

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 6

La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad

Leonor Etcheberry Court*

* Abogada integrante de la Excelentísima Corte Suprema y docente de la Academia Judicial. Presidenta del Colegio de Abogados de Chile

I. Introducción

El presente artículo da cuenta de que en Chile el derecho de familia ha sido permeado por los mandatos contenidos en la Constitución Política de la República, como parte del tan discutido proceso de constitucionalización del derecho civil. En este sentido, los tribunales chilenos han adoptado determinados principios o derechos constitucionales en materias en que se han visto forzados a cambiar de interpretación para proteger derechos de orden constitucional, como el de identidad. Más que hacer un análisis crítico, se busca determinar cómo este derecho a la identidad ha sido aplicado incluso en materia de maternidad subrogada, en contra de un precepto específico de nuestro ordenamiento jurídico de familia, únicamente porque nuestro país no ha legislado en ese tema. Con todo, en caso de aceptarse que dicha práctica pueda ser continua, la idea de quien será la madre en definitiva en Chile provocará inseguridad jurídica.

II. Constitucionalización y Derecho Privado

Si bien hay detractores en cuanto a la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho privado, seguiremos a la mayoría que está de acuerdo en que este cambio constituye el "de mayor relevancia en nuestra Teoría Democrática y Estado de derecho".¹ De acuerdo con Guastini y Favoreu, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos consiste en un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las distintas ramas del derecho. En sus palabras, se trata de "un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales".²

En el derecho privado, el origen del proceso de constitucionalización se remonta a la Alemania de la década del sesenta, siendo su principal efecto el haber cambiado el eje o centro de gravedad del orden jurídico, desde la ley (principio de supremacía legal vigente en el siglo XX) a la Constitución (hacia fines del siglo XX).³

De acuerdo con Corral,⁴ en Chile, el proceso de constitucionalización del derecho privado se puede producir a través de tres vías:

a) La vía reformadora

Se sostiene que las normas de la Constitución y los tratados internacionales incorporados a su texto deben prevalecer por sobre el resto del

¹ Véase CEA EGANA, J. L., "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho Público*, No. 59, 1996, pp. 11-22.

² GUASTINI, R., "La Constitución como límite a la actividad legislativa", *Derechos y Libertades*, Vol. 5, No. 8, 2000, 241-252, esp. 249; FAVOREAU, L. J., "La constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho*, Vol. 5, No. 12, 2001, pp. 31-46, esp. 40.

³ LATHROP GÓMEZ, F. "Constitucionalización y jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno", *Estudios Constitucionales*, 15, No. 1, 2017, 329-372, en esp. 332.

⁴ Véase CORRAL Talciani, H. "Acciones de filiación: legitimación y conflictos de intereses", *Revista de Derecho* (U. de Concepción), No. 225-226, 2009 [2011], pp. 53-90.

ordenamiento jurídico, lo que incluye naturalmente al Código Civil. Esta forma de influencia de la Constitución sobre las leyes civiles se verificaría mediante la declaración de inconstitucionalidad de ciertos textos, de manera preventiva —antes de su entrada vigencia— o de manera correctiva —una vez que ya se encuentran en vigor.

La constitucionalización del derecho civil operaría, según este mecanismo, como una orientación impuesta a las leyes civiles mediante los denominados derechos fundamentales. La presencia de estos, o bien, impide la promulgación de normas que los vulneren o, lo que es más frecuente, textos civiles anteriores tienen que ser modificados, por cuanto pueden resultar opuestos a ellos en la medida en que progresivamente se van reconociendo.⁵ La vía hermenéutica o de aplicación indirecta.

En una versión moderada, se traduciría en interpretar las normas de acuerdo con la Constitución, lo que serviría para darle significado a conceptos indeterminados, como, por ejemplo, "buenas costumbres"; asimismo, al momento de interpretar, el juez debería preferir los principios generales que poseen consagración constitucional. Sin embargo, en una versión radical, el derecho civil "pasa a ser comprendido en todas sus normas o instituciones como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional".⁶ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia de 13 de junio de 1995 señaló que:

Legalidad constitucional significa que se ha de observar el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esa facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un

⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC Galetovic, M. D.; RIOS Labbé, S. y TAPIA Rodríguez, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1193-1213. TAPIA Rodríguez, M., "Constitucionalización del derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 2007, pp. 155-199.

⁶ CORRAL Talciani, H., "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado", *Derecho Mayor*, No. 3, 2004, pp. 1-13.

derecho o garantía constitucional. En otros términos, debe interpretarse las normas con la debida coherencia para que la conclusión no vulnere un derecho garantizado por la Constitución.⁷

b) La vía de la aplicación directa

El juez podría aplicar las normas constitucionales aunque ellas no estén desarrolladas por un texto de rango legal, cuando no haya ley que resuelva el caso o, incluso, existiendo, en contra de ella, si es que las normas constitucionales contienen criterios diferentes que se prefieran.

En Chile, esta técnica de constitucionalización del derecho puede asilarse en la reforma de 1989 que modificó la Constitución de 1980 —promulgada durante el régimen militar—, y que tuvo por objeto robustecer los derechos humanos (violados en forma sistemática durante este período), ante la inminente llegada de la democracia. Así, se agregó al inciso segundo artículo 5o. del Constitución Política de la República la siguiente frase: "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".

