proceso oral.
- relación directa entre las partes y el juez.
- jueces especializados.
- asesoramiento de especialistas.
- sistema de mediación anexo a los tribunales de familia: Antes de iniciar un juicio, al momento de interponer una demanda o cuando una causa ya se haya iniciado, las personas podrán acceder a la mediación. El objetivo es aminorar los costos emocionales del conflicto y comprometer personal y voluntariamente a las partes en la solución de sus problemas. La mediación será gratuita para las personas de escasos recursos.

### **Crítica a los Nuevos Tribunales de Familia**

Los Nuevos Tribunales de Familia no han funcionado como se planeó, su desempeño ha sido deficiente, muy criticado y no se han cumplido las expectativas de rapidez y eficiencia en mira de las cuales fueron creados. Actualmente los nuevos Juzgados de Familia se encuentran colapsados, lo que ha provocado un retardo en las causas y las personas han debido sufrir largas esperas para ver solucionados sus

conflictos, la idea inicial fue modernizar el sistema, para que los juicios se llevaran a cabo a través de un proceso oral y desformalizado logrando mayor rapidez. “Con ello, se aspiraba a producir un efecto similar a lo ocurrido en materia procesal penal, en donde la reforma ha producido rebajas de tiempos muy significativas en la tramitación de los procesos a la vez que una mayor transparencia del sistema”<sup>39</sup>.

Los problemas que ha sufrido el nuevo sistema de familia se han atribuido a deficiencias tanto en el diseño como en la implementación del mismo, la falta de implementación gradual de la ley que regula los nuevos Juzgados de Familia, a diferencia de lo ocurrido en el Nuevo proceso penal, ocasionó gran parte de la crisis, y también la cantidad insuficiente de jueces y funcionarios produjo un exceso de carga de trabajo e impidió el acceso a la justicia de las personas. “La ley que regula los nuevos Juzgados de Familia no se implementó de forma gradual, y, el único estudio previo orientado al número de juzgados y jueces requeridos conforme a un rendimiento óptimo e ingreso de causas, fue erróneo. Ello, produjo el aumento excesivo de la carga de trabajo de jueces y funcionarios, y lo que es más grave aún, el funcionamiento ineficiente de los mismos e incumplimiento del derecho de acceso a la justicia de las personas, el cual no sólo contempla la garantía al derecho a ser oído sino también el derecho a ser oído en tiempo oportuno y a obtener una resolución de lo solicitado dentro de un plazo razonable”<sup>40</sup>.

En cuanto a las deficiencias tanto de diseño como de implementación cabe señalar que los nuevos Juzgados de Familia se pusieron en marcha simultáneamente en todo Chile en un brevísimo plazo de 13 meses, y contando solo con un equipo técnico muy reducido de apenas 7 profesionales, los cuales debían coordinar con el Poder Judicial todo este complejo y enorme proceso de implementación, además del reducido grupo técnico, en este breve plazo se debía seleccionar y capacitar a los jueces, licitar el sistema de mediación, habilitar las nuevas instalaciones en donde funcionarían los nuevos Juzgados, diseñar y habilitar los programas computacionales

---

39

[http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP\\_Final\\_%202%201.pdf](http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP_Final_%202%201.pdf)

<sup>40</sup> [http://www.institutolibertad.cl/op\\_540.htm](http://www.institutolibertad.cl/op_540.htm) , N° 540, 03.Octubre.2007.

que se utilizarían, los cuales son innovadores en comparación al resto del sistema judicial, ya que los expedientes son virtuales y las personas pueden acceder a los escritos de sus causas a través de Internet, incluso llevarse la información en un pendrive.

El diseño original contemplaba una puesta en marcha gradual siguiendo la experiencia de la Reforma Procesal Penal. Se replicaba en forma prácticamente literal el modelo. En un plazo de 5 a 6 años irían incorporándose las diversas regiones hasta llegar a la Metropolitana al final del período. Diversas consideraciones llevaron a optar por una puesta en marcha simultánea en todo el país, pero con un sistema de ingreso gradual de las dotaciones de personal. En efecto, al 1 de octubre ingresaría un número de 128 de los 258 jueces de familia. (Véase Autoacordado de la Corte Suprema del 27 de Octubre de 2004 sobre dotaciones de inicio de los Jueces de Familia).“El plan original tenía previsto que una segunda dotación ingresaría entre diciembre de 2005 y enero de 2006, para contar con la dotación definitiva en marzo de 2006. En efecto, en el caso de los tribunales de familia de Santiago, cuya dotación definitiva es de 42 jueces, al 1º de octubre se contempló el ingreso de 17. La opción de utilizar el sistema de dotaciones graduales se debió en gran parte a la experiencia de la Reforma Procesal Penal y la sobrestimación de carga de trabajo de los jueces de tribunales orales en lo penal en una primera etapa de implementación. Este proceso de implementación se llevó a cabo por un equipo técnico de 7 personas (2 abogados, 2 arquitectos y 3 economistas), número a todas luces insuficiente para responder en tiempo y forma a los requerimientos de un proceso de esta magnitud. Este equipo no contaba con profesionales de apoyo en las regiones – como sí ocurrió para la Reforma Procesal Penal – de modo que todas las actividades en otras ciudades debían coordinarse por medio de la respectiva Secretaria Regional Ministerial. Bajo este reducido grupo de personas se concentraron las tareas de coordinación con el Poder Judicial, a través de su Corporación Administrativa; la definición de necesidades de capacitación de jueces y funcionarios; el diseño de programa y software computacional; las labores de difusión de la reforma en todo Chile; la compra, arriendo y remodelación de las instalaciones para los nuevos tribunales; la realización de estudios técnicos; el diseño del sistema de licitación del sistema de mediación, entre

otras. Cabe señalar, además, que en el caso de la reforma procesal penal, junto con el equipo de coordinación del Ministerio de Justicia, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público contaban con equipos internos que trabajaron en el proceso de implementación. Además de ello se instaló una Comisión de Coordinación Institucional en la que trabajaban todas las instituciones del sistema para coordinar el proceso de puesta en marcha. Solo tomando en consideración estos elementos, es posible señalar que el diseño del plan de implementación fue inapropiado. Hubo una falla de estimación de los plazos que toma un proceso de implementación riguroso, máxime si este ha llevarse a cabo en todo el país al mismo tiempo, con un periodo de vacancia legal claramente insuficiente y con equipos técnicos subestimados para tareas de esta envergadura. La experiencia acumulada en otras reformas, como la procesal penal, indicaban que las decisiones tomadas en materia de plazos y constitución de equipos técnicos no era adecuada a la magnitud de los cambios que se pretendían lograr.

El gobierno ha tomado medidas las siguientes para hacer frente a esta desastrosa situación:

1.-Proyecto de ley Boletín nº 4438 cuyo objetivo es aumentar el numero de jueces y funcionarios e introducir reformas procedimentales. Se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado, y las reformas que pretende concretar son las que a continuación se señalan:

- ampliar el número de jueces de 258 a 289, crear 25 cargos adicionales de consejeros técnicos y 57 cargos de empleados;
- crear la unidad de cumplimiento, el cargo jefe unidad de servicios en todos los juzgados del país y jefe de unidad de causas en los juzgados de mayor tamaño;
- faculta al juez para suspender las audiencias antes que ellas comiencen, es decir, con anterioridad a su realización, evitando que se agenden y se suspendan el mismo día previsto para su realización, y para realizar la audiencia preparatoria y de juicio en una sola audiencia;
- establece control de admisibilidad de forma y de fondo;
- establece la asistencia letrada obligatoria;



- establece la escrituración del periodo de discusión previo a la audiencia preparatoria;
- establece la mediación obligatoria para los casos de alimentos, visitas y tuición.

Este proyecto ha sido fuertemente criticado por la oposición, ya que se dice que el número de jueces, aunque aumentado, no es suficiente. “La Alianza advierte que si no se crean 257 nuevos Tribunales de Familia el sistema sufrirá un colapso total. Senadores Alberto Espina y Andrés Chadwick, señalaron que el proyecto del gobierno que se encuentra en el Senado no soluciona el problema de fondo, pues solo contempla 58 nuevas plazas. Según explicó el senador Espina, actualmente existen 258 jueces de familia en el país, pero la Corte Suprema planteó que deberían ser un total de 515 para solucionar los problemas de atochamientos y las largas esperas para las audiencias o resoluciones de causas. “La Corte Suprema pidió 515 y el gobierno sólo ha estado dispuesto a llegar a un total de 316 jueces de familia. O sea mientras se piden 257 nuevos tribunales, el Ejecutivo está dispuesto a crear 58 jueces más. La diferencia es de 199 jueces de familia”, explicó el parlamentario. En su opinión, “lo que propone el gobierno es absolutamente insuficiente”, más aún si se proyecta el tema al mediano y largo plazo, pues el más leve aumento de causas significaría nuevamente el colapso. En la misma línea el senador Chadwick dijo que el país no se puede permitir situaciones como las que afectaron a la joven mujer recientemente asesinada, que pidió su audiencia el 10 de julio pasado, se la dieron para el 11 de octubre y en el intertanto su esposo la asesinó”<sup>41</sup>.

También se ha criticado porque la exigencia de la asistencia letrada obligatoria en el caso de las personas de escasos recursos acudirán con postulantes de las corporaciones de asistencia judicial, los cuales por muy capaces que puedan ser, no tienen todos la experiencia necesaria.

---

41

[http://www.senado.cl/prontus\\_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus\\_senado/site/artic/20070928/pags/20070928180912.html](http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20070928/pags/20070928180912.html)

Se critica además el hecho de establecer la escrituración del período de discusión previo a la audiencia por atentar contra el principio de oralidad e intermediación, principios rectores de la reforma y que podría producir que el juez se fundara en la parte de discusión escrita para fallar con antelación a la realización de las audiencias, y además significa un retorno al sistema escrito, el cual se abandonó por considerarse lo oral más rápido y eficaz.

En cuanto al examen previo de admisibilidad no deben tomarse en cuenta los defectos formales, esto porque el nuevo sistema pretende desformalizar los juicios dándole mayor importancia al fondo del asunto y por la importancia de algunas materias que no podrían ser desestimadas por falta de requisitos de forma, como sería el caso de alimentos o violencia intrafamiliar.

2.-Estudio de impacto a nivel regional y local, para el periodo comprendido entre 2007 y 2008 encargado al Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Respecto a este estudio se ha señalado que debiera haberse realizado desde un principio y no cuando los nuevos Juzgados de Familia ya llevan más de dos años de funcionamiento.

3.- Critica a los jueces de familia.

Ejemplo claro de las críticas es el caso de la Ministra del Sernam doña Laura Albornoz, quién a propósito de la queja disciplinaria presentada por don Marcelo Trivelli en la Fiscalía de la Corte de Suprema contra el Tercer Juzgado de Familia de Santiago debido al caso de la señora Catherine Casas Cordero por no otorgarle medidas cautelares solicitadas al denunciar que fue víctima de violencia intrafamiliar, la ministra señaló: “es un mandato de la autoridad pública dar protección a las víctimas de violencia intrafamiliar, máxime cuando una mujer solicita las medidas de protección. Aquí hay un incumplimiento de un mandato legal. Hay responsabilidades en aquello”<sup>42</sup> Ha señalado la oposición que en este caso, no solo sería responsabilidad de los jueces

---

<sup>42</sup> [http://www.institutolibertad.cl/op\\_540.htm](http://www.institutolibertad.cl/op_540.htm)

por incumplir su deber de dar protección a las víctimas de violencia intrafamiliar, sino también y principalmente, de la deficiente implementación del sistema debido a la cual los jueces se encuentran colapsados y no pueden cumplir adecuadamente sus funciones y los deberes.

Nos parece urgente que las falencias de los nuevos Juzgados de Familia sean resueltas, en atención a los sensibles asuntos que deben resolver. Este colapso del sistema debe ser resuelto basándose en estudios serios, para alcanzar soluciones adecuadas que permita un sistema rápido y eficiente. Y en el futuro no volver a cometer los mismos errores, introduciendo este tipo de reformas con mayor seriedad y responsabilidad, trabajando según esquemas de trabajo basados en estudios anticipados, implementándose las reformas de manera gradual y priorizando la eficacia en su desempeño por sobre el tiempo que tome estar completa la reforma.

## CAPITULO II: LA FILIACIÓN

### Filiación

#### **Concepto**

Dentro del derecho de Familia nuestra investigación se refiere especialmente a la Filiación, a los diversos criterios que actualmente considera el legislador para determinar quienes son los padres de una persona. Se podría afirmar que es necesario un criterio unitario para determinar quienes son los padres de una persona y no diversos criterios que dependan del caso en que se encuentre el “candidato a hijo”.

En la presente investigación se dilucidará si efectivamente la legislación contempla diversidad de criterios que deben ser reemplazados por uno uniforme, o si la realidad es que nuestra legislación si cuenta con el referido criterio unitario y los casos en se trata distinto constituyen meras excepciones.

Filiación, según Manuel Somarriva, es “la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra.” La filiación se ha definido como el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado.<sup>43</sup> Es un vínculo jurídico del cual se derivan importantes derechos y deberes, basado en relaciones que perduran en el tiempo y en muchos casos toda la vida.

La filiación puede ser biológica o jurídica, pero normalmente ambas coinciden, vale decir los padres biológicos son también los que la ley considera como tales.

---

<sup>43</sup> ENRIQUE ROSSEL SAAVEDRA, citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. *Derecho de Familia. Tercera edición actualizada con la Ley 19.585 sobre nuevo régimen de filiación y Ley 19.620 sobre adopción*. Tomo II. Editorial Jurídica. 2000. Pág 374.

La filiación biológica es la que se basa en la relación sanguínea que tiene un individuo con otras personas, hombre y mujer cuyos gametos se unieron y le dieron vida, con quien comparte genes, que se llaman padre y madre. Toda persona necesariamente tuvo que tener un padre y una madre, en este sentido.

La filiación jurídica es aquella determinada por la ley, quienes son los padres del individuo ante la ley, lo que generalmente coincidirá con la filiación biológica, pero no en todos los casos.

Existen dos excepciones a este punto, en primer lugar la filiación adoptiva, donde los padres ante la ley son los padres adoptivos. La segunda excepción es el caso de la filiación entre los padres y el hijo nacido producto de técnicas de fertilización humana asistida cuando alguno o ambos gametos no pertenecen a las personas que se sometieron a estas técnicas para tener un hijo, sino a terceros, como el caso los donantes de espermios, por ejemplo. En este caso la ley considera que los padres son el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas. En ambos casos, no existe vínculo sanguíneo. Estos temas que se tratarán en extenso en capítulos posteriores.

### **Tipos de Filiación:**

En la legislación chilena actual, con las modificaciones de las leyes 19.585 y 19.620,<sup>44</sup> la filiación puede ser: Determinada o Indeterminada. La filiación determinada puede ser a su vez, matrimonial o no matrimonial y cualquiera de éstas dos podrá ser adoptiva o por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

La filiación matrimonial se produce en diversos casos:

-Cuando al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo exista matrimonio entre los padres<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Ley 19.620 regula la filiación adoptiva.

<sup>45</sup> Artículo 180 inciso 1º.

-Cuando con posterioridad al nacimiento del hijo, los padres contraen matrimonio entre sí, siempre que a la fecha del matrimonio la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que el Código establece<sup>46</sup>.

-Si la paternidad o maternidad no estuviere determinada con anterioridad al matrimonio de sus padres, habrá filiación matrimonial si los padres han reconocido al hijo en el acto de matrimonio o durante su vigencia en la forma prescrita en el artículo 187.

Si los padres contraen matrimonio entre sí, pero no reconocen al hijo, hay filiación matrimonial cuando una sentencia judicial dictada en juicio de filiación lo declare. Esta sentencia debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. En este caso el hijo debe demandar conjuntamente a su padre y madre. Por lo que cabe concluir que los elementos de la filiación matrimonial son la maternidad, paternidad y el matrimonio entre los padres.

### **Determinación de la filiación**

La determinación de la filiación consiste en el establecimiento formal o legal de la filiación. Siempre con la intención de que esta determinación coincida con la realidad biológica.

Esta materia esta reglamentada en el Título VII del Libro I del Código Civil en los párrafos 2° “De la determinación de la maternidad”, 3° “De la determinación de la filiación matrimonial” y 4° “De la determinación de la filiación no matrimonial”.

Títulos de Atribución, son aquellos hechos en virtud de los cuales una persona tiene determinada maternidad y/o paternidad respecto de otra.

Estos Títulos son los siguientes:

Maternidad:

---

<sup>46</sup> Los medios que establece el Código son:  
-reconocimiento voluntario de los padres.  
-sentencia firme en juicio de filiación  
-reconocimiento efectuado conforme a lo establecido en el artículo 187 y siguientes.

2. El hecho del parto e identidad del nacido y de la madre cuando ambos constan en las partidas del registro civil.
3. El reconocimiento.
4. Declarado por Sentencia Judicial.

Paternidad:

1. Presunción legal de paternidad en caso de haber matrimonio con la madre.
2. El reconocimiento.
3. La sentencia Judicial.

Podemos concluir que para determinar la filiación de una persona se podrá hacer siempre por reconocimiento o por sentencia judicial, tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial y en el caso de la filiación matrimonial además existe la posibilidad de aplicar la presunción simplemente legal<sup>47</sup> de paternidad del marido.

## **El Reconocimiento**

Es un acto jurídico unilateral<sup>48</sup> mediante el cual una persona afirma ser el padre o la madre de otra, que no tiene determinada la paternidad o maternidad, de acuerdo a los requisitos y formas que la ley señala quedando así determinada la paternidad o maternidad de esa persona en cuestión, que adquiere el estado civil de hijo.<sup>49</sup>

Son titulares del acto de reconocimiento sólo el padre o madre por si o debidamente representados. Se protege la intimidad de los padres puesto que al reconocer un hijo no se lo obliga a declarar con quién tuvo ese hijo que reconoce.

---

<sup>47</sup> Presunción Simplemente Legal es aquella que admite prueba en contrario. En contraposición a la Presunción de Derecho que no admite prueba alguna en contrario.

<sup>48</sup> Manifestación de voluntad de una sola parte destinada a producir efectos jurídicos, que son generalmente derechos y obligaciones que emanan de la relación de filiación que se crea.

<sup>49</sup> Artículo 304 del Código Civil.

No se podrá reconocer la paternidad de un hijo de mujer casada, porque la filiación de este hijo se encuentra determinada por la presunción de paternidad del marido de la madre, por lo que en este caso se deberá impugnar la paternidad existente, porque no se trata de un hijo de filiación indeterminada, siendo éste uno de los requisitos del reconocimiento.

El reconocimiento puede ser realizado por menores adultos sin necesidad del consentimiento<sup>50</sup> de sus representantes legales, este reconocimiento además de ser irrevocable es puro y simple, o sea no susceptible de modalidades, no requiere del consentimiento del hijo y se pueden reconocer personas capaces o incapaces, mayores o menores de edad.

Para que surta efectos frente a terceros de buena fe se debe subinscribir al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, ya que no se pueden perjudicar los derechos adquiridos de terceros. Puede que el que realiza este acto no sea el verdadero padre o madre, de ahí que exista la posibilidad de impugnarlo.

No se exige ningún tipo de prueba para reconocer a un hijo, el legislador presume que se trata del padre o madre, esta ausencia de requisitos nos parece basada en la presunción de buena fe, y una forma de incentivo sin transformarlo en un acto engorroso. Una propuesta para proteger el principio de la verdad biológica y evitar posibles procesos por impugnaciones futuras, sería exigir pruebas de la paternidad o maternidad para reconocer hijos. Sin embargo esto lo volvería muy engorroso, lento y se encarecería sobremanera este acto. Un acto de tan común ocurrencia, como lo es reconocer hijos, que debe ser realizado por todos los individuos de la sociedad, incluidos los más pobres, no puede ser lento y costoso. Lo único que se lograría con una iniciativa como esa, sería que muchos niños permanecieran sin ser reconocidos. Y precisamente lo que la ley pretende es propender a que todos tengan determinado

---

<sup>50</sup> Esto para fomentar el reconocimiento de los hijos, porque no cabe duda que un menor de 16 o 17 años puede concebir un hijo, y no nos parece razonable que necesite el consentimiento de nadie para hacerse responsable de sus actos. Y es esto precisamente lo que quiso fomentar el legislador, estableciendo capacidad a los menores adultos para realizar este acto jurídico.



un estado civil de hijo, para tener a quién exigirle el cumplimiento de sus derechos derivados de esta calidad. Se estaría provocando un mal mayor, para resolver los escasos casos dónde la filiación jurídica no coincida con la biológica.

Además en general las personas reconocerán a los que creen sus hijos, y nos parece que este tipo de prácticas para obtener certeza, podrían provocar efectos adversos, como atentar contra la estabilidad de la familia, poniéndonos en el caso de infidelidades ocultas.

Para estos casos dónde alguien cree vulnerados sus derechos, por un padre o madre falsos, existe la acción de impugnación de filiación. Y en caso de que el hijo no quiera ser reconocido o se vea perjudicado por el reconocimiento, sea esta paternidad o maternidad verdadera o falsa, tiene la posibilidad de repudiarlo.

Tipos de reconocimiento:

El reconocimiento puede ser espontáneo o provocado. El espontáneo puede ser a su vez, expreso o tácito.

*El reconocimiento espontáneo expreso* puede ser: ante un Oficial del Registro Civil al momento del nacimiento del hijo, o en el acto de matrimonio de los padres; por escritura pública; en acto testamentario, en cualquier tipo de testamento.

*El reconocimiento espontáneo tácito* es el hecho de consignarse, a petición de quién reconoce, su nombre al momento de realizarse la inscripción de nacimiento.

*El reconocimiento voluntario provocado* se trata de la confesión<sup>51</sup>. El individuo confiesa su paternidad o maternidad ante un juez bajo juramento previa citación. La ley 19.585 señala esta posibilidad de reconocer la paternidad o maternidad ante el juez para darle una oportunidad al progenitor de hacerlo voluntariamente sin necesidad de iniciar un juicio de reconocimiento, que es costoso y lento y también para evitarle las consecuencias negativas que derivan de un reconocimiento contra la voluntad del padre o madre.

---

<sup>51</sup> Art. 188 Código Civil.

Para evitar la lesión a la honra de las personas y los problemas familiares que una citación de esta índole podrían causarle a los citados, la legislación señala que en caso de haber mala fe del solicitante, éste deberá indemnizar perjuicios a la persona citada. La mala fe no se presume, debe ser probada, siendo éste un principio general de nuestra legislación.

Existen también casos especiales de reconocimiento como son: el reconocimiento de un hijo concebido y no nacido aún; y de un hijo ya muerto.

### **La repudiación**

Es también un acto jurídico unilateral, es solemne, personalísimo<sup>52</sup>, e irrevocable, mediante el cual quien ha sido reconocido, rechaza este reconocimiento dentro del plazo establecido por la ley.

La repudiación priva retroactivamente al reconocimiento de todos sus efectos que beneficien exclusivamente al hijo que repudia y a sus descendientes. Sin afectar los derechos adquiridos de los padres o terceros. Esto para el caso de personas que se quisieran aprovechar de las facilidades que da la ley para reconocer hijos, ya que no exige ningún tipo de prueba, y reconocieran hijos que no les pertenecen por interés, como sería el caso de reconocer un niño estrella de televisión o cine que gana mucho dinero. A este hijo en caso de ser menor, podría el supuesto padre o madre, administrarle los bienes, y en caso de ser mayor demandarlo por pensión alimenticia, además de aprovechar los beneficios sucesorios que le corresponderían. Un hijo podrá incluso repudiar el reconocimiento de su verdadero padre o madre, pues la ley 19.585 ha permitido esto, aunque vaya contra el principio de preeminencia de la verdad biológica del texto legal, ya que el reconocimiento pretende beneficiar al hijo, por lo que si lo rechaza, será porque de algún modo lo perjudica y eso atentaría contra la finalidad

---

<sup>52</sup> La solemnidad es la escritura pública, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento.

Personalísimo, ya que su único titular es el hijo y sus herederos o curador en ciertos casos especiales taxativamente señalados por la ley.

de la norma cuyo principio rector es el interés superior del niño. Es por esto que se permite a los hijos repudiar el reconocimiento, para que nunca se vea afectado o menoscabado por un reconocimiento que no le favorece.

El reconocimiento se hace sin el consentimiento del hijo por lo que este podrá siempre repudiarlo, sea porque es falso, sea porque lo perjudica.

### **Conclusión**

En el estatuto filiativo la ley se inclina por la verdad biológica poniendo a favor de las personas todas las herramientas necesarias para alcanzarla, pero la ley no puede obligar a los interesados a reclamar o impugnar, ya que no es de la incumbencia de la ley la vida privada de las personas.

Por ende es primordial la voluntad de las partes para determinar la filiación, tanto así que en caso de repudiación del hijo de una filiación verdadera, desde el punto de vista biológico, es su padre o madre, la ley se inclina por la voluntad del individuo y desestima esa filiación a pesar de ser verdadera.

### **Efectos de la Filiación**

Los efectos de la filiación son los derechos y deberes que emanan de ella, son las consecuencias jurídicas que trae aparejado el hecho de ser hijo o padre de alguien.

Son los siguientes:

a) Derechos:

-Autoridad paterna

-Patria potestad

-Derecho de Alimentos

-Derechos Hereditarios

b) Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes:

-Deber de respeto y obediencia

-Deber de cuidado

c) Derechos-deberes de los padres para con sus hijos

Cuidado

Relación directa y regular con sus hijos (ex derecho de visitas)

Educación

Facultad de los padres de corregir a sus hijos

Gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos.

### **Criterios para determinar la Filiación**

Hemos señalado que nuestro estatuto filiativo se inclina por la verdad biológica a la hora de establecer la filiación de una persona. A continuación señalaremos en que nos basamos para hacer esta afirmación, y que a pesar de ella hay caso en que no se inclina por la verdad biológica.

Se podría afirmar entonces que el estatuto filiativo se basa en diversos criterios no coincidentes, y que debiera producirse una unificación de criterio en aras de la certeza jurídica. O se podría llegar a la conclusión contraria, afirmando que la ley utiliza un criterio uniforme, primacía de la verdad biológica, con algunas excepciones bien fundamentadas.

#### Se da primacía a la verdad biológica para determinar la filiación:

En el caso de reconocimiento y cuando el marido pide que se consigne su nombre en al inscripción de nacimiento del hijo recién señalados, normalmente coincidirá con la verdad biológica. En caso de impugnación, y que los referidos reconocimientos no coincidan con la verdad biológica la ley se inclina por lo real por sobre lo declarado voluntariamente.

Se prefiere la voluntad de las partes u otros intereses por sobre la verdad biológica:

- En el caso de la repudiación prima la voluntad del hijo, por sobre la verdad biológica, en caso de no ser concordantes.
- En caso de adopción
- En caso de técnicas de reproducción humana asistida.

**Acciones de Filiación**

Nos parece importante referirnos a estas acciones, pues a través de ellas se concreta el derecho a investigar los propios orígenes, constituyen una herramienta que contempla la nueva ley de filiación para alcanzar la verdad biológica.

Se pueden definir como aquéllas que tienen por objeto obtener de los tribunales un pronunciamiento relativo a la filiación, pueden declararla, si no ha sido establecida de otra forma, o negando que lo sea la establecida formalmente, por su disconformidad con la realidad.

El proceso que se inicia con una acción filiativa esta destinado a obtener la verdad biológica de una relación filiativa, es una posibilidad concreta del principio de la libre instigación de la paternidad y maternidad que establece el nuevo estatuto filiativo<sup>53</sup>.

El ejercicio de la acción de filiación desemboca en la sentencia firme que es una forma de determinar la filiación de una persona. Estas acciones en general sólo pueden ser ejercidas por los que forman parte de la relación de filiación y sólo excepcionalmente por sus herederos o por determinados terceros interesados.

---

<sup>53</sup> Artículo 195 “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.”

Es importante destacar que estas acciones son indisponibles e irrenunciables y no susceptibles de transacción, compromiso ni conciliación. Estas acciones son de interés público, por ello el interés del legislador de protegerlas para su efectividad. También es importante saber que estas acciones son declarativas, no constitutivas del estado civil que se reclama, por lo que sus efectos se retrotraen a la época de la concepción una vez determinada la filiación. El juez sólo declara una situación preexistente, no la constituye.

### **Tipos de acciones de Filiación contempladas en la ley**

Reclamación

Impugnación

Desconocimiento

Nulidad

### **Acción de Reclamación**

Su finalidad es que el tribunal declare la existencia de determinada filiación, que declare el estado civil de hijo respecto de determinada persona, y quienes son sus padres.

Es imprescriptible, ya que no se puede privar a las personas del derecho a conocer sus orígenes. Pero sus consecuencias patrimoniales ciertamente quedan sometidas a las reglas generales de prescripción y renuncia.

### **Acción de Impugnación**

Su finalidad es que el tribunal declare que es inexacta una filiación que se ostenta, que un determinado estado civil se deje sin efecto. Esta acción caduca con el

paso del tiempo, pero si se interpone junto con la acción de reclamación se convierte también en imprescriptible.

### **Acción de Desconocimiento**

Su finalidad es que el tribunal declare que no se aplica la presunción legal de paternidad del marido, por lo que no estará determinada la filiación de ese hijo como hijo del marido de su madre, y no será de filiación matrimonial. Se pueden interponer aún en este caso las acciones de Reclamación e Impugnación.

