

EL DERECHO AL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO COMO UN DERECHO
FUNDAMENTAL DE NATURALEZA CIVIL-CONSTITUCIONAL DERIVADO DEL
DERECHO A LA IDENTIDAD Y DE LA DIGNIDAD HUMANA

RODRIGO BARCIA LEHMAN*
CAROLINA RIVEROS FERRADA**

INTRODUCCIÓN

A continuación analizaremos lo que se ha entendido como un derecho fundamental a conocer el origen biológico, diverso de las acciones de reclamación e impugnación de filiación. Por lo que —a diferencia de parte de nuestra doctrina— entendemos que cuando la filiación ha sido determinada por el ordenamiento jurídico contra la verdad biológica, tanto en los casos de aplicación de técnicas de reproducción asistida, como de adopción, naturalmente no proceden las acciones de filiación. Pero, en el caso que el hijo o hija desee conocer su origen biológico, el ordenamiento jurídico le concede una acción constitucional, de naturaleza civil, para conocer dicho origen¹⁻². Esta acción de conocimiento del origen biológico tiene una naturaleza independiente, como veremos, respecto de las acciones de filiación. La misma acción procedería respecto del progenitor que quiere conocer a su hijo biológico, independientemente de la relación de filiación, y del

* Rodrigo Barcia es MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; European Master in LAW and Economics, Complutense und Hamburg Universität, 1998; Doctor en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae y de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

** Carolina Riveros es Magíster en Derecho, (LL.M), Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Doctora en Derecho, Ludwig-Maximilian-Universität. Abogada. Profesora de Derecho Civil de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Universidad de Talca.

¹ Utilizaremos la expresión “hijo” para referirnos tanto a los hijos como a las hijas.

² A esta acción se produce una dicotomía entre los términos padre y progenitor.

hijo biológico que quiere saber su origen biológico y no desea entablar una acción de filiación, pudiendo hacerlo.

1. DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

En el Derecho de Familia existe con frecuencia una disociación entre la filiación legal y la filiación biológica, o si se prefiere entre la verdad real o legal y la verdad biológica. Aunque ya lo decía Telémaco a Atenea en la *Odisea* de Homero. “Desde luego, huésped, te voy a hablar sinceramente: Mi madre asegura que soy hijo de él, yo; en cambio, no lo sé; que jamás conoció a nadie por sí mismo su propia estirpe. ¡Ojalá fuera yo el hijo dichoso de un hombre al que alcanzara la vejez en medio de sus posesiones!”³. En igual sentido, los romanos señalaban que *mater semper certa est* y establecían una presunción legal de filiación a favor del marido de la madre conocida como *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Desde la codificación esta realidad no había sufrido grandes cambios; mas las denominadas pruebas biológicas o de ADN transformaron radicalmente dicho panorama. De este modo, la prueba de la paternidad ha alcanzado unos estándares tan altos como los de la maternidad, que se desprende del parto (incluso mayores si consideramos los casos de suplantación de parto, como los conocidos en los últimos años en Chile mediante la prensa). Por tanto, ya no se puede limitar, como se hacía en el pasado, la investigación de la filiación, mediante las acciones de filiación.

Sin perjuicio de lo cual, la disociación entre realidad biológica y realidad jurídica se mantiene —como se aprecia de la posesión notoria de estado civil—, e incluso se ha acentuado, como se desprende claramente de la regulación de la adopción, en que se rompe el vínculo con la familia biológica para entregárselo a la familia del adoptante, y, especialmente, de la filiación que proviene de la utilización determinada de las técnicas de reproducción asistida. Lo que no significa que esta nueva realidad no genere nuevos problemas en torno a la relación biológica y no parental, como sucede en algunos ordenamientos jurídicos en que se reconoce la posibilidad de mantener un vínculo con la familia del donante del material genético.

³ HOMERO, *Odisea*, Canto Primero verso 215.

El origen del derecho al conocimiento del desarrollo de la personalidad. El Tribunal Constitucional alemán, ante la demanda, se inclinó por el derecho a conocer y a negar dicha información. En Alemania, por dos famosas sentencias del 18 de enero de 1988⁴ y 31 de marzo de 1990⁵, se reconoció a la madre de un niño a reconocer una hija matrimonial mayor, a pesar de no cumplirse ningunos requisitos civiles para poder hacerlo. El derecho a conocer el propio origen biológico y la dignidad personal y la autonomía en la determinación de la vida debiese garantizarse, que el conocimiento del origen biológico es un elemento clave en el desarrollo de la personalidad.

⁴ SCHWAB citando al Tribunal Constitucional alemán, donde el origen biológico se desprende tan sólo de la naturaleza humana “[a]us dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gebotenen Achtung der Menschenwürde”. Véase: SCHWAB, Dieter *Familienrecht*, 1990, 11. Aufl., § 15, 1. Abs. 1. GONZÁLEZ, M. C., “El derecho al conocimiento del origen biológico”, XLVII, Fascículo II, abril-junio 1995, p. 11.

⁵ Véase BVerfG Urteil vom 1. März 1990, 1 BvR 191/89, *gegen die Mutter auf Nennung des Vaters*.

⁶ Véase BVerfG Urteil vom 1. März 1990, 1 BvR 191/89, *gegen die Mutter auf Nennung des Vaters*.

⁷ BVerfG Urteil vom 31. März 1990, 1 BvR 191/89, *gegen die Mutter auf Nennung des Vaters*. El Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 31 de marzo de 1990, reconoce el derecho a la libre Entfaltung der Persönlichkeit en el ámbito del autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, el cual puede ser limitado si la libertad de elección de la vida personal no puede ser garantizada (vgl. BVerfGE 35, 203). La individualidad es un elemento esencial de la personalidad. Zu diesen zählt neben anderen das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft. Das Wissen um die eigene Herkunft ist ein wesentlicher Bestandteil der Identität des Einzelnen und prägt sein Bewußtsein. Insofern hängt das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft von der Aufklärung ab, die die Biologie der Eltern und die Lebensgestaltung bedeutsam beeinflussen. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft ist ein wesentlicher Bestandteil der Identität des Einzelnen und prägt sein Bewußtsein. Insofern hängt das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft von der Aufklärung ab, die die Biologie der Eltern und die Lebensgestaltung bedeutsam beeinflussen. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft ist ein wesentlicher Bestandteil der Identität des Einzelnen und prägt sein Bewußtsein. Insofern hängt das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft von der Aufklärung ab, die die Biologie der Eltern und die Lebensgestaltung bedeutsam beeinflussen.

El origen del derecho a conocer el origen biológico se funda en el derecho del desarrollo de la personalidad y la dignidad humana⁴. El Tribunal Constitucional alemán, ante varios casos en que se presentó esta tensión, se inclinó por el derecho del hijo en desmedro del derecho de la madre a negar dicha información. Este derecho se reconoce de forma expresa en Alemania, por dos famosas sentencias del Tribunal Constitucional, de fechas 18 de enero de 1988⁵ y 31 de enero de 1989⁶. La primera de ellas condenó a la madre de un niño a revelar el nombre del progenitor. En la segunda, una hija matrimonial mayor de edad impugnó su filiación matrimonial, a pesar de no cumplirse ninguno de los supuestos exigidos por la legislación civil para poder hacerlo. En el fallo se reconoció la existencia del derecho a conocer el propio origen biológico, estableciendo que el desarrollo de la personalidad y la dignidad humana aseguran a cada individuo un ámbito de autonomía en la determinación de su vida privada, en la cual su individualidad debiese garantizarse y desarrollarse. La sentencia precedente agrega que el conocimiento del origen biológico posee mucha importancia y es un elemento clave en el desarrollo de la individualidad⁷.

⁴ SCHWAB citando al Tribunal Constitucional alemán indica que el derecho a conocer el origen biológico se desprende tanto del derecho del desarrollo de la personalidad y la dignidad humana "[a]us dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) und aus der gebotenen Achtung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) das Recht auf Kenntnis der Abstammung". Véase: SCHWAB, Dieter Familienrecht 17 Aufl. Rn. 566. En la doctrina española Véase QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", Tomo XLVII, Fascículo II, abril-junio de 1994, p. 246.

⁵ Véase BVerfG Urteil vom 18. Januar 1988. 1BvR 1589/87. *Auskunftsanspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des Vaters*.

⁶ Véase BVerfG Urteil vom 31. Januar 1989 - 1 BvL 17/87 = NJW 1989, 891.

⁷ BVerfG Urteil vom 31. Januar 1989 - 1 BvL 17/87 = NJW 1989, 891 "*Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 (220) = NJW 1973, 1226). Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung. Sie legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein. Insofern hängt der Persönlichkeitswert der Kenntnis auch nicht von dem Maß an Aufklärung ab, das die Biologie derzeit über die Erbanlagen des Menschen, die für seine Lebensgestaltung bedeutsam sein können, zu vermitteln vermag. Bei Individualitätsfindung und Selbstverständnis handelt es sich vielmehr um einen vielschichtigen Vorgang, in dem biologisch gesicherte Erkenntnisse keineswegs allein ausschlaggebend sind. Als Individuali-*

2. EL RECONOCIMIENTO, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO, DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

En nuestro ordenamiento jurídico, tanto los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile como la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, nos permiten afirmar que el derecho a conocer el origen biológico de un individuo es parte del derecho a la identidad.

El Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 834-2008, vinculó el derecho a la identidad con la dignidad humana, resolviendo en su considerando decimoquinto que “[e]l derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres* y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”⁸. De este fallo, es destacable la referencia al derecho a conocer a sus padres en la medida de lo posible, expresión que fue tomada del artículo 7.1° de la Convención de Derechos del Niño.

En el mismo sentido, otra sentencia del Tribunal Constitucional –todavía más reciente– de 29 de septiembre de 2009, Rol N° 1340-2009, declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil,

sierungsmerkmal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem Einzelnen unabhängig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität. Daher umfaßt das Persönlichkeitsrecht auch die Kenntnis der eigenen Abstammung. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es Fälle gibt, in denen die Abstammung unaufklärbar bleibt und so die Persönlichkeitsentfaltung ohne diese Kenntnis erfolgen muß. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verleiht kein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen der eigenen Abstammung, sondern kann nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen schützen”.

⁸ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 834-2008, de 13 de mayo de 2008. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=932>> [consulta: 25 noviembre 2011]. Lo destacado es nuestro.

y reafirmó su postura respecto a la identidad personal, resolviendo que el derecho a la identidad debe reconocerse, en efecto, en los tratados internacionales ratificados por Chile y en la propia argumentación, consagrada en la Constitución. Por ende, la obligación de los jueces de reconocerlos, en los términos de la Carta fundamental”.

La afirmación precede al haber sido tenido por esta Magistratura que el derecho a la identidad personal está estrechamente vinculado a la dignidad humana, que, a partir de su consagración en la Ley Suprema, constituye la piedra angular de la Constitución. Si bien que la Ley Suprema consagra el derecho a la identidad personal, la Constitución chilena no reconozca, en sí misma, el derecho a la identidad personal, constituir un obstáculo para la adecuada protección, precisa de la dignidad humana y porque se encuadra en los tratados internacionales ratificados por Chile. Rol N° 834-2008, considerando quinto.

