EL SISTEMA FILIATIVO CHILENO GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2007, 380 P.

Rodrigo Barcia Lehmann* **

El libro de la profesora Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, que tengo el agrado de recomendar, se denomina *El Sistema Filiativo Chileno*, y fue publicado por la Editorial Jurídica de Chile el presente año. Esta obra tiene una introducción, siete capítulos y un apéndice. Éste contiene el reglamento de la LA, la CNUDN, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1991; MBA Economía y Dirección Internacional de la Empresa, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; *European Master in Law and Economics*, Complutense und Hamburg Universität, 1998; Doctor Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

** Abreviaturas:

CEDAW = Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación de la Mujer

CNUDN = Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

CP = Código Penal

CPE = Constitución Política del Estado

LA = Ley de Adopción (Ley N° 19.620)

LEPO = Ley de Educación Primaria Obligatoria (Ley N° 3.654)

LF = Ley de Filiación

LMC = Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947)

LPM = Ley de Protección de Menores (Ley N° 16.618)

La primera parte de este libro está centrada en la Reforma introducida al Código Civil chileno por la denominada LF. La autora analiza de una forma completa el tratamiento de la filiación, desde la promulgación del Código de BELLO. Naturalmente GÓMEZ DE LA TORRE entiende que la abrogación de las categorías infamantes, tanto de los hijos ilegítimos, como de dañado ayuntamiento (categoría suprimida en la Ley N° 5.750/1935), era absolutamente necesaria. De esta forma se ordenan los instrumentos internacionales que prohíben expresamente la discriminación por razón de nacimiento, como la Declaración de los Derechos Humanos del Niño, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), Declaración de Derechos del Niño y CNUDN. En el primer capítulo la autora también se refiere en forma clara y didáctica a la filiación y sus distintas clases.

En el capítulo segundo se desarrollan los principios inspiradores de la Reforma de 1999. Entre ellos se tratan acertadamente los principios de igualdad, interés superior del niño y libre investigación de la paternidad y maternidad. En cuanto al principio del interés superior del niño se analizan los artículos 222.2° y 242.2° del CC; 1, 3 y 15.3° de la LA; 3, 27.2°, 36 y 85.2° de la LMC; 2 de la LRA y 16.2°, 19, 22 y 30.2° de la LTF. La vinculación que la autora hace entre el interés superior del menor y los derechos fundamentales es el correcto, desde que el ámbito de autonomía del menor está dado precisamente por su capacidad extrapatrimonial (BARCIA, 2007, páginas 153 a 156). El análisis del derecho a la identidad, como derecho fundamental de los menores, es muy interesante y aborda una materia que no ha sido estudiada en Chile. GÓMEZ DE LA TORRE circunscribe su análisis a la relación de este principio con la filiación. En este sentido la autora entiende que el principio de la libre investigación de la filiación tiene su límite en la posesión notoria del estado civil (artículos 200 y 201.2° del CC) y la filiación por fecundación asistida (artículo 182 del CC). Un aspecto no tratado, pero que de alguna forma se sugiere en el trabajo de la profesora GÓMEZ DE LA TORRE, es el de determinar si la investigación de la filiación es un derecho fundamental, independiente de la filiación. De ser de esta forma un individuo que tuviere su filiación determinada por posesión notoria o técnicas de reproducción asistida, podría recurrir a la justicia demandando la investigación de la filiación, sin pretensiones civiles de reconocimiento. Me inclino a entender que ello es posible respecto de la posesión notoria y es más dudoso respecto del donador de material genético. Ello no sólo por la protección de la intimidad del donante, que suele ceder sólo por causa médicas en el Derecho comparado, sino porque dicha aceptación podría transformarse en un incentivo perverso a no ceder material genético.

LRA = Ley de Responsabilidad Adolescente
LTF = Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968)
LTRA = Ley de Técnicas de Reproducción Asistida
TRA = Técnicas de Reproducción Asistida