### **Acción de Nulidad**

Su finalidad es que el tribunal declare inválido un acto jurídico determinado, en este caso el reconocimiento o la repudiación, por adolecer de algún vicio.

Los efectos propios de la nulidad son que las cosas se retrotraigan como si el acto nunca se hubiere ejecutado. Rigen las normas generales aplicables a la nulidad<sup>54</sup> salvo en cuanto al plazo de prescripción de la acción cuando se trata de un vicio de voluntad.

Nuestro nuevo estatuto filiativo no establece restricciones para el ejercicio de estas acciones o para acoger la demanda. Esto a diferencia de otras legislaciones. Por esto se permite que interponga estas acciones cualquier persona que se pretenda hijo, sea fruto de una relación estable o de una fortuita (de una noche), independiente de la voluntad del supuesto padre o madre de reconocerlo como hijo. En estos casos, como hay tanta libertad, si una persona interpone estas acciones para perjudicar la honra o intimidad de otros deberá indemnizar perjuicios.

---

<sup>54</sup> Artículo 1681 y siguientes del Código Civil.

Las acciones de reclamación e impugnación de la filiación deben ser conocidas por los tribunales ordinarios, en primera instancia. Se tramitan según las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía, sin que proceda el llamado a conciliación obligatorio. Será competente el juez del domicilio del demandado según las reglas generales<sup>55</sup>.

Hace excepción a la competencia de los tribunales ordinarios el asunto no contencioso de citación a confesar paternidad o maternidad, los cuales pueden ser conocidos por el Juez de Menores cuando la solicitud de citación es presentada por el representante legal del menor o por quien lo tengo bajo su cuidado<sup>56</sup>.

Es importante destacar que las cuestiones de filiación no podrán ser resueltas por jueces árbitros porque el estado civil de las personas es una materia de arbitraje prohibido.

El proceso es secreto hasta que se dicte sentencia de término. Sólo tienen acceso a él, las partes y sus apoderados judiciales<sup>57</sup>. Esto indudablemente, cumple con el objetivo de proteger la intimidad y la honra de las personas, junto con la obligación de indemnizar los perjuicios causados en caso de demandar de mala fe.

Se podrán exigir alimentos provisionales en la demanda de reclamación de la filiación siempre que tenga fundamento plausible. Otorgarlos o no, es facultativo para el Juez. Estos alimentos deberán ser restituidos si el demandado es absuelto.

Esto es para proteger a los menores, en caso que no cuenten con medios suficientes para subsistir, sin necesidad de esperar el término del juicio. Cesa este derecho a restitución si se ha intentado la demanda de buena fe y con fundamento plausible. Los alimentos provisionales responden al principio e interés superior del niño.

---

<sup>55</sup> Artículos 134 y 140 Código Orgánico de Tribunales. Artículos 187 Código Orgánico (Competencia Prorrogada)

<sup>56</sup> Artículo 188 Código Civil.

<sup>57</sup> Artículo 197 Código Civil.



## **Principios de la Filiación**

### **Concepto**

La función de los principios en el derecho es darle armonía a la legislación permitiendo sortear las posibles contradicciones y vacíos que pudieran hallarse en las diversas leyes, y lograr así la solución de conflictos a la luz de estas premisas fundamentales. Se trata de elementos imprescindibles a la hora de interpretar e integrar cualquier texto jurídico. Por ello es muy importante su conocimiento y respeto por parte de la doctrina y los tribunales, “son el tejido conjuntivo de nuestro ordenamiento”<sup>58</sup>.

De manera que descubrir y poner de relieve estos principios constituye una operación de suma necesidad. La circunstancia de que, en este caso en materia filiativa, estemos en presencia de una transformación radical, que introduce una profunda modificación en el derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico; hace más importante, incluso imprescindible, acudir a dichos principios, en tanto elementos interpretativos e integradores.<sup>59</sup>

### **Principios**

Son tres los principios que inspiraron la reforma al Derecho de Familia, contenida en la Ley N<sup>o</sup> 19.585, publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998, estos son: Igualdad, Supremacía del interés superior del niño y Derecho a la Identidad. Los cuales no se desprenden de la legislación en su conjunto como suele suceder, si

---

<sup>58</sup> VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile : LOM Eds. Ltda.) Pag. 50.

<sup>59</sup> SCHIMIDT CLAUDIA Y VELOZO PAULINA. *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Conosur Ltda. 2001. Santiago, Chile. Pag. 10.

no que fueron establecidos expresamente, en el Mensaje que dio inicio al proyecto de ley y en diversos artículos del mismo.

Este texto introduce una modificación profunda desde un régimen discriminatorio a un estatuto igualitario, en el que se consagran como ideas matrices: la igualdad jurídica de los hijos, sin considerar si han nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres; el derecho a la identidad que tiene toda persona, lo que se traduce en este aspecto, en el derecho a conocer quienes son sus progenitores biológicos, incorporando con decisión el principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad; y la supremacía del denominado interés superior del menor, que pone el acento en el menor como sujeto de derecho y en el reconocimiento de sus derechos.<sup>60</sup>

La reforma introducida es un quiebre total con la legislación filiativa anterior, de ahí la importancia de dar un tratamiento íntegro y global a estos nuevos principios que fundan y motivan el nuevo Derecho de Familia, a fin de que ideas preconcebidas de filosofías anteriores a la entrada en vigencia de la ley, difíciles de desarraigar del acervo común, tanto de los jueces, juristas, como de la sociedad en general, no menoscaben el avance y evolución que significa la incorporación de la nueva normativa, que nos plantea un cambio radical en la materia, que se debe considerar y llevar adelante.

### **Fuente de los principios**

En forma manifiesta la nueva ley expresa la intención de recoger estas matrices o principios cuya fuente ineludible es el derecho internacional de los Derechos Humanos, con el fin de acoger en nuestra legislación diversos tratados internacionales vigentes en Chile, principalmente La Convención sobre Derechos del Niño y El Pacto de San José de Costa Rica. De esta forma en Chile se concretiza la tendencia generalizada en el derecho comparado llamada “la internacionalización del derecho

---

<sup>60</sup> VELOSO PAULINA. *La evolución de los principios del derecho de familia en el Código Civil, borrador de exposición oral en la conmemoración del 150º aniversario de la promulgación del Código Civil de Chile*, Santiago Chile, 2005.

civil”, ya que existe una visible hegemonía en las soluciones jurídicas de los distintos países lo que nos lleva a evolucionar en forma conjunta.

El mensaje del proyecto de ley alude a los pactos internacionales; y en el debate, tanto en la Cámara como en el Senado, se hizo reiteradamente alusión a las normas internacionales. En verdad en tal deliberación legislativa, sobre todo se tuvo a la vista, la Convención Sobre los Derechos del Niño; hubo un intento deliberado de respetar plenamente esta Convención, aunque como veremos no siempre se logra totalmente. Por su parte la Convención Americana se tuvo presente, en particular su artículo 17 N° 5 que prescribe: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.<sup>61</sup>

Sin embargo, no obstante que esta Ley tuvo su origen en el SERNAM, cuya función es evaluar el cumplimiento de políticas, planes y programas aprobados, a fin de garantizar el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, tratado ratificado por Chile, y pese a sus esfuerzos, en la tratada ley no se acogió la mencionada Convención en la forma debida.

## **Derecho a la Igualdad**

### **Concepto**

El concepto de igualdad afirma que todos los seres humanos son iguales independiente de su raza, edad, sexo, ideología, religión o condición. Así se encuentra establecido en la Constitución Política de la República artículo 19 N° 2 que prescribe lo siguiente: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son

---

<sup>61</sup> SCHIMIDT CLAUDIA Y VELOZO PAULINA. *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Conosur Ltda. 2001. Santiago, Chile. Pág 17.

iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”.

Como se expresa en la Constitución Política de la República, la igualdad es un concepto normativo, referido al trato que todos deben recibir por parte del ordenamiento jurídico, otorgándoles los mismos derechos y obligaciones a todos sin distinción. No postula una igualdad en el sentido estricto de la palabra, descriptiva o de espejo. Ya que todos los seres humanos somos en esencia diferentes los unos de los otros únicos e irrepetibles, como tales tenemos diferencias que deben ser respetadas y resguardadas por el ordenamiento jurídico con un criterio certero que no caiga en arbitrariedades.

Es así como será imposible que todos sean iguales y sean tratados de igual forma, por existir en innumerables ocasiones motivos razonables para hacer diferencias. Se estará respetando igualmente en estas situaciones el referido principio siempre que no se incurra en discriminación arbitraria, vale decir basándose en un fundamento razonable y no en el mero capricho al momento de hacer una diferencia.

Cabe señalar que no será tarea fácil determinar cuando existe fundamento razonable para justificar el trato desigual, debe tratarse de motivos relevantes. Y es en este punto en torno al cual nace la discusión en el tema de la igualdad al tratar de dilucidar que características o diferencias permite justificar un tratamiento diferenciado sin ser discriminatorio

Como señala la profesora Claudia Schmith y Paulina Velozo se debe someter el asunto a un llamado “test de razonabilidad” que supone la existencia de un objetivo válido a la luz de la Constitución que se pretenda alcanzar con la desigualdad, y que el trato diferente guarde proporción con el objetivo perseguido, es decir, que el fundamento de la desigualdad sea de una importancia tal que haga necesario e imprescindible un tratamiento diferenciado, basado en los derechos constitucionales; como ejemplos, señalan, la pobreza como justificación de subsidio habitacional, o la capacidad y preparación intelectual para efectos de ingresar a una carrera académica.

Es respecto a este punto que surgió cierta discusión en el Congreso, acerca del principio de igualdad en materia de filiación respecto a si debía existir una diferencia o no entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio; ya que en opinión de Sr. Diputado Carlos Bombal y el Sr. Senador Hernán Larraín, el hecho de nacer fuera del matrimonio, o dentro de éste sería una razón suficiente que justificaría un trato diferenciado en miras a defender y consagrar la institución del matrimonio. Así señal el Sr. Diputado Bombal: “ El diferente tratamiento de los hijos, en cuanto a su posición familiar, procede, precisamente, del precepto que nuestra propia Constitución consagra en su artículo 1º, al reconocer que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agregando a región seguido, que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento”.

Partiendo de la base que hoy día se reconocen distintos tipos de familias, y todas configuran la base de la sociedad, por lo tanto hoy en día matrimonio no es igual a familia, hay que agregar que la dignidad de las personas es un derecho humano fundamental que no puede vulnerarse en miras de fortalecer una institución, el matrimonio, lo que le restaría justificación y razonabilidad, a esta discriminación, además se trataría de un medio desproporcionado al fin que se pretende lograr.

Ahora bien, hay una opinión internacional generalizada, -así ha quedado recogido en los diversos tratados de Derechos Humanos-, que las diferencias entre los seres humanos de raza, sexo, ideologías, religión, así como de nacimiento, más concretamente el hecho de nacer dentro o fuera del matrimonio entre sus padres, se estiman todas cuestiones o circunstancias irrelevantes para los efectos de establecer diferencias jurídicas.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> VELOSO PAULINA. *Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación*, en : *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, Pag. 21.

## **Fuente del principio**

Este principio está recogido en la Constitución Política de 1980 y en diversos Tratados Internacionales aprobados y ratificados por Chile, por ende vinculantes. Por ello que la reforma al estatuto de filiación contenida en la ley 19.585 respondía a una necesidad tanto de respetar la supremacía constitucional, como de cumplir con nuestros compromisos internacionales.

## **Recepción normativa del principio**

El principio de la igualdad adquiere relevancia en el derecho de Familia a partir de la ley 19.585 que logra un trato igualitario para todos los hijos, dejando en el pasado una tradición de discriminaciones basadas en el origen, nada más arbitrario si se piensa que no depende para nada de la voluntad o actos del recién nacido.

El mensaje del proyecto de ley del Ejecutivo se refiere a este principio de la siguiente forma: “El proyecto de ley que sometemos a vuestra consideración 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, cualquiera sea la situación jurídica entre sus padres al momento de la concepción o del nacimiento”.

El principio de la igualdad se recogió ampliamente en relación a los hijos, lo que se plasma en los siguientes aspectos:

- Se suprime la denominación de hijos legítimos, ilegítimos y naturales.
- Se igualan los hijos en cuanto al parentesco por consanguinidad.
- Todos los hijos tienen derecho a alimentos de sus padres así como de los demás ascendientes.
- La patria potestad es ejercida respecto de todos los hijos menores no emancipados.

- En el aspecto sucesorio, se incorporó la mayor reforma en la materia: Sólo hay un tipo de orden sucesorio, sin distinguir si el causante es o no hijo de padres casados; todos los hijos son cabeza de orden en el primer orden; llevan la misma cuantía todos; todos tiene derecho de representación; todos los descendientes son asignatarios de cuarta de mejoras.

La única distinción mantenida por la ley 19.585 fue la denominación de hijos matrimoniales y no matrimoniales, con el único fin y sin representar ninguna diferencia en el trato hacia los unos o los otros, de que se pueda aplicar la presunción de paternidad del marido de la madre, lo que no se da obviamente en el caso de los hijos no matrimoniales.

Concluimos que el principio de Igualdad además de ser un principio rector del Derecho de Familia, consagrado literalmente en sus textos legales, es también un principio rector de todo el ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional. Es la base de nuestro sistema judicial y del estado de derecho.

Por eso es que parece insólito que una reforma como la de la ley 19.585 haya demorado tanto en llegar, manteniéndonos con una legislación anacrónica, vulnerando los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes y siendo abiertamente inconstitucional.

## **Interés superior del niño**

### **Concepto**

El interés superior del niño son sus derechos, que deben ser respetados. “El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”<sup>63</sup>. La expresión es evidentemente valorativa y jerárquica: unos intereses (los del niño) priman por sobre

---

<sup>63</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Pág.23.

otros (los de los padres). El afán protector de los niños, de aquellos que no tienen la suficiente madurez para ejercer con libertad sus derechos, justifica aquí una excepción al principio de igualdad de derechos (y de intereses) proclamada por la Constitución<sup>64</sup>.

Estos derechos están integrados por los derechos fundamentales de toda persona reconocidos por el ordenamiento jurídico, los cuales incluyen los establecidos en la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, el interés superior del niño no queda entregado al criterio del juez, sino que se encuentra determinado por el legislador, aún así hay ámbitos no delineados, ya que las delimitaciones de este interés no son precisas, porque los casos que pueden darse superan siempre con creces las situaciones previstas por los legisladores. En estos casos la delimitación del concepto deberá precisarlos el juez.

La labor del juez consistirá en determinar este llamado interés superior del niño aplicando las leyes, respetando sus derechos y tomando en consideración que le conviene más al menor en el caso concreto en que se encuentre. Esto es relevante a la hora de tomar decisiones que afectan la vida privada del menor, tal como decidir acerca de su tuición, derecho de mantener una relación directa y regular con sus padres, la patria potestad, e incluso en casos más específicos como determinar a que colegio irá el menor en caso de desacuerdo entre los padres, como se invertirán sus ganancias en caso de tenerlas etc.

El problema que presenta el principio de interés superior del niño es su falta de precisión, lo cual muchas veces lo dejaría entregado al criterio del juzgador, a sus propias convicciones y perspectivas acerca de lo que conviene más al menor, lo cual desestima la existencia del principio como principio protector, ya que se entregaría a la discrecionalidad.

Para definir el límite de la intervención de los padres, en función del interés del menor, la doctrina y la jurisprudencia comparada han elaborado el criterio de

---

<sup>64</sup> TAPIA MAURICIO. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pág. 132.



considerar al menor como una “autonomía en desarrollo”. Ello significa que las resoluciones de los mayores deberán tener en *cuenta el impacto de la desición que se adopte en la autonomía futura del menor*. Será entonces fundamental la cuestión de asegurar el “*libre desarrollo de la personalidad*”.<sup>65</sup>

A nuestro parecer el concepto no es del todo impreciso, es una directriz clara y útil a la hora de tomar decisiones. Un ejemplo pertinente es el caso de un niño cuyos padres divorciados estaban en una disputa acerca de la educación de su hijo, la madre, de origen más humilde, exigía que su hijo fuera llevado a un liceo cercano al domicilio actual del niño, argumentando que debía relacionarse con niños de su estrato económico y social. El padre, siendo un hombre de más recursos y profesional, alegaba que su hijo debía seguir en su colegio del sector oriente de la capital, dónde le enseñaban inglés y tenía más posibilidades de acceder a la educación superior, a pesar de quedarle más lejos de su casa. En este caso, intuitivamente se podría comenzar a discutir acerca del derecho de los padres de darle la educación que mejor les parezca para sus hijos, y el derecho de la madre que era quién tenía la tuición del menor para decidir dónde educarlo. Pero al existir el principio del interés superior del niño, éstas discusiones se deben dejar de lado y sólo discutir sobre lo que es más conveniente para el menor, independiente de la voluntad de sus padres que al no estar de acuerdo dejan la decisión a un juez.

Si bien *el interés superior del niño* es un criterio práctico que debe seguir el juzgador, existe el riesgo que al enfrentarlo a las diversas realidades de cada niño se puede caer en el riesgo de la discrecionalidad del juez, es decir, que el juez resuelva que es lo mejor para el menor según sus conceptos morales y valorativos. Este riesgo disminuye en la medida que el legislador desarrolle una labor de complementación del criterio, pero sobre todo a través de una labor jurisprudencial de los tribunales de justicia, dictando sentencias que sienten precedentes ejemplificadores y detallados acerca de lo que se considerará interés superior del niño.

---

<sup>65</sup> SCHMIDT CLAUDIA Y VELOZO PAULINA. *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2001. Santiago, Chile. Pag. 48.

En el derecho Inglés, la *Law Commission* construyó un conjunto de ideas y aspectos prácticos en una lista de criterios para ser tenidos en cuenta por jueces y abogados, a la hora de delimitar o establecer en forma más pormenorizada el principio del interés superior del niño. Son criterios tales como: los deseos y sentimientos del niño considerando su edad y discernimiento; sus necesidades físicas, educativas y emocionales; su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica suya que el tribunal considere relevante; algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo; la capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades del menor entre otras.<sup>66</sup>

Esta iniciativa nos parece digna de seguir y será labor de los jueces ir sentando precedentes en sus fallos y de la doctrina una elaboración fina de los deslindes de este principio.

Cabe concluir que aunque los límites de este principio no estén del todo claros, en especial por la naturaleza ideológica, cultural y aún religiosa que puede tener la determinación del referido interés del niño, éste es un principio cuya esencia y finalidad son claras. “El Interés Superior del Niño supone poner el acento en que el menor se trata de un sujeto de derecho, una persona digna de consideración y respeto; y que tiene un plexo de derechos propios, contemplados en la Convención sobre Derechos del Niño, que toda persona, incluido el juez, debe respetar y promover”<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile LOM Eds. Ltda.) Pag. 53.

<sup>67</sup> VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile LOM Eds. Ltda.) Pag. 52

En su artículo 3 la referida Convención señala: “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 interés superior del niño*”.

Nos parece útil y no meramente enunciativa y carente de contenido como podría parecerle a algunos autores que lo consideran un concepto jurídico indeterminado.

Es un concepto determinado en su esencia, necesario para la protección de los derechos de los niños, y que debe ser complementado por la doctrina y jurisprudencia, a la luz de criterios a considerar, para su cabal comprensión y para lograr una efectiva protección de los intereses de los menores en la práctica, considerándolos como personas dignas de consideración y respeto.

Respecto de la aplicación práctica de este principio hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos no se trata sino de buenas intenciones de parte del legislador que se entregan a la voluntad de cada persona, ya que la única forma de que los menores gozaran de sus derechos en forma igualitaria, sería a través de normas sociales que permitieran el acceso de todo niño a una educación, salud y cuidado adecuado para su edad y desarrollo.

### **Fuente normativa del principio**

Este principio tiene fuente directa en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Este tratado internacional aprobado y ratificado por Chile, por lo tanto de aplicación obligatoria por considerarse parte de la legislación interna con jerarquía suprallegal.

Se encuentra contemplado en diversos artículos, principalmente en los artículos 3°, 9° y 18°.

Artículo 3° señala: “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 interés superior del niño”

Artículo 9 dispone: *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño,....”*

Artículo 18: *“...incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*

Por su parte el Código Civil Chileno también contempla este principio en diversos de sus artículos, no sólo como un criterio que debe seguir el juez para decidir, sino también como un principio rector de la relación de padres e hijos.

### **Recepción normativa del principio**

El Código Civil si bien contemplaba este principio, está centrado en el derecho de los padres. Es la Ley 19.585 la que introduce una gran reforma en la materia, estableciendo este criterio desde una perspectiva que pone al menor como un sujeto de derecho, distinto de sus padres y digno de resguardo y tutela por sus características propias, que como tal puede significar un interés divergente al de sus progenitores y en todo momento debe primar por sobre el de estos.

Este principio está recogido en forma expresa en la ley en dos sentidos; por una parte es un criterio que debe seguir el juez al tomar cualquier decisión que afecte al

menor, es un estándar jurídico, y en segundo lugar, es un criterio legislativo que siguió el legislador al regular la materia.

El niño es un sujeto de derecho, ya no un objeto de los mismos, con derechos propios, distinto e independiente de sus padres, estos derechos los puede ejercer contra cualquiera incluso contra sus padres mismos, exigiéndoles principalmente el cumplimiento de sus deberes.

El derecho privado cuenta, por su parte, con medios muy limitados en esta materia, pues no puede imponer modelos de paternidad y sólo puede cautelar el respeto de los intereses de los hijos cuando surgen problemas. En efecto, es en los conflictos entre sus padres donde este interés superior tiene un efecto práctico evidente: si el niño es maltratado su interés superior exige entregar su custodia al otro padre (art.225CC); si las visitas del padre que no es titular de su cuidado personal perjudican su bienestar, su interés superior puede justificar suspenderlas o restringirlas judicialmente (art. 229 CC); si la relación de los padres se rompe (separación judicial, nulidad divorcio) los acuerdos o decisiones judiciales que se adopten deben cautelar “especialmente” ese interés de los hijos<sup>68</sup>.

Se recoge también en esta normativa el derecho del niño a ser oído, artículo 227 y 242 del Código Civil, en concordancia con el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño que señala lo siguiente: “Los Estados partes garantizara al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente e cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

En este sentido vemos plenamente plasmada la idea que el menor es un sujeto de derecho, autónomo, con intereses propios, distintos de los de sus padres, y no hay persona mas capacitada para determinar sus intereses que el mismo, si esta en condiciones de hacerlo. Esto no quiere decir que no se tome en cuenta lo susceptible

---

<sup>68</sup> TAPIA MAURICIO. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pág 132.

que puede ser un menor a las amenazas o parcialidades que ejerza sobre él la persona que lo tenga a su cuidado.

Por eso, quizá la más eficiente protección de los intereses del niño no provenga del Código Civil, sino de la leyes orgánicas y sustantivas que crearon los tribunales de familia y que concentraron el examen de los conflictos de sus padres sobre la base de estos dos principios rectores: el interés superior del niño (o adolescente) y su derecho a ser oído.<sup>69</sup>

### **Derecho a la Identidad**

El principio del derecho a la propia identidad es uno de los tres principios fundamentales en que se inspira el derecho de familia, por tratarse de un eje central de este trabajo será tratado con profundidad en el siguiente capítulo.

---

<sup>69</sup> TAPIA MAURICIO. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pág 134.

### CAPITULO III: DERECHO A LA IDENTIDAD.

#### Concepto

El derecho a la propia identidad es considerado un derecho fundamental de todo ser humano. Analizando el amplio contenido de este derecho, cabe concluir que abarca dos aspectos o significados. *“El derecho a la identidad es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad 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”*<sup>70</sup>.

Se refiere tanto al derecho que tienen las personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas. Como también es el derecho que tiene una persona de conocer su origen, el derecho a saber quienes son sus padres, en definitiva saber de donde proviene, su historia. Se puede definir este derecho como sigue: *“El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se auto posee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos”*<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile : LOM Eds. Ltda.) Pág. 28.

<sup>71</sup> VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile : LOM Eds. Ltda.) Pág. 28.

*“El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad”<sup>72</sup>*

(con la natural contrapartida del dejar hacer, obligación que pesaría sobre todo el resto de los individuos y sobre el Estado, que deberá no solo respetarlo sino también protegerlo.)

Según el diccionario de la Real Academia Española la palabra Identidad, en su segunda acepción significa: *“Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”*. Y en su tercera acepción quiere decir: *“Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”*.<sup>73</sup> Según esta definición, la identidad de una persona es lo que la identifica, lo que la hace diferenciarse del resto, como ser único e irrepetible.

En este aspecto el derecho a la Identidad se ve ligado con derechos tales como el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y también derechos a ciertas libertades que hacen que el individuo sea distinto del resto, como son el derecho a tener una religión, una ideología, entre otros.

Según las autoras María Silvia G. Maine e Inés Montaldo de Del Vado el reconocimiento jurídico de la identidad personal, trae aparejado el reconocimiento de otros derechos tales como:

---

<sup>72</sup> VELOSO PAULINA, ECHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO. *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 (Santiago, Chile : LOM Eds. Ltda.) Pag. 28

<sup>73</sup> identidad.(Del b. lat. *identitas*, *-ātis*).**1.** f. Cualidad de idéntico.**2.** f. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás.**3.** f. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.**4.** f. Hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca.**5.** f. *Mat.* Igualdad algebraica que se verifica siempre, cualquiera que sea el valor de sus variables.



El derecho a una identificación; el derecho a conocer la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar; el derecho a una libre y sana formación de la identidad personal; el derecho al respeto de las diferencias personales; el derecho a la verdad sobre la propia verdad personal; el derecho a no ser engañado acerca de la identidad propia; el derecho a actuar según las personales convicciones; el derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones, entre otros.

Además algunos autores señalan que el derecho a la identidad tendría elementos estáticos y elementos dinámicos. Los primeros serían todos aquellos elementos de la identidad que no varían, tales como el nombre o nuestra raza, y los segundos son aquellos que va adquiriendo el hombre a lo largo de su vida y que pueden ir variando como las ideologías políticas o la religión. También se dice que existe una identidad de grupo, que es la identidad nacional o cultural. Esta identidad de grupo se da al existir un grupo de personas que tienen determinadas cosas en común, nexos asociativos, que los hace pertenecer o sentirse perteneciente a un determinado grupo, como sería el idioma, la raza, las costumbres, una determinada moral o religión, vivir o haber vivido en un lugar determinado, tener antepasados comunes entre otros.

### **Derecho a la Identidad como Principio Fundamental del derecho de Familia**

El derecho a la identidad como principio fundamental del Derecho de Familia se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación. De toda lógica nos parece la necesidad de saber quienes somos en realidad, de dónde provenimos para tener un punto de partida para enfocar nuestras vidas. Entender quienes somos y donde queremos ir dependerá también en cierta medida de conocer de dónde provenimos, para poder explicarnos cosas tan sencillas como porqué tenemos el pelo de un color determinado, el porque de nuestros gustos o preferencias, nuestras facilidades para algún deporte o disciplina, el origen de alguna enfermedad genética que padecemos entre otras cosas, son necesidades del

ser humano para poder plantearse su vida. Suele suceder que algún individuo alejado de sus orígenes se haya sentido toda una vida distinto a los que lo rodeaban, no sólo físicamente, si no también o únicamente en cuanto a sus gustos, sentimientos entre otros, teniendo una sensación de desarraigo constante. Probablemente si este individuo se reencuentra con los suyos, hallará respuesta a muchas de sus interrogantes, y motivos de su desarraigo, del porque no encajaba en el otro grupo y pueda nuevamente encausar su vida hacía la felicidad, sin sentirse constantemente desadaptado. Esto podrá suceder incluso sin necesidad de quedarse con su grupo de origen, sino simplemente con hallarlos y conocerlos.

No estamos desconociendo que las preferencias, gustos, creencias y personalidad de las personas se forman con gran influencia de su medio, y que puede que un individuo como el del caso recién planteado no se sienta nunca desadaptado. Sólo planteamos que está demostrado que la genética también influye en todo lo señalado por lo que un caso como el planteado podría perfectamente darse, y para ello es muy positivo que el legislador chileno establezca la libre investigación de la paternidad.

### **Fuentes del derecho a la identidad**

La jurista argentina María Josefa Méndez Costa señala que el derecho a la identidad consiste “en que no sea perturbada, hacerla valer erga omnes, y, como principio y punto de partida, el derecho a conocerla y a que sea determinada legalmente”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación*, en : *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999. Pág 31.

Como podemos apreciar el derecho a la identidad tiene su punto de inicio en poder determinar o conocer ésta, es decir, el derecho que tiene toda persona para saber quien es y de donde proviene, conocer su filiación, para así poder desarrollarse con autonomía y libertad. Nuestro Código Civil era absolutamente prohibitivo de todo tipo de acciones que persiguieran conocer la paternidad o maternidad de una persona respecto de otra, como una forma de proteger el derecho a la intimidad, integridad y libertad, al igual que el Código Francés, sin embargo, este concepto de identidad a tenido una evolución mundial y ha llegado a superar en determinadas instancias a otros derechos, ya que se ha reconocido su importancia como derecho humano fundamental, ya que el derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la personalidad, de esta forma es recogido en la Convención de Derechos del Niño, principalmente en los artículos:

Artículo 7: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento 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 ser cuidado por ellos”.

Artículo 8: N° 1: 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 sin ingerencias ilícitas.”

Artículo 8 N° 2: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Y en la Convención de Derechos Humanos.

Artículo 18: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos.”