“Décimo: Que, en efecto, el derecho a la identidad personal implica la posibilidad de conocer el origen de la persona, y, en otra, lo que se traduce en el derecho a conocer, después de que nace, a sus padres, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres*. Si bien esta forma de expresión deriva del artículo 7° de la Convención, cabe restringir su reconocimiento a la identidad personal. Ello, porque el derecho a la identidad personal es personalísimo, inherente a la persona, y no al sexo o condición social.”

La estrecha vinculación entre el derecho a la dignidad humana es innegable.

LENO,

ernacionales
del Tribunal
er el origen

de mayo de
a la dignidad
el derecho a
osibilidad de
o restringido,
s de su naci-
lo posible, a
unto de vista
personal y la
echos funda-
seguridad de
cida como tal
cia al derecho
e fue tomada

onal—todavía
09, declaró la
Código Civil,

nis der Herkunft
sse wichtige An-
ividualität. Daher
Dem kann nicht
lärbar bleibt und
Abs. 1 i.V.m. Art.
en Abstammung,
i”.

e mayo de 2008.
consulta: 25 no-

y reafirmó su postura respecto del reconocimiento del derecho a la identidad personal, resolviendo, en sus considerandos noveno y décimo, “[q]ue debe reconocerse, en efecto que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta fundamental”.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez, constitucional le brinde una adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (sentencia Rol N° 834-2008, considerando 22).

“Décimo: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal —en cuanto emanación de la dignidad humana— implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres* y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la

persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁹.

Ahora bien, los tratados que han sido suscritos y ratificados por Chile en esta materia, y de los que se desprende dicho derecho, son los siguientes: la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario” (artículo 18); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre” (artículo 24.2º); la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera (...)” (artículo 7, N°s. 1 y 2). Así, dentro de estos tratados, la Convención de Derechos del Niño incorpora expresamente el derecho conocer la identidad de los padres de una persona.

⁹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1340-2009, de 21 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1231>> [consulta: 25 noviembre 2011]. Lo destacado es nuestro.

Para Otárola, el ar
derar tanto a la digni
fundamentales, estari
se vería ratificado, s
llevar a discriminar e
técnicas de reproduc

Tanto de la juris
aplicación de los tra
básicas que nos perm

En primer lugar,
identidad personal,
respecto del resto de
do por los siguientes
los padres, y su resp
tanto el conocimien
cionan a la frase “e
posterioridad.

En segundo lugar,
a conocer el origen b
sino como un derech
recho se traduce en u
especialmente, en los
las acciones de filiac
concebido en estos t
es un fenómeno nue
adopción, y modern
reproducción asistid

¹⁰ En este sentido la
en nuestra Constitución F
filiación biológica y quie
impedir la libre investiga

Véase OTÁROLA ESPIN
Un embarazo por insemin
Derecho Civil VI. Jornada
p. 174.

re esa base, puede
punto de vista, el
ar al del derecho a

amente, incluir el
os esenciales a la
undo, de la Consti-
biendo los órganos
n asegurados en la
atificados por Chile

tificados por Chile
no, son los siguien-
que prevé: "Toda
lidos de sus padres
egurar este derecho
ario" (artículo 18);
el cual dispone que
nacimiento y deberá
re los Derechos del
diatamente después
nombre, a adquirir
ocer a sus padres y

e estos derechos de
gaciones que hayan
s pertinentes en esta
os tratados, la Con-
e el derecho conocer

Para Otárola, el artículo 1° de la Constitución Política chilena, al considerar tanto a la dignidad como a los derechos de la persona como derechos fundamentales, estaría reconociendo este derecho a la identidad. Lo anterior se vería ratificado, sobre todo por el principio de igualdad que no puede llevar a discriminar entre hijos concebidos de forma biológica y mediante técnicas de reproducción humana asistida¹⁰.

Tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como de la aplicación de los tratados internacionales, se pueden extraer varias ideas básicas que nos permitirán ir avanzando en nuestro estudio.

En primer lugar, podemos indicar que se establecen dos conceptos de identidad personal, un concepto amplio, que diferencia a un individuo respecto del resto de las personas, y otro restringido, que está constituido por los siguientes elementos: inscripción, nombre, conocimiento de los padres, y su respectivo cuidado. Dentro de estos cuatro elementos, tanto el conocimiento de los progenitores como su cuidado, se condicionan a la frase "en la medida de lo posible", que analizaremos con posterioridad.

En segundo lugar, cabe preguntarse si habiéndose reconocido el derecho a conocer el origen biológico —no sólo a propósito las acciones de filiación, sino como un derecho fundamental independiente o autónomo—, este derecho se traduce en una acción constitucional-civil, que se puede entablar, especialmente, en los casos en que el ordenamiento jurídico impide entablar las acciones de filiación. El derecho al conocimiento del origen biológico, concebido en estos términos, separa la procreación de la filiación. Este no es un fenómeno nuevo para el Derecho, por cuanto se nos presenta en la adopción, y modernamente en la filiación proveniente de las técnicas de reproducción asistida, así como también en los casos de maternidad su-

¹⁰ En este sentido la autora señala que "...a partir del principio de igualdad contenido en nuestra Constitución Política, no corresponde hacer diferencias entre quienes nacen por filiación biológica y quienes son fruto de técnicas de reproducción asistida, como tampoco impedir la libre investigación de la maternidad o paternidad".

Véase OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, "El Derecho de los hijos a conocer su origen biológico. Un embarazo por inseminación", FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo et al. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p. 174.

brogada, en los ordenamientos jurídicos que esta figura es aceptada¹¹. En efecto, una institución que corrobora este derecho es la adopción, puesto que, sin lugar a duda, el progenitor que ha entregado en la adopción a su hijo, evidentemente y sin entrar a juzgar las razones de tal decisión, ha consentido en quedar relevado de sus deberes parentales y ha renunciado a sus facultades como padre o madre. Lo que no puede obstruir o impedir que dicho hijo, en algún momento de su vida, se pregunte acerca de su identidad y estime importante conocer a sus progenitores¹².

En tercer lugar, es interesante la determinante opinión manifestada por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de reconocer que, si bien el derecho a la identidad personal tiene como sustrato o base fundamental el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³, no por ello

¹¹ Como es sabido en los Estados Unidos de América esta figura se acepta en algunos estados, pero sólo en la medida que el acuerdo de subrogación no se haga a cambio de dinero. Uno de los casos más relevantes es el conocido como “*In re Baby M*” resuelto por el Tribunal Supremo de New Jersey, con fecha 3 de febrero de 1988, en los términos señalados precedentemente.

Véase Nolan, Laurence y Wardle, Lynn, *Fundamental principles of family law*, (free paper), 2006, pp. 272 a 279. Disponible en: <<http://books.google.cl/books?hl=es&lr=&id=WjgL3ha8OSQC&oi=fnd&pg=PR3&dq=world+%22fundamental+principles+of+family+law%22&ots=-qH9MsaH4r&sig=weoEyYev3ZPHUdbegYMgp7tXTsU#v=onepage&q=world%20%22fundamental%20principles%20of%20family%20law%22&f=false>>.

Por otra parte, SKINNER y KOHLER señalan que varios estados reconocen los contratos de maternidad por subrogación; otros, en cambio, como Arizona, Indiana, New York, North Dakota y Utah, han declarado estos acuerdos como no ejecutables. A su vez, algunos estados, como Kentucky, Louisiana, Nebraska y Washington han declarado nulos estos contratos en la medida que fueren onerosos (“*commercial surrogacy*”); y, finalmente, pocos estados, como Florida, New Hampshire y Virginia han regulado directamente esta figura a través de leyes.

Véase SKINNER, Denise A. y KOHLER, Julie K., “Parental Rights in Diverse Family Contexts: Current Legal Developments”, *Family Relations*, Vol. 51, N° 4, Families and the Law, Oct. 2002, p. 297.

¹² En Chile se inclina a favor de este derecho la mayoría de los autores que han tratado el tema, como OTÁROLA y CORRAL.

Véase OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, “El Derecho de los hijos a conocer su origen biológico. Un embarazo por inseminación”, *ob. cit.*, pp. 172 a 176 y CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 57-88.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1340-2009 de 21 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1231>> [consulta: 25 noviembre 2011].

se restringe dicho derecho a la identidad personal constituida por la persona, independientemente de como veremos, es muy probable que podría darse en cualquier caso.

Finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la identidad personal con el derecho a la información.

¹⁴ Pero no cabe confundir el derecho a la identidad personal con el derecho a la información. FIGUEROA acerca de los derechos fundamentales naturalmente incorpora en dos categorías el derecho a la identidad personal lo subsume dentro de la libertad de expresión y a la nacionalidad lo integra dentro de la personalidad.

Al respecto FIGUEROA señala que el derecho a la identidad personal es un derecho esencial de las personas. En *Constituciones Políticas o Constitucionales* dice: “...[l]a igualdad es un corolario de la igualdad que un individuo quede subordinado a un análisis del contenido del derecho. Se trata de un derecho humano que suerte de <<mismicidad>> del ser humano, estáticos y dinámicos que hacen que la identidad personal, daría lugar a su propia identidad personal y no indebidamente para alterar su identidad en razón de esa misma identidad”. —que es la que se presenta como un ordenamiento jurídico impide el derecho a la identidad personal en cuanto en muchos países no se reconoce.

Véase FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Asimismo, LYON también reconoce el derecho a la identidad personal en cuanto a que no le reconoce el derecho a la identidad personal al referirse a los elementos esenciales de la personalidad como tiempo como atributos de ellos. La personalidad constituyen elementos esenciales de la personalidad como la nacionalidad, surgen sus elementos para estructurar el concepto de la personalidad. Véase LYON PUELMA, Alberto, *La Nacionalidad*, 2ª edición, 1993, p. 10.

ra es aceptada¹¹. En la adopción, puesto en la adopción a su de tal decisión, ha les y ha renunciado e obstruir o impedir egunte acerca de su ores¹².

ión manifestada por nocer que, si bien el o base fundamental l Niño¹³, no por ello

ura se acepta en algunos se haga a cambio de di- Baby M" resuelto por el en los términos señalados

s of family law, (free pa- books?hl=es&lr=&id=Wj nciples+of+family+law% =onpage&q=world%20 false>.

reconocen los contratos de diana, New York, North A su vez, algunos estados, mulos estos contratos en la nte, pocos estados, como a figura a través de leyes. s in Diverse Family Con- 4, Families and the Law,

autores que han tratado el

nocer su origen biológico. LCLANI, Hernán, "Intereses los supuestos de la madre 2, 2010, pp. 57-88.

21 de septiembre de 2009. ?id=1231> [consulta: 25

se restringe dicho derecho a los niños, argumentando que "el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social". Ello, como veremos, es muy razonable por cuanto el ejercicio de este derecho podría darse en cualquier etapa de la vida de una persona.

Finalmente, el Tribunal Constitucional iguala el derecho a la identidad personal con el derecho a la nacionalidad¹⁴.