La incorporación de la oración final del inciso 2o. del artículo 5to de la Constitución, les da a las normas de los tratados en materia de derechos humanos, jerarquía de Constitución material, a diferencia de los otros tratados, que no tratan específicamente de derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía y además, que tales tratados se diferencian de los tradicionales en la medida que no se establecen en beneficio de los Estados y sus intereses, sino que por el contrario señalan obligaciones de los Estados para con las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, los que adquieren derecho en contra de los Estados, que pue-

⁷ DOMÍNGUEZ Águila, R., "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil Chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIII, No. 3, 1996, pp.107-137.

den ejercerse a través de mecanismos internacionales, algunos de los cuales son obligatorios para el Estado chileno".⁸

La importancia para este proceso de constitucionalización se traduce en que, en Chile, no sólo debe tenerse presente lo que la Constitución señala, sino también lo que contienen todos los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país. Tal como se indicó, sus normas tienen jerarquía constitucional; por lo cual, el juez, al enfrentarse a un caso determinado, tendrá un mayor catálogo de derechos en virtud de los cuales podrá tomar una decisión. Por cierto, esto podría provocar problemas de seguridad jurídica, ya que el sentenciador no estaría obligado a aplicar el derecho vigente en nuestro Código Civil; pero permitiría que las normas que no han sido correctamente adaptadas a nuestra Constitución pudieran ser aplicadas de manera adecuada, con una interpretación basada en los preceptos constitucionales. De cualquier forma, la pregunta que debemos hacernos es ¿qué sucede con aquellas materias que no han sido legisladas en Chile? Dado que nuestro estudio se refiere al derecho de familia, quiero mencionar una temática que no está regulada en la legislación y que son las llamadas técnicas de reproducción asistida, tema al que volveremos en los casos de derecho chileno.

Asimismo, es necesario tener presente que la reforma contenida en la Ley No. 20.050 del año 2005 modificó el control de constitucionalidad, en el sentido de que ahora es el Tribunal Constitucional el órgano que tiene competencia exclusiva para:

- 1) Efectuar el control preventivo de las leyes, con efectos generales;
- 2) Resolver la inaplicabilidad correctiva por inconstitucionalidad de un precepto legal que se intente hacer valer en cualquier gestión judicial, con efectos entre partes; y

⁸ VERDUGO M., M., PFEFFER U., E. y NOGUEIRA A., H., *II Derecho Constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 123.

- 3) Resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable conforme a lo señalado en el inciso anterior (ii), con efectos generales (art. 93 de la Constitución).

Para este último control, la Constitución concede una acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable.

Como se entiende, esta reforma puede resultar trascendental, en el futuro, para el tema objeto de esta exposición, por cuanto el denominado principio de supremacía constitucional relevante en la denominada constitucionalización del Derecho de Familia, cuenta con una herramienta poderosísima en la actualidad para hacerlo efectivo: la posibilidad de que cualquier persona solicite la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal contrario a la Constitución, y que esa declaración tenga efectos generales.⁹

III. Constitucionalización y derecho de familia

La Constitución de Chile se refiere a la familia en su artículo 1o. inciso segundo, en los siguientes términos, "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad"; y en el inciso quinto: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta".

De modo que la constitucionalización del derecho familia es un subproceso dentro de la llamada constitucionalización del derecho civil. Este subproceso implica entender que la regulación de la familia no puede desarrollarse exclusivamente en sede de codificación civil, sino que supone,

⁹ TAPIA R., M., "Constitucionalización del derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 2007, pp. 155-199, en esp. 162.

además, el desarrollo de una creciente intersección regulativa con lo público.

La doctrina que estudia la forma en que las constituciones legislan la institución de la familia las ha clasificado desde dos puntos de vista. A partir de la extensión de la normativa referida en la materia, las constituciones pueden diferenciarse según si pretenden agotar todos o la gran mayoría de los aspectos de la familia en su articulado (constituciones maximalistas) o si sólo buscan abordar algunos de ellos, bajo la premisa de que una regulación global es imposible o inconveniente, o de que el objeto de regulación está disponible para su tratamiento legislativo (constituciones minimalistas). A su vez, pueden acometer su tarea de dos maneras: consagrando especialmente un acápite relativo a la familia (cualquiera que sea su nivel: título, capítulo, párrafo, etc.) o incluyendo su regulación en otro apartado.¹⁰ Respecto a la Constitución chilena se ha señalado lo siguiente:

Se excluyó a la Constitución chilena porque, como es sabido, esta no registra una modificación en materia de familia durante todo el período democrático y constituye, en este sentido, una excepción en la región. Por otra parte, la Constitución chilena es extraordinariamente insuficiente en lo concerniente a regulación de la familia. Pese a que el artículo 1o. inciso 2o. le asigna a esta el rol de 'núcleo fundamental de la sociedad', en general, el texto chileno no contiene un estatuto sistemático sobre esta institución que pueda orientar la regulación que de ella hace el legislador, a efectos de atribuir derechos y obligaciones a sus miembros, ni las consecuencias jurídicas que derivan de la especial posición del Estado como garante de aquella. La hipertrofia abstencionista del constituyente original, sumada a una regulación fragmentaria de la familia a nivel legal, han provocado una protección insuficiente y dispar de esta institución en el ordenamiento chileno.¹¹

¹⁰ Véase TURNER S., S. y ZUÑIGA A., Y., "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, No. 2, 2013, pp. 269-301.

¹¹ *Ibidem*, p. 277.

Villabelba-Armengol sitúa a la Constitución chilena como una de aquellas que no abordan el tema, al igual como ocurre con la de Argentina. En el caso chileno, sostiene que ello se debe al año en que fue redactada y a que fue elaborada durante la dictadura militar.¹²

A pesar de lo anterior, en materia de derecho de familia es donde ha sido mayor el impacto de los tratados internacionales de derechos humanos en las resoluciones judiciales, ya que los jueces, al resolver un asunto, deben aplicar la ley vigente; pero, al mismo tiempo, deben establecer si esa norma se adecua a las reglas constitucionales, lo que incluye, como se ha dicho, a la normativa internacional en la materia.

Por ello, al menos en este aspecto, deben tenerse presentes los siguientes tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes:

- i. Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 16 define a la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad. Establece el derecho del hombre y de la mujer para casarse y fundar una familia, el derecho a la igualdad en el matrimonio y el libre consentimiento en este.
- ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966). Obliga a los Estados Parte, en particular, a asegurar la igualdad de derechos y la no discriminación entre las personas, incluso por razones de "nacimiento" (art. 2 No. 1). Según este tratado internacional, la no discriminación comprende extender igualitariamente las "medidas de protección" a los niños, sin efectuar distinciones por nacimiento (art. 24 No. 1).
- iii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación chilena en 1989. Establece la necesidad de reconocer "medidas de protección" en favor de los niños, sin discriminación alguna (art. 10).