También puede estimarse que se recoge este principio en el artículo 16 del Pacto de derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 3 de la Convención Americana, al reconocer ambos, el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Por su parte, se afirma que el derecho a la identidad emana de la propia dignidad de la persona; estando esta última reconocida en la propia Constitución política, artículo 1 y también en diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos.<sup>75</sup>

### **Recepción normativa del principio**

Es la ley 19.585 la que en nuestro país viene a establecer el derecho a la identidad, haciendo prevalecer la verdad biológica o real por sobre la verdad formal, y de cualquier consideración social, familiar o moral, que la entorpezca. Permitiendo la investigación de la paternidad y/o maternidad, para que todas las personas puedan tener determinada su filiación. En este punto los avances científicos juegan un rol protagónico, ya que con las pruebas biológicas existentes hoy para probar la paternidad este derecho puede ser efectivamente satisfecho. El derecho a investigar la paternidad o maternidad se consagra en el Código Civil en su Libro I, Título VIII “De las Acciones de Filiación”.

El artículo 195 del Código Civil posibilita la investigación de la paternidad y maternidad y el artículo 198 establece la libertad de prueba estableciendo además una excepción al principio de pasividad de los tribunales en materia civil, ya que podrá decretar pruebas de oficio,<sup>76</sup> facilitando así alcanzar la verdad biológica, que es una

---

<sup>75</sup> SCHIMIDT CLAUDIA Y VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Conosur Ltda. 2001. Pág. 66.

<sup>76</sup> En materia civil la regla general es que las partes aporten las pruebas.

En virtud del Principio de Pasividad del Tribunal, éste debe juzgar a partir de las pruebas aportadas por las partes. En caso de que las pruebas no sean suficientes para poder

idea central de la ley 19.585. Por su parte el artículo 199 hace referencia a las pruebas periciales de carácter biológico. De esta forma en Chile el derecho a la identidad en su primera etapa de conocimiento y determinación se encuentra satisfecho, ya que de acuerdo a la nueva legislación, toda persona puede conocer sus orígenes investigando la maternidad o paternidad, relación que se puede acreditar por cualquier medio probatorio, e incluso por pruebas biológicas, lo que impide que se trabe o dificulte el derecho a conocerla.

En la jurisprudencia extranjera en gran cantidad de casos las personas se niegan a realizarse las pruebas periciales de carácter biológico argumentando que derechos constitucionales tales como el derecho a la intimidad, a la integridad, la libertad y la defensa en juicio. En estos caso en general los tribunales han rechazado dichas argumentaciones, ya que esos derechos en este caso no se estarían vulnerando, y aún siendo así el derecho a la identidad estaría por sobre los demás derechos en estos casos de investigación de paternidad.

La nueva ley de filiación establece el principio de la “libre investigación de la paternidad o maternidad” está muy ligado al derecho a la identidad, porque hace posible que las personas puedan gozar efectivamente este derecho, que se haga realidad.

Señala el Artículo 195 de la ley 19.585: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.”

La ley establece para estos fines una amplia posibilidad probatoria. El artículo 198 establece: “En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio

---

juzgar deberá aplicar subsidiariamente las reglas de la carga de la prueba, fallando en contra de la parte que incumplió o cumplió en forma deficiente su carga procesal de aportar pruebas.

En este caso por tratarse de materias de interés general, y de gran importancia, el legislador hace una excepción a este principio y permite que el juez ordene pruebas de oficio, sin tener que conformarse sólo con las aportadas por las partes.

o a petición de parte". Aquí apreciamos también una innovación en materia civil, se entrega al juez un rol activo.

Se reconocen los medios de prueba biológicos, los que pasan a ocupar un rol central. El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable, de acuerdo al artículo 195, y no opera la cosa juzgada contra el que se presente como verdadero hijo, padre o madre, artículo 320.

Se establece una presunción grave en contra de quien se niegue injustificadamente al peritaje biológico, en el artículo 199. En el artículo 203 se consagra una pena civil para el padre o madre cuya filiación se haya declarado con su oposición.

Como podemos apreciar, vemos plasmado en la legislación vigente, el principio o derecho a la identidad de modo tal de poder hacerlo efectivo en la realidad sin verse menoscabado por otros derechos con los que coaliciona al momento de investigar la filiación, esto por que el mínimo menoscabo que puede sufrir la intimidad o libertad del padre involucrado, que debe someterse al peritaje biológico es de entidad muy menor en comparación con lo que significaría el desconocimiento para el hijo de su identidad, derecho sustancial y fundamental del ser humano, en caso de una negativa por su parte.

Si bien en el nuevo texto de la ley prima la verdad real, como revisamos en los artículos anteriores, con una primacía declarada del derecho a la identidad, existen en la ley tres excepciones, por una parte, la posesión notoria del estado civil de hijo, caso en el cual es juez tendrá que decidir entre la verdad real o formal atendiendo al interés superior del niño, en el caso de los hijos concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, en los cuales los padres para todos los efectos son las personas que se sometieron a este tratamiento, sin permitirse que se discuta la filiación, caso en que prima la verdad formal, y por último en los actos de reconocimiento voluntario o de repudiación, donde la voluntad prima sobre la realidad.

## **CAPITULO IV: LA ADOPCIÓN**

### **La adopción**

#### **Origen y evolución histórica de la adopción.**

La adopción es una antigua institución del derecho civil, que mediante una larga y extensa evolución ha ido modificando sus fines que van desde una concepción patrimonial, social, a un sentido humano. Independientemente de esto existe un núcleo que la caracteriza que ha permanecido inmutable el hecho que permite incluir un tercero extraño a la familia que adquiere en mayor o menor medida la calidad de hijo.

Los primeros indicios que nos permiten reconocerla, aparecen en el Código de Hamurabi y en el Código de Manú, así, hay vestigios de filiación adoptiva en las antiguas leyes orientales e incluso aparecen en textos bíblicos<sup>77</sup>. Es en estas culturas en las que no existía el testamento, la adopción tuvo un fin hereditario. Sin embargo, recién en el Derecho Romano podemos hablar de una institución ampliamente regulada, configurándola en dos especies: la adopción propiamente dicha y la arrogación, motivada por dos fines, uno privado, de adquisición de patria potestad y como una forma de continuar la línea sucesoria de un paterfamilias, cuando éste no tiene hijos varones, para que de esta forma pueda tener un heredero. Como sabemos entre los romanos la continuidad de la familia tanto en el plano religioso como patrimonial, se realizaba a través del hijo varón, así nace la adopción como una institución con fundamento sucesorio, como un medio de crear descendencia artificialmente.

En Roma se distinguía el parentesco biológico emergente de la comunidad de sangre (cognación), del parentesco civil que unía a los que estaban sometidos a la potestad del ascendiente o del marido, o que lo estarían si el ascendiente viviera

---

<sup>77</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 11

(parentesco de agnación). Por lo tanto existían los cognados que equivale a los actuales parientes de sangre (hijos, padres, nietos biológicos, etc.) y los agnados que eran parientes en virtud de la ley civil; este parentesco surgía de la adopción, casamiento cummanu, emancipación, etc.<sup>78</sup>

Y otro parentesco público y de alta política, la llamada adopción imperial “adrogatio” que aseguraba la sucesión en el Principado, es decir que un “sui iuris” sin descendencia de sangre pudiera mantener el culto a sus antepasados, transmitir su patrimonio y mantener el poder político de la familia.

Con Justiniano se establecieron como especies distintas de la institución la adoptio plena, hecha por un ascendiente del adoptado y productora de efectos más intensos, y la adoptio minus plena, hecha por un extraño y creadora de efectos más débiles<sup>79</sup>. Solución esencialmente político-religiosa y absolutamente ajena al sentido tuitivo de los menores, tal cual se configura hoy la adopción.<sup>80</sup>

De lo antedicho se desprende que los fines de la adopción romana no eran la protección de la niñez abandonada, sino la protección del culto a los antepasados, la transmisión del patrimonio y el mantenimiento del poder político. Cuando estos fines perdieron interés, la adopción cayó en desuso y es por ello que durante largos siglos no se utilizó.<sup>81</sup>

En el antiguo Derecho germano, la institución aparece desde tiempos remotos, se conoció un tipo especial de adopción, realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico, inicialmente como un pacto familiar y posteriormente como negocio patrimonial.

---

<sup>78</sup> [http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l\\_000002.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l_000002.pdf)

<sup>79</sup> [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4711&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4711&cat=derecho)

<sup>80</sup> HUMBERTO VÁSQUÉZ, citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 12.

<sup>81</sup> [http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l\\_000002.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l_000002.pdf)



En la common law, con la existencia del principio de la libertad de testar, no tiene acogida la institución debido a que en esta época su finalidad hereditaria no tiene ningún sentido en un sistema jurídico en el que cada cual dispone de sus bienes para después de sus días, no se requiere adoptar hijos para que hereden, entonces la adopción pierde su fundamento.

Perdida en algunos pueblos medievales y conservada en su vertiente privada, con mayor o menor aplicación en otros, la adopción llegó a la época de la codificación civil con el carácter de una institución filantrópica de escasos efectos y de perfiles borrosos.<sup>82</sup>

En la época moderna sufre un fuerte descrédito por su utilización principalmente para fines poco legítimos. En el Código Francés se la incorpora con reticencia exigiendo condiciones difíciles y otorgándoles limitados efectos, lo que influye fuertemente en los países que siguen la tradición del derecho civil, en algunos incluso la institución fue suprimida, como ocurrió en Portugal y Holanda, dentro de Europa, en Chile y Argentina, en América.

Es después de la primera guerra mundial que la adopción deja de tener un fundamento hereditario para venir a transformarse en una institución de carácter social que tiene como finalidad dar acogida y resguardo a la gran cantidad de huérfanos que dejó la gran guerra. Esto mismo sucedió en América luego de la segunda guerra, de esta forma la institución de la adopción evoluciona de bases individualistas con fines puramente sucesorios, a una noción social cuya función principal es la protección de los niños que carecen de una familia natural que les pueda otorgar un medio adecuado en el cual desarrollarse.

A continuación la adopción a seguido su desarrollo en forma paralela a la evolución que ha surgido por el respeto y resguardo de los Derechos Humanos. Es así que hoy en día sigue teniendo un objetivo social pero centrado en la protección de los menores que no tienen un hogar donde desarrollarse psíquica y físicamente

---

<sup>82</sup> [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4711&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4711&cat=derecho)

resguardando los derechos que actualmente se les reconocen a todos los niños internacionalmente. De acuerdo a esta evolución de la institución la actual Ley de adopción N° 19.620 en su artículo primero señala: La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ella no le puede ser proporcionado por su familia de origen. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos de la presente ley.

La adopción es una institución que ha ido sufrido innumerables cambios y transformaciones a través de la historia, no sólo respecto a su constitución o establecimiento, y a los requisitos o medios necesarios para llevarla a cabo, sino también en cuanto a su finalidad. Aunque los medios para lograrlo han variado, e incluso los mismos fines también (pues en algunas legislaciones tenía un simple fin económico, cual era obtener un continuador para la conservación y administración del patrimonio), es indiscutible que el siglo XX marcó a la adopción con el sello de institución humanitaria.<sup>83</sup> En esta misma línea la perfilamos en el presente siglo con un objetivo protector de los niños a los cuales su familia no puede entregarles un medio adecuado para su desarrollo, ya sea por que son huérfanos, o por la incapacidad económica o psicológica de su familia biológica, encargándose el Estado de encontrarles un hogar donde crecer, evolución que tiene perfecta concordancia con el desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional.

### **Concepto.**

La adopción es una institución jurídica de orden público, propia del derecho de familia. Las normas que regulan la adopción son de orden público, porque hay un

---

<sup>83</sup> LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Reformas de las leyes de filiación y adopción*. Editorial Jurídica. Santiago 2001. Pág 7.

interés público comprometido, que es el cuidado de la niñez vulnerable<sup>84</sup>. Tiene como finalidad otorgar una familia a menores que carecen de una natural, para que les brinde lo necesario para su adecuado desarrollo. Es así que esta institución crea ficticiamente un lazo familiar, que conocemos como filiación.

Jacqueline Rubellin-Devichi, autora francesa la define como “al contrario de la filiación por procreación, es una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad afectiva”.<sup>85</sup>

Podemos distinguir entonces dos tipos de filiación: la filiación natural, o propiamente tal, y la filiación adoptiva. Si bien es cierto que no siempre el adoptado obtenía una relación filial con el adoptante, al menos siempre se la caracterizó con alguno de sus efectos, en mayor o menor medida. Como dice Carbonnier, “la imitación puede ser más o menos intensa, los efectos de la adopción pueden ser más o menos extendidos”.<sup>86</sup>

En esta línea de pensamiento tenemos que entender la adopción, como una creación jurídica del vínculo padre-hijo. Planiol la define como “un contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima”.<sup>87</sup> De igual forma define la Real Academia Española la adopción como: recibir un hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.<sup>88</sup>

Como toda institución del Derecho, la adopción ha evolucionado a través del tiempo paralelamente a los cambios sociales, culturales, familiares y morales, variando su fundamento y contenido, hasta llegar a un concepto actual congruente con nuestra

---

<sup>84</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 233.

<sup>85</sup> JEQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 73.

<sup>86</sup> CARBONNIER. citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 59.

<sup>87</sup> PLANIOL. Citado por MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago. 1995. Pág 135

<sup>88</sup> Diccionario de la Real Lengua Española. Editorial Guzpatarra. 1984. Pág 30.

legislación nacional. Acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle a un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que puedan brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ellos no le sean proporcionados por la familia de origen<sup>89</sup>.

Es importante destacar que la adopción es una de aquellas instituciones que más cambios ha experimentado en la historia para obtener un mismo fin: el ingreso de un extraño a una familia que no le pertenece y que le acoge.<sup>90</sup> En el largo desarrollo que ha tenido la institución, uno de sus caracteres se ha mantenido estable durante el correr de los siglos; éste es el carácter legal, de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidos biológicamente.<sup>91</sup> Podemos decir que si bien el motivo que la fundamenta en cada época de su evolución es distinto y se utiliza para diversos fines, no se puede desconocer el hecho que siempre se trató de una estructura legal que permitía asimilar a la calidad de hijo en mayor o menor medida a alguien que no lo era. Hay que señalar que independiente de los cambios que ha sufrido los autores en las distintas épocas la entienden como una ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente.<sup>92</sup> Es este carácter de construcción normativa o ficción lo que la distingue de la filiación biológica o filiación a secas, la cual se ha definido como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado”.<sup>93</sup> Con la adopción se incorpora un tercero extraño a la familia que adquiere una relación filial con sus adoptantes, y hoy en día los mismos derechos y obligaciones que cualquier hijo. Se podría sostener que según señala René Ramos Pazos “...no existe

---

<sup>89</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 74.

<sup>90</sup> LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Reformas de las leyes de filiación y adopción*. Editorial Jurídica. Santiago. 2001. Pag 71.

<sup>91</sup> [http://www.graciamedina.com/archivos/libros/pdf/l\\_000002.pdf](http://www.graciamedina.com/archivos/libros/pdf/l_000002.pdf)

<sup>92</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pag 222.

<sup>93</sup> ENRIQUE ROSEL SAAVEDRA. Citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. *Derecho de familia*. Tercera edición actualizada con la Ley 19.585 sobre nuevo régimen de filiación y Ley 19.620 sobre adopción. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago. 2000. Pag 374

propriadamente filiación adoptiva, pues lo que tipifica una institución son sus efectos y de acuerdo al artículo 37 de la Ley 19.620 “la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley,....”.<sup>94</sup> Es decir, los efectos son los mismos, sin embargo se debe tener presente que existe una diferencia relevante entre ambos tipos de filiación.

Al clasificar la filiación se señaló que esta podía ser natural o adoptiva y que existía una profunda diferencia entre ellas, ya que la primera se origina en un hecho biológico –la procreación-, en tanto que la segunda en un vínculo esencialmente legal, originado por una resolución judicial.<sup>95</sup> Así en la filiación natural el Estado reconoce una situación de hecho, el vínculo sanguíneo y le atribuye a esta relación un carácter jurídico con derechos y obligaciones para las dos partes, y en la filiación adoptiva, el Estado construye una ficción jurídica construyendo una relación de familia donde no existía lazo alguno, con el fin de resguardar el interés superior del niño otorgándole los efectos de la filiación, esta diferencia tiene importancia por ejemplo a la hora de determinar la anulación de una filiación adoptiva, sanción a la falta de requisitos para su constitución, situación impensable en el caso de filiación biológica.

Al tratarse de una institución construida para cubrir necesidades patrimoniales, familiares y personales, es que podemos decir que han existido múltiples tipos y formas de adopción en los distintos periodos de la historia, que respondían a las necesidades de la época, cada una con sus fundamentos propios pero que han tenido un desarrollo internacional hacia la protección y respeto de los derechos del niño, y es de esta forma como se perfila en el derecho moderno de los distintos países.

Observamos a partir de este análisis que hoy en día la adopción es una institución que centra su cometido o fin en los intereses del niño por sobre la necesidad de brindar un hijo a una familia que no puede tenerlo. Su motivación es la protección y desarrollo de

---

<sup>94</sup> RAMOS PAZOS , RENÉ. *Derecho de familia*. Tercera edición actualizada con la Ley 19.585 sobre nuevo régimen de filiación y Ley 19.620 sobre adopción. Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago. 2000. Pag 379.

<sup>95</sup> TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. *Derecho de familia*. Colección de manuales de derecho privado, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talcahuano, Trama impresores. 2004. Pag 275.

los niños en situación de abandono en este sentido Maricruz Gómez de la torre Vargas de acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 19.620, en la cual no se define la adopción pero si se señala su finalidad, la define como “ la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.”<sup>96</sup>

## **Evolución legislativa de la adopción en Chile.**

### **Código Civil**

Don Andrés Bello no dio acogida a esta institución en el Código, no por su desconocimiento en la materia, ya que un romanista como él, debía tener un amplio manejo del tema, sino que de acuerdo al pensamiento de la época, la adopción estaba bastante mal mirada, porque se utilizaba principalmente para fines ilícitos, además de la influencia como dijimos del Código francés, que la incorporó en forma renuente. Este vacío legal llevó a quienes deseaban adoptar a recurrir a medios fraudulentos como el de reconocer como hijo natural al que deseaba adoptar, o lisa y llanamente a inscribirlo como hijo.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 223.

<sup>97</sup> TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. *Derecho de familia*. Colección de manuales de derecho privado, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talcahuano, Trama impresores. 2004. Pág 275.

## Adopción como contrato

La primera ley que se dictó fue la N° 5.343, que entró en vigencia el 6 de enero de 1934, estableciendo una adopción que no constituía estado civil y que se prestó para abusos, como señalan comentaristas de la época, “porque personas que estaban impedidas de contraer matrimonio recurrieron al subterfugio de la adopción para en definitiva tener una forma de convivencia”.<sup>98</sup> En esta ley en forma análoga al tratamiento internacional sobre la materia, se configura la adopción, como un contrato, un pacto de familia, que no constituye estado civil, como se expresa en su artículo segundo, y de carácter revocable e impugnabile.

En su artículo primero, la ley nos entrega un concepto” acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley”.<sup>99</sup>

Al tratarse de un contrato, la adopción producirá efectos relativos entre las partes, adoptante y adoptado. Por lo tanto el adoptado no tendrá abuelos, ni relación alguna con el resto de la familia del adoptante. Además, al no constituir estado civil, no se adquiriría la calidad de hijo. Sin embargo, como su finalidad fundamental era la mantención de la línea de sucesión, el adoptado tenía ciertos derechos hereditarios.

A partir de la caracterización de la institución en esta ley, podemos advertir, que la adopción, sólo miraba el interés del adoptante que carecía de herederos para que lo sucedieran, y no cumplía ningún objetivo social de protección de menores huérfanos o abandonados, como se explica hoy en día.

Esta ley fue derogada prontamente, debido a sus deficiencias y vacíos, que se prestaron para que fuera utilizada fraudulentamente. Sin embargo, no sufrió una reforma de fondo, sino más bien en su articulado y redacción.

---

<sup>98</sup> AMBROSIO RODRIGUEZ citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pag 215.

<sup>99</sup> Ley N° 5.343 Artículo1.

La segunda legislación sobre la materia es la ley N° 7.613, que entró en vigencia el 21 de octubre de 1943, derogando la anterior. No obstante, no significó grandes diferencias en la materia. La adopción seguía siendo un acto jurídico entre las partes con efectos relativos, no constituía estado civil, y era esencialmente revocable. El autor Ramón Meza Barros la describió de la siguiente forma: “es un contrato porque requiere el concurso de voluntades entre adoptante y adoptado. Está sujeto a la observancia de determinadas formas que se dirán y, muy particularmente, a la aprobación de la justicia...”<sup>100</sup>

Las características de este pacto de familia consistían, en que previa autorización judicial y el consentimiento de ambas partes el acuerdo se reducía a escritura pública y se inscribía en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado. Si bien sólo se creaban lazos entre las partes, generaba el derecho de alimentos mutuos, pero se mantenían los vínculos con la familia de origen, las partes podían acordar que el adoptado tomara el apellido del adoptante, quien pasaba a ejercer la patria potestad o guarda del incapaz, pero no el derecho de usufructo sobre los bienes del adoptado; el adoptado pasaba a suceder al adoptante como hijo natural.

Como se trataba de un contrato esencialmente revocable, ambas partes podían dejarlo sin efecto de mutuo acuerdo, o por voluntad del adoptado mayor de edad reducida a escritura pública o por sentencia judicial que prive al adoptante de la patria potestad o que declare la ingratitud del adoptado. Quizás la única novedad a destacar con la ley anterior, es un matiz de protección al adoptado, que aparece por primera vez en Chile.

---

<sup>100</sup> MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de derecho de familia*. Tomo II. Editorial jurídica. Santiago. 1995. Pág 135.



## La adopción legitimante.

La ley N° 16.346, entró en vigencia el 20 de octubre de 1965, y sin derogar la Ley N° 7.613 introduce en nuestro país el modelo de la adopción legitimante. La ley se basa en la legislación francesa y uruguaya, y procura dar cumplimiento a las recomendaciones del IX Congreso Panamericano del Niño celebrado en Caracas y de la VII Conferencia Interamericana de abogados de 1951 de Montevideo.<sup>101</sup> Es el segundo país en el continente en incorporar esta noción de adopción después de Uruguay.

La denominación legal fue criticada, por cuanto, la legitimación es la regularización del estado civil del hijo ilegítimo y no una adopción.<sup>102</sup> Sin embargo, el nombre se refiere al hecho de que se le confería al adoptado el estado civil de hijo legítimo con todos sus derechos y obligaciones, de ahí la denominación, como se establece en el artículo 1 de la Ley

Se constituye por sentencia judicial, a petición de los adoptantes, cuando concurren los demás requisitos establecidos por la ley. Se tramita de acuerdo al procedimiento de menores y el juez debe comprobar el cumplimiento de los requisitos y decreta las probanzas que le parezcan conducentes, no es necesario que cite a los padres biológicos del menor, lo que fue ampliamente criticado. Ejecutoriada la sentencia se procede a una nueva inscripción de nacimiento del menor, y la anterior pierde sus efectos y debe ser destruida, conjuntamente con la ficha anterior. Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, eran absolutamente secretas. Una vez que por sentencia judicial se otorgaba la adopción, se ordenaba destruir el expediente y cualquier otro antecedente que permitiera la identificación del

---

<sup>101</sup> VALLE PONCE, citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 39

<sup>102</sup> MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. *Derecho civil*. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina, 1979.

adoptado<sup>103</sup>. Se instauro el secreto absoluto, lo que no fue aceptado por la doctrina. Los mismos tribunales llegaron a señalar que el secreto era de alguna manera relativo y que se refería a los trámites en concreto pero no a la legitimación adoptiva en su conjunto, por lo que procedía que un matrimonio de sólo 8 años de duración adoptara a un menor de 15 años, lo que dejaría de manifiesto que fue legitimado.<sup>104</sup> A partir de esta norma los tribunales interpretaron que el sentido de la ley no era mantener el procedimiento en secreto absoluto, sino más bien un secreto relativo, para no vulnerar el derecho a la intimidad de los adoptantes.

Los requisitos que establecía la ley para que una persona fuera adoptada legítimamente eran que: los adoptantes debían estar casados a lo menos por cinco años, tener entre treinta y sesenta y cinco años, con veinte años mínimo de diferencia con el menor. El adoptado debía ser menor de 18 años de edad, y encontrarse en estado de abandono, huérfano, hijo de padres desconocidos o que haya estado en instituciones públicas o privadas de protección de menores cuyos padres no hayan mostrado interés en el niño, además el adoptante debe haber tenido al menos dos años bajo su cuidado al menor.

Las características del modelo de adopción legítima eran: otorgar al menor el estado civil de hijo legítimo con todo sus derechos, con lo que viene a completar el vacío legal que existía al respecto. Como consecuencia de esto, el adoptado pierde los vínculos con su familia de origen, así lo establece el artículo 5 de la ley, excepto los impedimentos para contraer matrimonio y los derechos patrimoniales que le correspondieran como prestaciones alimenticias y derechos hereditarios. La adopción es esencialmente irrevocable, y sólo el adoptado podría alegar su nulidad en caso de fraude o dolo.

A partir de esta Ley por primera vez en el país la institución de la adopción viene a cumplir un rol social de tutela de los menores en estado de abandono, lo que

---

<sup>103</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 216.

<sup>104</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág 41.

significa un gran avance para la época. La normativa no entrega un concepto de estado de abandono, pero en general se caracteriza por la carencia de padres que brinden al niño las necesidades para que se desarrolle adecuadamente, sea porque se desconocen, no tiene padres o estos no se muestran interesados en su hijo. A pesar de esta evolución legislativa, la ley adolecía de varios errores que fueron duramente criticados, como la no exigencia de citar a los padres biológicos lo que significó que muchos padres no tomaran conocimiento de la adopción de sus hijos, y el tema del secreto total que vulneró el derecho a la identidad del menor en forma manifiesta, por lo que fue derogada expresamente con la siguiente ley.

La Ley N° 18.703, entró en vigencia el 10 de mayo de 1988, como consecuencia de la necesidad de legislar acerca de la salida del país de menores para ser adoptados en el extranjero, y reformar la legislación vigente sobre adopción. El primer proyecto sobre el tema fue retirado y en segunda discusión, un año más tarde se presentó un segundo proyecto que fue aprobado y promulgando, la ley 18.703.

Esta normativa contempla un sistema doble de adopción, la adopción simple y la adopción plena, regula exclusivamente la adopción de menores de edad derogando la Ley 16.343, sin modificar la adopción clásica de la Ley 7.613, que siguió vigente. Además dedica un título completa a reglamentarla autorización para la salida de los menores que vayan a ser adoptados en el extranjero.

### **Adopción simple**

Se trata de una institución proteccional establecida en beneficio de los menores que se encuentran en estado de abandono y cuya fuente se remonta al derecho romano, se sitúa en un plano intermedio entre las medidas asistenciales y la adopción propiamente tal.<sup>105</sup> No tiene las características propias de la adopción, sino más bien de una especie de tuición con mayor reglamentación que el existente entonces en el

---

<sup>105</sup> MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de derecho de familia*. Tomo II. Editorial jurídica. Santiago. 1995. Pág 158.

Derecho de Menores. No genera estado civil ni derechos sucesorios entre adoptante y adoptado, tampoco modifica la filiación originaria del menor.

La adopción simple concede una protección a menores de 18 años que carecen de bienes. Permitía a los adoptantes tener al adoptado en su hogar, bajo su cuidado, con obligación de criarlo, alimentarlo y educarlo, por lo menos hasta que termine la educación primaria o una profesión u oficio<sup>106</sup>. El adoptante ejercía los derechos de autoridad paterna y la patria potestad sin el derecho de usufructo. El adoptado era considerado carga para los efectos de la asignación familiar y otros beneficios de salud o seguridad social<sup>107</sup>.

Se otorgaba la adopción simple por sentencia judicial dictada con conocimiento de causa una vez que el juez hubiera comprobado la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley, producía efectos desde su subinscripción en la partida de nacimiento del menor. Esta figura era esencialmente transitoria, ya que en caso de no convertirse en adopción plena terminaba cuando el menor alcanzaba la mayoría de edad.

### **Adopción plena**

Fue la nueva regulación de lo que era la legitimación adoptiva, perfeccionándola. Los cambios más significativos fueron la extinción de los vínculos del adoptado con la familia de origen a excepción de los impedimentos para contraer matrimonio por filiación.

El proceso de adopción se tramitaba conjuntamente con la declaración judicial de abandono del menor lo que debía notificarse a los padres o parientes del niño, y en caso de que no fueran conocidos el juez podía ordenar la notificación mediante avisos,

---

<sup>106</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 217.

<sup>107</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva..* Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág. 43.

perfeccionando de esta forma una de las grandes críticas de la legislación anterior, conjuntamente con la flexibilización del secreto del proceso de adopción.

La nueva ley establecía el secreto de las actuaciones y tramitaciones a que diera lugar la adopción plena, pero se flexibiliza la reserva con relación a la Ley N° 16.346, ya no ordenaba destruir la ficha de adopción como lo disponía esta, sino que, ordenaba la cancelación de la antigua inscripción, se debían guardar los antecedentes del menor en un archivo separado del Registro Civil, custodiado por el Jefe del Archivo General del Registro Civil y podían conocerse por sentencia judicial.