¹⁴ Pero no cabe confundir ambos derechos. Así, al revisar la clasificación que efectúa FIGUEROA acerca de los derechos esenciales de la persona, podemos comprobar que el autor naturalmente incorpora en dos categorías distintas ambos derechos. Al derecho a la identidad personal lo subsume dentro de los derechos que protegen la integridad espiritual del titular y a la nacionalidad lo integra dentro de los derechos derivados de los atributos clásicos de la personalidad.

Al respecto FIGUEROA señala que "[p]ensamos que el fundamento primero de todos los derechos esenciales de las personas naturales, estén consagrados en tratados internacionales, en Constituciones Políticas o en Códigos Penales o Civiles, es u dignidad", y agrega que "...[l]a igualdad es un corolario del concepto de dignidad, puesto que es ésta la que impide que un individuo quede subordinado arbitrariamente a otro". Finalmente FIGUEROA realiza un análisis del contenido del derecho a la identidad personal. Y en su análisis entiende que se trata de un derecho humano esencial, que deontológicamente cabe entenderlo como una suerte de <<mismicidad>> del individuo consigo mismo y que se compone de elementos estáticos y dinámicos que hacen que cada individuo sea único. Pero, como derecho subjetivo la identidad personal, daría lugar a dos facetas: "a) el derecho de toda persona a conocer su propia identidad personal y b) el derecho de toda persona a que nadie se inmiscuya indebidamente para alterar su identidad personal o para discriminarla o desmerecerla en razón de esa misma identidad". Para el referido autor, la segunda de estas acepciones —que es la que se presenta como un derecho a conocer la identidad en los casos en que el ordenamiento jurídico impide el entablar una acción de filiación— es bastante discutible, por cuanto en muchos países no se reconocen este derecho.

Véase FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 29, 60 y 264, respectivamente.

Asimismo, LYON también realiza una diferenciación entre respecto de la nacionalidad, en cuanto a que no le reconoce como un elemento de la esencia de la personalidad. El autor al referirse a los elementos esenciales de la personalidad y considerar a éstos al mismo tiempo como atributos de ellos, indica que "[s]in embargo, no todos los atributos de la personalidad constituyen elementos esenciales de la misma, puesto que hay algunos que, como la nacionalidad, surgen sólo con motivo de la atribución de la personalidad, pero no sirven para estructurar el concepto; ...no por ser apátrida un individuo deja de ser persona". Véase LYON PUELMA, Alberto, *Personas naturales*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, 1993, p. 167.

O UN DERECHO
CIA

uele denominarse
sto de mayor ocu-
e origen biológico.
ordamos con Blas-
ación (de acuerdo
igen biológico) es
se desprenden los
jetivo de la acción
ncidencia entre la
e conocimiento del
ad biológica (en la
nidad). Por lo que,
y biológica, como
ende, sólo procede
Esta dicotomía se

eligencia legislatoris que
velación de la identidad
gún caso, determinación
responsabilidad jurídica,
lo que le ha interesado
que el hijo se encuentra
orzada con una situación
dres; de suerte que nadie
e filiación, ni el donante
tampoco los padres 'for-
s impugnando la filiación

o, jurisprudencia y debate
2009, p. 219.

de paternidad no produce
l. En este sentido, el padre
adoptados.

as de Reproducción Asis-
Tomo XLIV, Fascículo II,
715.

Véase ALBALADEJO GARCÍA,
7ª edición, 1996, p. 248.

podría impedir –a lo menos hipotéticamente– a través de una acción de reclamación e impugnación de paternidad, como si el adoptado pudiera libremente reclamar su origen biológico. Al respecto, señalamos que esta es sólo una posibilidad por cuanto entre nosotros la solución es clara, al entenderse que la adopción otorga la calidad de padres a los adoptantes, en consideración a lo dispuesto por el artículo 1.2° de la Ley de Adopción, y lo hace, además, de forma irrevocable, conforme al artículo 38.1° de la misma ley¹⁹.

De este modo, hemos separado las acciones de filiación de la acción de conocimiento, aunque se pueda sostener que ambas se sustentan en la

¹⁹ Así el artículo 1.2° de la Ley de Adopción dispone que “[l]a adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”.

Sin perjuicio de lo anterior, esta solución no es absoluta, como si entre el o los progenitores y el adoptado se busca recomponer la relación de familia. Sin perjuicio de lo anterior, en Chile un acuerdo, en los términos planteados, sólo podría darse en un contexto de inhabilidad del padre legal, es decir, del adoptante, en los términos establecidos en los artículos 226 del Código Civil y 42 de la Ley de Protección de Menores. A su vez, tampoco podemos dejar de reconocer que situaciones como ésta sobrepasan al Derecho Civil, a lo menos en su vertiente tradicional, y ello es evidente por cuanto los supuestos fácticos que estas situaciones contemplan no fueron considerados al tiempo incluso de las regulaciones más recientes. Por ello es necesario aplicar el Derecho de Familia y la Infancia conforme a los principios que lo rigen, recurriendo a soluciones realistas que permitan satisfacer los principios y máximas de nuestro sistema jurídico. En ciertas circunstancias, el principio del interés superior del niño o adoptado facultan al juez para que el padre biológico pueda ser preferido sobre el adoptante o a lo menos pueda establecerse un régimen de comunicación con el hijo biológico.

Pero, como el adoptante es jurídicamente el padre no puede ser privado de sus derechos de filiación, sino de acuerdo a la ley.

Sin perjuicio de la discusión precedente, a lo menos nos podemos plantear, si un menor –que conoce a sus padres biológicos– puede solicitar un régimen de comunicación directo y regular con ellos, lo que debería ser atendido por el juez, salvo que ello perjudique de alguna forma al niño.

Este es un tema que excede el presente trabajo; pero en el derecho comparado, en países como Estados Unidos de América y Francia, se suelen otorgar regímenes de comunicación directo y regular a personas cercanas a los menores, como la ex-pareja de uno de los padres.

La relación de familia que se genera con las parejas de los padres se está recién comenzado a reconocer en el derecho comparado. La pareja de uno de los padres para aplicarle un cierto estatuto de filiación debe haber ocupado el lugar del padre o la madre, como se desprende de la terminología utilizada en Estados Unidos para estas parejas: “stepfather”.

Véase SKINNER, Denise A. y KOHLER, Julie K., “Parental Rights in Diverse Family Contexts: Current Legal Developments”, *Family Relations*, Vol. 51, N° 4, Families and the Law, Oct. 2002, pp. 294-295.

libre investigación de la filiación. Por otra parte, la acción de conocimiento no es excluyente en relación con las acciones de filiación. Así, puede ser que una persona pueda entablar una acción de filiación de impugnación y reclamación, respecto de su filiación determinada, por cuanto sabe, por ejemplo, que su padre no es su progenitor, y sólo busque conocer su origen biológico, manteniendo su filiación. Esta, por lo demás, es la solución que adopta nuestro Derecho mediante el mantenimiento de la posesión notoria del estado civil (artículos 201.1° y 310 del Código Civil)²⁰.

El derecho a la identidad, según el ya citado artículo 7 de la Convención de Derechos del Niño, comprende el conocimiento del origen biológico. Y este derecho es exigible contra los Estados Partes de la Convención, como se desprende del artículo 8 de la misma normativa, cuando dispone que “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”, y agrega, en su numerando 2, que “[c]uando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Con lo cual se reafirma la importancia que tiene la identidad para un niño.

El Tribunal Constitucional integra la identidad personal, como derecho fundamental, a nuestro ordenamiento jurídico, recurriendo al artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño²¹. La referida norma, prioriza la relación entre identidad personal y dignidad humana, y se relaciona con el artículo 1 de la Constitución, que establece la identidad personal como un derecho fundamental, personalísimo, e independiente de la edad, del sexo o de la condición social de la persona. Existen varios aspectos por los cuales

²⁰ Es perfectamente posible que el hijo, al que se le ha determinado la posesión notoria del estado civil de tal, pueda entablar una acción de conocimiento del origen biológico mediante la cual no se busca impugnar, ni reclamar su filiación (en este supuesto el hijo sabe que su padre no es su progenitor, pero desea saber quién lo es).

²¹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1340-2009 de 21 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1231>> [consulta: 25 noviembre 2011].

es destacable la citada fallo de 2010, que establece desde la perspectiva de las diferencias entre los niños que deseen establecer su filiación, guimos la tendencia del Niño— a rehuir de la posesión notoria en materia de capacidad y recurrimos a la posesión notoria, respecto, podemos representar la personalidad jurídica de los niños. Así, la acción entablada directamente como no se aplica a entablar la acción, no quiere decir que los niños deban no se contradicen los derechos fundamentales circunscribirse a los fundamentales de

Por otra parte, el Niño, ha sido sistemáticamente cogidos en dicho contexto de prestación y parte

²² En este sentido, la capacidad patrimonial que se disciplina en el artículo 16.3° de la Constitución.

Véase BARCIA LEHMAN, para recibir la denominación N° 7, Santiago, Facultad de Derecho, a 158.

²³ ADROHER señala que los diversos sistemas de

n de conocimiento
ón. Así, puede ser
n de impugnación
r cuanto sabe, por
conocer su origen
es la solución que
a posesión notoria
1)²⁰.

7 de la Convención
origen biológico. Y
Convención, como
ando dispone que
derecho del niño a
bre y las relaciones
citas", y agrega, en
almente de algunos
Estados Partes de
miras a restablecer
portancia que tiene

onal, como derecho
ndo al artículo 7 de
a norma, prioriza la
se relaciona con el
d personal como un
e la edad, del sexo o
ectos por los cuales

do la posesión notoria del
rigen biológico mediante
uesto el hijo sabe que se

9 de 21 de septiembre de
php?id=1231> [consulta

es destacable la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en el ya citado fallo de 21 de septiembre de 2009. En primer lugar, sería inconcebible desde la perspectiva del principio de la igualdad, que se establecieran diferencias entre niños o adolescentes, por una parte, y adultos, por la otra, que deseen establecer su origen biológico. Por lo que a este respecto seguimos la tendencia —contenida también en la Convención de Derecho del Niño— a rehuir de la determinación de edades fijas —como las establecidas en materia de capacidad patrimonial (ya sea contractual o extracontractual)— y recurrimos a criterios, como la madurez concreta del adolescente²². Al respecto, podemos señalar que esta facultad excepcionalmente admitirá la representación legal, como si los padres adoptivos, que al otorgárseles la calidad jurídica de padres, quisiesen representar al niño en estos supuestos. Así, la acción —por tratarse de un derecho fundamental—, deberá ser entablada directamente por el titular, salvo situaciones de excepción. Y como no se aplican las reglas de capacidad patrimonial, la capacidad para entablar la acción debe evaluarse de acuerdo a la madurez del niño. Ello no quiere decir que en la medida que estemos frente a menores de edad, los niños deban ser tratados como adultos. En otras palabras, lo anterior no se contradice con entender —como sucede por lo demás con todos los derechos fundamentales de la infancia— que estos derechos fundamentales, al circunscribirse a menores, merecen un tratamiento diferente a los derechos fundamentales de los mayores de edad.