El capítulo tercero trata de la filiación biológica. GÓMEZ DE LA TORRE analiza la determinación de la filiación biológica matrimonial y no matrimonial, deteniéndose especialmente en el reconocimiento y la repudiación. Las acciones de filiación se desarrollan, abordándose aspectos generales a dichas acciones para luego hacer un análisis detallado de las acciones de reclamación de estado e impugnación de filiación. El análisis de las acciones de filiación es muy interesante y en él se recurre constantemente a las sentencias de los tribunales de familia. De este modo, la autora, analiza el recurso de inaplicabilidad, que se interpuso contra el ex-artículo 199 del CC, que consideraba a la negativa a someterse a las pruebas de ADN como una presunción grave de filiación. Los recursos de inaplicabilidad fueron resueltos por los tribunales de forma contradictoria. De este modo, en algunos fallos a diferencia de otros, se consideró suficiente para la determinación de la filiación la sola negativa injustificada. Como destaca GÓMEZ DE LA TORRE la Ley N° 20.030 puso término a esta discusión al establecer que la negativa tendrá el valor de plena prueba de la filiación o su ausencia, según corresponda. La autora critica la redacción que la LF le dio al artículo 210.2° del CC, que dispone que *“si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél”*. La crítica consiste en que el emplazamiento debe producirse al notificarse la demanda, al comienzo del pleito; en cambio la cohabitación debe acreditarse en el período de prueba, una vez que se forma la *litis*. Pero, dada la actual estructura de la LTF, el juez debería al efecto fijar una audiencia de prueba especial. En cuanto a la acción de reclamación, comparto el criterio de la autora y la sentencia por ella citada, que entienden que el reconocimiento de un padre o madre, en juicio de filiación, da lugar a una filiación voluntaria y no forzosa. Esto es de importancia, ya que si se entiende que la filiación es forzosa y que ella ha sido determinada con oposición del padre, entonces procedería aplicar el artículo 203.1° del CC y el padre o madre serán privados de la patria potestad.

El capítulo cuarto trata de la filiación por aplicación de las técnicas de reproducción asistida. De lo señalado por la autora se puede apreciar, en Chile, un cierto atraso en la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Esto no ha impedido que sea posible adquirir vía internet material genético pagando por ello. GÓMEZ DE LA TORRE no entra a analizar la licitud de estas operaciones, que, sin lugar a dudas, contribuyen a un desarrollo de un área de la medicina, que es básica para que los padres puedan tener hijos conforme a dichas técnicas. En esta parte del libro, se recurre a la experiencia americana y a la española (LTRA). GÓMEZ DE LA TORRE destaca que, una vez que se ha producido la inseminación mediante la TRA, la madre que se ha sometido a la intervención y el padre que la ha autorizado no pueden entablar una acción de reclamación, ni de impugnación contra la filiación determinada conforme al artículo 182 del CC. Tampoco podrá impugnar la filiación el donante de material genético (artículo 182.2° del CC). GÓMEZ DE LA TORRE hace una enumeración comprensiva de los supuestos en los cuales, sin embargo, no juega la presunción de paternidad del padre que autoriza la reproducción asistida. Así, el marido, que no hubiere concurrido con su voluntad a

la aplicación de la técnica de reproducción asistida, puede impugnar, conforme a las reglas generales, para evitar que opere la presunción “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”. También podrá impugnar el padre si la criatura no es concebida por la técnica de reproducción asistida, sino por relaciones sexuales generadas por la madre fuera del matrimonio. GÓMEZ DE LA TORRE considera que la mujer soltera o divorciada, que se somete a TRA, puede demandar de reclamación de filiación al donante del material genético que da lugar a la gestación. Ello se debe a que el artículo 205 del CC no distingue, permitiendo dar lugar a la acción de reclamación en caso que la filiación esté indeterminada. Sin embargo, esta solución puede discutirse bajo las siguientes premisas. Lo primero que se debe analizar es si esta situación es amparada por el Derecho. En este sentido, la TRA debe darse conforme al artículo 182 del CC, es decir, con la voluntad del padre y la madre. Este tema es abordado indirectamente en este trabajo al tratar el “derecho a procrear”. Si se entiende que este derecho existe, entonces está claro que la mujer puede someterse a la TRA. Una vez resuelta esta interrogante, recién nos podemos preguntar, si las acciones de filiación proceden contra el donante de material genético. En el libro también se abordan, tanto los distintos supuestos que se pueden producir en torno a la maternidad subrogada, como la fecundación “*post mortem*” de una mujer. En la fecundación “*post mortem*”, en la cual haya existido voluntad del dador del material genético en torno a la inseminación, aún después de su muerte, se produciría una situación similar a la adopción “*post mortem*” contemplada en el artículo 22 de la LA. Sin embargo, al igual que el caso anterior, e incluso con más fuerza, se debe analizar si en realidad esta situación no está prohibida por el Derecho, es decir, si el pacto que regula el TRA no adolece de objeto ilícito. Ello se debe a que en el Derecho comparado la inseminación “*post mortem*” está prohibida porque a través de ella conscientemente se da lugar a un nacimiento en el cual la criatura no tendrá un padre vivo. Sin perjuicio de lo anterior, como señala GÓMEZ DE LA TORRE se hace indispensable que la ley regule estos supuestos a través de una ley de reproducción asistida.