¹² Véase VILLABELLA-ARMENGOL, C. M., "Constitución y familia. Un estudio comparado", *Dikaion*, Vol. 25, No. 1, 2016, pp. 100-131.

- iv. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969). Establece la proscripción de discriminaciones por cualquier motivo, entre ellos el de nacimiento (art. 1o. No. 1); la necesidad de que la ley reconozca iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera como a los nacidos dentro del matrimonio (art. 17 No. 5) y la exigencia de que la ley reconozca "medidas de protección" en favor de los niños (art. 19).
- v. Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), incorporada a la legislación chilena en 1990. Establece la obligación para los Estados de asegurar a cada niño, sin distinción alguna (incluidas distinciones por nacimiento) el respeto de sus derechos (art. 2o.); la consideración en todas las decisiones públicas (incluidas las legislativas) del denominado "interés superior del niño" (art. 3 No.1); el derecho del niño a un nombre, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7 No. 1); y el deber de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8o.).
- vi. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Este dispositivo normativo de derecho antidiscriminatorio protege a la mujer, incluida su posición social en la familia. Contiene previsiones sobre el matrimonio y la nacionalidad (art. 9o.); igualdad y libre consentimiento; derechos y responsabilidades dentro del matrimonio, planificación familiar; maternidad y adopción; el derecho de la mujer a escoger el nombre de familia, profesión y trabajo; propiedad; edad mínima para casarse y el estricto registro del matrimonio (art. 16).
- vii. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará. Contiene normas sobre erradicación de la violencia de género, tanto en la esfera privada-familiar, como en la esfera pública.

Todos estos instrumentos internacionales han tenido un fuerte impacto en el derecho de familia, gracias a la relectura de sus disposiciones a la luz de los textos constitucionales y de los derechos humanos. Esta nueva

metodología de interpretación y aplicación del derecho terminó por influir profundamente sobre la regulación de las relaciones familiares, por cuanto una sociedad democrática supone el reconocimiento de una familia pluralista y, en consecuencia, una reconsideración de la institución desde esta nueva perspectiva.¹³

IV. El derecho a la identidad

Desde el momento en que Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño, el derecho a la identidad pasó a formar parte de nuestra Constitución a través del artículo 5o. inciso segundo. Si bien nuestro país adecuó su estatuto filiativo entendiendo que lo hacía respetando el derecho a la identidad, aún persisten dificultades al interpretar ciertas normas.

Con todo, antes de referirnos a estas problemáticas, es preciso intentar fijar lo que debe entenderse por el derecho a la identidad. En general, se ha señalado que este principio consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer sus orígenes. Sin embargo, entendemos que la identidad va mucho más allá que esto, de acuerdo con Fernández Sessarego:

La identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible —aspectos estáticos y dinámicos. La identidad estática surge primariamente como resultado de una información de base que, como se sabe, es singular y única. Por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano, sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros componentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable. A esta información genética, a la que se ha accedido en las últimas décadas, habría que agregarle otros elementos de identificación del sujeto tales

¹³ Véase ESBORRAZ, D. F., "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 29, julio-diciembre de 2015, pp. 15-55.

como el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general, en otros datos... Pero aparte de dicho componente biológico, la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad. El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre entre otros elementos".¹⁴

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha entendido que:

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.¹⁵

Respecto de la identidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*:

El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la

¹⁴ FERNÁNDEZ S., (1996) *apud*. SCHMIDT Hott, C., "La constitucionalización del Derecho de Familia", en MARTÍNIC, M. D., RÍOS, S.; y TAPIA, M. (eds.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1235-1244.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. 477/95, Proceso de Tutela, Sala Séptima, 23 de octubre de 1995.

forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.¹⁶

Del mismo modo, la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* señaló sobre la identidad:

Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA) señaló ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana’.

Asimismo estableció que ‘la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales’.

En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el ‘derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana’ y que, en consecuencia, ‘es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto [,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana.¹⁷

Finalmente, en el caso *Contreras y Otros vs. El Salvador*, la Corte IDH explicó respecto a la identidad:

¹⁶ Corte IDH, caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo No. 123.

¹⁷ Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 123, 133 y 134.

Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Asimismo, es importante resaltar que, si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez.¹⁸

Podemos concluir en razón de lo anteriormente expuesto que el derecho a la identidad es un derecho humano de carácter y contenido tan fundamental y básico que puede oponerse *erga omnes*. Además, se trata de un derecho autónomo, cuya existencia no está subordinada a la de otros derechos, sino que, en sí mismo, además de tener un valor y contenido propio, sirve a otros derechos para su plena realización y ejercicio. Tiene un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones familiares, lo cual va acompañado de la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos, en conjunto con aquellos otros derechos que se deriven de las propias legislaciones nacionales o de las obligaciones que se hayan contraído en razón de los instrumentos internacionales pertinentes. Este núcleo primario necesariamente concluye en el derecho de inscripción del niño después del nacimiento y de la emisión y entrega del documento de identidad correspondiente.

¹⁸ Corte IDH, caso *Contreras y Otros vs. El Salvador*. Sentencia 31 de Agosto de 2011, párr. 13.

De cualquier forma, cabe anotar que, si bien el derecho de la identidad implica la realización de otros derechos humanos, ninguno de ellos pierde jamás su especificidad y especialidad.¹⁹

V. Casos chilenos con relevancia del derecho a la identidad

Una vez que Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño, se vio obligado a adecuar su estatuto filiativo, ya que vulneraba abiertamente el derecho a la igualdad: no se mencionaba el principio del interés superior del niño y no se reconocía la posibilidad de búsqueda de la identidad.