Por otra parte, la doctrina, al analizar la Convención de Derechos del Niño, ha sistematizado los derechos de la infancia, que se encuentran recogidos en dicho instrumento, agrupándolos como derechos de protección, prestación y participación²³. Adroher ubica dentro de la primera categoría

²² En este sentido es posible reiterar que, en nuestro Derecho, se debe distinguir entre la capacidad patrimonial, que se rige por las reglas del Código Civil, y la capacidad extrapatrimonial que se disciplina por las reglas de la Ley de Tribunales de Familia, como se desprende del artículo 16.3° de la referida ley.

Véase BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Informe en Derecho sobre la capacidad de los menores para recibir la denominada píldora del día después", *Revista de Chilena de Derecho Privado*, N° 7, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, diciembre 2006, pp. 137 a 158.

²³ ADROHER señala que "[e]stos tres grupos de <<derechos>> se han ido consagrando en los diversos sistemas jurídicos precisamente en este orden. Las normas más antiguas referidas

al "...derecho a la vida (artículo 6), a la identidad (artículo 7), a la vida familiar o a las medidas de protección, incluida la adopción, cuando sean lo más adecuado con el interés superior del niño (artículos 9, 20 y 21)..."²⁴. En consideración a ello, no se puede desconocer el carácter proteccionista del artículo 7 de la Convención, en cuanto a que el ejercicio de este derecho por parte de un niño o adolescente requerirá de más apoyo que un adulto, por su condición connatural. A pesar que estamos de acuerdo con lo señalado por Adroher, no podemos dejar de lado que el derecho a conocer el origen biológico también tiene una vertiente de desarrollo de la personalidad de los niños y adolescentes como individuos. Esta forma de ver los derechos de la infancia, reconoce la evolución de estos derechos desde un derecho basado en la protección de los niños, es decir, un derecho que mira a los niños como meros objetos de protección, a otro que les otorga la calidad de sujetos de derecho²⁵.

Volviendo al artículo 7.1º de la Convención, debemos analizar la expresión, un tanto oscura, que se refiere al derecho de los niños a conocer a sus padres "en la medida de lo posible". Hay que precisar dicha noción, considerando la opinión de un tercer observador objetivo, que evalúe la situación que hace probable exigir los antecedentes correspondientes, que permitan el conocimiento de los orígenes biológicos de un individuo, de acuerdo al

a los derechos de los niños tienen que ver con la protección de los huérfanos, expósitos, niños abandonados o infractores...; más tarde son las normas prestacionales de los sistemas por ejemplo del Derecho Laboral y de la Seguridad Social o del Derecho Fiscal, las que procuran una protección a la infancia a través de un apoyo a la familia. Y es muy recientemente cuando comienzan a consagrarse los derechos públicos de participación infantil". Véase ADROHER BIOSCA, Salomé, "Los nuevos derechos de nuestra infancia: Protección, prestación y participación", ADROHER BIOSCA, Salomé y VIDAL FERNÁNDEZ, Fernando (Dir.), *Infancia en España. Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas*, p. 54. Ernesto DURÁN distingue entre los siguientes derechos: derecho de supervivencia; de desarrollo, de protección (en esta categoría incluye al artículo 7) y de participación.

DURÁN, Ernesto, "Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate", DURÁN, Ernesto y TORRADO, María Cristina (Eds.), *Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y perspectivas*, Bogotá, 2007, pp. 47-52.

²⁴ Véase ADROHER BIOSCA, Salomé, "Los nuevos derechos de nuestra infancia: Protección, prestación y participación", *ob. cit.*, pp. 64 y ss.

²⁵ Véase LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, "Los Derechos de los Niños y adolescentes en Centroamérica", Pérez Vargas Víctor (Dir.), *Revista Judicial*, N° 90, Corte Suprema de Justicia, abril 2009, p. 18.

interés superior del artículo 7 de la Convención son absolutos. Al estudiarlo, que es un remedio a su que las fecundaciones in vitro apenas tres meses después se trata de derecho del niño²⁸. Para Colombia que exigen estos derechos a conocer su expresión se busca que reconozca las limitaciones que establece un deber de encarga de desahogo

²⁶ De tal forma que ello causa un daño grave al padre fue condenado

²⁷ Véase DURÁN RIVEROS, del hijo. Decisiones judiciales soltera y donante de espermatozoides

²⁸ En este sentido el texto se refiere más a las actuaciones reflejadas de los progenitores si no

Véase DURÁN RIVEROS, hijo. Decisiones judiciales y donante de espermatozoides

²⁹ En este sentido la prestación tan elástica de un derecho. Se olvidaría como del derecho a su

Véase CORRAL TAÑON, progenitor biológico: p. 76.

³⁰ GONZÁLEZ CONTRERAS, niños y adolescentes en Colombia XLIV, N° 130, enero-marzo 2010, <http://www.corteconstitucional.gov.co/actual/articulo/view/23370>.

os Niños y adolescentes en Cer
º 90, Corte Suprema de Justicia

³⁰ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, N° 130, enero-abril 2011, p. 112. Disponible en: <<http://ojs.unam.mx/index.php/bmd/article/view/23370>>.

4. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN TORNO AL DERECHO DE CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO COMO DERECHO INDEPENDIENTE DE LA FILIACIÓN

A continuación, se analizarán varios supuestos que van delimitando este derecho, como lo son la negativa de la madre a señalar quién es el padre de su hijo, y el ámbito de aplicación del derecho, que opera de forma casi exclusiva en la adopción e inseminación artificial, por cuanto este derecho tiene un mayor sentido cuando el hijo se ve privado del ejercicio de las acciones de filiación.

- a) Negativa de los progenitores o de los donantes de material biológico a revelar su identidad, y oposición de los padres a señalar quién podría ser el posible progenitor o donante de material biológico de su hijo*

En nuestros tribunales aún no se han planteado los problemas que vamos a analizar. Sin perjuicio de ello, una parte de la doctrina entiende, por aplicación de las normas de derecho común (como el artículo 182 del Código Civil) que el donante de material genético tiene derecho al anonimato³¹.

González no diferencia el tratamiento de estas acciones, es decir, no distingue entre acción de investigación de filiación (para los efectos de la determinación del estado civil) e investigación para los efectos simplemente de conocer el origen biológico, en caso que no proceda que al progenitor se le pueda otorgar la calidad de padre.

Sin perjuicio de lo cual, de lo señalado por González, se puede desprender que este derecho al origen biológico se reconoce en el derecho mexicano en los artículos 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 5, letra b), III de la Ley sobre Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal. En este sentido, las normas precedentes son del siguiente tenor:

"Artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. El derecho a la identidad está compuesto por: C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.

Artículo 5 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal. De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes

derechos: B) A la identidad, certeza jurídica y familia:

III. A solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético".

³¹ Véase FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, ob. cit., p. 99.

En este supuesto, el sujeto demandante es el hijo que quiere conocer su origen biológico. Ello es así, pues el hijo tiene un derecho a conocer su origen biológico, antes de entablar una demanda, tanto extremadamente quiere conocer la información. En el caso del progenitor, el derecho es ilusorio. A pesar de esto, es fácil determinar la madre. En algunos países como Noruega y Dinamarca, la posible filiación con indemnización.

En el plano teórico, podría constituirse un establecimiento de un patrimonio, y a hacer, que faculta hasta que se desheredamiento que el derecho a la vez que nos en su vez, es positivo hijos adolescentes. Aspecto que de al hijo de la pro

³² Una solución es conocer a un hijo no de filiación.

Véase SAMBRIZ, pp. 174-198 y 186.

En este supuesto, el derecho a la información se presenta como un aspecto previo a la interposición de una acción de conocimiento del origen biológico. Ello es evidente, desde que puede ser que un hijo no sepa a qué sujeto demandar, información que naturalmente posee la madre, o bien que el hijo tenga una filiación determinada, que no desee alterar, pero simplemente quiera conocer cuál es su origen biológico, para lo cual debe recurrir, antes de entablar la acción, a la madre. El caso que estamos analizando, es un tanto extremista, por cuanto el conflicto se presenta entre el hijo, que quiere conocer la identidad de su progenitor, y la propia madre que niega la información. En estos casos, si la madre no revela la identidad del supuesto progenitor, el derecho del hijo a conocer su origen se hace absolutamente illusorio. A pesar de entender que estamos frente a un derecho ejecutable, no es fácil determinar la sanción al incumplimiento del deber de declarar de la madre. En algunas legislaciones de países escandinavos —específicamente Noruega y Dinamarca— es una obligación jurídica de la madre declarar la posible filiación paterna del hijo, cuyo incumplimiento se sanciona con indemnización de perjuicios³².

En el plano teórico, alguna doctrina sostiene que la negativa de la madre podría constituir un delito de usurpación de estado civil. Pero ni el establecimiento de una sanción penal, ni su instauración *de lege ferenda* nos parece aceptable. También es posible que algunos puedan recurrir al derecho patrimonial, y asimilar este deber al incumplimiento de una obligación de hacer, que faculte al hijo o su representante a solicitar apremios de arresto hasta que se declare la identidad del presunto padre, e incluso dar lugar al desheredamiento de la madre, solución que no suscribimos, pues creemos que el derecho patrimonial, no debe ser aplicado a materias de familia cada vez que nos encontremos con problemas jurídicos difíciles de resolver. A su vez, es posible plantear que en estos supuestos, y sobre todo respecto de hijos adolescentes, se pueda perder el cuidado personal y la patria potestad. Aspecto que debe ser sopesado por el juez, desde que en definitiva se priva al hijo de la protección de su madre, amén de no conocerse la identidad del

³² Una solución similar a la precedente se aplica, en algunos países, a la negativa a reconocer a un hijo no matrimonial o a la omisión de la madre de entablar la respectiva acción de filiación.

Véase SAMBRIZZI, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 174-198 y 186-190.

padre. Sin entrar en mayores detalles, podríamos señalar que respecto de este deber de declarar de los padres, existen dos posiciones. En virtud de la primera, los padres o la madre no tendrían este deber, pero la posición mayoritaria, a lo menos en el derecho comparado, es reconocerlo como inherente a la filiación o la autoridad parental.

b) Derecho a conocer el origen biológico en la adopción

La adopción, ya con antelación a los procedimientos biotecnológicos, se presentaba como un instrumento jurídico en el cual el derecho a conocer el origen biológico era en muchos casos menoscabado, ya que se prefería evitar confrontar al adoptado con su verdadero origen biológico.