Por último se regulaba la salida de menores del país para ser adoptados en el extranjero. Respecto de la adopción de niños por matrimonios extranjeros, se establece que la intervención jurisdiccional nacional sólo se limita a autorizar la salida del menor, porque la adopción se rige, en lo sustantivo, por la ley del país extranjero en que se va a verificar, pero controlando la idoneidad de los adoptantes y la ventaja de la adopción para el menor.<sup>108</sup> La autorización se solicitaba al Servicio Nacional de Menores con los antecedentes exigidos por la ley, para que dicha organización emitiera un informe al juez de menores quien daba la autorización, sólo respecto de niños menores de 18 años que se encontraran en situación de abandono.

Uno de los antecedentes más influyentes de la reforma que va a sufrir el estatuto de filiación adoptiva en el país es la Convención de Derechos del Niño, que entró en vigor en 1990. En ésta se hace explícita mención a esta institución, fundamentándola en la protección y asistencia de los niños que no cuentan con una familia de origen y haciendo primar como fin principal el interés superior del niño.

---

<sup>108</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 216.

Se señala que los Estados que consagran la adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y velarán porque la adopción sea sólo autorizada por las autoridades competentes<sup>109</sup>.

Se trata también en este Tratado en su artículo 3 el deber de los Estados de respetar los derechos de identidad, nombre, nacionalidad y relaciones familiares del niño. En su artículo 8 se regula el derecho del niño a que en la medida de lo posible pueda conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Como podemos ver la legislación vigente en esa época no compartía todos los derechos y deberes consagrados en la Convención, lo que requería una reforma del sistema de adopción en el país.

Otro antecedente a considerar es la reforma del estatuto filiativo, el que en su proyecto inicial incluía modificaciones del proceso de adopción. La reforma de la filiación que considera iguales a todos los hijos, a lo menos en sus derechos y obligaciones respecto de sus progenitores y los parientes de estos, podía tener incidencia en el régimen adoptivo<sup>110</sup>.

Finalmente, el proyecto de filiación se aprobó con mayor celeridad por su urgencia que el de adopción, el que quedó para un periodo posterior, pero que sin embargo tuvo una gran influencia en éste.

### **Legislación actual.**

Para entender la evolución que sufrió la legislación nacional en materia de adopción y la actual Ley N° 19.620, es necesario conocer sus antecedentes, entre los que cabe destacar la entrada en vigencia en el país de la Convención de Derechos del Niño en 1990, en la cual en su artículo 20 señala: los niños que sean temporal o

---

<sup>109</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág.46.

<sup>110</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág 48.

permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

En su artículo 21 complementa lo anterior diciendo que el estado debe garantizar, de acuerdo con la legislación interna, otros tipos de cuidados para el menor, entre estos tipos se señala la adopción.

La adopción aparece así en la Convención como una institución que se justifica, no en el interés de los adoptantes, sino por sobre todo en el interés y la necesidad de protección y asistencia del niño.<sup>111</sup> Si bien la Convención no obliga a los Estados a considerar un régimen adoptivo, si señala que en los casos en que exista deberá someterse a las normas de esta. Se señala que los estados que consagran la adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y velarán porque la adopción sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.<sup>112</sup>

Es a partir de estas disposiciones que se desprende el fin que se le atribuye a la institución de filiación adoptiva por la Convención, que protege al menor desvalido dándole una solución a su situación, a fin de que todo niño ya sea a través de la adopción o de otra figura que provea el estado, tenga un desarrollo adecuado y conforme a su condición de sujeto de derecho, el cual debe ser respetado y protegido, con mayor razón por sus características propias que lo dejan en un pie de desigualdad frente a los adultos, ya que no puede proveerse de medios y condiciones dignas de vida a si mismo.

---

<sup>111</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. P´<g.46.

<sup>112</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág.47.

En el artículo 3 de la Convención; se establece el deber del estado de “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad a la ley y sin injerencias ilícitas”, en el artículo 8 y 9 se reconoce el derecho del niño “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.<sup>113</sup>

Es en atención a la entrada en vigencia de esta convención que debemos entender e interpretar la Ley N° 19.620 que sin lugar a dudas vino a conformar la legislación interna del país con el mencionado Tratado.

La nueva normativa fue publicada en el Diario Oficial el 5 de agosto de 1999, sin embargo sólo adquirió vigencia conjuntamente con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 sobre el estatuto filiativo, el 26 de octubre de 1999. La Ley N° 19.620 derogó las leyes N° 7.613 y N° 18.703, pero la derogación es relativa, porque, de acuerdo al artículo 45, *“los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley N° 7.613 o a las reglas de adopción simple contempladas en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria”*.<sup>114</sup>

Dicha normativa hubo de ser modificada en forma urgente debido a que no regulaba los procesos que se habían iniciado con la normativa anterior y que aún se encontraban en tramitación. El mayor problema de este vacío normativo se daba respecto de la declaración de abandono del menor, resolviendo los tribunales en formas muy diversas. Con fecha 20 de diciembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.658 que vino a solucionar este problema.

---

<sup>113</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Adopción y filiación adoptiva. Editorial jurídica. Santiago. 2002.. Pág.47

<sup>114</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. El sistema filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 220.



La normativa vigente derogó las leyes anteriores sobre adopción, tanto la Ley N° 7.613, como la Ley N° 18.703, no obstante, hay situaciones de supervivencia, de los derechos adquiridos en virtud de dichas leyes, por eso se habla de una derogación relativa. Los derechos adquiridos se mantienen, otorgando el legislador la posibilidad de acogerse a los efectos de la nueva ley a través de la celebración de un pacto entre adoptante y adoptado, que debe constar con la autorización del juez competente, ambos son enviados a al Registro Civil para realizar la nueva inscripción correspondiente.

Las características más importantes de esta nueva normativa son que separa los procesos de declaración de susceptibilidad de adopción, lo que antes se denominaba situación de abandono del menor, hoy constituye una figura más acorde con los derechos del niño el llamado programa de adopción con el cual se llega a la declaración de susceptibilidad del menor; y el proceso de adopción propiamente tal.

La Ley 19.620 establece que el procedimiento de adopción será no contencioso. La etapa de controversia se efectuará en el procedimiento previo, en el cual se tramita la declaración de adopción o de susceptibilidad del menor. Aquí hay o puede haber oposición de legítimo contradictor. Ejecutoriada la resolución que declara que un menor es apto o susceptible de ser adoptado, no cabe oposición alguna.<sup>115</sup> Establece un único régimen de filiación adoptiva que genera vínculos filiativos, adquiriendo el adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes. Corresponde a la forma de adopción plena o legitimante, es decir, aquella que finge que el adoptado es un hijo del adoptante y que sólo se acepta para menores de edad<sup>116</sup> siguiendo la línea de no discriminación entre los hijos, en armonía con la Ley N° 19.585 que vino a reformar el estatuto de filiación existente en Chile y eliminó las diferencias entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales. Con respeto y consagración de los derechos del niño a nivel internacional y de los tratados ratificados por Chile.

---

<sup>115</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 237.

<sup>116</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág.53

La adopción se otorga por sentencia judicial, es irrevocable y sus efectos comienzan a regir desde que se inscribe la sentencia. Sólo puede quedar sin efecto a través de la acción de nulidad que puede ejercer el adoptado o su curador en caso que se haya obtenido fraudulentamente. Se otorga un importante rol tanto al SENAME como a organismos acreditados ante éste, los que pueden hacerse parte en los procedimientos en defensa de los intereses del menor. Además el SENAME debe llevar un registro detallado de las personas interesadas en adoptar distinguiendo si son chilenas o extranjeras, residentes o no en el país, y si son matrimonios o viudos o solteros; y de los niños que pueden ser adoptados. Todo esto para tener una mayor fiscalización del proceso y evitar el tráfico de menores. Por primera vez permite la adopción por parte de personas viudas o separadas. Se regula por completo la adopción internacional tanto el proceso de declaración de susceptibilidad de adopción, como el de adopción propiamente tal, sometiendo el procedimiento a las leyes chilenas, con el requisito que se gestione por completo el proceso con el patrocinio del SENAME o de un organismo acreditado por éste. Y continúa con el principio del secreto relativo que establecía la ley anterior.

Podemos concluir que esta ley tiene como finalidad que toda la adopción sea otorgada en beneficio del niño que va a ser adoptado y no en el de los posibles adoptantes, por lo cual debe proporcionarle a éste una familia que lo cuide, proteja, otorgue cariño y donde pueda alcanzar un desarrollo integral.<sup>117</sup> Se acoge en forma expresa el principio del interés superior del niño y el principio de subsidiariedad entre otros, se trata de una normativa tutelar de los intereses del menor acorde con el desarrollo internacional de la materia y el resguardo tanto de los derechos humanos como específicamente de los Derechos del Niño.

### **Principales principios que inspiran el régimen de adopción chileno.**

---

<sup>117</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007 Pág 223.

- El interés superior del niño
- La subsidiariedad.
- Preferencia de la familia matrimonial.
- Preferencia de la adopción nacional.
- El principio de reserva relativa.
- El principio de la preferencia de la adopción nacional.
- El derecho a la identidad del menor.
- El derecho del niño a ser oído.

Dentro de estos principios nos interesa tratar con mayor profundidad aquellos que dicen relación con el derecho a la identidad del menor, estos son: el principio del interés superior del niño, el principio del secreto relativo y el principio de derecho la identidad del menor.

### **El interés superior del niño en materia de adopción.**

Como ya se señaló, el principio del interés superior del niño se introdujo en nuestra legislación a través de la ratificación y entrada en vigencia de la Convención de Derechos del Niño, la cual señala en su artículo 3 N°1: “Que 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 niño”. Específicamente respecto de la adopción el mismo tratado prescribe que los estados que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Aquí podemos apreciar que este principio más que una regla es un criterio rector que deben seguir todas las instituciones a la hora de considerar y evaluar tanto un proceso de susceptibilidad de adopción, como en el proceso de calificación de idoneidad para asumir la paternidad o maternidad adoptiva, y en el proceso de adopción propiamente tal.

La adopción no es sólo un estado jurídico, sino que también un acto y un proceso, y es en estas tres acepciones o alcances de la institución que se debe respetar en primer término el interés superior del niño, para que así este no pueda ser vulnerado en sus derechos en ninguno de los alcances que pueda llegar a tener. Asimismo como dice Maricruz Gómez de la Torre, este principio cumple una triple función: es una garantía para el menor debido a que toda decisión que concierne al niño debe considerar fundamentalmente sus derechos. Es una norma orientadora, que no sólo obliga a los legisladores sino a todas las instituciones públicas y privadas; y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos.<sup>118</sup>

Ya dentro de nuestras propias leyes vemos una recepción acabada del principio en cuestión, tanto en la Ley que reformó el sistema de filiación general en Chile como en la nueva ley de adopción. La Ley N° 19.620, de 1999 considera el interés superior del niño como principio esencial para otorgar la adopción y para decidir todas las cuestiones que se presenten en el funcionamiento de la institución. Este propósito de la ley se manifiesta también en el Reglamento, cuyo artículo 11 señala que debe privilegiarse el interés superior del menor sobre el de las personas interesadas en adoptar.<sup>119</sup> De esta forma, se refleja en forma positiva la consagración del niño como sujeto de derecho, como un fin en si mismo independientemente de la familia que quiere un hijo.

El legislador no da un concepto del principio. Por su parte el artículo 12 del reglamento trata de precisar el contenido del principio en comento, al señalar que el interés superior del menor considera su realización personal, espiritual y material y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades.<sup>120</sup> Aunque no se entregue una definición precisa, ésto no quiere decir que quede entregado a los criterios personales del juez o

---

<sup>118</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 210.

<sup>119</sup> MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. *Nuevas tendencias del Derecho*. Editorial Lexis Nexis. 2004. Pág 93.

<sup>120</sup> MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. *Nuevas tendencias del Derecho*. Editorial Lexis Nexis. 2004. Pág 94.

de las instituciones que participan en el proceso de adopción la valoración o contenido de esta directriz, estos deben ajustarse a los criterios sociales compartidos por la comunidad, y tener como punto central que el niño es un sujeto de derecho, y que como tal debe ser protegido y respetado.

Sobre el contenido y aplicación del principio señalado, la jurisprudencia nacional a seguido una postura concordante y similar, por ejemplo el Primer Juzgado de Menores de Pudahuel en el 2001 señaló: “que el interés superior de la menor, que el tribunal está llamado a proteger, tiene por objeto amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, lo que puede concretarse con una familia adoptiva, como en la especie”.<sup>121</sup>

### **El principio de la reserva relativa.**

La legislación vigente en la materia, si bien vino a reformar varios aspectos de la adopción, mantuvo el principio de la reserva relativa, así el artículo 28 de la Ley N° 19.620 establece que todo el proceso de adopción tanto administrativo como judicial y la guarda de documentos a que de lugar, serán reservados. Pero la reserva no es absoluta y admite varias limitaciones. De partida, los adoptantes pueden optar por no acogerse a la reserva. En segundo lugar, se permite la emisión de certificados durante la tramitación del proceso para impetrar derechos o realizar actuaciones en beneficio del menor.<sup>122</sup>

Como la adopción crea una ficción respecto de la filiación de un menor, se alteran una serie de datos, esto tiene relación con el principio de igualdad y del interés superior del niño, porque de otra manera los niños adoptados no tendrían los apellidos de sus

---

<sup>121</sup> Causa rol N° 16356 de 9 de marzo de 2001, 1ª instancia, del primer Juzgado de Menores de Pudahuel, fojas 66 y 67.

<sup>122</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág.70

padres afectivos y serían discriminados. Es así que la inscripción de nacimiento es alterada, y en caso de ser necesario también el lugar y la fecha para que corresponda a la de su familia adoptiva. La sentencia de adopción ordena la cancelación de la inscripción de nacimiento anterior del adoptado y la eliminación, del adoptado y del adoptante, de los registros del Servicio Nacional de Menores.

### **El derecho a la identidad del menor en la adopción.**

En la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo N° 8 se compele a los estados a respetar el derecho a la identidad del niño. Esta norma debe entenderse en sentido amplio, referida no sólo a la identidad biológica, sino igualmente a la filiación afectiva que se da en los casos de adopción. No se trata por tanto que el menor adoptado pueda o tenga derecho a “recuperar” su filiación de origen repudiando la adoptiva. De lo que se trata es que el adoptado pueda conocerse a sí mismo a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes<sup>123</sup>.

Si consideramos el principio del derecho a la identidad del niño desde una perspectiva flexible, y correcta, podemos constatar que no viene en ningún caso a menoscabar o excluir la filiación adoptiva, sino que muy por el contrario, la confirma. La identidad de un niño significa, conocer sus orígenes, su pasado su condición de adoptado y la información disponible acerca de sus padres biológicos, en forma libre y espontánea. Y en caso alguno alcanzar la identidad de sus padres biológicos o exigir derecho de filiación respecto de éstos. Porque este derecho no tiene que ver con el nombre o apellidos de un niño, ni con los sujetos pasivos de los derechos de familia, sino muy por el contrario mira el desarrollo sano y adecuado del menor, de forma que pueda crecer y madurar en forma integral y plena, fin que sólo podrá lograr si cuenta con la información necesaria para formarse una identidad con bases que se afirmen en la realidad.

---

<sup>123</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Adopción y filiación adoptiva*. Editorial jurídica. Santiago. 2002. Pág.71

El autor Carlos Fernández Sessarego señala: “la identidad es el conjunto de datos biológicos, de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permite distinguir indudablemente a una persona de todas las demás”.<sup>124</sup> La institución de la adopción, al ser una ficción normativa aún con el objetivo de resguardar el interés superior del menor, al desconocer una relación biológica familiar y construir una nueva atenta contra la identidad del niño, el cual pertenecerá a partir de su adopción a una familia nueva, con distintos orígenes, cultura y costumbres. Es así que a partir de esta institución podemos apreciar un conflicto de valores, por un lado el derecho a la identidad del niño de conocer sus progenitores y por otro el derecho a la intimidad de los progenitores protegido por el principio de reserva relativa.

Aquí surge una interrogante, ¿es necesario que una persona que ha sido adoptada conozca la verdad? Toda persona tiene derecho a saber la verdad respecto a su origen, si lo desea. La duda tiene que ver con el momento oportuno y la forma adecuada para proporcionar la información.<sup>125</sup> Consideramos que en la etapa de desarrollo y crecimiento del menor la revelación de su origen biológico queda entregada a la tutela de los padres adoptivos, los cuales junto con la ayuda que se les proporciona por el SENAME y los organismos acreditados en programas de apoyo, deben encontrar el momento adecuado para revelar esta información, de manera tal que el niño conozca su identidad biológica pero sin crearle un trauma por el hecho de ser adoptado. Ahora si el niño llega a la mayoría de edad desconociendo su condición de adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes debido a que sólo de esta forma va a poder completar su identidad en forma auténtica lo que le entregara mayores herramientas para desenvolverse en su vida, en la sociedad y con su propia familia.

En la Ley Nº 19.620 vemos acogido este principio en su artículo 27, en el que se señala que el adoptado mayor de edad y capaz puede solicitar al Servicio de

---

<sup>124</sup> CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, citado por MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. *Nuevas tendencias del Derecho*. Editorial Lexis Nexis. 2004. Pág 83.

<sup>125</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág 229.

Registro Civil información sobre su filiación de origen y pedir copias de la sentencia o expediente de adopción, autorizado por el juez competente. El reglamento avanza en la misma línea al mencionar en su artículo 8 N° 2 que el procedimiento de adopción debe incluir la asesoría psicológica adecuada para la familia y el menor a la hora de revelar su situación.

Así podemos apreciar la conformidad de la legislación vigente con la Convención de Derechos del Niño, en la cual se reconoce pero en forma limitada, el derecho a conocer su familia biológica, al establecer que cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le hagan presumir que fue adoptado, podrá pedir personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación información suficiente para saber si tiene ese origen. Sin embargo, se debe tener presente que ninguna persona adoptada puede tener interés de conocer a sus padres biológicos si no es conciente de su estado de tal, lo cual no ha sido regulado por nuestra legislación y deja al arbitrio de los padres adoptivos permitir o no a su hijo adoptivo conocer a sus padres biológicos, además se cumple la conservación de la información en el Servicio de Registro Civil e Identificación, lo cual debería ser fiscalizado para que fuera efectivo el derecho a la identidad en la materia.

### **Legislaciones comparadas sobre adopción.**

Nos parece adecuado para realizar un estudio acabado del régimen de adopción, y particularmente del tratamiento del derecho a la identidad en esta materia, explicar en forma sucinta el tratamiento y regulación que se le da al tema en otras legislaciones de tradición del derecho civil, a fin de abarcar la evolución internacional que ha visto la institución, para entender que el desarrollo de la filiación adoptiva en Chile, no es un fenómeno único o aislado sino muy por el contrario, viene a formar parte a ratos tardío de su desarrollo a nivel internacional, no sólo en tratados y convenciones internacionales, sino que a la vez de otras legislaciones.



## Legislación española.

La adopción como vínculo jurídico de filiación no fue practicada por los germanos, es por ello que no fue legislada en las leyes de la dominación visigoda; es recién con el renacimiento del derecho romano por influencia de la escuela de Bolonia que fue receptada en España en los años 1252 y 1255 en el Fuero Real promulgado por Alfonso, el Sabio quien le dedica el título 22 del libro IV.<sup>126</sup>

Por su parte Las Partidas reprodujeron prácticamente el derecho justiniano sobre adopción y adrogación a las cuales llamaron prohijamiento.<sup>127</sup> En estas encontramos en la Ley 1 una definición de adopción o prohijamiento, en la cual se señala que es una manera que establecieron las leyes, reconociendo la creación puramente normativa de esta ficción, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente. Se regulan principalmente en este cuerpo normativo los requisitos del adoptado y adoptante además de sus efectos sucesorios y patrimoniales, y no se menciona en ningún momento el sentido reservado o privado del proceso, es de concluir que tratándose de comunidades pequeñas y de círculos cerrados de clases era de conocimiento común una adopción, motivo por el cual no tenía ninguna justificación mantener en secreto la información.

En el Código Civil español siguiendo la corriente que imperaba en la época, y principalmente al Código francés, se reguló la institución estableciendo rigurosos requisitos y efectos muy limitados, a fin de reducirla al mínimo de casos por el fin fraudulento que se veía detrás de ella. Con el correr del tiempo, estas normas restrictivas parecieron inadecuadas de acuerdo a la concepción moderna de la adopción. Es así que el 24 de abril de 1958 va a sufrir la primera reforma el Código Civil en la materia, en un proceso de flexibilización de la institución. Dicha ley, en la línea de las progresistas, introdujo dos clases de adopción: la plena, instituida para los

---

<sup>126</sup>

[http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4711&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4711&cat=derecho)

<sup>127</sup>

[http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/L\\_000002.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/L_000002.pdf)

niños abandonados o expósitos y creadora de un vínculo robusto, y la menos plena, aplicable a todos y productora de efectos menores.<sup>128</sup>

A la luz de esta nueva normativa, se vitalizó en España la adopción, antes prácticamente reducida a una figura de papel, adquirió realidad y respondió a necesidades de la sociedad, es así que comenzó a plantearse la idea que de la experiencia de la legislación se flexibilizaran nuevamente los requisitos que seguían siendo muy rigurosos para darle plena aplicación, como por ejemplo en la adopción plena se exigía un tiempo demasiado extenso de abandono para poderla llevar a cabo. En este clima de cambio entra en vigencia una nueva reforma, la Ley de 4 de julio de 1970. Los nuevos preceptos persiguen «facilitar y robustecer el vínculo adoptivo».<sup>129</sup>

En relación al derecho a la identidad del adoptado en la Ley de 1958 que reforma el Código Civil señala en el nuevo artículo 78: El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes. El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de Primera Instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad.

Esta disposición es suprimida con las nuevas reformas, de tal forma que en la actualidad no se hace mención alguna en el Código a la información o secreto de la información, sin embargo de acuerdo a los reglamentos y leyes de Registro Civil el criterio sigue siendo el mismo.

Así se aprecia también en el proyecto de ley de adopción internacional en el que se establece que las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad, tendrán

---

128

[http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4711&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4711&cat=derecho)

129

[http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4711&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4711&cat=derecho)

derecho de acceso a los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las entidades públicas españolas.

### **Legislación francesa.**

Con anterioridad a la revolución francesa, la adopción no se encontraba recogida en este país, es recién después de estos acontecimientos que se plantea la posibilidad de instaurarla, esto con muchas complicaciones debido a las diferencias que existían sobre la materia. Surgieron muchos debates después de la revolución francesa sobre la decisión de instaurar o no esta institución, debido a las reticencias que existían sobre el tema, por su descalificación, y caracterización fraudulenta.

La Comisión Redactora del Código Civil Francés se encontraba dividida en cuanto a la recepción de la adopción; mientras que Berlier y Portalis eran partidarios de ella, Maleville y Tronchet estaban en contra; esta Comisión discutió mucho sobre el punto y finalmente la aceptaron, quizás por influencia de Bonaparte, quien no había tenido descendencia legítima en su matrimonio con Josefina Beauharnais.<sup>130</sup>

Si bien finalmente se admitió la institución en el Código Civil, se reguló en forma tan rigurosa e inflexible, y con requisitos tan exigentes, que el número de adopciones que se materializó bajo esta legislación fue mínimo, lo que influyó todos los códigos de la época. El adoptado debía ser mayor de edad, para poder dar su consentimiento. Ahora si bien la admisión de la adopción parece ficticia, porque no se podía llevar a la práctica, fue un punto de partida para que se flexibilizara de a poco el tema y fuera desarrollándose.

---

<sup>130</sup>

Planiol citado por [http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l\\_000002.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l_000002.pdf)

El Código Civil Francés de 1804 si bien admitió la adopción, lo hizo con criterios muy estrictos ya que sólo la aceptó como medio de transmitir el apellido y la fortuna. La adopción estaba permitida sólo para mayores de edad y tenía objetivos fiscales y sucesorios.<sup>131</sup>

El modo en el que estaba legislada la adopción hizo que su número fuera muy escaso, debido a esto la Ley francesa de 1923 que vino a flexibilizar la institución estableció formalidades menos rígidas que las del Código, permitió la adopción de menores y mayores manteniendo los lazos con la familia biológica.

En Francia existen dos clases de adopción:

#### ADOPCION PROPIA

Este tipo de adopción no otorga al adoptado los derechos de un hijo biológico y puede o no romper los lazos de éste con su familia de origen.

#### ADOPCION PLENARIA O LEGITIMACION ADOPTIVA.

Es aquella que confiere al adoptado la calidad de hijo de sus adoptantes, con los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico, pierde todo tipo de vínculo con su familia de origen. Además se trata de un estado definitivo e irrevocable.

El actual Código Civil Francés señala lo siguiente:

Artículo 356 La adopción conferirá al adoptado una filiación que sustituirá a su filiación de origen: el adoptado dejará de pertenecer a su familia biológica, con reserva de las prohibiciones al matrimonio referidas en los artículos 161 a 164.

---

<sup>131</sup> [http://www.graciamedina.com/archivos/libros/pdf/L\\_000002.pdf](http://www.graciamedina.com/archivos/libros/pdf/L_000002.pdf)

Artículo 358 el adoptado tendrá, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones que un hijo cuya filiación haya sido establecida en aplicación del título VII del presente libro.

El Código Civil francés no hace referencia alguna al derecho del adoptado de conocer los registros de su proceso de adopción y los datos de su familia de origen.

### **Legislación argentina.**

En el Código Civil argentino no se dio cabida a la institución, aun cuando en el país existió por aplicación de las leyes españolas.

Los motivos por los cuales no la aceptó fueron dados al elevar el proyecto de Código Civil al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública donde dijo textualmente: “Tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella, sino en casos muy singulares”<sup>132</sup>.

Sin embargo, como ocurrió en todos los países de corriente civilista, de a poco fue evolucionando el derecho, y particularmente el fundamento de la institución, que pasó de ser una figura desprestigiada por su uso fraudulento, a una institución con fines humanitarios y de protección de los derechos del niño.

Es con estas características que la encontramos hoy en día en la república vecina, donde se regula de la siguiente forma:

---

<sup>132</sup>

<http://www.adoptemos.com.ar/15.htm>

Art.321.- En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

- a) La acción debe interponerse ante el Juez o Tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;
- b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;
- c) El juez o Tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, sí lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor;
- d) El juez o Tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes, así como la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado;
- e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes;
- f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados, sus apoderados y los peritos íntervinientes;
- g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor;
- h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;
- i) El juez o Tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

Art.328.- El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

Al igual que la solución que encontramos en nuestro país, el Código argentino establece que el adoptado mayor de edad tiene derecho a conocer la identidad de su familia biológica, resguardando de esta forma su derecho a la identidad.

## **Conclusión**

Nos parece adecuado el tratamiento que da la legislación argentina al problema señalado con anterioridad que no resuelve nuestra legislación. En Chile si bien una persona mayor de edad si tiene dudas puede recurrir al Servicio de Registro Civil y saber si fue adoptado y cuales son sus padres biológicos, es difícil que una persona concorra si sus padres adoptivos nunca le dieron a conocer la realidad de su origen. De esta forma se pone en manos de los padres adoptivos la alternativa o decisión de dar a conocer a su hijo adoptivo la realidad de su origen, y siendo éste un sujeto de derecho más allá de un hijo para sus padres, el titular del derecho es el niño.

A nuestro parecer si bien no es posible obligar a los padres adoptivos a revelar el origen a su hijo adoptado, si parece apropiado comprometerlos con un deber moral a la hora de llevar a cabo el procedimiento de adopción, compeliéndolos a respetar el derecho a la identidad de su hijo revelando la realidad sus orígenes.

## **Características de la regulación de la adopción en la actualidad.**

### **Finalidad y fundamento.**

Como se señaló con anterioridad, en la actualidad el fundamento de la institución de la filiación adoptiva y su finalidad es dar protección y acogida a los niños que no gozan de las posibilidades de desarrollarse adecuadamente en su familia de origen. Es entonces una solución para que todos los niños tengan condiciones dignas

para desarrollarse, busca otorgarle un hogar adecuado al menor que carece de éste. En este sentido la institución sigue la corriente internacional que considera al menor como un sujeto de derecho, y es el estado el llamado a asegurarle a todos los niños un hogar adecuado donde crecer, para que todos crezcan en un medio digno que les entregue las herramientas necesarias para desenvolverse en su vida.

Debido a la trascendencia de definir la legalidad y necesidad de llevar a cabo un proceso de adopción es que en todos los países se ha entregado esta tarea al poder judicial, por su independencia y la estructura de control que existe en su actuación. Existen además instituciones públicas y privadas, el SENAME y organismos autorizados por éste, que interviene en distintas etapas del proceso.

### **Interés superior del niño y participación del menor en el proceso de adopción.**

Es una consecuencia del fundamento de la adopción, se busca dar una familia adecuada al niño que carece de ésta y se considera al menor como un sujeto de derecho en si mismo, digno de protección y resguardo de sus derechos, es en virtud de esto que a la hora de tomar cualquier decisión en el proceso de adopción el juez y cualquier otra entidad interviniente debe considera la alternativa que mejor resguarde o privilegiar el interés superior del niño, el cual es el sujeto que se pretende proteger con la filiación adoptiva.

Y una forma de perfilar cual es en cada situación particular el interés superior del niño es interviniendo el menor en el proceso y considerando su opinión, esto por supuesto teniendo siempre en mente su grado de madurez, para que su opinión pueda responder y tender a su beneficio y no se vea influenciada por los mayores que lo rodean.