Es así como al momento de producirse el cambio legislativo en el año 1998, el nuevo texto legislativo clarificó las ideas, pues ahora, en el artículo 98 del Código Civil, se posibilita la investigación de la paternidad y maternidad con amplitud probatoria: "En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas". Igualmente, se permite al juez indagar activamente, ya que la pruebas pueden ser "decretadas de oficio o a petición de parte" y además, las pericias de carácter biológico pasan a ser centrales. Asimismo, el derecho a reclamar la filiación se vuelve imprescriptible e irrenunciable.²⁰

Con todo, la doctrina ha discutido sobre algunas instituciones que, en cierta forma, se opondrían a la búsqueda de la verdad real. Nos referimos a la posesión notoria del estado civil donde el art. 201, inciso 1, señala: "La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que

¹⁹ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Opinión "Sobre el alcance del derecho a la identidad", 71 Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

²⁰ Véase SCHMIDT, C., y VELOSO, P., *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 2001.

haya contradicción entre una y otras". También se prefiere la verdad formal en la filiación de los hijos concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida o en los actos de repudiación y de reconocimiento; se trata de casos en que prima el acto voluntario, ya que podría no haber coincidencia con la verdad real. Por otro lado, existen ciertas limitaciones a la verdad real o biológica; por ejemplo, el hecho que la acción de impugnación caduque y también el que, aunque la acción de reclamación sea imprescriptible, se presenten restricciones cuando se trata de pedirla respecto de una persona que ha fallecido.

A dos de estas instituciones me referiré a continuación para demostrar cómo el derecho a la identidad ha impactado y, en cierta forma, ha cambiado la interpretación de la norma o buscado una solución que nuestra legislación de familia no contempla.

Cabe señalar, que teniendo presente que el derecho de identidad tiene su origen en norma constitucional y de derechos humanos, de acuerdo a lo que hemos señalado, la jerarquía de la norma (constitucional) plantea la interrogante sobre la validez y aplicabilidad de las normas legales (de menor jerarquía) que vienen a restringir, limitar e incluso impedir el ejercicio de este derecho de identidad. En el derecho comparado comienza a ser frecuente la declaración de inconstitucionalidad de normas limitativas referidas a: plazos, titulares, caducidades, y otros requisitos que se estiman han afectado al derecho de identidad en su esencia.²¹

1) Acción de reclamación de la filiación contra los herederos del supuesto progenitor fallecido

1.1. ¿Cuál es el problema planteado? Debemos enunciar en primer término las normas involucradas. El artículo 206 del Código Civil señala que "Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los

²¹ VELOSO, P. y SCHMIDT, C., *op. cit.*, pp. 75-76.

180 días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad".

A su vez, el art. 5o. transitorio incisos 3o. y 4o. de la ley que modificó el estatuto filiativo señalaba: "No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros".

El artículo 317, inciso 2o., del Código Civil sostiene que "Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos, en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar su acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla".

Ahora bien, para interpretar el artículo 206 es necesario remitirse al artículo 200 del proyecto original que indicaba "En caso de haber fallecido algunos de los padres, la acción de reclamación se dirigirá en contra de los herederos, dentro del plazo de dos años contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda". Una vez concluida la tramitación de la ley, el artículo 200 original desapareció y en su lugar quedó el artículo 206 tal como señalamos.

1.2. Una primera interpretación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. En un primer momento, se señaló que no se podía reclamar filiación en contra de personas ya fallecidas al momento de entrar en

vigencia esta ley, pero, por excepción, se permitía hacerlo en el plazo de un año. Por ello, a partir de 1999, en Chile no era posible reclamar la filiación si los progenitores ya habían fallecido; sólo podían hacerlo los hijos póstumos y los hijos cuyos progenitores hubieran fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. La norma del artículo 317 inciso segundo, solo se interpretaba como una norma procesal que no alteraba lo sustantivo.

La sentencia del Juzgado de Familia de Valdivia de 2007 es un ejemplo de cómo recogían los tribunales esta postura:

QUINTO: Que es del parecer de esta sentenciadora que si bien el artículo 317 inciso 2o. del Código Civil permite dirigir acciones de filiación en contra de los herederos del padre fallecido, dicha facultad está sólo circunscrita al caso especialmente regulado en el artículo 206 del Código Civil, aplicándose además el artículo 207 si el hijo también hubiere fallecido. En efecto, si el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible, ¿por qué en el caso del hijo póstumo o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, el artículo 206 estableció un plazo, ya sea éste denominado de prescripción o de caducidad? La respuesta a la interrogante anterior no es otra que la siguiente: porque el derecho a reclamar la filiación se extingue con la muerte, y sólo en el caso del artículo 206 la ley estableció una excepción.

SEXTO: Que en el presente caso, la demandante no es una hija póstuma, ni tampoco el supuesto padre falleció dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, razón por la cual rige la regla general, es decir, el derecho a reclamar la filiación se extinguió con la muerte del supuesto padre y por tanto los herederos de éste no son legítimos contradictores.

SÉPTIMO: Que independientemente de las discusiones que esta postura suscite en Derecho Comparado, a este Tribunal corresponde aplicar la ley, teniendo presente, a mayor abundamiento, que a la misma conclusión señalada en los dos motivos anteriores, llega

la doctrina. Claudia Schmidt y Paulina Veloso ('La filiación en el nuevo derecho de familia', LexisNexis, primera edición, año 2001) señalan que 'en todo caso, la acción de reclamación se extingue con la muerte, salvo casos limitados' (página 133) 'los herederos del padre fallecido son titulares pasivos sólo en los supuestos establecidos en la ley...a) que el hijo sea póstumo; b) que alguno de los padres fallezca dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto' (página 188). En el mismo sentido, Rene Ramos Pazos (Derecho de familia Tomo 11 Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición actualizada) señala que 'El artículo 206 representa una innovación con respecto al anterior artículo 272, que exigía que aquel que pretendiera obtener judicialmente la calidad de hijo natural, debía intentar su demanda en vida del supuesto padre o madre' (página 405).