En la actualidad, existen tres tendencias respecto del secreto del origen del adoptado. Una de ellas es otorgar un derecho de libre acceso a dicha información; otra es a restringirlo a determinados casos concretos; y, por último, a prohibirlo. En la segunda hipótesis están los ordenamientos jurídicos de Suiza, y algunos Estados de los Estados Unidos de América. En el primero, aunque el Código Civil del referido país no regula esta materia, los tribunales han accedido a tales solicitudes sólo en consideración al interés superior del niño. En cambio, en los Estados Unidos, los tribunales han levantado la prohibición de informar cuando existe una justa causa para ello (doctrina de la *good cause*)³³. Pero, como es natural, en la mayoría de

³³ A este respecto LEÓN nos aclara que la mayoría de los estudios empíricos en esta materia, a lo menos desde una perspectiva intercultural, indican que el conocimiento de la identidad, y del origen personal del adoptado es positivo y no lleva a una confusión de roles (entre la progenitora y la madre). En este sentido, el referido autor nos indica que “[e]mpirical studies indicate that open adoption does not appear to damage adoptees’ self-esteem or confusion about parental figures (Wrobel, Ayers-Lopez, Grotevant, McRoy, & Friedrich, 1996), may facilitate resolution of birthmother grief (Christian et al., 1997), and may promote a more secure sense by the adoptive parents of the permanence of their relationship with their child (Grotevant, McRoy, Elde, & Fravel, 1994) (...) Ironically, for both adoptee and adoptive parents, the presence of an unknown, absent, highly mythologized birthmother may loom much larger and fearfully in their fantasy worlds than when the birthmother becomes known in reality (...) Contact with the birthmother destroys that part of the motherhood myth that claims the primacy of the biological blood bond. When these adoptees confronted the reality of a ‘stranger’ who they had to get to know, they recognized the fallacy of this myth (March, 1995, p. 134)”.

Véase LEÓN, Irving G., “Adoption Losses: Naturally Occurring or Socially Constructed?”, *Child Development*, Vol. 73, N° 2, Mar.-Apr. 2002, pp. 655 y 656.

los países está vetado la filiación³⁴.

En Chile, en materia de filiación está establecido en el artículo 10 del Código de Familia que dispone a raíz de la inscripción de cualquier interesado mayor de edad que le permitan presuntivamente al Servicio de Registro Civil tener ese origen”. Nos preguntamos si tiene derecho a saber su origen biológico no compartimos que de acuerdo a la normativa, la posibilidad de acceder por cuanto ello violaría el principio del tenor literal de la norma. La filiación tiene su origen en la inscripción, cabe aplicar el análisis de la Ley del Niño, que circunscribe el derecho al superior del adoptado; pero el acceso de los padres biológicos al Convenio de La Haya de 1993. En el Proyecto de Ley sobre el deber de mantener

³⁴ Pero obviamente que el acceso a la filiación por países como Francia, Portugal, etc., puede ser simple o plena. La simple es la que cambia la simple no y por ello el acceso a la filiación sí este no estuviera

³⁵ Confróntese con OTÁROLA ESPINOZA, quien establece el derecho a conocer el origen biológico analógicamente a las técnicas de reproducción para el cual “...el derecho a la información se refiere al adoptado que, una vez conocido el proceso de adopción y con

Véanse OTÁROLA ESPINOZA, 2002. Un embarazo por inseminación artificial, los derechos en colisión sobre la filiación del soltero y del donante de gametos

ar que respecto de
ones. En virtud de
er, pero la posición
reconocerlo como

a adopción

biotecnológicos, se
derecho a conocer
, ya que se prefería
biológico.

el secreto del origen
libre acceso a dicha
os concretos; y, por
ordenamientos juri-
os de América. En el
gula esta materia, los
sideración al interés
s, los tribunales han
una justa causa par-
ral, en la mayoría de

estudios empíricos en esta
que el conocimiento de la
a a una confusión de roles
nos indica que "[e]mpiri-
e adoptees' self-esteem is
ant, McRoy, & Friedrich
(1997), and may promote
of their relationship with
ally, for both adopter and
ologized birthmother may
the birthmother become
art of the motherhood myth
e adoptees confronted the
ted the fallacy of this myth

or Socially Constructed".
5.

los países está vetado el que a través de esta acción se pretenda determinar la filiación³⁴.

En Chile, en materia de adopción el ejercicio del derecho a la identidad está establecido en el inciso final del artículo 27 de la Ley de Adopción, que dispone a raíz de la inscripción de la adopción que "[p]ara este efecto, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen". Nos parece que la norma es clara, al establecer que se tiene derecho a saber si la filiación tiene un origen adoptivo. Sin embargo, no compartimos que de la norma precedente se desprenda de forma casi automática, la posibilidad de saber cuál es exactamente el origen del adoptado, por cuanto ello violentaría el derecho al anonimato de los progenitores y del tenor literal de la norma, que sólo impone "un derecho a informar si la filiación tiene su origen en la adopción"³⁵. Frente al vacío regulatorio, sólo cabe aplicar el analizado artículo 7.1º de la Convención de Derechos del Niño, que circunscribe el derecho al conocimiento de la filiación al interés superior del adoptado; pero, sin dejar de considerar el derecho a la intimidad de los padres biológicos. Por otra parte no creemos que se pueda recurrir al Convenio de La Haya N° XXXIII, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en esta Materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993. En el Proyecto de la referida Convención, se discutió fuertemente sobre el deber de mantener el anonimato de los padres adoptivos, pero se

³⁴ Pero obviamente que ello no se opone con la adopción simple, aceptada en su momento por países como Francia, Portugal o Chile. Ello se debe a que en estas legislaciones la adopción puede ser simple o plena. La adopción plena rompía el vínculo con la familia biológica; en cambio la simple no y por ello, obviamente el adoptado podía intentar determinar su vínculo de filiación si este no estuviere determinado.

³⁵ Confróntese con OTÁROLA, quien considera que en el artículo 27 de la Ley de Adopción se establece el derecho a conocer el origen biológico de una persona y que se podría aplicar análogamente a las técnicas de reproducción asistida. En igual sentido se inclina CORRAL para el cual "...el derecho a la identidad del hijo no deberá ser cercenado, pues debe garantizarse al adoptado que, una vez cumplida la mayoría de edad, si él lo quiere, puede acceder al proceso de adopción y conocer la identidad de su madre biológica".

Véanse OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, "El Derecho de los hijos a conocer su origen biológico. Un embarazo por inseminación", *ob. cit.* p. 175 y CORRAL TALCIANI, Hernán, "Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos", *ob. cit.*, p. 79.

optó por mantenerlo sólo si la ley del Estado de origen lo amparaba. No nos parece que sea fundamental que el anonimato se mantenga de forma expresa, por cuanto estamos frente a un conflicto de derechos fundamentales, reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, por una parte está el derecho al conocimiento del origen biológico, y por la otra, el respeto del derecho a la intimidad de los progenitores, y a evitar *ex ante* daños a los futuros hijos abandonados por sus madres y/o padres³⁶.

Un aspecto diferente al analizado precedentemente, es el determinar si la madre que ha abandonado su hijo tiene derecho a mantener su filiación en reserva. Este es un gran tema en el derecho comparado, por cuanto se ha entendido que la mujer que abandona una criatura al sistema público tiene derecho al anonimato, que se sustenta en el derecho a la dignidad y la protección de la propia criatura *ex ante*. Dicha protección se justifica en la idea de que obligar a la madre a consignar su identidad, o hacerlo de forma automática, incentivaría el aborto, e incluso el infanticidio³⁷. En

³⁶ De esta forma dicha convención establece en su artículo 30 lo siguiente:

"Artículo 30.

1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia.

2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado".

En cuanto a la evolución histórica de los Proyectos, el de 1992 exigía, para otorgar la información de los padres biológicos del adoptado, el consentimiento de ambos padres. Posteriormente, el Proyecto de 1993 en su artículo 30, establecía que las autoridades competentes de los Estados contratantes deben asegurar la información señalada por ellos en relación al origen del menor, como su historia médica deben ser preservadas. Véase: Price Cohen, C., "The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child", St. Thomas Law Review, Vol. 6, Fall 1993, Saint Thomas University, Miami, Florida, p. 78.

³⁷ Respecto a este punto Durán señala respecto del derecho español, que "[u]n poderoso indicio constituye la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1997, cercana cronológicamente a la doctrina opuesta del Tribunal Supremo".

La idea mantenida por la Dirección General española puede calificarse de cautelosa y prudente, aun cuando manifiesta con toda certidumbre los intereses contrapuestos de cada óptica: "no es oportuno que este Centro Directivo se pronuncie ahora sobre una cuestión controvertida y en modo alguno indiscutible, como es la de decidir si esa facultad de la madre de ocultar su identidad vulnera derechos superiores del hijo a conocer sus orígenes y la prevalencia del principio *mater semper certa est*, o si, por el contrario, aquella facultad está en consonancia con el propio interés del menor, a veces el de su propia vida que se vería en peligro si su madre no tuviera la posibilidad de ocultar el parto. Basta recordar que el alumbramiento anónimo

España, la sentencia de septiembre de 1997, que reconoce el derecho de la madre a la reserva de la filiación, a favor de un deber de la Administración española.

En este sentido, la regulación regula el principio con el fin de situar a la madre frente al mismo principio de la paternidad"³⁸.

está admitido en el ordenamiento español, agrega, criticando la sentencia de septiembre de 1997, que "lo hace con independencia de si se plantea un asunto de su responsabilidad en la tutela de la filiación". El Tribunal Supremo se pronuncia en la sentencia 167 del Reglamento de la Ley de Descubriendo su identidad, declarando que este sistema puede permitirse que se desconozca su verdadera filiación de la maternidad y por este Ministerio de Justicia (Orden Ministerial de 1984 al cuestionario al ciudadano sobre el Derecho por el hecho de la filiación, cuya vigencia en 1984 al Convenio de la Haya).

CORRAL se pronuncia sobre el hijo al sistema público.

Véanse DURÁN y GARCÍA, sobre el hijo. Decisiones del Tribunal Supremo soltera y donante de la filiación. "Intereses y derechos de la madre soltera".

³⁸ Véase ROMERO, sobre la paternidad, Asociación de la paternidad.

igen lo amparaba. No se mantenga de forma de derechos fundamentales, por una parte está el la otra, el respeto del ar *ex ante* daños a los s³⁶.

te, es el determinar si mantener su filiación parado, por cuanto se ra al sistema público derecho a la dignidad y protección se justifica a identidad, o hacerlo o el infanticidio³⁷. En

lo siguiente:

arán la conservación de la n particular la información a del niño y de su familia. sesoramiento, del niño e de ita la ley de dicho Estado. 992 exigía, para otorgar la ento de ambos padres. Por las autoridades competentes ada por ellos en relación a as. Véase: Price Cohen, C., Thomas Law Review, Vol. 6,

pañol, que “[u]n poderos istros y del Notariado de la a del Tribunal Supremo”. lificarse de cautelosa y p- ontrapuestos de cada óptica e una cuestión controvertida d de la madre de ocultar rígenes y la prevalencia del scultad está en consonancia vería en peligro si su madre el alumbramiento anóni-

España, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 21 de septiembre de 1999, declaró inconstitucional la norma que consagraba el derecho de las madres solteras a mantener el anonimato, y se inclinó a favor de un deber de colaboración con los Tribunales de Justicia por parte de la Administración, que se desprendería del artículo 118 de la Constitución española.