El capítulo V trata de los efectos de la filiación. GÓMEZ DE LA TORRE destaca que la autoridad paterna, conforme a la LMC, comprende la relación de familia, la patria potestad, el derecho de alimentos y los derechos hereditarios. Indudablemente las relaciones de familia están constituidas fundamentalmente por las facultades y deberes que se desprenden de la filiación y las que pueden o no tener contenido patrimonial. Es verdad que las reglas que regulan la patria potestad se ocupan del patrimonio del menor, pero la relación familiar aunque es esencialmente extrapatrimonial puede dar lugar a efectos patrimoniales. De este modo las relaciones de familia están constituidas por el cuidado personal y educación. En este sentido se entiende que la autoridad paterna es un complejo de funciones y responsabilidades encomendadas a los padres en interés del propio hijo, cuyo ejercicio, destaca la autora, debe disminuir en relación con la autonomía progresiva. Este capítulo se centra en el interés superior del menor (artículos 222 del CC y 18 de la CNUDN). A continuación se analizan los deberes de los hijos para con sus padres (deberes de respeto y obediencia y cuidado) y de los padres para con sus hijos. Dentro de estos últimos el análisis del cuidado personal es especialmente destacable, especialmente en lo que se refiere al artículo 225.2º del CC. Así el juez podrá

modificar la asignación del cuidado personal cuando exista una “causa calificada” para ello y el contenido de esta causa calificada debe ser fijada por el interés superior del menor. Los factores determinantes de este cambio son ordenados, siguiendo a las sentencias de la CA de Santiago, como los siguientes:

- a) El que pretende el cuidado debe poder cubrir las necesidades materiales, educativas y emocionales del menor.
- b) El que pretende el cuidado debe tener la capacidad y las condiciones para asumir la tuición.
- c) Debe existir algún daño o riesgo de daño para el menor.

Por otra parte, la autora, siguiendo en parte a BARROS B, entiende que la titularidad de la tuición, que se entrega a la madre, afecta no sólo al interés superior del menor, sino también a la igualdad de los padres. De este modo el artículo 255.2° del CC es inconstitucional al transgredir los artículos 19, n° 1 de la CPE, 17.4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 16, letras d) y f) de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación de la Mujer. Esta trasgresión puede dar lugar a un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conforme al artículo 93, n° 6 de la CPE. Sin lugar a dudas esta es la parte más valiosa del libro, que integra de forma consistente y maciza las distintas normas que regulan los principios del interés superior del menor y de la igualdad de los padres. Así no se puede dejar de lado que el Derecho de Menores no se sujeta a las reglas de la Escuela Exegética, sino todo lo contrario recurre a una serie de principios y reglas que determinan el sentido de la aplicación del Derecho. El paso siguiente en este análisis es entender que es posible que el juez pueda conceder el cuidado conjunto o alternativo de los padres, aún con la oposición de uno de ellos. Ello se desprende claramente de las conclusiones que establece la CEDAW (página 148). Íntimamente relacionado con lo anterior está el acápito del libro de GÓMEZ DE LA TORRE que se refiere a la regulación de la facultad y el deber de mantener una relación directa y regular con el hijo.

El trabajo de la profesora GÓMEZ DE LA TORRE continua con las sanciones que recibe el padre que no contribuye a la mantención del hijo (artículo 225.3° del CC) y las causas de inhabilitación de los padres (artículos 226 del CC y 42 de la LPM). Una vez más estas normas deben integrarse, es decir, su contenido debe dirigirse de acuerdo al interés superior del menor en los términos establecidos en el artículo 9 de la CNUDN. Este capítulo también se refiere al derecho del niño a ser oído, a dirigir la educación de los hijos, derecho de corrección de los padres, autorización para que el menor pueda salir al extranjero y patria potestad. Al abordar la educación de los hijos, la autora se refiere a su extensión y hace un interesante análisis de los artículos 19, N° 10.5° de la CPE; 17 y 18 de la LEPO y 370 bis y 494, n° 15 del CP, entre otros. En el análisis de la patria potestad, comparto la opinión de GÓMEZ DE LA TORRE en cuanto a la necesidad de modernizar el concepto de la patria potestad, que debería comprender a la autoridad de los padres o parental (BARCIA, 2000, páginas 27 y 28). El análisis de la patria potestad es completo, siendo especialmente interesante el tratamiento del derecho de alimentos,

que incorpora un análisis sistemático de la Ley N° 20.152.