1.3. Una segunda interpretación tiene su origen en el voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema chilena, Rol 2.820-2003, de 2 de noviembre de 2004, en el que el inciso segundo del artículo 317 se convierte en la regla general, pasando de ser una norma de ordenación a una sustantiva, de manera que todas las otras que se refieren a la legitimación activa o pasiva de los herederos es de excepción. Se entiende por ello, que el artículo 206 sólo se aplicaría si el hijo es póstumo o si se trata de un hijo cuyo progenitor ha muerto dentro de los siguientes 180 días del parto.

La nueva postura la podemos apreciar en la sentencia de la Corte Suprema, Rol 7059-12, de 28 de marzo de 2014:

SEXTO [...] Del tenor literal del inciso segundo antes transcrito y su ubicación en el Título XVII del Libro I, relativo a las Pruebas del Estado Civil, se desprende que el artículo 317 constituye la regla general en materia de acciones de filiación, pues se refiere la ley a cuestiones de paternidad o maternidad, comprensivas tanto de reconocimiento como de impugnación, y que el legislador no ha distinguido situaciones particulares o específicas. En efecto, luego de definirse quiénes son legítimos contradictores, se amplía el concepto y se extiende también a los herederos; por consiguieren-

te, no puede sino entenderse que la ley autoriza expresamente al hijo para dirigir la acción de reclamación en contra de los herederos del presunto padre si éste fallece antes de deducirse la demanda o para continuarla en contra de estos mismos herederos si el deceso tiene lugar durante el curso del juicio. Ahora bien, resulta evidente que la existencia de una regla general no impide la existencia de excepciones —de ahí precisamente su naturaleza de general y no de absoluta— y es así como, tratándose de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, el artículo 206 del Código Civil prevé dos situaciones especiales de excepción en que la transmisibilidad de la acción a los herederos está limitada por la ley. La norma contempla los casos del hijo póstumo, esto es, el nacido después del fallecimiento del padre o de la madre, y el del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, permitiéndosele demandar a los herederos del padre o de la madre fallecidos en el término de tres años contados desde la muerte del progenitor o desde que el hijo alcance la plena capacidad, si a esa fecha no era legalmente capaz. Este precepto prevalece sobre la regla del artículo 317 únicamente cuando se verifican los presupuestos que en él se prevén, puesto que si la regla general en materia de transmisibilidad de acciones de filiación fuera la del artículo 206 del Código Civil, la contemplada en el artículo 317 carecería de todo sentido y significación, constituyéndose en una regla absolutamente superflua, y sabido es que un principio básico de interpretación de la ley es aquel de acuerdo al cual en la inteligencia de un precepto debe preferirse aquella en que la norma produzca efecto a aquella en que no produzca efecto alguno.

SÉPTIMO: Que la conclusión que se obtiene de entender las normas en cuestión del modo como se ha hecho en el fundamento que antecede no sólo resulta más adecuada al contexto general de la ley y, especialmente, a las reglas del párrafo primero del Título VIII del Libro I.

1.4. El cambio en la postura se vio apoyada por el razonamiento del Tribunal Constitucional que, yendo más allá, entendió que el no poder

accionar contra una persona que ya ha fallecido atentaba contra el derecho a la identidad.

En este caso, el juez presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel pidió a ese tribunal que se pronunciara sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Ley Fundamental. Los hechos son los siguientes: don F.M.S. interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial en contra de V y C.M.A. en sus calidades de herederos de L.A.M.V, padre biológico del demandado, fallecido con fecha 2 de octubre de 2008. Los herederos se oponen señalando que el actor carece de legitimación activa, ya que no se encuentra en ninguna de las hipótesis del artículo 206 del CC, lo que concordado con el artículo 317 del mismo código, implica que el demandante no es legítimo contradictor. El juez presidente estima que esta norma es inconstitucional, pues sería contraria al derecho a la identidad, reconocido por Chile en tratados internacionales como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que deben entenderse incorporados a nuestro régimen jurídico conforme lo establece el artículo 5o. inciso 2o., de la Constitución Política. Según el requirente, esta norma impediría al actor ejercer su derecho a la identidad en cuanto lo priva de las acciones procesales idóneas para ese efecto, ya que conforme a la redacción del texto legal, lo coloca en una hipótesis diversa de las que contempla para legitimarlo activamente. El juez presidente también considera infringida la garantía de igualdad ante la ley, regulada en el artículo 19 No. 2 de la Constitución, pues se establecería una discriminación entre los presuntos hijos de padres fallecidos para demandar su filiación que no resistiría ningún *test* de racionalidad o proporcionalidad, ya que únicamente consideraría el momento del fallecimiento del presunto padre.

Los razonamientos del Tribunal Constitucional, al resolver, discurren en torno a distintos supuestos. Primeramente, se señala que el artículo 206 infringiría el artículo 5o. inciso 2o. de la Constitución, por cuanto se presentan, específicamente, tres tratados suscritos por Chile donde se reco-

nocería el derecho a la identidad: el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7 numerales 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe destacar, eso sí, que todos estos tratados consagran el derecho a la identidad sólo en cuanto a sus elementos estáticos, que son aquellos con los cuales el ser humano nace y permanecen inmutables, como el derecho a ser inscrito con su nombre y apellido y a conocer y, en lo posible, vivir con sus padres.

De acuerdo con lo que sostiene el Tribunal, la identidad queda comprendida en la categoría de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por lo tanto, en el artículo 5o. inciso 2o. de la Constitución. El Tribunal, a su vez, vincula estrechamente el derecho a la identidad con la dignidad humana, consagrada en el artículo 1o. de la Carta Fundamental y que constituye la piedra angular de todos los derechos consagrados en ella. Por lo tanto, queda determinado que, aunque la identidad no aparezca mencionada, debe ser protegida por su estrecha relación con la dignidad.

Así, la identidad se traduce en que: *a)* toda persona puede ser ella misma y no otra y; *b)* tiene derecho a ser inscrita después de que nace, a tener un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Según lo expuesto en el fallo, la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y puede aspirar al reconocimiento social que merece; en este punto hace un símil con el derecho a la nacionalidad.