En este sentido, la referida sentencia resuelve que “[e]n líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad”³⁸. La orden, de 10 de noviembre de 1999, estableció que la

está admitido en otros países de la Unión Europea, como Francia, Italia y Luxemburgo” y agrega, criticando este razonamiento, que en la “[s]entencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, el criterio del Centro directivo necesariamente ha v[ar]iado, m[á]s lo hace con innegable tono conformista. La Resolución (2a) de 8 de noviembre de 2001 se plantea un asunto en el que la madre de 28 años confiesa obstáculos para poder asumir su responsabilidad, entre otras cosas por la situación carcelaria del padre, que provocan la tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid. Recuerda que dicho fallo <<del Tribunal Supremo se pronuncia de modo tajante sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía a la madre ocultar la maternidad, no descubriendo su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El Tribunal Supremo declara que este sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes>> (...) tal criterio ha sido compartido por este Ministerio que, al aprobar el nuevo cuestionario para la declaración de nacimiento (Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999), ha suprimido las referencias del antiguo cuestionario al citado artículo 167 (...) La maternidad queda, pues, determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional «mater semper certa est», cuya vigencia en todo el territorio español se produce desde que España se adhirió en 1984 al Convenio internacional citado en los vistos”.

CORRAL se pronuncia en contra del derecho al anonimato de la madre, que abandona a su hijo al sistema público asistencial.

Véanse DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *ob. cit.*, pp. 11 - 12, respectivamente, y Corral Talciani, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *ob. cit.*, pp. 74-81.

³⁸ Véase ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Asociación Española de Abogados de Familia, J.M. Bosch Editor, 2009, p. 162.

madre no podrá mantener su identidad en secreto, y que la inscripción de nacimiento señalará la identidad de la madre³⁹; pero no impide la inscripción en los casos en que no se haya recabado esa información, ni que no se hayan recogido las huellas de la madre. Sin perjuicio de lo anterior, en los casos de adopción se procederá a levantar una nueva inscripción con los datos de los padres adoptivos, manteniéndose el anonimato de la madre; pero sujeto a una acción de conocimiento de filiación en los términos que ya resolvió el Tribunal Supremo⁴⁰.

Los tribunales en los Estados Unidos de América deben sopesar los intereses en conflicto, antes de permitir que los adoptados puedan tener acceso a los registros de adopción. Así, por ejemplo, en los casos de madres biológicas que no desean que se conozca su identidad debido a haber sido víctima de una violación, sólo a través de una orden de la Corte (*Court order*) es posible tener acceso a la identidad de la madre. Algunos estados exigen que dichas órdenes se funden en una buena causa para ello o que deban declararse en interés del adoptado o de la sociedad. En otros estados, basta con que se señale una causa para que la agencia de adopción dé a conocer los antecedentes de esta; pero son pocos los estados que permiten el libre acceso a los certificados de nacimiento. A su vez, los casos en que

³⁹ Por otra parte, LLÁCER señala que en España después de la decisión del Tribunal Supremo existe una evidencia de aumento de abortos e infanticidio, lo que podría ser una consecuencia de la abrogación del derecho de la madre al anonimato.

En igual sentido se inclina DURÁN. En contra de esta fundamentación está Corral para el cual el otorgarle derecho al anonimato a la madre, desechando el derecho al conocimiento del origen biológico, configuraría un verdadero chantaje legal. Así, para el referido autor ello vendría a significar que la madre exigiría que: "o me aseguras la impunidad de la maternidad, no sólo en los deberes y responsabilidades del vínculo parental sino incluso en la mera identificación, o no vivirás para contarlo...".

Véase LLÁCER MATA CÁS, María Rosa, *La adopción o la constitución heterónoma de una relación jurídica privada*, Editorial Dykinson, 2005, p. 18, y CORRAL TALCIANI, Hernán, "Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos", *ob. cit.*, p. 77.

⁴⁰ A este respecto LLÁCER señala que "...debe regularse especialmente las condiciones de acceso al fichero secreto de forma similar al artículo 5.5 de la ley N° 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Se trata de un fichero de titularidad pública sometido a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que, eventualmente puede contener datos sensibles (cfr artículo 7.3 LOPD)".

Véase LLÁCER MATA CÁS, María Rosa, *La adopción o la constitución heterónoma de una relación jurídica privada*, *ob. cit.*, p. 19.

se requiere de la mayoría de los e de la hipótesis g dencia a permiti casos que la falta adoptados. Sin p conocimiento de concede esta inf rización. D. Kra para el caso que conocer su origen autores, se debe de permitir el ac adoptivos prueb

Tanto en el ca cundación *in vitro* de los gametos⁴² chileno, como se

⁴¹ Véase KRAMER Inc., U.S.A., second

⁴² Existen en la medios diferentes a fecundación más cor adquirieron una nue nacida a través de fe nacimiento del prime gracias a la labor de Estos lograron una f del padre (John Brov proceso de gestación del nacimiento".

Véanse HOOFT, F Ediciones Depalma, *in vitro* y la filiación, Sa

La fecundación *in vitro* "aquella técnica util

que la inscripción de
o impide la inscrip-
nación, ni que no se
de lo anterior, en los
inscripción con los
anímato de la madre;
en los términos que

deben sopesar los
estados puedan tener
los casos de madres
debido a haber sido
de la Corte (Corte
re. Algunos estados
usa para ello o que
ad. En otros estados,
a de adopción de a
estados que permiten
ez, los casos en que

ión del Tribunal Supre-
ría ser una consecuencia

ación está Corral para el
derecho al conocimiento
para el referido autor de
unidad de la maternidad,
incluso en la mera inscri-

ción heterónoma de un
L TALCIANI, Hernán, "Bio-
ológico: los supuestos de la

mente las condiciones de
N° 35/1988, de 22 de no-
ero de titularidad pública
tos de Carácter Personal
LOPD)".

ción heterónoma de un

se requiere de la información por causas médicas, están regulados en la mayoría de los estados. En cambio, en otros se analiza este supuesto dentro de la hipótesis genérica de una "buena causa". También existió una tendencia a permitir el acceso a estos registros de forma excepcional en los casos que la falta de esta información causare disturbios psicológicos a los adoptados. Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia actual es a permitir el conocimiento de estos antecedentes en sentido amplio. De igual forma, se concede esta información cuando los padres biológicos otorgan su autorización. D. Kramer y J. D. Shepard's proponen una interesante solución para el caso que los niños hubiesen llegado a su mayoría de edad y deseen conocer su origen biológico. En este supuesto, de acuerdo a los referidos autores, se debería invertir el *onus probandi*, en el sentido que se debería de permitir el acceso a esta información, salvo que los padres biológicos o adoptivos prueben que existe una buena causa para impedirlo⁴¹.

c) Derecho a conocer el origen biológico en la inseminación artificial

Tanto en el caso de la inseminación artificial, como en el caso de la fecundación *in vitro*, abordamos el derecho al anonimato en cuanto al origen de los gametos⁴². Esta materia no está expresamente regulada en el derecho chileno, como se desprende de la discusión que se ha generado en los pro-

⁴¹ Véase KRAMER, D. y Shepard's, J. D., *Legal Rights of Children*, Vol. 1, Mc Graw-Hill, Inc., U.S.A., second edition, 1994, pp. 319 y 320.

⁴² Existen en la actualidad diversas técnicas que permiten la procreación humana, por medios diferentes a los naturales, es decir, sin la realización del acto sexual. La técnica de fecundación más conocida es la fecundación *in vitro*. Las técnicas de reproducción asistida adquirieron una nueva dimensión con el nacimiento de Louisa Brown, la primera persona nacida a través de fecundación *in vitro*. De esta forma HOOFT señala que: "... a partir del nacimiento del primer "bebé de probeta", ocurrido en Gran Bretaña el 26 de julio de 1978, gracias a la labor de los doctores Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Edwards (fisiólogo). Éstos lograron una fecundación *in vitro* de óvulos de la madre (Leslie Brown) con gametos del padre (John Brown), seguido de transferencia de los embriones así generados; luego el proceso de gestación se desarrolló favorablemente en el claustro materno hasta el momento del nacimiento".

Véanse HOOFT, Pedro, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, p. 27 y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación in vitro y la filiación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 12 y ss.

La fecundación *in vitro* es definida por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ Y MASSIGOCE BENEGUI como "aquella técnica utilizada en las mujeres, consistente en la eliminación de la obturación

yectos de ley sobre reproducción asistida, en los que se plantean soluciones a este problema. Se podría entender que el artículo 182 del Código Civil se refiere a esta materia. La referida norma dispone que:

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

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”⁴³.

existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero”.

Véase SAMBRIZZI, Eduardo, *Daños en el Derecho de Familia*, ob. cit., p. 9.

⁴³ Otras legislaciones, que adoptan un criterio similar a nuestra legislación, son: Austria y Suiza y como un caso muy particular dentro del marco europeo se encuentra el caso alemán.

Así en Austria el § 157 ABGB prevé que “*Hat der Ehemann der Mutter einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt, so kann nicht die Feststellung begehrt werden, dass das mit dem Samen des Dritten gezeugte Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt*”. A su vez, en Suiza el artículo 256, inciso 3, del ZGB dispone que “*Der Ehemann hat keine Klage, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat*”, por lo tanto, se le niega al marido que consintió en la inseminación heteróloga toda posibilidad de impugnación. Finalmente, el artículo 23, inciso, 1 FMedG establece respecto al hijo que: “*Kindesverhältnis 1 Das Kind, das nach den Bestimmungen dieses Gesetzes durch eine Samenspende gezeugt worden ist, kann das Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter nicht anfechten. Für die Anfechtungsklage des Ehemannes ist das ZGB6 anwendbar. 2 Ist ein Kind durch eine Samenspende gezeugt worden, so ist die Vaterschaftsklage gegen den Samenspende (art. 261 ff. ZGB) ausgeschlossen; die Klage ist jedoch zulässig, wenn die Samenspende wissentlich bei einer Person erfolgt, die keine Bewilligung für die Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hat*”. De este modo, el hijo no puede impugnar su relación respecto de su padre y en cuanto al donante de gametos sólo excepcionalmente puede accionar, pero la regla general, es que tampoco respecto del donante posea ninguna acción.

Finalmente, como un caso único, se encuentra el sistema jurídico alemán. Dicho sistema permite que un hijo nacido a consecuencia de una inseminación heteróloga, puede entablar una acción de impugnación en contra del marido de su madre, ya que el § 1600 Absatz 5 BGB establece “[i]st das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen”. Por lo que sólo el marido y la madre están impedidos de impugnar la paternidad en el caso de la inseminación heteróloga y no así el hijo concebido mediante estas técnicas. Además, conviene hacer presente que de acuerdo al ordenamiento jurídico alemán jamás la identidad del donante puede ser anónima Véanse:

Pero, en realidad, al analizarlo, desde el punto de vista de la ley, por parte del donante, es bastante distinto. El donante debe tener conocimiento de las consecuencias de las distintas acciones que “podemos” tomar, quién es su padre, la propia identidad. Es un derecho a su vez, forma parte de la Constitución”⁴⁴.

En los Estados Unidos, la *Uniform Parentage Act (UPA)*, la *Uniform Father Act*, y la *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, el donante en la mayoría de los casos no alimenta. Y como resultado otorga la filiación al hijo.

Los argumentos de los donantes de material genético son:

i) Esta posición se restringe sobre la base de que no estará dispuesto a hacerlo aunque de ello

HELMs, Tobias, “*Die Vaterschaft des Kindes nach der Zeitschrift für das Öffentliche Recht*”, ESPINOZA, Yasna, “*La inseminación*”, ob.