### **Derecho a la identidad del menor y secreto.**

Hoy podemos apreciar que en todas las legislaciones ha desaparecido el secreto absoluto en materia de adopción, esto porque se ha llegado a la conclusión que el bien jurídico a proteger es la identidad del menor, más allá de la privacidad o intimidad de los padres biológicos, si bien se trata de un tema reservado se a resuelto que el adoptado mayor de edad tiene derecho a conocer del proceso de adopción, y de esta forma completar su identidad y formarse sobre la base de hechos reales acerca de sus padres.

### **Adopción internacional.**

Es un tema común ya en los distintos países regular y permitir la adopción internacional por la cantidad de niños que se encuentran en condiciones de ser adoptados en ciertos países y de familias adecuadas en otros, no existiendo razones que justifiquen que estos niños queden sin familia, además como una forma de erradicar el trafico de niños, el cual deja de tener finalidad e incentivos una vez permitida la adopción internacional. El problema en esta materia es que se necesita de una regulación internacional de la institución para que los distintos países puedan coordinar una figura de esta especie, ya que cada estado exige requisitos y establece distintos pasos en el proceso de adopción.

## **CAPITULO V: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

### **Introducción**

La descendencia es muy importante para la mayoría de los seres humanos. Un descendiente generalmente es visto como una forma de trascender en este mundo, un individuo al cual dejarle nuestro legado, conformado por nuestros conocimientos, experiencias, costumbres, creencias, valores y por supuesto también riquezas materiales. Por ello, suele verse tanto como la continuidad de uno mismo, como un ser al cual entregarle amor y como el que nos acompañará y querrá incondicionalmente para toda la vida.

Por lo anterior, generalmente un hijo es esencial para la realización de la mayoría de las parejas, que suelen tener la ilusión y el proyecto en común de tener niños, criarlos, cuidarlos y amarlos. Muchas personas sólo sienten que han formado una familia cuando tienen hijos.

Lamentablemente, para muchas parejas este sueño se ve frustrado por la imposibilidad de tener hijos.

Antes de los actuales avances científicos, denominados: “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, la única posibilidad de alcanzar el sueño de la descendencia, era a través de la adopción. Pero para muchas personas es importante que su hijo sea parte de ellos, que lleve su sangre, sus genes, o en su defecto sólo los de uno de ellos.

Las técnicas de reproducción humana asistida vinieron a constituir una luz de esperanza para todas aquellas personas que por sufrir distintos tipos de anomalías en sus sistemas reproductivos, no pueden engendrar hijos en forma natural. Pese a lo

anterior, cabe hacer un extenso análisis de la legislación aplicable para vislumbrar si las denominadas técnicas se ajustan o no a derecho.

## Definición

Las técnicas de reproducción humana asistida, procreación artificial o fecundación artificial, se han definido como los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diferente de la unión sexual del varón con la mujer.<sup>133</sup> También se puede definir como la intervención de un tercero, que puede ser un médico, o especialista en genética, para lograr la multiplicación de la especie humana por métodos artificiales, diferentes a la concepción natural<sup>134</sup>.

Hernán Corral señala que las técnicas de procreación artificial humana, también denominadas de fertilización médicamente asistida, comprenden un buen número de procedimientos biotecnológicos que posibilitan obtener la concepción, gestación y nacimiento de un niño sin la realización completa de la cópula o acto sexual<sup>135</sup>.

Su objetivo es, como parece obvio, solucionar problemas de infertilidad de parejas o personas que no pueden tener hijos.

---

<sup>133</sup> Congregación para la doctrina de la fe. "Instrucción Donum Vitae". Centro Merino para la creatividad cristiana. PUCMM, 1987.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana "Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva", Editorial Corripio, 2006

<sup>134</sup> Congregación para la doctrina de la fe. "Instrucción Donum Vitae". Centro Merino para la creatividad cristiana. PUCMM, 1987.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana "Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva", Editorial Corripio, 2006

<sup>135</sup> CORRAL TALCIANI, HÉRNAN, "*Familia y procreación artificial. Perspectivas para una legislación en Chile*", Charla dictada el 4 de Mayo de 1995, Pág.3

Estas técnicas nacieron como terapéuticas, vale decir, subsidiarias a la procreación por contacto sexual, como una solución para las parejas que tenían problemas para tener descendencia.

Actualmente, muchas personas las ven, no sólo como solución a problemas de la referida índole, sino como métodos alternativos de reproducción, cuando no se quiere o no se puede optar por la vía del contacto sexual.

### **Distintas Técnicas de reproducción humana asistida**

Las técnicas de reproducción humana asistida son muy variadas, pero las más conocidas y que más se prestan para ser analizadas en sus perspectivas jurídicas, son la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro.

- 1- Inseminación artificial, que puede ser:
  - a. Inseminación artificial, con semen del cónyuge.
  - b. Inseminación artificial, con semen de un donante.
- 2- Fecundación in Vitro, que puede ser:
  - a. Fecundación in Vitro por transferencia de embriones.
  - b. Fecundación in Vitro por transferencia intratubárica de gametos.

#### **1- Inseminación artificial**

La Inseminación artificial consiste en la introducción del esperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal.<sup>136</sup> También ha sido definida como, “técnica o método que salva los

---

<sup>136</sup> RAMBAUR, RAYMOND ” *El drama humano de la inseminación artificial*”. Revistas Clínicas Obstétricas y Ginecológicas, 1974, pág. 107.

obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer” o como “la fecundación o fertilización de una mujer con semen de un hombre, sin estos unirse carnalmente”<sup>137</sup>.

Se trata de una técnica que se ha utilizado desde hace mucho tiempo, en especial con los animales, para mejorar las razas mediante la selección de donantes de espermias.

En 1979 nació el primer niño reconocido oficialmente como producto de una inseminación artificial. Actualmente son miles los nacimientos obtenidos por este método.

#### **a. Inseminación artificial con semen del marido. (IAC)**

Consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante los correspondientes dispositivos médicos instrumentales.

Desde una perspectiva jurídica, los cónyuges suscriben un contrato con el especialista médico, para que la mujer sea fecundada con los espermios de su cónyuge. También debiera considerarse dentro de esta clasificación la inseminación que se le realiza a la mujer con espermios de su pareja independiente de que estén o no casados. Se trataría de un contrato lícito en nuestra legislación porque no está prohibido, y en derecho privado se puede hacer todo lo que no se encuentre prohibido, además el artículo 182 del Código Civil al regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a nuestro parecer las permite, puesto que si el

---

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva”, editorial Corripio, 2006.

<sup>137</sup> ZANONI, EDUARDO. “*Inseminación artificial y fecundación extraureñina*”, Proyecciones Jurídicas. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 47; Turner, Paula Diane. “Love’s Labor Lost: Legal and Ethical Implications in Artificial Human Procreation” University of Detroit, Journal Urban Law. Vol.58 N° 2, 1981, pág.461; Arzobispo de Canterbury “Artificial Human Insemination”, 1948, pág.462. Citado por Journal Urban Law.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva”, editorial Corripio, 2006

legislador regula una situación claramente no les ésta prohibida esta práctica a los particulares. La obligación emanada de este contrato, sería una obligación de medios no de resultados, puesto que el médico recibirá el pago de sus servicios, resulte o no el tratamiento. El médico no se compromete por lo tanto a que la mujer quede embarazada o tenga un hijo, sino que se compromete a la realización del tratamiento en forma correcta y eficiente.

Este caso de fertilización no presenta problemas respecto a la filiación del hijo. Sus padres biológicos, son los mismos que se sometieron a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por lo que bajo ninguna perspectiva podría haber discusión o duda respecto a quienes son sus padres. En el caso que la pareja sometida a esta técnica no esté casada, la filiación será no matrimonial, y quedará determinada por el consentimiento de la pareja de someterse a esta técnica. Si los futuros padres se encuentran casados, el hijo tendrá una filiación matrimonial y se aplicaría a su respecto la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil. En ambos casos, mediando o no matrimonio entre las personas que se someten a la Reproducción Asistida, la maternidad quedaría establecida por el parto. En estos casos donde se han aplicado Técnicas de Reproducción Humana Asistida, afirma el profesor Hernán Corral Talciani, no sería necesario ampararse en lo establecido por el artículo 182 del Código Civil, por cuanto es desplazado por las normas generales que regulan la determinación de la filiación. No sería necesario destacar que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> CORRAL TALCIANI, HERNAN, "Determinación de la filiación y Acciones de Estado en al Reforma de la Ley N° 19.585". Op.Cit. pág.60

## **Conflictos jurídicos que pueden darse en los casos de inseminación artificial con semen del marido**

Cabe señalar que a este respecto se podrían producir diversos problemas, aunque no haya duda de la filiación del hijo.

### **I.- Fecundación post mortem**

Una mujer es fecundada con material genético de su cónyuge que ha muerto con anterioridad a dicha fecundación. Generalmente se da en los casos de mujeres cuyo marido o pareja ha muerto y quieren conservar un hijo del hombre al que amaban. En este caso hay una doble problemática. ¿Qué postura debe tomar el legislador respecto al interés superior del menor, que en este caso nacería sin un padre?. ¿Y los problemas respecto al consentimiento de este hombre fallecido.?

Respecto al interés superior del menor, nos parece que lo más sano para el desarrollo de un niño es contar con una figura paterna, por lo que traer un hijo al mundo cuando su padre ya ha muerto, sólo mira al interés de la viuda o de los futuros abuelos del niño, pero no al interés de éste, que es el interés al cual la legislación debe protección por considerarlo de mayor importancia que los otros intereses que puedan verse envueltos, según establece el principio del interés superior del niño, principio rector de nuestro estatuto filiativo actual.

Y respecto al consentimiento, debe existir consentimiento del padre antes de morir, esto es muy importante en especial por el tema hereditario.

## **II.- Fecundación de la mujer sin el consentimiento del marido o contra su voluntad.**

En este caso, la filiación del menor sería matrimonial, porque existe matrimonio al momento de la concepción y nacimiento del hijo. Pero el marido podría impugnarla o desconocerla, porque no le sería aplicable el artículo 182 del Código Civil. “Ya que no se habría sometido en forma libre y voluntaria a los procedimientos de reproducción humana asistida, por lo que se podría aplicar las reglas generales sobre impugnación de la paternidad contempladas en los artículos 211 y siguientes del Código Civil. El profesor Daniel Peñailillo Arévalo señala que cada vez que el supuesto padre o madre estime que no se ha sometido a las referidas técnicas, podría impugnar<sup>139</sup>.”

### **b. Inseminación artificial con gametos de un donante. (IAD)**

Es aquella que se realiza con el óvulo de la cónyuge y con semen o gametos de un tercero llamado donante. En este caso existe correspondencia entre la maternidad gestacional y la biológica. En tanto, la paternidad será la legal o formal, derivada del consentimiento y no la biológica. El padre será el cónyuge o pareja que consintió en someterse a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y no el donante de gametos. También se comprende en este tipo de técnica el caso en que el óvulo lo aporte un tercero. En este caso la madre será la madre legal, la mujer que consintió en la aplicación de estas técnicas, aunque la maternidad gestacional no coincida con la maternidad biológica. También se podrá dar el caso en que ambos gametos sean donados.

---

<sup>139</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, “*Las categorías de Filiación y la Investigación de la paternidad*” en: Peñailillo Arévalo, Daniel, Ramos Pazos, René, Troncoso Larrondo, Héran, ET AL. Modificaciones al Código Civil en Materia de Filiación y Sucesión por Causa de Muerte. Ley nº 19.585. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Concepción. Chile. 1999. Citado por: MASSONI MORALES, ALDO, “*El derecho a la identidad de personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida*”, Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Facultad de derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2006, pág.61



Si la pareja que se somete a esta técnica está casada, la filiación del hijo será matrimonial si existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o a la época del nacimiento de éste. Y estará determinada por la regla general de la filiación matrimonial; la de la madre por el parto, y la del padre por la presunción de paternidad del marido del hijo concebido y/o nacido dentro del matrimonio. Será necesario además el consentimiento previo de los cónyuges que conste por escrito. Si la pareja no está casada, la filiación en caso de tratarse de gametos ajenos, quedará determinada por el consentimiento previo y expreso de la pareja. "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 1º, 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".<sup>140</sup>

### **Conflictos jurídicos que pueden darse en los casos de inseminación artificial con gametos de un donante.**

Este tipo de inseminación, por el hecho de intervenir un tercero, acarrea una serie de problemas de índole moral, social y jurídica. Tales como los siguientes.

#### **I.- Validez del contrato de donación o venta de gametos.**

El contrato de donación o venta de gametos, se trata de un contrato traslativo de dominio, ya que trasfiere el dominio de éstos, a título gratuito u oneroso dependiendo si se trata de una donación o de una compraventa.

---

<sup>140</sup> MASSONI MORALES, ALDO, "El derecho a la identidad de personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida", Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Facultad de derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2006, pág.61

Hubo un proyecto de ley iniciado por moción de el senador Sebastián Piñera en 1993 que pretendía regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que fue archivado el 22 de abril de 2002. En su versión original el proyecto prohibía toda cesión de gametos, argumentando que la capacidad generativa era personalísima y que la cesión de gametos a cualquier título iba contra el orden público chileno. Posteriormente, en la Comisión de Salud del Senado, se recibieron numerosos expositores que argumentaron a favor de la donación de gametos. Se argumentó que mediante esta posibilidad se podrían solucionar los problemas de infertilidad de muchos matrimonios que deseaban tener hijos, que de otra forma no la tendrían, que constituía una especie de adopción, y que la paternidad y maternidad eran principalmente un vínculo afectivo más que un vínculo genético. Los representantes del Ministerio de Salud señalaron que “sería fundamental eliminar todo vínculo entre la 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”.<sup>141</sup> La Sociedad Chilena de Fertilidad expresó por su parte que “el acto de donación de gametos o embriones constituye un acto de adopción temprana”.<sup>142</sup> Finalmente imperó el criterio de aceptar la donación de gametos, sujeta a ciertas condiciones. El proyecto de ley aprobado por ambas Comisiones, de Constitución y Salud, establecía en su artículo 5, inciso 1º, que los gametos debían 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 gametos de donantes. El artículo 7º, 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”<sup>143</sup>, lo que es una

---

<sup>141</sup> MATURANA, ADRIANA, AVEDAÑO, ALFREDO, CASTRO RENÉ, DAZZAROLA, PATRICIO, ORELLANA, MARCIA. Representantes del Ministerio de Salud. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996.pág.689

MASSONI MORALES, ALDO, “*El derecho a la identidad de personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida*”, Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Facultad de derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2006, pág.61.

<sup>142</sup> DUJOVE, SIMÓN, VANTMAN, DAVID. Representante de de la Sociedad Chilena de Fertilidad. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Cesiones del Senado. Mayo 1996. pág. 6901.

<sup>143</sup> .El proyecto de ley iniciado por moción de el senador Sebastián Piñera en 1993 que pretendía regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, señala además en su artículo nº 7 que: la donación se haría 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

redundancia a lo establecido en el artículo 182 del Código Civil. Se puede concluir que este proyecto de ley pretendía el anonimato absoluto del donante de gametos.

Actualmente existe un nuevo Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida N° 4735, que se encuentra pendiente en el Congreso, el cual señala en su artículo N° 6 que: “Los gametos femeninos y masculinos, deberán provenir 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. Se prohíbe la celebración de cualquier acto jurídico que contenga la promesa o entrega a título oneroso de gametos humanos.” Por lo tanto, el referido proyecto de ley acepta la donación de gametos pero prohíbe su transferencia a cualquier título oneroso. También señala que los donantes deben estar debidamente informados para consentir en donar, y que dicho consentimiento se presumirá por la donación gratuita y altruista de gametos, y si se dona a pareja determinada dicho consentimiento deberá constar por escrito, y renunciar expresamente a la acción de reclamación de paternidad o maternidad. Señala además que dicho consentimiento puede ser revocado por el donante, pero solo hacia el futuro, vale decir para gametos que no hayan sido utilizados con anterioridad. La identidad de los donantes y de las personas que se someten a Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe ser confidencial, y esto será responsabilidad de los centros en donde se practiquen las referidas Técnicas de Reproducción. En el artículo N° 8 del proyecto se establece: “El acceso a la información vinculada a los donantes de gametos, parejas receptoras y criaturas nacidas deberá ser mantenida y procesada por una unidad especializada. Por regla general esta información tendrá el carácter de reservada y será considerada dato sensible de acuerdo a lo indicado en la ley N° 19.628, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que la ley le señale a los organismos o servicios públicos, y la solicitud de información que requieran los Tribunales Ordinarios de Justicia para la resolución de un caso sometido a su conocimiento”

---

sido utilizados con anterioridad”. Por su parte en el artículo 8° se establecía que la documentación sería secreta Y el artículo 10 establece el secreto de la identidad del donante, el cual solo podía requerirse por el médico tratante cuando fuere indispensable. En su artículo 12 se establecía una sanción para el que revele la identidad del donante o la de los receptores de esta donación de gametos.

Nos parece que, en este punto, al referirse el Proyecto de Ley a la información que puedan requerir los Tribunales Ordinarios de Justicia para la resolución de casos sometidos a su conocimiento, podría caber la hipótesis de un menor que demanda al centro en donde se practicó la Técnica de Reproducción Humana Asistida a sus padres legales, para conocer la identidad de el o los donantes de gametos, ejerciendo así su derecho a la identidad.

## **II.-Quiénes son los padres del niño. Posible pugna entre los padres biológicos y los padres formales o legales.**

En nuestra legislación este caso no suscita conflicto alguno, puesto que está expresamente regulado, el padre y madre del niño son, como señala enfáticamente el artículo 182 del Código Civil, el hombre y mujer que se sometieron a este tipo de técnicas de reproducción humana asistida.

El consentimiento que presten este hombre y mujer, cónyuges o pareja, supone la aceptación del vínculo filiativo, por lo tanto asumen todas las responsabilidades correspondientes a los padres frente a un hijo. Sin tener derecho a exceptuarse de ninguna de ellas, pretextando que no es su hijo genético. Como señala Carlos Ducci “las responsabilidades de padre no podrían 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”<sup>144</sup>.

El padre no podrá impugnar esta paternidad, ni interponer acción de desconocimiento, tampoco la madre formal podrá alegar que no es la verdadera madre del niño y excusarse así de los deberes que le impone la ley a los padres. Ya que el vínculo filiativo se basa en su consentimiento, que es irrevocable en este caso.

---

<sup>144</sup> DUCCI CLARO, CARLOS. *Derecho Civil*. Parte General. Editorial Jurídica. Santiago. Chile.1988. Pág. 375

Por su parte los padres genéticos no tienen ningún derecho frente a este hijo, no existe vínculo filiativo alguno, ya que el inciso 2º del artículo 182 es categórico al señalar que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. En caso que los donantes de espermios u óvulos quisieran reclamar la paternidad o maternidad respecto del niño nacido producto de la fertilización en donde se utilizaron sus gametos, se sostiene que debe negársele esta posibilidad, ya que “quien consistió en donar o entregar su semen para su utilización por un matrimonio o pareja infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo, 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 u óvulo, abdicó voluntariamente de su paternidad o maternidad jurídica. Esto que afirmamos es de toda lógica y reconoce, además, una razón elemental de orden y seguridad”<sup>145</sup>.

### **III.- Derecho a la identidad de los niños nacidos producto de Técnicas de Fertilización Humana Asistida en contraposición al derecho de anonimato del donante**

a) Derecho a la identidad de los niños nacidos producto de Técnicas de Fertilización Humana Asistida.

Como ya se ha señalado en el presente trabajo, con la modificación de nuestro estatuto filiativo, se logró que nuestro ordenamiento jurídico se adecuara a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tales como la Convención de Derechos del Niño, El Pacto de San José de Costa Rica, y la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de

---

<sup>145</sup> ZANNONI, EDUARDO. *Inseminación artificial y fecundación Extrauterina: Proyecciones Jurídicas*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires. Argentina. 1978. págs. 66-67

Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas. Los principios que cimientan este nuevo estatuto filiativo, como también ya fue señalado son la igualdad de los seres humanos, la supremacía del interés superior del menor y el derecho a la identidad de toda persona.

El estatuto filiativo no regula en detalle el caso de las personas nacidas producto de la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tampoco las prohíbe ni regula su aplicación, sólo se limita a señalar que la determinación de la filiación en estos casos, se rige por el artículo 182 del Código Civil. Dejando el resto de los conflictos que puedan suscitarse sin regulación alguna, como es el caso del derecho que tienen las personas nacidas producto de la aplicación de las referidas técnicas a conocer sus orígenes, cuando las personas que se sometieron a la aplicación de estas técnicas, como bien lo señala el referido artículo 182, no son los que aportaron el material genético.

Ahora bien, en el caso de existir lagunas en la legislación vigente, el legislador es el llamado a regular la situación, así como tantas otras, pero los plazos son indefinidos, y las soluciones no pueden esperar. Por lo que para solucionar problemas actuales, será misión de los jueces integrar la ley, solucionando los conflictos que puedan darse, aún a falta de ley que regule el caso concreto, no pudiendo abstenerse de emitir un pronunciamiento en virtud del principio de inexcusabilidad. El Poder Judicial en su tarea de integrar la ley en los casos que se presenten a su conocimiento, deberá hacerlo aplicando los principios que inspiraron la legislación actual, y respetando los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes referidos al tema.

En aplicación del artículo 182 del Código Civil, los padres del niño nacido producto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida son los que se sometieron a la aplicación de dichas técnicas, por lo que no se podrá reclamar los derechos que produce la relación de filiación a otras personas, ni aún a los padres biológicos, ni estos a su vez a los niños nacidos con su aporte de material genético. Aclarado este

punto, cabe referirnos de lleno al tema que nos atañe que es el derecho a la identidad de estos niños.

Independientemente de la determinación legal de quienes son sus padres, algún día estos niños podrán tener el deseo o la necesidad de conocer sus orígenes, quién o quienes fueron sus padres biológicos, de qué lugar geográfico provienen sus antepasados, a qué se dedicaban, como lucían físicamente, cuáles eran sus costumbres, gustos, intereses entre otras cosas, las personas muchas veces sienten la necesidad de saber de donde vienen para explicarse sentimientos o eventos de sus vidas y para saber o decidir hacia donde quieren ir.

El artículo 182 del Código Civil señala que:

“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”

Si se investiga la historia fidedigna de la ley, este artículo fue creado para que el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, no pudieran posteriormente desconocer la filiación respecto del hijo, arrepentirse de haberlo tenido, desconociéndolo argumentando que no es su hijo biológico. Para evitar esta situación se incorporó el artículo 182, que prohíbe la impugnación de la filiación cuando los padres han consentido en su utilización. A todas luces, el inciso 2 del artículo 182 prohíbe impugnar o reclamar una filiación distinta, para evitar que los padres se arrepientan luego de someterse a estas técnicas abandonando al hijo o que los “padres biológicos” o donantes reclamen filiación respecto de estos hijos, lo que claramente sería nefasto. Pero no se desprende del contenido de este artículo, ni fue su objetivo, privar a los niños del derecho a conocer sus orígenes, las palabras “impugnar” y “reclamar” se refieren a la adquisición de un estado civil, de padre o de hijo respectivamente, no al derecho a conocer o a saber o investigar, lo que no se prohíbe, ni podría prohibirse por tratarse de uno de los principios que inspiran nuestro estatuto filiativo actual.

Cualquiera sea el fundamento de una persona para querer conocer sus orígenes, nos parece que, tal como señala el nuevo estatuto filiativo, los niños son titulares de derechos, en este caso titulares del derecho a la identidad, por lo que no podrán ser privados de éste mediante contratos celebrados entre terceros, como sería el caso de un contrato de donación entre la clínica y el donante de espermios u óvulos, estableciendo anonimato del donante o anonimato de la madre de alquiler cuando también es madre biológica, entre otros casos, ya que los terceros no pueden renunciar a derechos de los cuales no son titulares, el titular es el niño.

En Austria, la ley del 1 de junio de 1992 reconoce el derecho del hijo o hija a tomar conocimiento de su padre biológico desde los 14 años de edad. En Suecia la Ley N° 1.140 sobre Inseminación Artificial permite al hijo que nace producto de una donación acceder al conocimiento de la identidad genética. La Ley sueca sobre Inseminación Artificial permite al hijo nacido producto de una donación de espermia conocer quién es el donante cuando se haya alcanzado la madurez suficiente. Dice el artículo 4° “un niño que ha sido concebido mediante inseminación, según lo estipulado en el artículo 3°, tiene derecho, una vez alcanzada madurez suficiente a conocer los detalles sobre el donante de espermia registrado o en el diario especial del hospital. La comisión de Asuntos Sociales está obligada, si se le solicita, a ayudar al niño a conseguir esos datos”<sup>146</sup>.

Además que según el nuevo estatuto filiativo se debe hacer primar el interés superior del menor, por sobre otros intereses, como serían en este caso, el derecho a la intimidad de las personas que aportaron su material genético, o padres biológicos, y el interés de las personas que se sometieron a estas técnicas o padres del menor, que podrían estar en contra de que el menor obtuviera esta información, entre otros intereses que podrían verse envueltos en estos casos. El interés superior del menor, implica que su bienestar debe primar sobre otro tipo de intereses o derechos, en este

---

<sup>146</sup> Citado por: PAULINA VELOSO VALENZUELA, “*El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley n° 19.585*”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Servicio Nacional de la Mujer : Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999 Santiago, Chile : LOM Eds. Ltda., pág.116 y 117.



caso la estabilidad psicológica de un menor que desea conocer sus orígenes se debe preferir al derecho a la intimidad de los donantes. La razones que a nuestro juicio fundamentan esta postura son las siguientes: no se puede privar a una persona de un derecho del cual es titular mediante un acuerdo de terceros sin o contra su voluntad; los donantes prestaron su voluntad o consentimiento para que se utilizara su material genético para que naciera un niño, es una decisión tomada libremente, por lo que deberán asumir sus consecuencias (creemos que debieran ser oportunamente informados de la posibilidad de que el niño quiera saber la identidad de sus padres biológicos, para que decidieran a sabiendas); el derecho a la identidad debe preferirse al derecho a la intimidad o estabilidad familiar de los donantes porque “la verdad biológica es necesaria para conocer un aspecto de la identidad de la persona que es parte de sus derechos esenciales”.<sup>147</sup>

El derecho a la identidad es el derecho de las personas a conocer sus orígenes, comprendiendo ello el derecho a conocer quienes son sus padres, y puede hacerse valer erga omnes. “Este derecho a la identidad, a conocer su verdadera procedencia, su origen, implica hacer prevalecer la verdad real, la verdad biológica, por sobre la verdad formal, que es el criterio actual en nuestro Código Civil”<sup>148</sup>. Nos parece que el derecho que tienen las personas a conocer sus propios orígenes, y a investigar la filiación, no está ligado indisolublemente a las acciones de filiación, mediante las cuales se pretende declarar la relación jurídica filiativa de una persona, cuya consecuencia son los derechos y obligaciones mutuas que ésta implica. El derecho a la identidad puede ejercerse, como en este caso, con el único afán de conocer los propios orígenes, no para reclamar derechos derivados de la calidad de hijo, como algunos argumentarán queriendo restringir el derecho a investigar la paternidad o maternidad.

Respetar el derecho a la identidad de las personas no significa que este derecho no pueda ser regulado razonablemente por la legislación, lo que creemos será

---

<sup>147</sup> Definición de Ferrara. RAMOS PAZOS RENÉ, “*Derecho de Familia*”, tercera edición, Editorial Jurídica, pág. 32.

<sup>148</sup> Definición de Ferrara. RAMOS PAZOS RENÉ, “*Derecho de Familia*”, tercera edición, Editorial Jurídica, pág. 31.

una imperiosa necesidad. Será el legislador el llamado a esta difícil tarea, ya que el derecho a la identidad deberá hacerse valer, respetando lo máximo posible el derecho a la intimidad de las demás personas, por ejemplo llevando registros privados de los donantes, a los cuales sólo tenga acceso el “hijo biológico” y con un límite de edad, como sería, acceder a los registros a partir de los 12 o 14 años, o al alcanzar la mayoría de edad, y determinar que sólo se podrá visitar a estos “padres o madres ” (independiente de que siempre deberá tener derecho a conocer sus datos, “quién es”) con consentimiento de este, entre otros. Otro punto a regular serán los casos extremos, como la necesidad de un transplante de vida o muerte, u otro tratamiento médico similar, dónde se requieran donantes compatibles, en estos casos. ¿Se le deberá dar acceso a los padres de éste para contactar a los padres biológicos solicitándoles ayuda?

Estas y otras interrogantes difíciles de vislumbrar deberá decidir las el legislador para que tengan aplicación general, entre tanto, en caso de producirse conflictos al respecto, serán los tribunales de justicia los obligados a pronunciarse en los casos que se les presenten, aún a falta de legislación que regule el tema.