El artículo 206 entonces, hace excepción a las normas generales de la acción de reclamación, contenidas en los artículos 204 y 205, ya que permite dirigirse en contra de los herederos, cuando el padre o madre ha fallecido. Además, a diferencia del artículo 320 que consagra la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, aquí se prevé un plazo máximo

de tres años, contados desde la muerte o desde que cesa la incapacidad del hijo, pero sólo en caso de que este sea póstumo o el padre haya fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Por lo anterior, el problema respecto del cual se pronunciará el Tribunal es "si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad", del Considerando Decimoquinto (nuevamente lo vincula con la dignidad humana).

Los argumentos para entender que el artículo 206 sólo es una regla especial serían los siguientes: a) El art. 205 señala que la acción le corresponde sólo al hijo contra su padre o madre. Esta norma actúa bajo el supuesto de que estén vivos, ya que si han fallecido, se utiliza el art. 1097, según el cual los herederos representan al causante. b) Cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente, como ocurría antes de la modificación de la ley de filiación. c) El art. 317 inciso 2o., también introducido por la nueva ley, consagra en términos amplios la legitimación *de o en contra* los herederos. d) Iría en contra de uno de los principios de estas normas que basan en la libre investigación de la maternidad y paternidad. e) Argumento *contrario sensu* del artículo 5o. transitorio de la ley de filiación, que sólo limita la posibilidad de reclamación en contra de las personas fallecidas con anterioridad a la presente ley. f) El derecho a la identidad, esto es, a conocer sus orígenes, fue también uno de los principios fundamentales de la nueva normativa de filiación. g) La sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, con fecha 12 de marzo de 1999, anuló por inconstitucional una parte del artículo 95 del Código de Familia, declarando que la acción que permite establecer la identidad de una persona no puede caducar, ni aun después de la muerte del progenitor (Considerando Decimoséptimo del fallo).²²

²² Véase ETCHEBERRY, L., "Acción de reclamación por hijo postumo. Sentencia Tribunal Constitucional del 29 de septiembre de 2009", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 13, 2009, pp. 257-264.

A la fecha actual, las sentencias de nuestros tribunales son uniformes en cuanto a entender que sobre el artículo 206 del Código Civil, prima el inciso segundo del artículo 317, más que nada, porque no es posible atentar contra el derecho de identidad de quien pretende conocer sus orígenes. Es claro que en este caso estaríamos frente a un ejemplo de constitucionalización del derecho de familia, en que se ha hecho una interpretación adecuada de los derechos fundamentales que forman parte de nuestra Constitución, como lo es el de la identidad, contenido en la Convención de los Derechos del niño. No obstante, no podemos desconocer que existe doctrina que no está de acuerdo con dicha interpretación y preferiría una modificación legal directa en la materia.²³

2) Las acciones de impugnación y reclamación del hijo cuya concepción es resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida

El artículo 182 del Código Civil establece a propósito de las técnicas de fertilización asistida: "el padre o madre del hijo concebido mediante 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."

Debemos destacar que en nuestro ordenamiento jurídico no hay más normas que se refieran a esta materia, salvo la precedente, que provino de la necesidad de cambio del estatuto filiativo. Sin embargo, si se busca la historia fidedigna de la ley, los senadores dejaron claro que, al legislar en este sentido, no se estaban pronunciando por la validez de estas técnicas, sino solamente se hacía referencia a ellas para evitar la posibilidad de impugnar o reclamar una filiación diferente.²⁴

²³ Véase CORRAL T., H., 2009, *op. cit.*, *supra* nota 4; DOMÍNGUEZ H., C. "En torno a la procedencia de la acción de reclamación de filiación contra los herederos del eventual padre: un esfuerzo de reconducción", *Jornadas de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, 2019.

²⁴ Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento. *Diario de Sesiones del Senado*, julio 1998.

2.1. ¿Cuál es el problema planteado? Si hay algo en que la ciencia ha avanzado es, justamente, en las posibles formas de concebir un hijo. No obstante, nuestra legislación no se ocupa de ellas y, en la práctica, se entiende que las normas del Código Civil serán suficientes para evitar la introducción de técnicas diferentes a lo permitido. Se hace necesario, entonces, efectuar un análisis del artículo 182 del Código Civil:

- i) Al señalar "son el hombre y la mujer", se restringe el ámbito de aplicación de estas técnicas a la pareja humana y heterosexual, sea matrimonial o de hecho, pues la conjunción 'y' indica que "para recurrir a las técnicas, se requiere de un hombre y una mujer. En consecuencia, no se puede aplicar a mujeres solas".²⁵
- ii) Asimismo, se sostiene que el padre y la madre del hijo concebido son "el hombre y la mujer que se sometieron a ellas", por el cual el consentimiento de ambos es el elemento central de la determinación de la filiación.

El contenido de ese consentimiento es la expresa voluntad del hombre, para que a la mujer le practiquen una IA o una FIVTE o una GIFT o una ICSI, y de la mujer para someterse a estas técnicas. Este consentimiento será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener, de modo irrevocable todos los efectos básicos en la atribución de la paternidad o maternidad. Puede observarse que aquí hay un reconocimiento adelantado de paternidad o maternidad. El nexo biológico deja de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno o materno-filial, y aparece como un elemento más importante la voluntad procreacional del hombre y de la mujer, incluso por sobre la intervención de un donante.²⁶

- iii) Finalmente, el inciso segundo del mismo artículo señala que: "No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla

²⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, M., *Sistema Filiativo. Filiación Biológica*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2017, p. 171.