El capítulo VI se titula “La Filiación Adoptiva”. En este capítulo se hace un análisis de la evolución histórica que ha tenido la adopción desde la Ley N°5.343 de 1934 hasta la actualidad. También se analiza parte de la tramitación de la actual LA. GÓMEZ DE LA TORRE, en esta parte del trabajo, se refiere a lo que se entiende por interés superior del adoptado y se desarrollan los principios que guían la adopción. Los principios inspiradores de la ley son los de subsidiaridad (artículos 1 y 15.2° de la LA y 21 de la CNUDN); interés superior del adoptado (artículos 1.1°, 10 y 30.2° de la LA; 1.1° y 10 de su reglamento; 16.2° de la LTF y 20.1° y 21 de la CNUDN); derecho a la identidad del adoptado (artículos 27.3° de la LA y 8.2° del Reglamento), derecho del niño a dar su opinión (artículo 3 de la LA; 16.2° de la LTF y 12 de la CNUDN), y a otorgar su consentimiento respecto de la adopción, preferencia de la familia matrimonial (artículo 21 de la LA) y preferencia de la adopción nacional (artículos 30 de la LA y 21 de la CNUDN). De estos brocados es especialmente interesante el análisis del derecho a la identidad. En esta materia se ha producido un cambio relevante en nuestra legislación. De esta forma la legislación protegía el secreto del origen biológico del adoptado. El adoptado era considerado como hijo de los adoptantes, e incluso se destruían los antecedentes de la adopción (principio de reserva biológica). Pero, la actual LA, inspirada en el Derecho comparado, reconoce el derecho del adoptado a conocer su origen biológico. La autora, en este capítulo, también se refiere a las características de la adopción. En este sentido la adopción es una institución de orden público, propia del Derecho de familia; establece un régimen único de filiación adoptiva; sólo permite la adopción de menores de edad; es una ficción legal; se otorga por sentencia judicial; constituye un estado civil; establece una separación de procedimientos; da lugar a un proceso no contencioso; es de carácter reservado; es irrevocable; otorga una función relevante al SENEME y está inspirada en los principios de protección internacional del niño. Un trámite esencial de la LA es la declaración de adoptibilidad que se puede producir en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando los menores entregan voluntariamente al hijo del cual no se pueden hacer cargo.
- b) Cuando el menor es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes.
- c) Cuando el menor es declarado susceptible de adopción en casos de menores abandonados, desprotegidos y sin filiación determinada.

Uno de los aspectos más criticados a la LA es el establecimiento de la denominada adopción prenatal (artículo 10 de la LA). En virtud de ella, la madre puede declarar su intención de dar en adopción, antes del parto; pero para que dicha voluntad sea definitiva la madre debe ratificarla ante el tribunal, en el plazo de treinta días a contar del parto. Esta norma al exigir que la voluntad de la madre deba producirse también después del parto está de acuerdo a la Convención de la Haya, que exige que la voluntad de adoptar de la madre sea necesariamente posterior al nacimiento.

GÓMEZ DE LA TORRRE también se refiere, de forma acuciosa, al procedimiento que debe seguir en la adopción. Es especialmente destacable el tratamiento de la adopción “*post mortem*”. Por otra parte, la autora desarrolla los principios de la adopción internacional (principio de subsidiaridad, interés superior del niño, preferencia de la familia matrimonial, opinión y consentimiento del menor y derecho a la identidad). El libro se refiere a la adopción internacional o por matrimonios no residentes en Chile, y finalmente hace un señalamiento de las sanciones a la violación de las normas que regulan la adopción.

Finalmente sólo me queda recomendar la lectura atenta de este libro, que denota una gran capacidad de síntesis y una mirada madura y moderna a las más importantes reformas del Derecho de Familia, que se iniciaran con la LF. Además, este libro es de interés por cuanto se centra exclusivamente en la filiación y analiza, desde el prisma del Derecho Civil, nuestra legislación recurriendo al Derecho comparado y las convenciones internacionales, que regulan cada una de las materias a las que se refiere. Tampoco puedo dejar de felicitar a la autora por el brillante tratamiento del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, por cuanto aún, en la actualidad, reina una cierta confusión en la mayoría de la doctrina civil chilena al respecto.