#### **IV.- Responsabilidad médica por una mala selección del semen del donante.**

Los encargados de la selección de los gametos para la práctica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son los centros especializados en donde éstas se llevan a cabo. Por ello nos parece de vital importancia que este tema se encuentre regulado por la legislación, fijando el grado de diligencia que deberán utilizar estos centros, para la selección y utilización de gametos, este estándar de diligencia debiera ser muy exigente por encontrarnos frente a un tema delicado, no sólo para evitar enfermedades de los menores nacidos producto de la reproducción asistida, sino también para evitar futuros incestos entre hermanos biológicos que desconocen que lo son. El artículo N° 7 del Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida, que se tramita actualmente en el Congreso señala que: “Los CEMRHA (Centros Médicos de

Reproducción Humana Asistida) deberán verificar que el donante no padezca enfermedades graves transmisibles, y conservará respecto de él la información clínica y los antecedentes genéticos que sean relevantes para prevenir y diagnosticar eventuales enfermedades en la criatura que se conciba, los cuales proporcionará al médico tratante. Si la fuente de los gametos donados es una institución distinta del propio Centro, éste deberá tomar los resguardos y seguros que correspondan para garantizar a las personas que dichos gametos han pasado por las pruebas correspondientes y que sobre ellos no pesa moratoria o recomendación de no uso. Además, solamente usará en la fecundación gametos de un donante, y, si ella tuviere que efectuarse con gametos masculinos y femeninos donados, éstos deberán provenir de un solo donante de cada sexo. Con la información que los CEMRHA están obligados a mantener a disposición, se deberá mantener un listado de donantes y la información acerca de los nacimientos exitosos a que ellos han dado origen. No se podrá utilizar gametos donados por una persona que ya ha dado origen a seis nacimientos.”

Nos parece acertado este artículo del referido Proyecto de Ley sobre Reproducción Asistida, ya que establece que los centros en donde se lleven a cabo estas técnicas deben hacerse responsables de elegir donantes que no padezcan de enfermedades graves, y de contar con datos que hagan posible prevenir y diagnosticar eventuales enfermedades. Esto para proteger la salud y el bienestar de los menores nacidos producto de la utilización de estas técnicas. Además el hecho de imponer un límite máximo de 6 hijos por donante, previene futuros incestos entre hermanos que no saben que lo son. En nuestra opinión en este tema debería exigírseles el mayor grado de diligencia existente, vale decir deberán responder hasta de culpa levísima y en caso de incumplimiento arriesgar clausura, además de la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por los menores y sus familiares, lo que incluirían gastos médicos y daño moral.

## **V- Inseminación artificial a una mujer soltera.**

En este caso existen dos intereses en pugna. El derecho de la mujer de desarrollar libremente su personalidad, decidiendo si quiere tener hijos, vale decir su libertad reproductiva, derecho subjetivo a procrear derivado de la condición natural de los seres humanos. Por otra parte, los hijos nacidos a partir de esta libertad reproductiva, son personas que no pueden ser consideradas un mero objeto de este derecho de su madre.<sup>149</sup> Se trata de menores que nacerán sin un padre, lo cual no es lo óptimo para su desarrollo, por lo que nos parece que la inseminación de la mujer soltera atentaría contra el principio del interés superior del menor. En este caso de intereses contrapuestos, la legislación debe inclinarse por el interés que considere más digno de protección, en este caso, como expresamente lo señala nuestro estatuto filiativo, el interés de los menores se considera superior a los intereses de las demás personas, aunque se trate de sus padres.

## **VI.-Anonimato de los donantes de gametos**

En este último caso generalmente será un donante anónimo. Actualmente existen los bancos de espermios, instituciones que conservan mediante congelación los espermias que muchos hombres acuden a donar. También existe la donación de óvulos los cuales también pueden ser congelados. Estos bancos de gametos, clasifican las muestras, tomando en cuenta un detallado cuestionario genético de los donantes, que incluyen variables tales como su raza, características físicas como color de piel, de pelo, de ojos, estatura, entre otras, además de su estado mental, grupo sanguíneo,

---

<sup>149</sup> RUBELLIN,DEVICHI,JACQUELIN." *Les Procreations assisté es: etat des questions*".Op.Cit.,pág.463

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana " *Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*", editorial Corripio, 2006

enfermedades que ha padecido y que padece su familia, nivel de intelecto, hobbies y pasatiempos. Todo para que los futuros padres puedan elegir, no solo un candidato de su misma raza, o de la misma raza de su cónyuge o pareja, sino también un candidato con determinadas características físicas que les parezcan interesantes o similares a las propias y con características intelectuales y/o deportivas que sean de su agrado. En general estos donantes son anónimos, es decir los futuros padres no los conocen, ni se les permite conocerlos, como tampoco se les permite a los donantes conocer a los futuros padres ni a sus posibles hijos biológicos. La única información que se les permite conocer a los futuros padres acerca de los donantes, como ya se señaló, son las características físicas y de la personalidad de los donantes, incluso a veces se les permite ver fotografías, como ocurre en los Bancos de Espermios de Estados Unidos, en donde los donantes al acudir a los Bancos de Espermios deben efectuar las donaciones en lugares distintos a los cuales acuden las personas que se someterán a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida o entrar por puertas traseras o diferentes, para no tener oportunidad alguna de encontrarse. El anonimato del donante de gametos ha sido objeto de muchas discusiones; unos plantean que sólo deben ser conocidas las características fenotípicas y genotípicas del donante<sup>150</sup>, otros, para reafirmar lo necesario del anonimato señalan: “que se estaría violando el secreto profesional”<sup>151</sup>. Por el contrario, otros autores cuestionan el anonimato aduciendo: “el derecho a conocer el origen biológico del nacido por aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la investigación de esa relación biológica o genética es un derecho inalienable a quien tenga aquel origen, un derecho fundamental de la persona”<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> DE RUBELLIN DEVICHI, JACQUELIN. Op. cit., pág. 462

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*”, editorial Corripio, 2006

<sup>151</sup> HUSS ALPHONSE ET SCHILTZ, LOUIS. “*Le corps humain. Personnalité Juridique et famille en droit Luxembourgeois*”, en *Le corps humain et droit*. Op. Cit., pág. 155.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*”, editorial Corripio, 2006

<sup>152</sup> MORO ALMARAZ, Ma. Jesús. “*Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro*”. Bosch. 1era. edición. Barcelona, 1998, pág. 99.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*”, editorial Corripio, 2006

En el caso de donación de gametos existe un contrato involucrado, que es el contrato del donante de gametos con el banco de espermios o con el centro en donde se practican estas técnicas, o con el médico tratante o directamente con la pareja. Este contrato sería válido actualmente ya que no se encuentra prohibido, incluso podrían celebrarse compraventas de gametos ya que actualmente no está prohibido. La legislación chilena actual no lo regula, pero el proyecto de ley N° 4735 que se tramita actualmente en el Congreso señala que es válido y se trataría de un contrato de donación, prohibiendo la compraventa de estas muestras. En otras legislaciones la compraventa sí esta permitida, como es el caso de Estados Unidos.

#### **VII- Inseminación artificial con semen de un donante y el consentimiento del futuro padre legal**

En este tipo de fecundación interviene un tercero aportando el esperma. Es muy importante que intervenga el consentimiento del cónyuge o pareja de la mujer que se someterá a estas técnicas, puesto que él será el padre del menor ante la ley. Al menor se le conferirá una paternidad legal diferente a su paternidad genética o biológica. Este asunto se encuentra regulado expresamente en el artículo 182 del Código Civil que señala 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. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.” Por lo tanto este hijo frente a la ley es hijo del marido o pareja de su madre. Además en el caso de las parejas casadas, se aplicaría la presunción de paternidad del marido señalada en el artículo 180 del Código Civil.

El referido artículo 182 no se conforma con el criterio rector de la ley 19.585 que es hacer prevalecer la verdad biológica. En este caso se deja de lado este criterio para la determinación de la paternidad. Nos parece que el criterio rector de la ley 19.585, continúa siendo la preeminencia de la verdad biológica en la determinación de la maternidad y paternidad, y que este caso constituye solo una excepción a la regla

general, plenamente justificada por el hecho de que la pareja se ha sometido a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida deben ser los padres del hijo que esperan concebir mediante ellas, independientemente de la intervención de material genético de un tercero.

En este caso, el consentimiento del marido debe existir en forma expresa y sin vicios, debiera exigirse que fuera por escrito y ojalá a través de instrumento público, como una escritura pública. Ya que de no existir el consentimiento del marido éste podría impugnar su paternidad, la cual se presume por tratarse de un hijo de su cónyuge. En este punto, algunos sostienen que el marido puede consentir en una fecundación con gametos de un donante y luego impugnar su paternidad. Los que sostienen esta tesis señalan que: “ese consentimiento no tiene valor jurídico porque en el derecho (francés) no está permitida la renuncia por adelantado a una acción relativa a la filiación”<sup>153</sup> Otros opinan que si hubo consentimiento del marido, este no podrá ejercer desconocimiento de paternidad. Esta tesis no ha sido muy tomada en cuenta por la mayoría de los cuerpos legales de procedencia europea, americana y aún en el anteproyecto de reforma del código civil francés<sup>154</sup>.

## 2- Fecundación In Vitro

La fecundación In vitro es una Técnica de Reproducción Humana Asistida que consiste en la fecundación del óvulo fuera del organismo materno. Se toman de la mujer varios óvulos, después de haber provocado la maduración de muchos de ellos a la vez en un mismo ciclo menstrual, por estimulación hormonal. Estos óvulos u ovocitos se colocan en un medio nutritivo adecuado y luego se les junta con espermios, para obtener la fecundación. Esta técnica supone la preparación previa de los gametos femeninos y masculinos para posibilitar su fusión en un medio extracorpóreo. El huevo

---

<sup>153</sup> Trib.Gr.Inst.Paris 19 fevrier 1985.D.1986 Note Paillet;Trib.Gr.Inst.Nice 30 juin 1976 D 1977. 45 nota Huet Meiller. Vease además, el artículo 311-9 del Nuveau Code Civil.

<sup>154</sup> Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*”, editorial Corripio, 2006

fecundado resultante vuelve a colocarse en las trompas<sup>155</sup> o en el útero de la mujer, que ha sido especialmente preparado para recibirlo mediante otro tratamiento hormonal. Si el huevo se coloca en las trompas esta técnica se denomina GIFTE, y si se coloca en el útero se denomina FIVTE. Si se produce la implantación, existe embarazo normal, el que debe concluir con el parto.<sup>156</sup> Mediante esta técnica se ha demostrado “que la vida humana puede empezar fuera del útero de la mujer”<sup>157</sup>. Esta posibilidad contradice la presunción de derecho del artículo 76 del Código Civil señala que: “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”. Por ello se ha señalado que esta presunción debería modificarse, dejándola como una presunción simplemente legal que admita prueba en contrario, y no como una presunción de derecho la cual no admite prueba en contrario.

En 1978 nació en Inglaterra el primer niño a través de esta técnica, fue llamado Louise Brown, de ahí en adelante miles de niños han nacido a través de esta técnica en diversos países.

---

<sup>155</sup> Trompas de Falopio.

<sup>156</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, “*Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento*”, Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2001, segunda parte la vida humana dependiente.

<sup>157</sup> RUBELLIN, DERICHI, JACQUELIN. “*Les Procreations assiste es: etat des questions*”.Op.Cit.,pág.463.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva”,editorial Corripio, 2006



## **Modalidades de la Fertilización In Vitro**

**Existen dos modalidades:**

### **a. Fecundación In Vitro con transferencia de embriones (FIVITE)**

Consiste en utilizar un óvulo inmaduro que es removido del organismo de la mujer y colocado en un medio propicio para su cultivo y luego es fertilizado con esperma.

### **b. Fecundación In Vitro con transferencia intratubárica de gametos (GIFT)**

Consiste en introducir los gametos al interior del organismo de la mujer, específicamente al interior de las trompas de falopio. Su diferencia principal con la anterior es que la fecundación se produce al interior de esta trompa y no en una probeta de laboratorio. Esta técnica es una alternativa al FIVITE para mujeres que tengan al menos una trompa sana.

## **Determinación de la filiación en los diversos casos de Fecundación in Vitro**

### **1. Fertilización In Vitro con gametos de los cónyuges o pareja**

En este caso el hijo nacido de un matrimonio es un hijo matrimonial como cualquier otro amparado por la presunción de paternidad del marido de su madre. Y en caso que los padres no estén casados, el padre podrá reconocer al hijo, según las reglas generales. Como la paternidad y maternidad son biológicas, se deben aplicar las reglas generales de nuestra legislación para la determinación de la maternidad y paternidad, sin necesidad de recurrir al artículo 182 del Código Civil.

## **2. Fertilización In Vitro con donante externo:**

### **2a. Donante externo de espermios**

En este caso los óvulos de la futura madre son inseminados con semen de un donante, porque los de su cónyuge o pareja tienen algún problema por lo que no son útiles para la fecundación, o porque la mujer no tiene cónyuge o pareja.

Las consideraciones y problemáticas que plantea la Inseminación Artificial con donante externo, a las cuales ya nos referimos, se aplican también a esta técnica.

### **2b. Donación de ovocito**

Se realiza cuando la mujer que desea ser madre es incapaz de producir un óvulo apto para la fecundación, pero es capaz de llevar a término un embarazo, en caso que se le implante un embrión. Este óvulo donado, puede ser fecundado con espermatozoides del marido o pareja de la mujer, en cuyo caso será hijo biológico de este e hijo legal de la mujer por aplicación del artículo 182 del Código Civil, porque ella se sometió a esta técnica.

### **2c. Donante externo de ovocito y de espermios**

El niño no será hijo biológico de ninguna de las personas que se sometieron a la Técnica de Fertilización in Vitro. Pero será su hijo ante la ley, por aplicación del artículo 182 del Código Civil. Este caso es equiparable a la adopción, pero con la gran

diferencia que este hijo, puede ser llevado en el vientre de su futura madre y ser parido por ella. Por lo que cabe concluir que el parto ya no será prueba incontrovertible de maternidad. En especial en el caso de maternidad subrogada.

### **Problemática ética y jurídica de la Fertilización in Vitro.**

Para llevar a cabo esta técnica, se estimula la producción ovárica de la mujer, mediante un tratamiento hormonal, el cual provoca una superovulación. Todos estos ovocitos, son extraídos del cuerpo de la mujer y se juntan con los espermios, obteniéndose así, varios huevos fecundados o embriones. Se procura obtener varios embriones, porque al colocar el embrión en el útero de la mujer, es difícil que logre implantarse, es la parte más compleja del proceso, por lo que se deben introducir varios embriones al mismo tiempo a la mujer, y se debe contar con más embriones para introducir en el organismo de la mujer en el futuro en caso de que no se produzca la implantación. Esta técnica es bastante costosa por ello no conviene realizarla con un solo óvulo para lograr un solo embrión, “porque un embrión tiene altas posibilidades de no lograr implantarse en el útero de la mujer, por ello se utilizan varios óvulos que son extraídos de la mujer al mismo tiempo, ya que mediante tratamiento hormonal se logra una superproducción de óvulos aproximadamente 12 en un mismo ciclo menstrual. Esto porque la extracción de óvulos es costosa, aproximadamente 3 millones de pesos chilenos, por lo que conviene extraer muchos óvulos de una sola vez.”<sup>158</sup> Esto trae aparejado el dilema moral, discutido en todo el mundo, de qué hacer con los embriones sobrantes, vale decir los óvulos ya fecundados por los espermatozoides. Una respuesta es congelarlos y que la pareja los utilice para tener futuros hijos. Pero aún así pueden sobrar, porque la pareja puede no querer tener tantos hijos, o divorciarse, o dejar de pagar los gastos de la preservación. Una de las soluciones que se han planteado es dar estos embriones en adopción, pero aún así podrían quedar embriones sobrantes, además que esta solución no costea los gastos de preservación.

---

<sup>158</sup> CESAR KRUG DÌAZ, médico cirujano, ginecólogo de la Universidad de Chile, Entrevista en su oficina del Centro Médico Ginesia, diciembre 2007.

En Chile el Proyecto Ley N° 4735 sobre Reproducción Humana Asistida, que se tramita actualmente en el Congreso Nacional, prohíbe el congelamiento de embriones, lo cual es una solución alternativa al dilema moral que plantea su congelamiento. El ginecólogo chileno, don Cesar Krug Díaz que lleva a cabo Técnicas de Fecundación in Vitro en nuestro país, las realiza congelando los óvulos extraídos de la mujer, lo cual lo deja a salvo de los cuestionamientos morales de la manipulación de vida humana. Esta es también una alternativa, es más costosa y más compleja, puesto que la recuperación de óvulos congelados tiene un porcentaje de éxito menor que la recuperación de embriones congelados.

### **Maternidad Gestacional subrogada**

También llamada arriendo o préstamo de útero, está definida como la contratación de una mujer para que lleve en su vientre una criatura, cuyo embrión le ha sido implantado, para luego traerla al mundo y entregarla a una pareja que contrató así sus servicios.<sup>159</sup> El profesor Gonzalo Figueroa Yáñez la define como “la implantación en el útero de una mujer de un embrión cuyo óvulo no fue aportado por ella. Dicha mujer se obliga a asumir el proceso de gestación y a entregar el producto del parto a quién le ha solicitado el servicio”.<sup>160</sup> El rasgo distintivo o esencial de esta figura es que el óvulo fecundado no pertenece a la mujer que lo gestará. La cual queda comprometida a entregarlo a una pareja de la cual ella no forma parte, luego del parto.

Puede ser realizada de tres maneras:

- a. Mediante la fecundación natural del óvulo por el espermatozoide en el organismo de la madre biológica, seguido de la extracción del embrión y la siguiente implantación de este en el útero de la mujer que lo gestará.

---

<sup>159</sup> Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*”, editorial Corripio, 2006.

<sup>160</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, “Persona, pareja y familia”, ob.cit.,pág. 45

- b. Mediante la inseminación artificial de una mujer, seguido de la recién señalada extracción del embrión para implantarlo en la mujer que arrienda su útero.
- c. Mediante la fertilización in vitro seguida de la implantación del embrión en la mujer que lo gestará.

### **Diversas modalidades que pueden darse en la Maternidad Gestacional Subrogada**

1. Recurren a la Maternidad Gestacional Subrogada los Cónyuges o una pareja:

En caso que sean los cónyuges o una pareja la que utiliza un útero ajeno para tener un hijo, pueden darse los siguientes casos.

1.a. Ambos gametos pertenecen a los cónyuges o pareja que se somete a la Técnica de Fecundación. Generalmente cuando se recurre al arrendamiento de útero es porque la mujer que desea tener un hijo, aunque es capaz de producir óvulos viables, no puede llevar sus embarazos a término por algún problema orgánico o funcional en su sistema reproductivo. Se lleva a cabo mediante la extracción de óvulos a la mujer y se fecundan con el espermia de su cónyuge o pareja, y posteriormente se implanta el embrión en el útero de la tercera mujer que presta o arrienda su útero, para que gesté a la criatura y la entregue a sus padres apenas nazca.

1.b. Sólo uno de los gametos pertenece a un integrante de la pareja arrendataria del útero, que puede ser el óvulo o espermatozoide. El otro gameto, óvulo o espermio, pertenece a un donante externo. Y quién se embaraza y lleva a término el embarazo mediante el parto es una mujer ajena a la pareja. Aquí también se aplica el artículo 182 del Código Civil, ya que los padres son los que se sometieron a las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. Principal atención merece este punto, porque podría considerarse que la mujer que presta su útero también se está sometiendo a estas Técnicas, por ello es recomendable estipular en forma clara, y por escrito quienes son

lo que se someten a la Técnica de Reproducción Humana Asistida, que serán los padres del niño, dejando fuera expresamente a la mujer que presta su útero, para evitar confusiones posteriores. En este caso además la maternidad no estaría determinada por el parto como señala el artículo 183 del Código Civil.

1.c. Ninguno de los gametos pertenece a la pareja que arrendataria del útero. Se aplican las mismas observaciones del punto anterior.

## 2. Recurren a la Maternidad Gestacional Subrogada un hombre o mujer solteros

En este caso serán un hombre o una mujer solteros los que recurran a una mujer para que de a luz a su hijo. Puede ser con los gametos de los solicitantes o de un donante, pero necesariamente deberá haber un donante o dos, en caso que ningún gameto sea de la persona que pretende tener un hijo. Aquí necesariamente concurren la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el arriendo de útero.

Cabe destacar que no todas las legislaciones permiten que las personas solteras se sometan a estas técnicas para tener un hijo, argumentando que atenta contra el bienestar de los niños nacer sin un padre o sin una madre, vale decir fuera de una familia bien constituida. Nuestra legislación no se pronuncia actualmente sobre el tema, por lo que quedará entregado al criterio de los profesionales que practican estas técnicas decidir si las aplican o no a personas solteras.

Nos parece que un niño debe contar idealmente con una familia bien constituida para desarrollarse lo mejor posible en todos los ámbitos de su personalidad, uno de los principios de nuestro estatuto filiativo es el interés superior del menor, lo que debe tener plena aplicación en este caso y nos llevaría a concluir que para traer un niño al mundo se deben contar con las mejores condiciones para su cuidado y crianza, no siempre esto es posible, pero en este caso es distinto porque se planifica el nacimiento y puede regularse, a través de la legislación, que se cumpla con estas condiciones.

## Consideraciones éticas y jurídicas en la Maternidad Gestacional Subrogada

Esta figura de reproducción asistida ha dado origen a mucha polémica, tanto en Europa como en Estados Unidos. Existen variadas posturas respecto al tema, repudiándola o aceptándola, se la ha tildado de lícita e ilícita. Se ha argumentado tanto desde la perspectiva biológica como desde la perspectiva ética y jurídica<sup>161</sup>. Desde una perspectiva biológica se señala que la manipulación del embrión es riesgosa, de hecho un gran porcentaje de los embriones introducidos en la mujer no logran implantarse, y en el caso de la congelación de embriones la recuperación luego de descongelarlos es difícil y muchos mueren.<sup>162</sup> Los que argumentan a favor, señalan que sería una opción para las mujeres que sueñan con tener descendencia propia, cuando no pueden embarazarse o llevar un embarazo a término, pero cuyos óvulos son viables o en los casos en que la gestación en el útero materno sea riesgosa o dañina para la madre o la criatura. Tener hijos formaría en este caso una etapa en el desarrollo de estas mujeres, las cuales sin estos avances científicos no podrían lograrlo.

Desde la perspectiva ética y jurídica se han dado también variados argumentos. Los que la repudian han señalado que la gestación se reduce a una especie de “fabricación” desvinculándola de toda carga afectiva. La Instrucción *Donum Vitae* cuestiona esta práctica, afirmando que: “La maternidad sustitutiva no es normalmente lícita, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundidad con material genético proveniente de donates; es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana”<sup>163</sup>. Esta Encíclica Papal “*Donum Vitae*” ha considerado ilícitas tanto la Inseminación Artificial, como la Fertilización in

---

<sup>161</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, “*Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento*”, Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2001, segunda parte: la vida humana dependiente.

<sup>162</sup> CESAR KRUG DÍAZ, médico cirujano, ginecólogo de la Universidad de Chile, Entrevista en su oficina del Centro Médico Ginesia, diciembre 2007.

<sup>163</sup> ELIZARI BASTERRA, F.J. “*Bioética*”. San Pablo, Madrid, 1994, pág.73.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva”, editorial Corripio, 2006.

Vitro y también la Maternidad Gestacional Subrogada<sup>164</sup>. Se ha argumentado a favor de la Maternidad Gestacional Subrogada, subrayando el derecho de toda persona de tener un hijo, en el caso de una mujer que tiene óvulos viables pero no puede embarazarse, es su única alternativa para tener un hijo biológico propio, esto formaría parte de su derecho a la autodeterminación y a desarrollarse libremente como persona.

A nuestro parecer, los seres humanos debemos aprovechar los avances que nos proporciona la ciencia y la tecnología, para solucionar nuestros problemas, y lograr ser lo más felices posible. Desechar de plano esta posibilidad, nos parece apresurado, ya que para una mujer que no puede llevar a término un embarazo, no pudiendo cumplir el sueño de tener un hijo que lleve sus propios genes, es una maravillosa posibilidad que otra mujer lo haga, por ejemplo podríamos ponernos en el caso de una futura madre que recurre a su hermana o amiga del alma, para que tenga su hijo porque ella no puede, nos parece un acto de amor y generosidad enorme, que de ninguna forma atenta contra la dignidad de la procreación humana. Además la posibilidad de la maternidad subrogada es un gran apoyo para los matrimonios que están en la complicada situación de no poder tener hijos, y no nos parece contraría al matrimonio y a sus fines como se ha afirmado.

Nos encontramos en un caso más complejo desde la perspectiva ética, cuando la mujer que presta su útero, arrienda sus servicios. Puesto que se podría llegar a afirmar que se hace un negocio de la procreación. En el ámbito jurídico se hace especial referencia a la in-comerciabilidad del cuerpo humano y la importancia de la dignidad humana, en este punto hay una gran discusión acerca de si una mujer puede o no arrendar su útero, vale decir celebrar un contrato oneroso, las opiniones y legislaciones están divididas. En Chile actualmente el tema no esta regulado, por lo que sería un contrato válido. Algunos países solo lo permiten en caso de hacerlo en forma gratuita.

---

<sup>164</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, *“Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento”*, Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2001, segunda parte la vida humana dependiente.



Nos parece que el Estado no tiene el poder de entrometerse en este tipo de decisiones, ya que forman parte de la libertad de las personas, de su derecho a la autodeterminación, su libre albedrío. Se podría argumentar que la madre sustituta expone su salud y su vida en este caso y que se trata de bienes indisponibles por lo que no podría arrendar su útero, pero nos parece que en otros trabajos también a veces, las personas exponen su salud e incluso su vida y no se encuentran prohibidos. La sociedad suele mirar con recelo los nuevos avances que implican cambios radicales del orden de cosas al cual están acostumbrados, es este miedo a lo nuevo a lo desconocido lo que hace que estos avances sean rechazados de plano, tildándolos de poco éticos. Lo cierto es que si se analizan fríamente, se trata hasta de un trabajo más, incluso lindo. Esta práctica, bien regulada, es un aporte a la institución del matrimonio que es la base de la sociedad. El Estado solo debe limitarse a regular este tipo de contratos para que no se cometan abusos o no se vulnere la legislación vigente. Además la regulación de este tipo de contratos es esencial para que no haya duda de quienes son los padres de la criatura, los derechos y deberes de la madre sustituta y de los padres, como puede la madre sustituta exigir sus derechos, como serían los de alimentos y gastos médicos por ejemplo a los futuros padres en caso de incumplimiento, crear acciones de tramitación rápida y que tuvieran medidas precautorias. Regular el evento de que la madre sustituta no quiera entregar al niño, entre otros muchos conflictos que pueden darse y nuestro derecho no contempla. Se debe dejar la decisión de someterse o no a estas practicas a las personas adultas.

### **Intereses en conflicto en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Al aplicar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se ponen en juego una serie de intereses a los cuales es menester dar protección a través del derecho. Tarea que no resulta trivial, porque muchos de ellos se contraponen en estos casos.

Los referidos intereses en juego son los siguientes:

1. Interés del o los progenitores de tener descendencia, ya sea para superar un problema reproductivo, optando por esta vía.

Este derecho a tener hijos se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, incluso el recientemente llamado “derecho al hijo”

2. El interés del nasciturus o niño. Implica la protección de su vida, su integridad física y psíquica. La protección de su patrimonio genético, su derecho a nacer en el seno de una familia capaz de acogerlo con cariño, algunos agregan la necesidad de que tenga modelos parentales únicos no disociados, propendiendo a la normalidad de su desarrollo en un entorno afectivo estable.

Este tema ha sido ampliamente discutido, tanto en países que han legislado sobre el mismo como en el nuestro que no lo ha hecho. En el sentido de determinar a quienes debería dárse acceso a estas técnicas.

Hay consenso en que debe permitírseles a los matrimonios bien constituidos, la mayoría también lo amplía a las parejas de convivientes estables. La discusión se ha centrado en las madres solteras, y en las parejas de homosexuales.

3. El interés de los expertos científicos de investigar. Y el correlativo bien que puede deportar a la humanidad en su conjunto, las nuevas técnicas y avances científicos para superar las enfermedades y trastornos físicos y aumentar así la calidad de vida del hombre.

Se relaciona con este derecho, el derecho a buscar la verdad, el derecho a ampliar el conocimiento científico y la libertad de investigar y enseñar.

No cabe duda que estos derechos se encuentran limitados por el respeto a la dignidad humana. Así lo ha declarado el Código de Nuremberg de 1947 sobre la experimentación con seres humanos, el Acuerdo Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala en su artículo 7º “nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

La Declaración de Helsinki de 1964 que complementó el Código de Nuremberg que distinguió entre la experimentación terapéutica y la que no lo es, y exigió expectativas de utilidad para poder experimentar.

En síntesis, estos acuerdos internacionales, exigen que la experimentación se haga con consentimiento libre, que ésta sea útil para la sociedad e irremplazable por otros medios de estudio, evitando el sufrimiento y daño innecesario, y no podrá experimentarse si con ello se puede causar la muerte o un daño grave al sujeto experimentado, entre otras muchas regulaciones al tema.

Como se ha señalado, este tema se encuentra regulado en forma detallada por el derecho internacional, cabe a los Estados hacerlos respetar con una regulación eficiente.

4. Interés de la comunidad, de mantener el Orden Público. En donde la familia es la institución básica, sobre la cual se construye la organización de la sociedad actual.

Establecer los criterios jurídicos que determinan quiénes son los padres de una persona, incumben a la sociedad toda, no sólo a los directamente involucrados.

### **Legalidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

#### **Puede permitirse la utilización de técnicas de reproducción humana asistida**

Debe analizarse la legislación vigente para poder tomar una decisión al respecto que se ajuste a Derecho.