²⁶ *Ibidem*, 172.

precedente, ni reclamarse una distinta", lo que quiere decir que nuestros legisladores aceptaron las técnicas con donantes o heterólogas, de manera que podría presentarse una diferencia entre el padre donante y el padre social. Así, este inciso libera al donante de todo vínculo de filiación con el niño producto de su donación y, a la vez, le impide demandar la paternidad o maternidad. Lo mismo ocurre cuando, habiéndose sometido a una fertilización heteróloga, no se permite a los padres que participaron en ella impugnar la filiación, aun recurriendo a la prueba biológica de ADN, pues desde un inicio sabían que el material genético no les pertenecía y que éste nunca será coincidente.

- iv) Hoy en día hay un sinnúmero de casos en los que mujeres sin pareja o con pareja homosexual se someten a inseminaciones artificiales. Pero en la práctica, el problema es que sólo aparece como madre la mujer que concurre al parto, mientras que la pareja, aunque haya participado con su consentimiento en esta técnica, no tendrá relación jurídica alguna con el niño que nace. Mientras Chile no acepte la existencia o posibilidad que un niño tenga dos madres y se modifique la legislación en este sentido, esta situación jurídica respecto del menor no cambiará.
- v) Un caso particular que quiero presentar es aquel en el que, a lo menos, puede afirmarse que existe una *laguna legal*. No de aquellas lagunas fabricadas artificialmente, en palabras de Corral,²⁷ sino de una genuina: la llamada maternidad subrogada, arrendamiento de útero o maternidad sustituta. En efecto, frente a la determinación de la maternidad, el artículo 183 de Código Civil se refiere al tema de la siguiente forma:

La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los

²⁷ Véase CORRAL T., H., 2004, *op. cit.*, *supra* nota 6.

demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes.

Se trata de una demanda en la que doña C.P.C.A deduce demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de A.V.A.C, a favor de las niñas M.J.V.A. y M.I.V.A. Comparece también el padre de las niñas, M.E.V.C, quien manifestó expresamente en audiencia, que no se opone a esta acción. La madre sustituta también se allanó a la demanda.

En este caso, la demandante perdió su útero en un embarazo anterior y, queriendo ser madre, solicita a la demandada, su madre y abuela de las niñas, que se implanten los embriones con los gametos de ella y de su pareja, y llevar adelante el embarazo, lo que hicieron hasta que se produjo el parto. De ahí en adelante los padres biológicos estuvieron a cargo de las niñas para todo. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 183 del Código Civil, el Registro Civil inscribió como madre de las niñas a quien tenía el certificado de parto a su nombre, esto es, la demandada. Es así como las niñas quedaron como hijas de su abuela y de su verdadero padre.

Dado que la maternidad subrogada no está tratada en nuestro ordenamiento jurídico, así como tampoco lo están las técnicas de reproducción asistida, con la sola excepción del artículo 182, la jueza podría haber invocado el artículo 183 y rechazar la demanda, señalando que en Chile la madre es quien aparece en el certificado de parto. No obstante, decidió aplicar directamente el derecho a la identidad consagrado en nuestra legislación, para proteger al menor en un caso respecto del cual nuestro ordenamiento no se pronuncia. Para entender el razonamiento de la jueza y las consecuencias que éste puede tener, se transcribe el fallo a continuación, aunque es extenso, se justifica por tratarse del único que se ha presentado a propósito de esta problemática en Chile. En primer término se refiere a la ausencia de normas:

SEXTO: En nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las Técnicas de Fertilización Humana Asistida. El único artículo

que se refiere al tema es 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 2° ‘no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta’. 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 2° 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.

En esta norma se fundó la demandante para reclamar la maternidad, haciendo presente que ella y su pareja son quienes se sometieron a la técnica de reproducción humana, lo que también es confirmado por el médico tratante. Sin embargo, si recurrimos a la historia de la ley, durante la discusión en sala quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, donde cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado... 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, sino sólo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

Frente a este vacío legal, resulta importante para resolver esta acción, el estudio del derecho internacional como parte del blo-

que constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad.

2.2. Seguidamente, se refiere al derecho a procrear, que no será discutido en este trabajo, pero sí nos detendremos en el derecho a la identidad que es tratado a continuación:

OCTAVO: El otro derecho que está en juego en esta acción es el derecho a la identidad de las niñas M.J. y M.I, ambas V.A., considerado un derecho fundamental de todo ser humano, que tiene un amplio contenido. 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 quiénes son sus padres, en definitiva saber de dónde proviene, su historia, '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'. 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 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 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.

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. 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 quién es y de donde proviene, conocer su filiación, para así poder desarrollarse con autonomía y libertad, ya que el derecho a la identidad es parte esencial del derecho a la personalidad, de esta forma es recogido en la Convención Internacional de Derechos del Niño, principalmente en los siguientes 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: No. 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 injerencias ilícitas.' Artículo 8 No. 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 el Pacto de San José de Costa Rica, 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 Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica, 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.

Este principio es recogido en nuestro ordenamiento por la ley 19.585 que establece 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 y maternidad, 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, facilitando así alcanzar la verdad biológica, que es una. Y si bien, en la ley prima la verdad real, con una primacía declarada del derecho a la identidad, existen excepciones, como la posesión notoria del estado civil.

Sobre el derecho a la identidad, la doctrina advierte una doble vertiente: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural, así en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo).

En esta causa han quedado acreditados una serie de hechos que conforman este derecho a la identidad en las dos fases, de las niñas, en una situación que combina tanto la verdad biológica-genética como social: las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante: el informe genético fue contundente al establecer la maternidad genética acreditada con respecto a la actora, y exclusión de maternidad con respecto a la demandada; las

niñas siempre han vivido con la demandante y es esta quien asume todos sus cuidados y crianza en conjunto con el padre de éstas, y además socialmente son reconocidas como hijas de ella, es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación.