⁴⁴ Véase GÓMEZ, “*La filiación*”, ob. cit., p. 102.

⁴⁵ Este argumento de los Estados Unidos es material genético

plantean soluciones
82 del Código Civil
ue:

nte la aplicación de
ore y la mujer que se

e acuerdo a la regla

ecundado previamente en

o. cit., p. 9.

tra legislación, son: Aus-
opeo se encuentra el caso

Mutter einer medizinisch
es gerichtlichen Protokolls
begehrt werden, dass das
r Mutter abstammt". A su

hemann hat keine Klage.

anto, se le niega al marido
mpugnación. Finalmente,

o que: "Kindesverhältnis

ine Samenspende gezeugt

nicht anfechten. Für die

ein Kind durch eine Sa-

a Samenspende (art. 261

Samenspende wissentlich

zungsverfahren oder für

De este modo, el hijo no

donante de gametos sólo

poco respecto del donante

co alemán. Dicho sistema

eteróloga, puede entablar

a que el § 1600 Absatz 5

er Mutter durch künstliche

so ist die Anfechtung der

lo que sólo el marido y la

eminación heteróloga y no

er presente que de acuerdo

uede ser anónima Véanse:

Pero, en realidad esta disposición nada aporta al problema que estamos analizando, desde que ella cierra la posibilidad de dar lugar a la filiación por parte del donante de material genético, y no aborda un problema enteramente distinto: si es posible que el concebido mediante dichas técnicas tenga conocimiento de su origen biológico, sin que de ello se desprendan las consecuencias de la filiación. Gómez de la Torre afirma, a propósito de las distintas posiciones frente al anonimato del donante de gametos, que "podemos concluir que el conocimiento del origen biológico –saber quién es su padre o madre biológica– es de gran importancia, tanto para la propia identidad de la persona como para el desarrollo de su personalidad. Es un derecho que tiene todo individuo por el mero hecho de nacer, a su vez, forma parte de los derechos fundamentales amparados por la Constitución"⁴⁴.

En los Estados Unidos de América, de acuerdo a la *Uniform Parentage Act (UPA)*, la *Uniform Act on Paternity*, la *Union Putative and Unknown Father Act*, y la *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, el donante en los casos de inseminación artificial, no responde por los alimentos. Y como es natural en los casos de inseminación de la mujer, se otorga la filiación al marido de la madre biológica.

Los argumentos a favor de la prohibición de revelar la identidad del donante de material genético serían los siguientes:

i) Esta posición busca fomentar la donación de gametos, o evitar que ella se restrinja substancialmente. Lo anterior es evidente, ya que mucha gente no estará dispuesta a continuar siendo donante si se revela su identidad, aunque de ello no se desprendan las consecuencias de la filiación⁴⁵.

HELMS, Tobias, "Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht (FamRZ)*, 2010 p. 4, en especial la nota al pie 37. Además, véase: OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, "El Derecho de los hijos a conocer su origen biológico. Un embarazo por inseminación", *ob. cit.*, p. 169.

⁴⁴ Véase GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación in vitro y la filiación*, *ob. cit.*, p. 102.

⁴⁵ Este argumento no se ha visto confirmado por la realidad, por cuanto en los Estados, de los Estados Unidos de América, que han consagrado este derecho las tasas de donación de material genético no han descendido.

ii) El acto de donación no contiene la voluntad de procrear, y como la filiación es un acto voluntario, toda persona tiene derecho a elegir hacerlo o no. En este sentido, se podría entender que este derecho se ve violentado por la acción de investigación de conocimiento del origen biológico, invadiendo además la privacidad del donante.

Los argumentos contra el secreto de la identidad de los donantes de material genético en los Estados Unidos son fundamentalmente de orden constitucional, y descansan en el principio de la igualdad, que protege la Catorceava Enmienda (conocida como *Equal Protection Clause* (EPC))⁴⁶.

⁴⁶ En este sentido, EASTMAN señala que este tratamiento desigual lleva a que el donante de material genético se puede escudar en el secreto y que en cambio la madre tenga que hacerse cargo de toda la responsabilidad. Así, la autora precedente nos señala que "[w]hile holding that child support obligations should be based on the circumstances of the respective parties and not based on gender, the court stated that '[t]he traditional and statutory notion . . . that a father has the primary obligation to support his children neither reflects the realities of modern life nor complies with our constitutional requirements of equal protection'". (186) This ruling is highly relevant to gamete donation. If states fail to provide equal statutory protection from the responsibilities of legal parentage to egg donors, these women will be susceptible to child support claims from the children that result from the donation, whereas men who donate their sperm under similar circumstances will be protected. (187)".

La respuesta a este problema fue dada por una sentencia de la Corte Suprema de California, que al resolver el caso "*Geduldig v. Aiello*", entendió que la diferenciación entre el tratamiento de la donación de esperma y de gametos no se sustenta en los sexos involucrados, sino en las diferentes situaciones involucradas. La autora señala que este fallo ha sido fuertemente criticado, y en este sentido nos señala que "[o]nly women are able to donate eggs, so excluding egg donors from the statutory protections from legal parentage given to sperm donors constitutes gender discrimination. However, although only men can donate sperm and only women can donate eggs, the genders are still similarly situated for equal protection purposes because they are both doing the same thing-donating their respective gametes so that a recipient can achieve pregnancy. (219) The differences between the gametes become irrelevant, because both can result in a pregnancy, subjecting the donors to identical claims of legal parentage. (220)". EASTMAN nos explica que la diferenciación de regulación tiene un sustento histórico por cuanto la donación de esperma es un fenómeno de los años cincuenta en cambio la donación de óvulos es un fenómeno reciente, pero ello no implica que el secreto en la identidad del donante no atente contra el principio de la igualdad. La diferenciación, según la autora, en la mayor protección que se otorga al donador de esperma que a la donante de óvulos, antes de la existencia de las pruebas biológicas, se sustentaba en que la maternidad era conocida por el parto, en cambio la paternidad sólo pasó a ser conocida mediante las pruebas biológicas. A pesar que el tratamiento diferente podría sustentarse en una política de desincentivo de la donación de óvulos por conllevar un riesgo significativo a la salud de la

En dicho ord
de las reglas
perma), y de
óvulos, fecu
que en la do
donante, mi
óvulo sería
no consider
la mujer, y
donante⁴⁷. P

mujer donante,
de un estatuto
de esperma, pe
riesgos que la

Véase EAST
tificial Insemin
in Cases of Ari

⁴⁷ EASTMAN
estados de los
forma al donar
de forma igual
de gametos, p
donación igual
del 2002) y lo
Arkansas "[t]
AI is the legal
(85) Read in
child conceive
or unmarried
intended father
AI.(87) Read
rights and res
and her husbe
different level
Y la legislaci
donante de ga
provision goe
n oocyte don
a result of a
heterologous
person who c

rear, y como la
a elegir hacerlo
se ve violenta-
rigen biológico,

os donantes de
mente de orden
, que protege la
"clause (EPC))⁴⁶.

a que el donante de
re tenga que hacerse
que "[w]hile holding
the respective parties
tory notion . . . that a
e realities of modern
". (186) This ruling
tory protection from
e susceptible to child
men who donate their

te Suprema de Cali-
ferenciación entre el
s sexos involucrados.
te fallo ha sido fuer-
able to donate eggs.
ntage given to sperm
en can donate sperm
d for equal protection
respective gametes in
the gametes become
rs to identical claims
de regulación tiene un
de los años cincuenta
implica que el secreto
ad. La diferenciación
erma que a la donante
aba en que la materni-
conocida mediante la
arse en una política de
cativo a la salud de la

En dicho ordenamiento, la discusión se ha dado fundamentalmente respecto de las reglas que regulan la donación de material genético masculino (es-perma), y de material genético femenino o de ambos padres (donación de óvulos, fecundados o no). El principio de igualdad se vería alterado desde que en la donación de esperma se mantiene el secreto de la identidad del donante, mientras que la protección legal para los casos de donación de óvulo sería menor. Además, algunos autores critican esta regulación, que no considera que la extracción de óvulos es arriesgada para la salud de la mujer, y que la extracción de esperma no reviste riesgo alguno para el donante⁴⁷. Por otra parte, se han presentado unos interesantes casos res-

mujer donante, riesgo que no corren los donantes de esperma, la autora promueve la adopción de un estatuto intermedio que proteja a la donante de óvulos de igual forma que al donante de esperma, pero que se mejoren los mecanismos de información a la donante en torno a los riesgos que la donación involucra.

Véase EASTMAN, Christina M., "Statutory Regulation of Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination by Donor: A New Frontier of Gender Discrimination", *Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination*, 2010, pp. 392; 394 y 398.

⁴⁷ EASTMAN nos señala que este tratamiento diferente se hace más evidente en algunos estados de los Estados Unidos de América. Así, en algunos estados se protege de mejor forma al donante de esperma en desmedro del donante de gametos; en otros se les protege de forma igualitaria y, finalmente, en algunos estados se omite la regulación de la donación de gametos, para regular sólo la de esperma. Entre los que se protege a ambas formas de donación igualitariamente están los estados que adoptan la UPA (*Uniform Partnership Act* del 2002) y los que no han regulado la donación de material genético. En este sentido, en Arkansas "[t]hese two (...) statutes read together indicate that a child conceived through AI is the legal child of the birth mother, regardless of whether she is married or unmarried. (85) Read in converse, this means that an egg donor would not be the legal mother of a child conceived through AI, regardless of whether the donated eggs are used by married or unmarried women. (86) In contrast, a child conceived through AI is the legal child of the intended father only if the intended father is married to the birth mother and consents to the AI. (87) Read in converse, this means that a sperm donor would only be protected from the rights and responsibilities of legal parentage if the woman who uses the sperm is married and her husband consents to the procedure. (88) Therefore, the Arkansas statute offers two different levels of indirect protection for gamete donors based on the gender of the donor". Y la legislación de Oklahoma es muy interesante por cuanto protege de mejor forma al donante de gametos que al de esperma. Así, esta autora nos señala que "[h]owever, another provision goes further and provides direct protection to egg donors by declaring that '[a] oocyte donor shall have no right, obligation or interest with respect to a child born as a result of a heterologous oocyte donation from such donor. A child born as a result of a heterologous oocyte donation shall have no right, obligation or interest with respect to the person who donated the oocyte which resulted in the birth of the child'. (91) There is no

pecto de la donación de material genético de parejas que posteriormente son demandadas de alimentos. Eastman destaca dos casos de relevancia pronunciados en Pennsylvania. En el primero (*Kesler v. Weniger*), el padre biológico, demandado de alimentos, a pesar de que mantuvo relaciones sexuales con la madre, se defendió aduciendo que donó su esperma, por lo que no era jurídicamente el padre. Como es natural, fue condenado a pagar alimentos. En cambio, en un segundo caso (*Ferguson v. McKiernan*) —parecido al anterior, pero con importantes diferencias— el fallo de los tribunales fue el opuesto. En dicha causa, el progenitor demandado acreditó que la concepción se produjo por inseminación artificial, que existió un acuerdo de donación de esperma —con liberación de responsabilidades parentales celebrado con la madre biológica—, y que el hijo se inscribió en el Registro de Nacimientos como hijo del marido de la madre, lo que llevó a la Corte a acoger la defensa del demandado y a rechazar la demanda de alimentos⁴⁸.