A nuestro entender la problemática se centra en el momento en el cual se entiende que comienza la existencia de la persona humana como sujeto de derecho, desde qué momento deja de considerarse célula, o sea cosa frente a la legislación y pasa a ser persona. Es esencial este punto ya que a partir de que se considere persona a un ser vivo, éste será titular de todos los derechos inherentes a las personas, derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

### **a. Tratados Internacionales**

Cuando un Estado suscribe un Tratado Internacional, se compromete a darle cumplimiento, absteniéndose de violar sus disposiciones, pero también se compromete a adecuar su normativa interna para dar efectivo y cabal cumplimiento al contenido del tratado y que no pase a ser letra muerta dentro del territorio nacional, siendo sólo una bella declaración de principios frente a la comunidad internacional.

Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de noviembre de 1969, ratificado por Chile, en sus artículos 1 y 2 los Estados Partes están obligados a adoptar disposiciones en su legislación interna que garantice el goce de los derechos y libertades.

La Corte Interamericana por su parte, señala que las normas contenidas en los tratados, necesitan reglamentación interna para no tener sólo protección enunciativa, si no eficaz. El artículo 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala expresamente que: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

**Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.**

Por su parte el artículo 4 n° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” La Comisión concluyó que las palabras “en general”, fueron incorporadas al artículo 4.1 como un acuerdo con

aquellos Estado miembros cuyas leyes nacionales permiten el aborto y la pena de muerte<sup>165</sup>. En 1981 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baby Boy rechazó la idea de que el derecho a la vida comienza o existe desde el momento de la concepción.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, La Convención sobre Derechos del Niño y la Niña y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no confieren protección absoluta al óvulo fecundado, según la historia legislativa y el significado original propuesto por los gestores de dichos instrumentos<sup>166</sup>. Además, el referido Comité de Derechos Humanos de la ONU durante su 89ª Sesión, respecto a la prohibición impuesta en Costa Rica a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida con la sentencia N° 2000-02360 dictada por la Corte Suprema de Justicia del Estado de Costa Rica, en el año 2000 por considerar que violaban la vida humana, señaló que esta prohibición atenta contra los derechos de la mujer a formar una familia y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, entre otros derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además señala que “En su elaboración sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en su observación general 28, el Comité insta a los Estados parte a informar sobre leyes, así como acciones del gobierno o privadas, que interfieran con el goce utilitario de las mujeres del derecho a la privacidad en el ámbito de la salud reproductiva. El Comité solicita a los Estados parte eliminar cualquier interferencia en el ejercicio de este derecho. La falta de acceso de las mujeres a los servicios de salud y particularmente a los servicios de salud reproductiva, ha sido identificada por el Comité como una violación al artículo 3, el cual garantiza el derecho

---

<sup>165</sup> Caso Baby Boy, resolución n° 23/81, caso 2141, 6 de marzo, 1981, en Informe Anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981, OEA/Ser.L/V/II.54 doc.9, rev.1, 16 de octubre de 1981.

<sup>166</sup> [http://www.reproductiverights.org/pdf/sl\\_costa\\_rica\\_2007\\_span.pdf](http://www.reproductiverights.org/pdf/sl_costa_rica_2007_span.pdf)

El Comité de Derechos Humanos, Información suplementaria sobre Costa Rica Programada para examen por el Comité de Derechos Humanos de la ONU durante su 89ª Sesión, 9 de marzo de 2007.

de las mujeres y hombres a la igualdad.” Además señala que el derecho a la vida establecido en el artículo 6 obliga a los gobiernos a adoptar medidas positivas para preservar la vida, lo que incluye medidas de Salud Reproductiva que son esenciales para la supervivencia de las mujeres, debiendo garantizarles autonomía reproductiva, y que debe relacionarse con la igualdad en el goce de los derechos enunciado en el Pacto, así como la igualdad ante la ley tanto en la protección de hombres como de mujeres (artículos 3 y 26) de todos los derechos incluida la salud reproductiva y el derecho a formar una familia el cual se garantiza con la no injerencia del Estado en las decisiones reproductivas de una mujer o pareja, no injerencias arbitrarias del Estado en la vida privada de las personas, según señalan los artículos 17 y 23 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, señala expresamente que “En vista de que los cuidados de la salud reproductiva son una condición esencial para la supervivencia de las mujeres, estas disposiciones apuntan colectivamente a la obligación del gobierno de garantizar la autonomía reproductiva y la prestación de toda la gama de servicios de salud reproductiva, incluidos los métodos para prevenir embarazos no deseados así como los métodos que posibilitan a las personas infértiles su decisión de formar una familia”<sup>167</sup>. Además señala: “El derecho a la intimidad y a la autonomía reproductiva: El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas tiene sus raíces en el derecho a respetar el derecho a la intimidad y el derecho a planear la propia familia. El derecho a la intimidad protege a las personas de la influencia estatal en sus vidas privadas. Es decir que protege las decisiones relacionadas con la vida sexual y reproductiva de las personas, lo cual incluye la decisión de formar una familia. De igual manera, el derecho a la autonomía reproductiva tiene su fundamento en el derecho a planear la propia familia.”

Cabe concluir que las Técnicas de reproducción humana asistida no pueden ser prohibidas tanto porque dicha prohibición atentaría contra las normas establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile y que se encuentra vigente, tanto porque atenta contra el derecho a la intimidad establecido en

---

<sup>167</sup>

[http://www.reproductiverights.org/pdf/sl\\_costa\\_rica\\_2007\\_span.pdf](http://www.reproductiverights.org/pdf/sl_costa_rica_2007_span.pdf)

El Comité de Derechos Humanos, Información suplementaria sobre Costa Rica Programada para examen por el Comité de Derechos Humanos de la ONU durante su 89ª Sesión, 9 de marzo de 2007.

el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República. El proyecto de ley N° 4735, presentado recientemente al Congreso, establece la legalidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Cabe concluir al respecto que las Técnicas de Fertilización Humana Asistida, no constituyen violación a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, ni a la Constitución Política de la República. Respecto a la legalidad de las Técnicas de Reproducción humana asistida, consideramos que no podrían prohibirse ya que sería una injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, el Estado se estaría entrometiendo en las decisiones reproductivas lo que excede sus atribuciones reguladoras y estaría privando a las personas de su derecho de formar una familia accediendo a los avances científicos y tecnológicos disponibles en el mercado.

#### **b. Derecho comparado**

Las diversas legislaciones del mundo plantean variados puntos de vista sobre la aplicación de las Técnicas de Fertilización Humana Asistida, y su regulación.

En la legislación comparada hay consenso acerca de permitir someterse a estas Técnicas a las parejas casadas, por representar una unión estable para cuidar y educar a un menor. Pero existe discusión acerca de las parejas que no están vinculadas matrimonialmente. Se puede sostener que a pesar de no haber vínculo matrimonial, la relación puede ser igual de sólida y estable, por lo que algunas legislaciones, tales como la francesa y la estadounidense por ejemplo, se inclinan por darles también la posibilidad de recurrir a estas técnicas, exigiendo en algunos casos un lapso mínimo de convivencia previa. Además que parece lógico que una pareja que planea tener hijos y que pretende recurrir a estas técnicas es porque ha intentado reproducirse en forma natural, sin resultados positivos, por un lapso más o menos prolongado de tiempo. Lo que denota, no sólo que son una pareja estable, sino

también la seriedad de sus intenciones, ya que para recurrir a estas técnicas se debe estar decidido, por el tiempo y dinero (en especial) que requieren.

Algunos países han restringido el acceso a estas técnicas sólo a las parejas casadas, en tanto otros han dejado la decisión en manos de los médicos responsables<sup>168</sup>.

El Consejo de Europa, en el Documento sobre Procreación Humana Artificial, autoriza el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida por parejas heterosexuales, sin distinguir si están casadas o no.<sup>169</sup> Y la Red Latinoamericana de Reproducción ha afirmado que “exigir el vínculo matrimonial a parejas que requieren de Técnicas de Reproducción Asistida, constituye una inaceptable discriminación en contra de parejas infértiles”, exigiendo un periodo mínimo de un año de convivencia para que tales parejas puedan llegar a tener acceso a tales técnicas<sup>170</sup>.

El artículo L.152-2 del Código francés de la Salud Pública implícitamente permite el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida a las parejas que desean remediar su infertilidad sin distinguir si están o no casadas. Y el nuevo artículo 311-20 del mismo Código exige que ambos convivientes estén vivos al momento de recurrir a estas técnicas, y que la convivencia haya durado al menos dos años. Por lo tanto no se aceptan personas solteras ni parejas homosexuales<sup>171</sup>. En Argentina un proyecto de ley que se discutió en 1997 permitía el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida

---

<sup>168</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, “*Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento*”, Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2001, segunda parte la vida humana dependiente, pág. 106.

<sup>169</sup> YAÑEZ REA, WALTER MARTIN, “*Análisis comparativo del proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida, presentado en el seminario que ofreció el profesor francés Christian Byk en al escuela de graduados de la Facultad de derecho de la universidad de chile*”, Santiago, NOVIEMBRE DE 1996. Mecanografiado. Pág 8.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*”, editorial Corripio, 2006.

<sup>170</sup> Misma cita anterior.

<sup>171</sup> RAYMOND, GUY, *L’assistance médicale á la procréation*. En La Semaine Juridique, JCP, 1994, N°3.796, pág.455



a las parejas heterosexuales que acreditaran una convivencia mínima de tres años.<sup>172</sup> Y en España, en cambio, puede optar a estas técnicas toda mujer mayor de 18 años y capaz, soltera o casada, con o sin pareja estable<sup>173</sup>.

El caso de las mujeres u hombres solteros, y de las parejas homosexuales, representa mayor oposición.

De las parejas homosexuales se dice que no constituyen un entorno afectivo estable, ya que no constituirían una familia con modelos parentales normales, afectando el desarrollo del niño, y representando un mal ejemplo. Por ende aconsejan negar el derecho a acceder a estas técnicas a este tipo de parejas. Otras posturas defienden su derecho a tener descendencia y se basan en que no hay constancias que los niños se vean afectados por el hecho de tener padres homosexuales, y que pueden llegar a cuidar, educar y querer a sus niños con igual dedicación y éxito que cualquier pareja. Este tema da para una extensa discusión, y sería muy importante analizarlo no sólo a luz del derecho, sino que acudir a otras disciplinas como la psicología, para llegar a una conclusión final tomando en cuenta principalmente el bienestar de los niños, el derecho a nacer en una familia donde pueda desarrollarse en forma plena. Por lo pronto, no nos compete realizar juicios de valor referentes al tema, menos sin contar con la información necesaria proveniente de otras disciplinas y nos limitaremos a esbozarlo como un tema pendiente, que ha sido ampliamente discutido, sin alcanzar consensos, por lo opuestas de las posturas que lo aceptan y las que no. Seguramente en Chile, por sus costumbres conservadoras, no se permitirá aplicar este tipo de técnicas en parejas de homosexuales, o sólo en un futuro muy lejano.

Otro tema en discusión, es la autorización de estas técnicas a las madres o padres solteros. Se dice que no satisfacen el ideal de familia que un menor necesita, porque

---

<sup>172</sup> CROVI, LUIS DANIEL, *La estabilidad de la pareja que accede a los métodos de fecundación asistida*, ponencia presentada a las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 25 a 27 de Septiembre de 1997, Comisión 9, ponencia 11, pág.3.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana "*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*", editorial Corripio, 2006

<sup>173</sup> Misma cita anterior, que señala la Ley 35, de 22 de noviembre de 1988, artículo 6º inciso 1º.

se carece de una imagen paterna o materna, las cuales son importantes para el desarrollo de las personas. Existen posturas que defienden esta posibilidad, puesto que la idoneidad de una familia y su capacidad de otorgarle bienestar a un niño, no depende únicamente del hecho de estar basada en una pareja estable, porque un solo padre capaz, podría criar y darle enorme bienestar a un niño. La legislación española, por ejemplo, admite la posibilidad de que madres solteras se sometan a estas técnicas, en oposición a la mayoría de las legislaciones que considera que en este caso, no se está en presencia de una terapia contra la infertilidad, puesto que esa mujer no ha procurado aún un embarazo por métodos naturales<sup>174</sup>. En este punto están en contraposición el interés de bienestar y estabilidad psicológica del futuro niño, y el derecho a la reproducción y autodeterminación de las personas. El Derecho debe tomar una postura y cumplir con su muchas veces ardua tarea de resolver estos conflictos de interés. La decisión que nuestro ordenamiento jurídico tome, requiere de un profundo estudio que necesita del apoyo de otros profesionales, como serían en este caso psicólogos y psiquiatras especialistas en niños y adolescentes, que hayan realizado estudios de comportamiento y estabilidad emocional de muchos niños en diversas etapas de su desarrollo para tomar una decisión final. Es una decisión compleja, permitir o prohibir, nos parece que la solución debe tomarse procurando el bienestar del menor que es uno de los principios básicos de nuestra legislación filiativa actual, recurriendo para dilucidar si se afecta este bienestar o no en este caso, a diversas disciplinas como ya se señaló anteriormente. Pero en nuestra opinión, permitir tener un niño a personas solteras, sería válido en el caso de la adopción, dónde existen muchos niños que necesitan padres, y que podrían estar muy bien cuidados, criados protegidos y amados por una madre o padre, en vez de pasarse su infancia en un orfanato, incluso llegando a estar mejor que muchos niños que tienen una de las llamadas “familias bien constituidas”. A estos niños, carentes de padres, debiera dárseles la oportunidad de contar aunque sea con uno de ellos, a pesar que esta madre o padre en cuestión carezca de una pareja estable con quién compartir la crianza y cuidados del niño. Pero tratándose de Técnicas de Reproducción Humana

---

<sup>174</sup> FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, *“Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento”*, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001,pág. 108

Asistida, nos parece que el tema es más conflictivo, puesto que se está dando vida, “creando” un niño, por lo que se debiera ser más exigente respecto a las condiciones para el bienestar del futuro niño, a nuestro juicio las condiciones ideales para traer un niño al mundo es contar con una madre y un padre “idóneo para el cargo”. Determinar esta idoneidad es una tarea difícil, y el legislador deberá determinar a quién se la encomienda, y elaborar o mandar elaborar criterios claros, precisos y uniformes para todas las personas, en los cuales se base esta idoneidad, para evitar arbitrariedades.

### **c. Legislación Chilena actualmente vigente sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Actualmente en nuestro país no se ha legislado en forma cabal respecto a la utilización de Técnicas de Fertilización Humana Asistida. La única referencia al tema la hace el artículo 182 del Código Civil que señala 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 en su inciso 2º, “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Se puede señalar que el artículo 182 de nuestro Código Civil, adopta la posición de la mayoría de los sistemas jurídicos mundiales. Este artículo señala que los padres del niño serán el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, constituyendo una excepción al principio de la primacía del criterio biológico para determinar la filiación. En este caso se establece una filiación legal, que puede o no ser distinta de la biológica, pero que prima sobre ella. En su inciso 2º el artículo 182 señala que esta filiación que determina la ley, no podrá ser impugnada ni se podrá reclamar una filiación distinta. Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y mujer que han consentido en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida no podrán impugnar su paternidad o maternidad, bajo pretexto de no ser los padres biológicos. Esto para evitar la inseguridad que traería aparejada una situación de reclamo. Contribuyendo así a la estabilidad de la familia a la paz social, y en especial al interés superior del menor. De la sola lectura de esta

norma se podría concluir que está reconociendo legalidad a las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin distinción alguna. Lo que haría lícitas en Chile no sólo la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro en matrimonios o parejas, sino también al ser aplicadas en homosexuales y personas solteras, y la maternidad subrogada, entre otras. Pero las normas deben ser interpretadas no sólo a la luz de su tenor literal, sino que utilizando todas las reglas interpretativas disponible en nuestro Código Civil. Parece sospechoso que una legislación tan tradicional como la nuestra, otorgue tan amplio reconocimiento a todas estas técnicas sin ningún tipo de reparo, por lo que debemos analizar los diversos elementos interpretativos antes de concluir. Si recurrimos al elemento histórico se ha señalado que durante la discusión en Sala del proyecto de ley sobre filiación, quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, puesto que existía otra iniciativa legal en trámite, donde se abordarían éstas técnicas, y cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se señaló que la Ley 19.585 no anticiparía pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a estas técnicas, toda vez que ésto correspondería al proyecto de ley que regulaba los principios jurídicos y éticos de tales técnicas.<sup>175</sup> Por lo anterior cabe concluir que el artículo 182 del Código Civil, no pretende dar validez a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquier persona sin distinción. El artículo 182 del Código Civil sólo pretende regular la situación filiativa de los menores nacidos fruto de estas técnicas, su objetivo es dejar establecida, sin dar lugar a dudas, la filiación de estos niños. Así el senador Viera Gallo expresó para aclarar este punto que “el artículo mencionado señala que, cuando hay donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, los donantes no pueden reclamar la paternidad. O sea, lo único que la norma establece es que la acción de filiación no rige en este caso”. Por su parte el senador Pizarro señaló: “si no existiera una norma como la propuesta (refiriéndose al artículo 182 del Código Civil) 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

---

<sup>175</sup> Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento. Diario de Sesiones del Senado. Julio 1998. Pág 1526

optaron por la reproducción asistida”<sup>176</sup>. “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”.<sup>177</sup> Además un proyecto de ley presentado por el Senador Sebastián Piñera en 1993 que exigía para tener acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se tratara de parejas matrimoniales que no puedan tener hijos.<sup>178</sup>

Esta infinidad de materias relativas a este tipo de reproducción que no se encuentran reguladas en nuestra legislación, constituyen un vacío legal que urge llenar. La principal preocupación de una normativa reguladora de este tema, deberá ser sin duda alguna, el interés de los menores que sean concebidos a través de este tipo de técnicas.

## **Consentimiento en el artículo 182**

En este caso el consentimiento deberá cumplir con las reglas generales que establece el Código Civil, debiendo ser libre, espontáneo y exento de vicios<sup>179</sup>. Además deberá ser expreso y en términos formales. Nos parece que por la trascendencia jurídica que implica este consentimiento, por todas las obligaciones que implica, es lógico que no pueda subentenderse a partir de ciertas conductas (tácito) sino sólo podrá manifestarse en forma expresa. Será conveniente que se preste por escrito y ojalá ante ministro de fé. Para que pueda ser probado fácilmente frente a

---

<sup>176</sup> Acta de la 18<sup>o</sup> Sesión. Legislatura 338<sup>a</sup> Ordinaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto 1998. pág. 2042.

<sup>177</sup> RADIC SOFFIA MARÍA ALEJANDRA, “*Filiación en los hijos nacidos por Técnicas de Reproducción Asistida*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2002, pág. 56

<sup>178</sup> Proyecto de ley en AÑES REA, WÁLTER MARTIN, ob.cit., apéndice. Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva”, editorial Corripio, 2006

<sup>179</sup> Vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo.

terceros, sería conveniente que se efectuara por escritura pública, y con anterioridad a la práctica de la Técnica de Reproducción Humana Asistida, ya que así se la está autorizando. “Sería conveniente (el consentimiento) 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”<sup>180</sup>.

### **Quién puede someterse a las técnicas de reproducción humana asistida**

Ahora bien, si las personas son libres de tener hijos en forma natural, a través de relaciones sexuales, también lo son para someterse a este tipo de técnicas para lograr el sueño del hijo propio.

Pero el asunto no es tan sencillo y plantea varios problemas éticos que deben ser afrontados. El derecho, no puede mantenerse al margen en estos casos, y debe sortear los conflictos que se producen por el choque de intereses, a cada uno de los cuales el derecho debe protección, y en definitiva tendrá que ponderarlos e inclinarse por el que le parezca de mayor relevancia, ofreciendo así una solución a la problemática.

Nos parece que el derecho debe pronunciarse al respecto, por encontrarnos frente a conflictos de intereses de relevancia jurídica.

La principal preocupación, a nuestro entender debe ser el niño que se engendrará, ya que constituye principio esencial de nuestra legislación filiativa el interés superior del menor. Incluso por sobre los derechos reproductivos de las personas. Se debe propender a su máximo bienestar. “Entregar a una pareja adulta un derecho irrestricto e incondicionado para reproducirse, puede entrar en colisión con el

---

<sup>180</sup> MASSONI MORALES, ALDO, *“El derecho a la identidad de personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida”*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2006, pág.61

derecho del niño de llegar a ser un sujeto autónomo, no entregado al solo capricho de las voluntades de otros”.<sup>181</sup>

Nos parece acertado destacar, que las personas son libres de practicar actos sexuales que eventualmente traigan aparejadas consecuencias reproductivas, y por pésimos que sean los futuros padres y las condiciones en que recibirán al niño. En estos casos, al derecho no le queda más que aceptarlo, y recurrir a otras vías para la protección de los menores. Pero en el caso de la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como en el de la adopción, al existir la posibilidad de regulación a priori, por tratarse de una práctica planificada en donde intervienen terceros, y que debe ser realizada en lugares especializados, el Derecho, debe sacar la voz en aras de la protección de sus niños, futuro de la sociedad. “El derecho del niño constituirá así un límite al derecho al niño”<sup>182</sup>.

### **Situación actual existente en Chile respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Actualmente en Chile, según informaciones de la prensa, las técnicas que se realizan son principalmente la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro. El primer niño nacido mediante Fertilización In Vitro, fue en 1985 en el Hospital Militar, y la técnica fue practicada con éxito en 1984.

---

<sup>181</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2001

<sup>182</sup> BAUDOIN, JEAN-LOUIS y LABRUSSE-RIOU, CATHERINE, *Produire l’homme de quell droit?*, Ediciones Universitaires de France, París, 1987, pág.153.

Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana “Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva”, editorial Corripio, 2006.

Las ofrecen al público la Clínica Las Condes, Clínica Alemana, Clínica Las Nieves, y el Hospital San Borja<sup>183</sup>, además de consultas privadas de ginecólogos, como don Cesar Krug Díaz.

Oficialmente sólo pueden ser practicados en matrimonios con problemas de infertilidad, se admite excepcionalmente en parejas de convivientes, y se contempla la posibilidad de utilizar gametos de donantes. Oficialmente, no se contemplan casos de arriendo de útero.

Hubo un proyecto de ley presentado a la consideración del Congreso por el Senador Sebastián Piñera, pero que no llegó a convertirse en ley. El referido proyecto de ley, además de restringir el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida únicamente a las parejas casadas, señalaba en su artículo 3º que la “capacidad generativa es personalísima”. Por ende es contrario al orden público chileno, todo acto en virtud del cual una persona ceda a otra a cualquier título gametos propios. Lo que excluía la posibilidad de donantes externos en la aplicación de este tipo de técnicas y excluía también la maternidad subrogada.

Este proyecto no prosperó y actualmente existe un nuevo proyecto de ley N° 4735, sobre Reproducción Humana Asistida, ingresado al Senado a través de moción parlamentaria en 2006, y que se encuentra en primer trámite constitucional.

### **Proyecto de Ley N° 4735 sobre Reproducción Humana Asistida**

Este proyecto de ley ingresó al Senado con fecha 18 de julio de 2006, a través de una moción parlamentaria del senador don Mariano Ruíz-Esquide. El proyecto se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión de Salud y no tiene urgencia. La finalidad del proyecto es consagrar límites legales a la manipulación de embriones humanos, se ha señalado que “resulta impostergable establecer las normas

---

<sup>183</sup> Diario El Mercurio, reportaje de Ciencia y Tecnología de Lilian Duery, 16 de julio de 1994.



legales mínimas para el funcionamiento de los centros donde se realizan Técnicas de Fertilización Humana Asistida, y especialmente sobre aplicación de las terapias que involucran Fertilización in Vitro y manipulación de embriones.”<sup>184</sup> Se señala además que este proyecto propone una ley marco, vale decir que establece las pautas mínimas ya que las materias comprendidas son complejas e involucran diversas disciplinas, y requiere un conocimiento profundo de las materias relacionadas al tema, por lo que deberá ser complementada en el futuro por el legislador apoyado por especialistas tales como psicólogos, médicos entre otros. “El proyecto establece marcos mínimos que recogen principios reconocidos por la bioética a nivel mundial: la necesidad de consentimiento informado, el altruismo en las relaciones vinculadas a la donación de gametos, la protección del embrión humano, incluyendo la prohibición de experimentar con ellos o destruirlos. Este proyecto, junto con impedir que la criopreservación de embriones se siga masificando resuelve la situación de los embriones que hoy se encuentran congelados, permitiendo una salida que respete el valor que ellos tienen. Por último se incorporan normas sobre sanciones, cuestión vital para que la ley tenga la fuerza obligatoria que la importancia de sus normas prohibitivas exigen.”<sup>185</sup>

### **Detalles del contenido del Proyecto de ley Nº 4735 sobre Reproducción Humana Asistida**

El Proyecto en su artículo 1º establece su ámbito de aplicación, que son las técnicas de reproducción humana asistida, autorizándolas y definiéndolas como:”aquellas intervenciones de carácter artificial realizadas con el objeto de fecundar un óvulo humano por un espermio, también humano, con un fin procreativo, realizadas por un equipo especializado debidamente autorizado y acreditado”<sup>186</sup>. Además prohíbe tajantemente el uso de las referidas técnicas para fines distintos del procreativo.

---

<sup>184</sup> Proyecto 4735 sobre reproducción humana asistida.

<sup>185</sup> Proyecto de Ley 4735 sobre reproducción humana asistida.

<sup>186</sup> Proyecto de Ley 4735 sobre reproducción humana asistida.

En su artículo 2º el proyecto señala que en la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se deberá siempre resguardar la vida y la salud del embrión humano así como de los niños nacidos producto de ellas. Establece que los hijos nacidos producto de estas técnicas deben nacer en un hogar constituido y estable, que les brinde la oportunidad de tener un ambiente adecuado para su cabal desarrollo como persona. Y deberá estar constituido por chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile.

Nos parece muy acertada esta exigencia ya que si se está “trabajando”, utilizando los avances científicos disponibles en la sociedad actual, para traer un niño al mundo, lo mínimo es garantizarle un ambiente adecuado en donde desarrollarse lo mejor posible como persona. El problema está en determinar cuales serán los parámetros para catalogar a un hogar como “estable y bien constituido” y a quienes se les encargará la difícil tarea de discriminar cuales hogares cumplen con estos requisitos y cuales no. El tema nos parece de lata discusión y será nuevamente el legislador el llamado a establecer reglas claras a este punto, necesariamente asesorado por expertos en el desarrollo y necesidades infantiles. Por otra parte la exigencia de ser chileno y residente permanente de Chile para poder someterse a la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestro país, evitaría que los extranjeros vinieran a Chile a someterse a estas técnicas, lo que no nos parece necesario ni conveniente, puesto que en caso de que nuestro país alcanzara un gran desarrollo y realización de excelencia a nivel mundial o regional de estas técnicas, estarían únicamente restringidas a los chilenos y residentes permanentes, sin justificación plausible a nuestro juicio, implicando una desventaja económica para nuestros profesionales de la salud expertos en el tema.

El artículo 3º se refiere al Consentimiento. El que deberá ser:

- libre (requisito esencial del consentimiento en el Código Civil)
- expreso
- por escrito

- previo a la aplicación de las técnicas
- informado,
- otorgado personalmente, lo que excluye mandatarios
- y cada persona deberá manifestarlo por separado

Estos requisitos no sólo excluyen el consentimiento a través de mandatarios y el consentimiento tácito, cual sería el caso, por ejemplo, de una cónyuge que se insemina con el semen de su marido a espaldas de él, caso en el cual podría argumentarse que este hombre consciente en tener un hijo con ella por el hecho de tratarse de su mujer y mantener relaciones sexuales con ella en forma periódica. Como un caso así conllevaría innumerables conflictos, y representaría una arbitraria interpretación de la voluntad de las personas, puesto que pueden haber muchos maridos que se nieguen a someterse a estas técnicas o al hecho de tener hijos con su mujer o con quién sea, entre miles de otros ejemplos del estilo. Lo más justo nos parece que en materias tan delicadas como tener un hijo, se deba exigir requisitos estrictos al consentimiento, incluido la cabal información que deben tener las personas que se sometan a estas técnicas, tales como el costo, funcionamientos, riesgos entre otros y como señala el proyecto de ley también las posibilidades de éxito y fracaso, los aspectos emocionales y psicológicos, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de las técnicas y formas alternativas de paternidad.

Estos estrictos requisitos que debe cumplir el consentimiento de una persona para poder someterse a las Técnicas de Fertilización Humana Asistida excluiría varias figuras que hemos tratado en este capítulo, que son motivo cuestionamientos éticos, tales como la fecundación post- mortem, ya que una viuda no podría fecundarse con espermios de su cónyuge muerto puesto que no contaría con su consentimiento. Ahora si este hubiese consentido en vida cumpliendo con los requisitos exigidos, podría la viuda lograr su cometido, pero esto deberá dirimirse aplicando el artículo 2º de este Proyecto de Ley, y será el legislador, ojala bien asesorado por expertos, y también en su caso los tribunales de justicia los llamados a interpretar lo que se considera “hogar constituido y estable” en términos del referido artículo 2º. Nos caben dudas acerca de la conveniencia en términos psicológicos, afectivos y de normal desarrollo de un niño,

el hecho de hacer que nazca sólo para llenar el vacío que dejó su difunto padre y privándolo de contar con él.