NOVENO: Es importante si, hacer presente que hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo y, por lo tanto, se aplican las reglas generales del Código Civil. Y que a pesar de que la maternidad se encuentre disociada, no procede la impugnación de la maternidad, ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación, dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante, hay otros que se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de engendrar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada como técnica de reproducción asistida, es decir, la voluntad de la madre comitente es la que determinará el surgimiento de una serie de hechos que finalmente terminarán con el nacimiento de un niño. Teniendo en cuenta además, que la voluntad y aporte que presta la madre sustituta sólo tiene relevancia una vez que la madre comitente ha manifestado la voluntad de procrear. Un tercer criterio es el genético, el cual constituye una alternativa para determinar la maternidad del hijo nacido mediante un contrato de maternidad gestacional subrogada, los autores que defienden esta tesis sostienen que el artículo 182 del Código Civil constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal 'someterse' que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos, esta última hipótesis ya fue descartada al referirnos a la historia de dicha norma, y al considerar que tampoco procede una interpretación evolutiva, ya que el legislador expresamente en actas señaló que no abordaría

dicho supuesto. Con respecto al primer criterio, es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente. Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan, teniendo en especial consideración el interés superior de estas niñas, el que no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto.

DÉCIMO: Que además, el derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de determinar el interés superior de éstas, como lo establece expresamente la Observación General N°14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que señala: 'El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.' (Párrafo 55). La determinación del interés superior de las niñas, así como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión. Es decir, la manera en que hacemos efectivo el interés superior de las niñas M.J. y M. I., en este caso concreto, es reconociendo sus otros derechos, incluido el derecho a la identidad, siguiendo así la posición del autor Miguel Cillero, quien postula que la Convención de los Derechos del Niño formula el principio de interés superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos.

El interés superior de las niñas M.J. y M.I. debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de las niñas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad —dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante— se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte, las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

UNDÉCIMO: Por último, es importante señalar que algunos autores han sostenido que el pacto de maternidad gestacional subrogada sería nulo, atendida la ilicitud del objeto, al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio. Gómez de la Torre, por ejemplo, señala que el contrato es nulo o inexistente al tener como objeto el cuerpo humano el cual está fuera del comercio, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, estos argumentos, considera este tribunal, sólo tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos —como este caso— ya no se estaría transformando en ‘objetos de comercio’ el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas.

Frente a la argumentación expuesta, la jueza acogió la demanda y ordenó al Registro Civil hacer la inscripción a nombre de la madre biológica. Claramente, al estar todos conformes con esta resolución, el fallo no fue apelado.

Demás está decir que, estando de acuerdo con la solución dada, se trata de un claro caso en que las normas constitucionales impactan directamente al derecho de familia. Si bien la jueza no nombró el artículo 183 en relación con la determinación de la maternidad, derechamente decidió algo contrario a lo que allí se señala, esto es, que la madre no es la que asiste al parto, sino la que aporta el material genético, basado en el derecho a

procrear y en el derecho a la identidad. No cabe duda que esto podría abrir un gran flanco en nuestro derecho y que, si bien la decisión hubiera sido distinta de existir un contrato oneroso al respecto, bastará con que nadie en el juicio lo señale para que la situación se concrete en favor de la madre biológica, al no existir regla expresa que regule la materia.

VI. Conclusiones

1. Debemos reconocer que en Chile, como en la mayoría de los países, el proceso de constitucionalización del derecho privado y, en especial, el subproceso de constitucionalización del derecho de familia, es una realidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

2. Específicamente en el caso chileno, dicho proceso puede ser radicado en el artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República, pues se entiende que todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile tienen rango constitucional y pasan a formar parte del ordenamiento jurídico. De esta manera, podríamos sostener que también se produce un fenómeno de internacionalización del derecho doméstico o nacional.

3. Esta constitucionalización se presenta en un sinnúmero de materias. Sin embargo, para efectos de este trabajo pareció importante demostrar que, respecto del derecho a la identidad, existen ciertas situaciones que se apartan de su reconocimiento y por lo tanto, resulta relevante ver lo que en la práctica ha sucedido.

4. En materia de las acciones de reclamación de filiación en contra de progenitores ya fallecidos, se ha concluido que la defensa del derecho de la identidad fue utilizada para cambiar la interpretación que la jurisprudencia había dado a las normas involucradas. Lo cual resultó aún más convincente desde que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor del derecho a la identidad y señaló que éste formaba parte de la dignidad humana. Gracias a ello, hoy en día la jurisprudencia es unánime

en entender que se debe aplicar el artículo 317 del Código Civil, por sobre el artículo 206 y que este último sólo será utilizado como una norma de excepción.

5. En cuanto al segundo problema planteado, la conclusión es más difícil. Por un lado, no hay legislación que se haga cargo del problema de la filiación cuando ella proviene de técnicas de fertilización asistida. Sólo se presenta el artículo 182 del Código Civil cuya aplicación es bastante limitada según ya se ha explicado. Por otro lado, la regla establece que en Chile es madre quien tiene un certificado de parto que acredite que ella fue la madre y el hijo es el nacido. Ahora, la pregunta es ¿la jueza falló contra la ley? Podríamos llegar a esa conclusión ya que su dictamen fue contrario a la letra del artículo 183 del Código Civil. Pero, entre decidir la resolución de un caso conforme a una norma legal o aplicar un derecho de orden constitucional, no debería dudarse en cuanto a la primacía en su aplicación. Por lo cual, demás está decir que se comparte la solución de la jueza, en virtud de la plena vigencia del derecho a la identidad de las niñas y el afán por velar, asimismo, por su interés superior.

6. Pese a ello, en Chile es necesario hacer una reflexión mayor. El que no exista legislación al respecto, no hace desaparecer los problemas derivados de la concepción y nacimiento por medio de las técnicas de fertilización asistida. Si se admite que los jueces serán quienes decidan estos casos sobre la base de los derechos constitucionales en temas tan delicados como la maternidad subrogada, nos podremos convertir en un país donde muchas parejas utilizarán la falta de ley, sólo para ese efecto. Por lo que debemos concluir que la constitucionalización cobra una importancia mayor en aquellos temas en que existe una laguna legal verdadera, ya que el juez no tiene normas que seguir sino sólo aplicar lo que los principios constitucionales les señalen en forma abierta, como ellos en general han sido concebidos.