Los artículos 4º y 5º se refieren a los centros médicos donde se realicen las técnicas de reproducción humana asistida denominándolos Centros Médicos de Reproducción Humana Asistida (CEMRHA) y deberán cumplir con requisitos establecidos en normativas especializadas, tales como calidad, seguridad, manejo de información en estricta confidencialidad, ser fiscalizados, contar con autorización sanitaria y contar con un comité de ética debidamente acreditado para “que conozca los dilemas o conflictos éticos que surjan con motivo de la utilización de las técnicas de reproducción asistida humana”<sup>187</sup>.

Los artículos 6º, 7º y 8º se refieren a la utilización de gametos donados.

El artículo 9º habla de la Crio- preservación de Embriones Humanos.

Sólo el artículo 10º habla de filiación del niño nacido como consecuencia de la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, remitiéndose al Código Civil, por lo que cabe concluir que este Proyecto de Ley, no implica modificaciones ni regulación distinta a la ya existente en términos filiativos, peor si representa una fuente importante de regulación para la práctica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, puesto que regula a los lugares en donde se practica y la crio-preservación de embriones entre otros temas de importante regulación.

## **Conclusión**

El criterio predominante utilizado por las legislaciones para establecer la filiación es la verdad biológica, pero puede verse restringida la aplicación de este criterio por otros criterios que se consideren prioritarios como serían los de índole social, moral, cultural o en aras de la estabilidad de la familia, la paz social, el respeto al matrimonio, el interés superior de los menores, entre otros.

---

<sup>187</sup> Proyecto 4735 sobre reproducción humana asistida.

## **CONCLUSIÓN**

La finalidad de nuestra labor recopilatoria en la presente memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, fue la de exponer de manera clara y precisa como se determina en nuestra legislación la paternidad y maternidad en los casos de Fertilización Humana Asistida y Adopción, los cuales, al igual que la posesión notoria del estado civil de hijo, constituyen una excepción al principio de preeminencia de la verdad biológica, principio rector de nuestro actual estatuto filiativo. A pesar de la existencia de las referidas excepciones, nos parece que el criterio rector de la ley 19.585, continúa siendo la preeminencia de la verdad biológica en la determinación de la maternidad y paternidad, y que estos constituyen excepciones plenamente justificadas a la regla general. Junto con constatar que estos casos constituyen excepciones al principio de la preeminencia de la verdad biológica, también aparece a simple vista que nuestra legislación no ha regulado a cabalidad estos temas, los cuales analizamos intentando llenar los vacíos existentes mediante algunas propuestas basadas en la interpretación de nuestra legislación y a través de los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, además de exponer soluciones inspiradas en las legislación extranjeras y jurisprudencia internacional.

Durante muchos años la legislación chilena estuvo atentando contra un principio básico, pilar de nuestro sistema jurídico, como es la igualdad de las personas ante la ley con independencia de su origen, edad, sexo, condición, raza, credo religioso, ideas políticas, entre otros. Faltando además a sus compromisos internacionales, ya que al no establecer igualdad entre todos los hijos, incumplía Tratados Internacionales que establecían el principio de igualdad, y que el Estado al haberlos ratificado asumía el compromiso de cumplirlos y adecuar su legislación interna al contenido de los mismos, esta obligación fue sólo satisfecha con la dictación de la ley 19.585, pero que a nuestro juicio no se encuentra satisfecha a cabalidad como expresaremos más adelante.

La ley 19.585 consagró el derecho de igualdad, el interés superior del menor y el derecho a la identidad, principios rectores de nuestro actual estatuto filiativo, que representan un profundo cambio a nuestro Código Civil, terminando en forma definitiva con el trato desigual que la ley chilena daba a los hijos según nacieran dentro o fuera del matrimonio, dándose así inicio a la plena igualdad entre todos los niños en Chile. Esta legislación se complementa con la referida a la adopción, otorgando igualdad de derechos para los hijos, sean biológicos o adoptivos. Sólo para efectos de la determinación de la filiación, nuestro Código mantuvo la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, sin vulnerar el principio de igualdad pues todos los hijos tienen iguales derechos, no se consagraron estatutos jurídicos distintos. Esta diferencia se utiliza únicamente para determinar el régimen jurídico al que se someten las acciones de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial. Y tiene importancia ya que en caso de tratarse de filiación matrimonial, la paternidad se podrá determinar a través de la presunción legal de paternidad del marido.

Respecto al principio de Igualdad, la ley 19.585 logra un trato igualitario para todos los hijos, dejando en el pasado una tradición de discriminaciones basadas en el origen. Este principio además de ser un principio rector del Derecho de Familia, consagrado literalmente en sus textos legales, es también un principio que rige todo el ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional. Es la base de nuestro sistema judicial y del estado de derecho.

El principio del interés superior del niño por su parte, representa una directriz muy útil puesto que pone el bienestar de los niños por sobre cualquier otro tipo de intereses y derechos, como serían por ejemplo los intereses de sus propios padres. El problema nos parece esta en subsumir el principio a las diversas realidades de cada niño, ya que se corre el riesgo de caer en la discrecionalidad del juez a la hora de determinar que es lo mejor para un niño, lo que sólo se salvaría a nuestro juicio a través de una labor constante de complementación del concepto por parte del legislador, y sobre todo a través de una labor jurisprudencial de los tribunales de justicia, mediante la dictación de sentencias que sienten precedentes ejemplificadores y detallados acerca de lo que se considera interés superior del niño, estableciendo

criterios a seguir. Por lo que nos parece que los jueces tendrán una importante labor sentando precedentes claros en sus fallos, además de una labor complementaria de la doctrina para así en conjunto establecer deslindes más precisos de este principio. Nos parece que aunque los límites de este principio no estén del todo claros, en especial por la naturaleza ideológica y aún religiosa que puede tener la determinación del referido interés del niño, este es un principio cuya esencia y finalidad son claras. “El Interés Superior del Niño supone poner el acento en que el menor se trata de un sujeto de derecho, una persona digna de consideración y respeto; y que tiene un plexo de derechos propios, contemplados en la Convención sobre Derechos del Niño, que toda persona, incluido el juez, debe respetar y promover”<sup>188</sup>.

Respecto a las Técnicas de Fertilización Humana Asistida y a la Adopción, nos parece que, para respetar el principio del interés superior del menor, los niños deben contar con una familia bien constituida para desarrollarse lo mejor posible en todos los ámbitos de su personalidad, lo que debe tener plena aplicación en estos casos y nos llevaría a concluir que para traer un nuevo niño al mundo o adoptar uno, se debe contar con las mejores condiciones para su cuidado y crianza. Ahora bien, en el caso de las Técnicas de Fertilización Humana Asistida, si las personas son libres de tener hijos en forma natural, a través de relaciones sexuales, también lo son para someterse a este tipo de técnicas para lograr el sueño del hijo propio. Pero el asunto no es tan sencillo y plantea varios problemas éticos que deben ser afrontados. El derecho no puede mantenerse al margen en estos casos, y debe sortear los conflictos que se producen por el choque de intereses, a cada uno de los cuales el derecho debe protección, y en definitiva tendrá que ponderarlos e inclinarse por el que le parezca de mayor relevancia resguardar, ofreciendo así una solución a la problemática, pronunciándose al respecto, por encontrarnos frente a conflictos de intereses de relevancia jurídica. Los intereses en conflicto en este caso son los derechos de la mujer u hombre a formar una familia, y someterse a los avances científicos disponibles

---

<sup>188</sup> VELOSO PAULINA, ETCHEVERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO, “*El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*”: ob. cit: pág. 52

en el mercado para poder lograrlo sin ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su libertad de decidir, así como deciden tener relaciones sexuales, si se someten a las Técnicas de Fertilización Humana Asistida para tener un hijo. Este interés de los futuros padres versus el interés del niño, de contar con un padre y una madre. Y nuestra legislación actual establece que el interés del niño es superior. Sin embargo nos parece que debe legislarse teniendo a la vista antecedentes de especialistas en el tema, porque tal vez una madre soltera que desea tener un hijo y no tiene pareja, sería muy buena madre y el niño estaría muy bien cuidado, educado y amado. En estos casos de Fertilización Humana Asistida y Adopción al planificarse el nacimiento o elegirse la familia que adopta puede regularse a través de la legislación la familia que tendrá un niño, por lo que se deben intentar proporcionar al niño la mejor familia posible. Debiendo sin duda, ser más flexibles en el caso de la Adopción, puesto que en este caso no se está dando vida a un nuevo niño, como en el caso de la Fertilización Humana Asistida, si no que hay miles de niños que carecen de familia y necesitan amor, en estos casos no debiera exigirse necesariamente una familia bien constituida, puesto que hay bastantes niños abandonados y son muchas las mujeres u hombres solteros que estarían dispuestos a acogerlos y darles un hogar. En el caso de la adopción la situación esta tomada desde otro punto de vista, este es el del niño como sujeto de derecho y el rol del estado de resguardar y hacer efectivos sus derechos. Es así que para brindar a los niños que no tienen una familia natural un hogar y entorno adecuado para su desarrollo es que se regula la institución de la adopción como una forma de hacer realidad los derechos de estos niños.

Otro tema relacionado es la determinación de la idoneidad para el cargo de estos futuros padres adoptivos, determinarla es una tarea difícil, y el legislador deberá determinar a quién se la encomienda, y elaborar o mandar elaborar criterios claros, precisos y uniformes para todas las personas, en los cuales se base esta idoneidad, para evitar arbitrariedades.

El Derecho a la Identidad por su parte, es el principio que representa mayor controversia, ya que es el que autoriza a investigar la paternidad y maternidad, los casos en donde representa mayor discusión, y en los que nos hemos enfocado, son los



casos de investigación de paternidad y maternidad en las Técnicas de Fertilización Humana Asistida y en los casos de Adopción, en donde la discusión acerca de permitir o no la referida investigación aún no está sanjada, y representa conflicto de intereses por haber diversos derechos en pugna. Por ejemplo, en la jurisprudencia extranjera en gran cantidad de casos las personas se niegan a realizarse las pruebas periciales de carácter biológico argumentando que derechos constitucionales tales como el derecho a la intimidad, a la integridad física, la libertad y la defensa en juicio. En estos casos en general los Tribunales han rechazado dichas argumentaciones, ya que esos derechos en este caso no se estarían vulnerando, y aún siendo así el derecho a la identidad estaría por sobre los demás derechos en estos casos de investigación de paternidad y maternidad.

A nuestro parecer el derecho a conocer los propios orígenes es un derecho que debe tener primacía sobre los demás derechos que se encuentran en pugna en los casos de determinar si se permite o no la libre investigación de la maternidad y paternidad. Esto porque al prohibir la referida investigación se estaría privando a las personas de este derecho a la propia identidad el cual está establecido no sólo como principio rector de nuestro estatuto filiativo actual, sino también en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, por ende al prohibir las investigaciones no sólo se vulnera nuestra legislación, además el Estado de Chile estaría vulnerando sus compromisos internacionales.

Respecto a los derechos que se podrían ver afectados por la investigación de la maternidad y paternidad, como ya se mencionaron derechos tales como la intimidad de las personas, y su integridad física, estos derechos sólo se verían limitados por el derecho a la identidad, pero no se estaría privando a las personas de estos derechos, lo que si ocurre en caso de prohibición de investigar y conocer los propios orígenes. Además por el hecho que estas personas “padres o madres biológicos” han consentido de una u otra forma en tener un hijo, que en el futuro podrá querer conocerlos, por lo que en base a su comportamiento deberán asumir las consecuencias de sus actos y ver limitado en cierto modo su derecho a la intimidad y a su integridad física al deber

someterse a exámenes biológicos, que por cierto no afectan ningún derecho a la integridad porque no representan riesgo alguno.

Cabe concluir que las personas no pueden en ningún caso ser privadas de su derecho a la propia identidad, a investigar y conocer sus propios orígenes, independiente de las circunstancias en que hayan sido concebidos por sus padres biológicos, ya que nadie puede ser privado de sus derechos contra su voluntad y tampoco mediante un acuerdo de terceros, como sería el compromiso con los donantes de gametos o con los padres adoptivos de no revelar su identidad a sus hijos biológicos, este tipo de compromisos y el ocultamiento de información nos parece que atenta contra los principios y obligaciones establecidos en los Tratados Internacionales vigentes en el país, ya que vulnera el derecho a la identidad, el cual no sólo debe ser respetado si no también protegido, amparado y propendido. Por todo lo expuesto anteriormente, nos parece que las personas deben estar debidamente informadas al momento de tomar decisiones tales como donar gametos o entregar a sus hijos en adopción, deberá comunicárseles de este derecho de sus hijos biológicos a conocer sus orígenes, el cual podrán ejercer eventualmente, esta labor informativa debe corresponderle a los centros médicos que reciben este tipo de donaciones, que deberán ser fiscalizados por entes estatales en el cumplimiento de esta labor, así como tantas otras, y a las instituciones públicas y privadas que intervienen en los procesos de adopción respectivamente. Así, las personas podrán tomar decisiones informadas, por lo que de ser contactados por sus hijos biológicos no verán vulnerado su derecho a la intimidad ya que actuaron con conocimiento, debiendo asumir las consecuencias de sus actos. La información acerca de la identidad de los padres biológicos debe estar limitada únicamente a sus hijos biológicos, debiendo mantenerse en secreto para el resto de las personas, si los involucrados así lo deciden, en aras de proteger la intimidad de los donantes o padres adoptivos.

Otro asunto importante y capaz de suscitar mucha discusión es el que dice relación con las limitaciones al derecho a la identidad, límites de edad principalmente. Responder a las interrogantes de cuando podrá el hijo exigir acceder a la información acerca de sus padres biológicos, y que pasa si sus padres legales se oponen a esta

posibilidad. No hay duda que el límite máximo será la mayoría de edad, dónde sin duda podrán acceder a esta información. La duda está en permitírseles antes de alcanzar la mayoría de edad, en una edad que se considere que han adquirido criterio. Establecer este tipo de limitación, a nuestro juicio, se encuentra muy vinculada al deber del legislador de proteger el interés superior del niño, ya que en aras de la protección del menor, su integridad psicológica en especial, se limita su acceso a la información sobre sus orígenes biológicos. Que debe tener acceso es indiscutible una vez alcanzada la mayoría de edad, permitírsele antes dependerá de sus padres, si el legislador decide entregarles a ellos la decisión de este asunto, o de lo que establezca la ley en caso que sea en la propia ley en donde se establezca la edad exacta en que los niños podrán acceder a esta información, ojala orientados por especialistas, lo que insistimos en ningún caso podrá exceder de la mayoría de edad.

Nos parece relevante la información disponible para los padres biológicos, la legislación deberá establecer en forma clara y precisa que será labor de las instituciones médicas que reciben donaciones de gametos, así como del Servicio de Registro Civil e Identificación en el caso de la adopción, el guardar esta información muy completa, y luego permitir el acceso a ella y mantenerla en secreto frente a terceros no vinculados al asunto. Deberán establecerse reglamentos detallados acerca de que tipo de información deben solicitar y como deben almacenarla y cuidarla y a quién, cómo y cuando deben proporcionarla, además de establecer sanciones en caso de infracciones tales como filtrar información a quién no es debido, o impedir el acceso a la información a los hijos biológicos. Aunque también sería buena idea que se implementara alguna pequeña institución a cargo de almacenar y resguardar esta información en programas computacionales modernos y seguros. Ahora bien, que los hijos tengan acceso a esta información y puedan conocer quienes fueron sus padres biológicos no quiere decir que estos tengan ningún tipo de obligación para con ellos, la ley ha señalado específicamente que no les deben cuidados ni alimentos ni derechos hereditarios, tampoco se encontrarían en la obligación de reunirse con ellos para conocerlos, compartir, conversar ni nada por el estilo, esto será decisión de cada individuo, y es un tema en el que el derecho no puede intervenir porque forma parte de la autodeterminación de las personas. El derecho a la identidad en este caso, se ejerce

con el único afán de conocer los propios orígenes, no para reclamar derechos derivados de la calidad de hijo, lo único que comprendería por ende el derecho a la identidad, es el derecho a acceder a la información de los propios orígenes, una suerte de árbol genealógico.

Cabe señalar que no todos los temas no están regulados actualmente por nuestra legislación, por ende algunas de las soluciones planteadas son únicamente nuestras conclusiones respecto al tema. A nuestro parecer el deber del Estado de cumplir y adecuar la legislación interna con los Tratados Internacionales ratificados que se encuentran vigentes, que establecen el derecho a la identidad de las personas aún no se encuentra totalmente cumplido, aunque se haya establecido el derecho a la identidad como principio fundamental de nuestro actual estatuto filiativo, puesto que, este no se encuentra ampliamente protegido ni amparado por nuestra legislación. No existe una normativa detallada sobre el tema que permita a los hijos acceder a la información sobre sus orígenes, o que obligue a las instituciones a proporcionar este tipo de información, es más no se permite el acceso a la información de los donantes de gametos y muchos de ellos son extranjeros de los cuales ni siquiera el centro médico que practica la Técnica de Fertilización Humana Asistida recibe los datos del donante, solo reciben muestras anónimas de espermios<sup>189</sup>.

El caso de la adopción tampoco es más alentador, puesto que si bien la ley establece que se guarden los antecedentes de la adopción en el Servicio de Registro Civil e Identificación, para que cualquier persona mayor de edad que tenga dudas acerca de su filiación de origen pueda acceder a esta información en caso de ser adoptado, es difícil que esto se lleve a la práctica porque si los padres adoptivos no le revelaron esta situación puede no tener dudas sobre su origen, además que los registros generalmente son muy antiguos y no están guardados con las precauciones suficientes para su conservación, motivos por los cuales el derecho a la identidad de los menores adoptados no es realmente efectivo. Todas estas prácticas nos parecen a

---

<sup>189</sup> CESAR KRUG DÍAZ, médico cirujano, ginecólogo de la Universidad de Chile, Entrevista en su oficina del Centro Médico Ginésia, diciembre 2007.

todas luces disconformes con el derecho a la identidad, constituyendo una imperiosa necesidad el tomar acciones al respecto para no seguir vulnerando abiertamente el derecho a la identidad de las personas. En este punto claramente los avances científicos juegan un rol protagónico, en algunos casos, ya que con las pruebas biológicas existentes hoy para probar paternidad y maternidad este derecho puede ser efectivamente satisfecho.

Otro punto a regular serán los casos extremos, como la necesidad de un trasplante de vida o muerte, u otro tratamiento médico similar, dónde se requieran donantes compatibles, en estos casos. ¿Se les deberá dar acceso a los padres de éste para contactar a los padres biológicos solicitándoles ayuda? Estas y otras interrogantes difíciles de vislumbrar deberá decidir las el legislador para que tengan aplicación general, entre tanto, en caso de producirse conflictos al respecto, serán los tribunales de justicia los obligados a pronunciarse en los casos que se les presenten, aún a falta de legislación que regule el tema.

Respecto a la discusión acerca de la legalidad de las Técnicas de Fertilización Humana Asistida, las cuales no constituyen violación a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, ni a la Constitución Política de la República, por lo que consideramos que tales técnicas, no podrían prohibirse ya que sería una injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, el Estado se estaría entrometiendo en las decisiones reproductivas lo que excede sus atribuciones reguladoras y estaría privando a las personas su derecho de formar una familia accediendo a los avances científicos y tecnológicos disponibles en el mercado.

Para finalizar es del caso señalar que queda mucha tarea por delante, se debe regular a cabalidad la aplicación de las Técnicas de Fertilización Humana Asistida, tanto desde el punto de vista sanitario como desde el punto de vista del respeto a los principios del estatuto filiativo, regular el estatuto de Adopción, de manera tal que exista un real acceso a la información. Estableciendo una normativa que resguarde y haga efectivo el derecho a la identidad de las personas tanto en la Fertilización Asistida como en la Adopción, ya que en ambos casos se infringe abiertamente.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUAD DEIK ALEJANDRA , *Apuntes de Derecho de Familia*, Universidad Diego Portales, Santiago 2006.
- AÑEZ REA, WALTER MARTIN, “Análisis comparativo del proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida, presentado en el seminario que ofreció el profesor francés Christian Byk en al escuela de graduados de la Facultad de derecho de la universidad de chile”, Santiago, NOVIEMBRE DE 1996. Mecanografiado.
- BAUDOUIIN, JEAN-LOUIS y LABRUSSE-RIOU, CATHERINE, *Produire l’homme de quell droit?*, Ediciones Universitaires de France, París, 1987.
- CORRAL TALCIANI, HERNAN, “*Determinación de la filiación y Acciones de Estado en al Reforma de la Ley N° 19.585*”, de 1998, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 1999, pp.39-109.
- CORRAL TALCIANI, HÉRNAN, “Familia y procreación artificial. Perspectivas para una legislación en Chile”, Charla dictada el 4 de Mayo de 1995.
- COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Desalina Editores, Buenos Aires, 1993
- CROVI, LUIS DANIEL, La estabilidad de la pareja que accede a los métodos de fecundación asistida, ponencia presentada a las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 25 a 27 de Septiembre de 1997, Comisión 9, ponencia 11, pág.3.
- DUCCI CLARO, CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica. Santiago. Chile.1988.

- DUJOVE, SIMÓN, VANTMAN, DAVID. Representante de de la Sociedad Chilena de Fertilidad. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Cesiones del Senado. Mayo 1996.
- ELIZARI BASTERRA, F.J. "Bioética". San Pablo, Madrid, 1994, pág.73.
- FIGUEROA YAÑEZ GONZÁLO, *Derecho civil de la persona del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, "Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento", Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2001, segunda parte la vida humana dependiente.
- FIGUEROA YÁNEZ, GONZALO, *Persona, pareja y familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- FIGUEROA YÁVAR, JUAN AGUSTÍN, *Apuntes de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *El sistema filiativo chileno.* Editorial Jurídica. Santiago. 2007.
- HUSS ALPHONSE ET SCHILTZ, LOUIS. "Le corps humain. Personnalité Juridique et famille en droit Luxembourgeois", en *Le corps humain et droit.*
- LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Reformas de las leyes de filiación y adopción.* Editorial Jurídica. Santiago 2001.

- MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA. *Nuevas tendencias del Derecho.* Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2004.
- MASSONI MORALES, ALDO, "El derecho a la identidad de personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida", Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Facultad de derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2006, pág.61
- MATURANA, ADRIANA, AVEDAÑO, ALFREDO,CASTRO RENÉ, DAZZAROLA, PATRICIO, ORELLANA, MARCIA. Representantes del Ministerio de Salud. Exposición ante la Comisión de Salud. Diario de Sesiones del Senado. Mayo. 1996.pág. 6892.
- MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. *Derecho Civil.* Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho de Familia.* Tomo II. Editorial Jurídica. Santiago. 1995.
- MORO ALMARAZ, Ma.Jesús. "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro". Bosch. 1era. edición. Barcelona, 1998, pág.99.
- PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, *Instituciones modernas del Derecho Civil,* Editorial ConoSur, Santiago, 1996.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Los Bienes: la propiedad y otros derechos reales,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- RADIC SOFFIA MARÍA ALEJANDRA, "Filiación en los hijos nacidos por Técnicas de Reproducción Asistida", Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile 2002.



- RAMBAUR, RAYMOND "El drama humano de la inseminación artificial". Revistas Clínicas Obstétricas y Ginecológicas, 1974, pág. 107.
- RAMOS PAZOS RENÉ, *Derecho de Familia*, tercera edición actualizada con la ley Ley 19.585 sobre nuevo régimen de filiación de 1998 y Ley 19.620 sobre adopción, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- RAYMOND, GUY, L'assistance médicale á la procréation. En La Semaine Juridique, JCP,1994,Nº3.796, pág.455
- RUBELLIN, DEVICHI, JACQUELIN. "Les Procreation assistées etat des questions".Op.Cit.,pág.463
- SCHMIDT HOTT CALUDIA, VELOSO VALENZUELA PAULINA, *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, 2001, Santiago, Chile
- TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. *Derecho de familia*. Colección de manuales de derecho privado, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Talcahuano, Trama impresores. 2004.
- TURNER, PAULA DIANE. "Love's Labor Lost: Legal and Ethical Implications in Artificial Human Procreation" University of Detroit, Journal Urban Law.Vol.58 Nº 2,1981,pág.461; Arzobispo de Canterbury "Artificial Human Insemination", 1948.
- VELOSO VALENZUELA PAULINA, ETCHEBERRY LEONOR, MUÑOZ ANDREA, JORQUERA HUGO, *El nuevo Estatuto Filiativo y las modificaciones al Derecho Sucesivo, a la luz de las normas y principios de la Ley 19585*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Servicio Nacional de la Mujer, LOM Ediciones Ltda, 1999, Santiago, Chile.

- ZANONI, EDUARDO. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978,
- Caso Baby Boy, resolución n° 23/81, caso 2141, 6 de marzo, 1981, en Informe Anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981, OEA/Ser.L/V/II.54 doc.9, rev.1, 16 de octubre de 1981.
- Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento. Diario de Sesiones del Senado. Julio 1998. pág 1526. Acta de la 18ª Sesión. Legislatura 338ª Ordinaria. Diario de Sesiones del Senado. Agosto 1998. pág. 2042.
- Congregación para la doctrina de la fe. "Instrucción Donum Vitae". Centro Merino para la creatividad cristiana. PUCMM, 1987.
- Diario El Mercurio, reportaje de "Ciencia y Tecnología" de Lilian Duery, 16 de julio de 1994
- Diccionario de la Real Lengua Española. Editorial Guzpatarra. 1984.
- Dirección de niñez, adolescencia y familia, República Dominicana "*Derecho de familia en el siglo XXI, Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*", Editorial Corripio, 2006
- CESAR KRUG DÍAZ, médico cirujano, ginecólogo de la Universidad de Chile, Entrevista en su oficina del Centro Médico Ginésia, diciembre 2007.
- Ley N°19.585
- Ley N° 5.343
- Proyecto de Ley 4735 sobre reproducción humana asistida

- Proyecto de ley sobre Fertilización Humana Asistida iniciado por moción de Sebastián Piñera en 1993.
- Proyecto de ley en AÑES REA, WÁLTER MARTIN, ob.cit.,apéndice.

**Bibliografía electrónica:**

- SENADO, República de Chile, Noticias, [en línea]  
<[http://www.senado.cl/prontus\\_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus\\_senado/site/artic/20050521/pags/20050521120618.html](http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20050521/pags/20050521120618.html)>  
> [consulta: 24.octubre.2007]
- RADIO COOPERATIVA, Noticias, Diputados españoles aprobaron Ley de Reproducción Asistida,16.02.2006 [en línea]  
<[http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20050516/pags/20050516143134.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20050516/pags/20050516143134.html)>  
> [consulta: 10.octubre.2007]
- REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, Gobierno de Chile, Ley de Filiación: ¡Bienvenida Igualdad! Entra en vigencia la Ley 19.585, 27.10.1999 [en línea]  
<[http://www.registrocivil.cl/Institucion/hitos/detalle\\_hitos/27-10-1999/27-10-1999.htm](http://www.registrocivil.cl/Institucion/hitos/detalle_hitos/27-10-1999/27-10-1999.htm)> [consulta: 25.agosto.2007]
- RADIO UNIVERSIDAD DE CHILE, Noticias, [en línea]  
<<http://www.radio.uchile.cl/notas.aspx?idNota=20122>> [consulta: 30.agosto.2007]
- PARTIDO SOCIALISTA DE CHILE, Noticias, La nueva Ley de Filiación. [en línea]  
<<http://www.pschile.cl/pschilea/index/Prensa%2520parlamentaria/filiacion>>

[.doc+nueva+ley+de+filiacion&hl=es&ct=clnk&cd=6&gl=cl&client=firefox-a](#)> [consulta: 10.julio.2007]

- BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, Ministerio de Justicia, Tribunales de Justicia. [en línea] <<http://www.minjusticia.cl/familia/familia.html>> [consulta: 5.septiembre.2007]
- LIDIA CASA, MAURICIO DUCE, FELIPE MARÍN, CRISTIÁN RIEGO, MACARENA VARGAS, El funcionamiento de los nuevos Tribunales de Familia. [en línea] <[http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP\\_Final\\_%202%201.pdf](http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP_Final_%202%201.pdf)> [consulta: 23.noviembre.2007]
- Senado Republica de Chile, Valparaiso, Departamento de prensa, Alianza advierte que si no se crean 257 nuevos tribunales de familia el sistema sufrirá un colapso total. [en línea] <[http://www.senado.cl/prontus\\_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus\\_senado/site/artic/20070928/pags/20070928180912.html](http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20070928/pags/20070928180912.html)> [consulta:28.septiembre.2007]
- Instituto Libertad, Opinión política, Nº 540, ¿Quién es responsable de la vulneración del derecho de acceso a la justicia experimentada en la reforma de los Tribunales de Familia? [En línea] <[http://www.institutolibertad.cl/op\\_540.htm](http://www.institutolibertad.cl/op_540.htm)> [consulta 3.octubre.2007]
- El Comité de Derechos Humanos, Información suplementaria sobre Costa Rica Programada para examen por el Comité de Derechos Humanos de la ONU durante su 89ª Sesión, 9 de marzo de 2007. [en línea]

<[http://www.reproductiverights.org/pdf/sl\\_costa\\_rica\\_2007\\_span.pdf](http://www.reproductiverights.org/pdf/sl_costa_rica_2007_span.pdf)>

[consulta: 10.octubre.2007].

- GRACIELAMEDINA, La adopción [en línea]  
<[http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l\\_000002.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/libros/pdf/l_000002.pdf)>  
[consulta:24.diciembre.2007].
- Enciclopedia GER, Canal Social, adopción. [en línea]  
<[http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4711&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4711&cat=derecho)>  
[consulta: 15.noviembre.2007].