5. NO ES POSIBLE DAR LUGAR A UN DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO, A TRAVÉS DE UNA REINTEPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL, SINO A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN CONSTITUCIONAL, DE NATURALEZA CIVIL, INDEPENDIENTE

El título de esta parte de nuestro trabajo obedece a una interpretación que ha realizado parte de nuestra doctrina respecto al artículo 182 del Código Civil, que estimamos que no es correcta. Algunos autores han señalado que dicha norma impide entablar una acción de conocimiento del origen biológico, pero como entienden que estamos frente a un derecho fundamental, señalan que esta es una limitación que se impone a los padres, pero no al hijo. Esta es la posición sostenida por Corral, respecto de la cual, como indicamos al comienzo de nuestro trabajo, nos permitimos diferir. Creemos que una cosa son las acciones de filiación,

correlating statute for sperm donors. As a result of this language, Oklahoma provides egg donors with protection from the rights and responsibilities of legal parentage, but it fails to do so for sperm donors (92)".

Véase EASTMAN, Christina M., "Statutory Regulation of Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination by Donor: A New Frontier of Gender Discrimination", *ob. cit.*, pp. 371 a 378, y 382.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 384-386.

y otra diferente. En esta forma, la no las acciones de y determina que (esperma u óvulo). THRA. A igual propio Corral r el adoptado ten diferente es que reclamar la de s

De la regulaci a la identidad —l y étnica que, con origen biológico constitucional, el objeto determin forma este pued en ningún caso ya se encuentra de la concepción artículo 1.2 de l

⁴⁹ Sin perjuicio por la reinterpretaci una acción judicial quienes piensan que acción de filiación. Convención de Dere sería la indagación y deberes paternos. Se trataría nada má identidad mediante que ella viniera al

Véase CORRAL T del progenitor biológico *cit.*, pp. 83-88.

⁵⁰ Asimismo, el de 1999 al estudiar l

y otra diferente es la acción de conocimiento del origen biológico. De esta forma, la norma precedente, interpretada de manera correcta, impide las acciones de filiación respecto del que ha donado material biológico, y determina que “los padres” no son los donantes de material biológico (esperma u óvulos), sino los que se han sometido a la aplicación de las THRA. A igual conclusión se llega respecto de la adopción, como el propio Corral reconoce. Así, en la adopción, una cosa es permitir que el adoptado tenga una acción para conocer su origen biológico y otra diferente es que pueda impugnar la filiación de sus padres adoptivos y reclamar la de sus progenitores⁴⁹.

De la regulación que se ha efectuado en nuestro ordenamiento del derecho a la identidad —la cual es clave para poder construir una identidad cultural y étnica que, como hemos visto, comprende el derecho al conocimiento del origen biológico—, se desprende que nos encontramos frente a una acción constitucional, de un alcance más bien limitado. La acción sólo tiene como objeto determinar el origen biológico de un individuo, para que de esta forma este pueda determinar su pertenencia étnica, cultural o social, pero en ningún caso se busca revisar o determinar su filiación, por cuanto ella ya se encuentra establecida por el artículo 182 del Código Civil, respecto de la concepción obtenida mediante técnicas de reproducción asistida, y el artículo 1.2 de la Ley de Adopción, respecto del adoptado⁵⁰. Gómez de la

⁴⁹ Sin perjuicio de lo anterior, a pesar que Corral, como ya vimos señalando, se inclina por la reinterpretación del artículo 182 del Código Civil, reconoce la posibilidad de entablar una acción judicial autónoma. Así, el referido autor señala que “[d]ebe señalarse que hay quienes piensan que si no se admite la acción de investigación de la paternidad como una acción de filiación, es posible construir, sobre la base de lo dispuesto en artículo 7 de la Convención de Derechos del Niño, una acción judicial autónoma y específica cuyo objeto no sería la indagación de la paternidad con la consiguiente atribución de las responsabilidades y deberes paternos, sino simplemente la verificación de la identidad del progenitor biológico. Se trataría nada más que de la satisfacción del interés y derecho del hijo a construir su propia identidad mediante el conocimiento de la persona determinada cuyos gametos permitieron que ella viniera al mundo con las singulares características que la identifican”.

Véase CORRAL TALCIANI, Hernán, “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *ob. cit.*, pp. 83-88.

⁵⁰ Asimismo, el Tribunal Constitucional español en la sentencia Nº 116/1999 de 17 de junio de 1999 al estudiar la posible inconstitucionalidad del artículo 5.5º de la ley Nº 35/88 esto es,

Torre, citando a Rivero, afirma que el derecho a conocer el origen biológico constituye un derecho por el mero hecho de nacer y, por cierto, se trataría de un derecho fundamental integrante del ordenamiento jurídico español, el cual puede ejercitarse con independencia de la acción de reclamación de la filiación.

El ordenamiento jurídico alemán, por su parte, incorporó al *BGB* una acción civil distinta de las acciones de filiación, en el § 1598a, que tiene como objeto el conocer el propio origen biológico (*Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung*). La disposición otorga al padre, a la madre y al hijo un derecho para exigir a los otros miembros de la familia la participación en la investigación de la filiación y de la examinación de pruebas de carácter biológico⁵¹. Los legitimados activos y pasivos de esta acción son: padre, madre e hijo⁵². En

el anonimato del donante de los gametos en relación con el artículo 39.2 de la Constitución española, reconoció que no existe inconstitucionalidad de la norma y expresó claramente que el derecho a investigar la paternidad es una cuestión distinta a buscar o desear conocer el origen biológico. La sentencia funda la constitucionalidad de la disposición legal en que no se ve menoscabada la posibilidad de investigar la paternidad: “[n]o es éste el caso de la previsión contenida en el artículo 5.5 de la ley Nº 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.2 de la Constitución”

Véase a este respecto además: MALO GONZÁLEZ, Fernando, “Hacia un nuevo derecho de familia”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 3, Thomson Civitas, 2002, pp. 4754 y ss.

⁵¹ Esta acción surgió como una respuesta a una jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que estableció que un padre, que sabía no era el progenitor de su hijo, tenía derecho a saber el origen biológico de su hijo, sin necesidad de impugnar la paternidad.

⁵² El § 1598a establece: (1) *Zur Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes können:*

1. Der Vater jeweils von Mutter und Kind,
2. Die Mutter jeweils von Vater und Kind und

el caso que uno de ellos sea el hijo del origen biológico. Con todo, en el caso de que el interés superior del niño requiera que quien acceda a parir sea el resultado de la investigación del ordenamiento jurídico alemán restringida a los intereses del niño que afecte o altere la identidad del mismo.

El ordenamiento alemán establece bases para la configuración del origen biológico y la identidad de cada individuo en la vida social y en la dignidad humana. El artículo 1º de nuestra Constitución, *lege ferenda*, dicha acción debe plasmarse al final de la ley. Queremos que a dicha acción se le otorgue el mismo rango que a dicha acción.

3. Das Kind jeweils von Mutter und Vater verlangen, dass dies die Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes nach den anerkannten Regeln der Wissenschaften ist.

⁵³ El § 1598a inciso 1º establece: *Familiengericht eine Entscheidung über die Entnahme anzuordnen.*

⁵⁴ El § 1598a inciso 2º establece: *die Klärung der leiblichen Abstammung des minderjährigen Kindes durch die Klärungsberechtigten für das Kind.*

⁵⁵ El § 1598a inciso 3º establece: *gewilligt und eine genetische Untersuchung der leiblichen Abstammung des Kindes nach Satz 1 entscheidet.*

origen biológico
cierto, se trataría
jurídico español,
de reclamación

al BGB una ac-
que tiene como
Einwilligung in
Abstammung).
hecho para exigir
investigación de
biológico⁵¹. Los
padre e hijo⁵². En

2 de la Constitución
expresó claramente
car o desear conocer
posición legal en que
es éste el caso de la
iza la no revelación,
olvidar, como base
ernidad se orienta a
de derechos y obli-
al, siendo así que la
icas de procreación
jurídico, sino a una
gen de la generación,
cance, en un ámbito
el último inciso del

un nuevo derecho de
to, Vol. 3, Thomson

ibunal Constitucional
su hijo, tenía derecho
ernidad.

ung des Kindes kön-

el caso que uno de ellos se niegue a prestar su anuencia para la aclaración del origen biológico, el Tribunal de Familia suplirá dicha autorización⁵³. Con todo, en el caso de que la acción implique una lesión o detrimento en el interés superior del niño, se suspenderá el procedimiento⁵⁴. Finalmente, quien acceda a participar en el proceso puede exigir un informe con el resultado de la investigación⁵⁵. En síntesis, existe actualmente en el ordenamiento jurídico alemán una acción de conocimiento del origen biológico restringida a los integrantes de una familia, que no contiene ningún elemento que afecte o altere la filiación.

CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico chileno, como hemos analizado, contiene las bases para la configuración de una acción constitucional de conocimiento del origen biológico de las personas, que se sustenta en el derecho a la identidad de cada individuo sin consideración a su edad, sexo o condición social y en la dignidad humana (noción establecida expresamente en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental). Por ello, pensamos que, *de lege ferenda*, dicha acción podría establecerse en nuestra constitución y plasmarse al final del Título I del Libro Primero del Código Civil. Estimamos que a dicha acción se le pueden atribuir los siguientes rasgos:

3. *Das Kind jeweils von beiden Elternteilen verlangen, dass diese in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe dulden. Die Probe muss nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft entnommen werden.*

⁵³ El§ 1598a inciso 2 dispone: (2) *Auf Antrag eines Klärungsberechtigten hat das Familiengericht eine nicht erteilte Einwilligung zu ersetzen und die Duldung einer Probenentnahme anzuordnen.*

⁵⁴ El§ 1598a inciso 3 prevé: (3) *Das Gericht setzt das Verfahren aus, wenn und solange die Klärung der leiblichen Abstammung eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohls des minderjährigen Kindes begründen würde, die auch unter Berücksichtigung der Belange des Klärungsberechtigten für das Kind unzumutbar wäre.*

⁵⁵ El§ 1598a inciso 4 indica: (4) *Wer in eine genetische Abstammungsuntersuchung eingewilligt und eine genetische Probe abgegeben hat, kann von dem Klärungsberechtigten, der eine Abstammungsuntersuchung hat durchführen lassen, Einsicht in das Abstammungsgutachten oder Aushändigung einer Abschrift verlangen. Über Streitigkeiten aus dem Anspruch nach Satz 1 entscheidet das Familiengericht.*

En primer lugar, una acción de conocimiento del origen biológico, en principio, no debería generar ninguno de los efectos de la filiación, porque como hemos visto, su objeto es diferente a las acciones de filiación.

Sin embargo, la acción de conocimiento debe quedar sujeta al interés superior respecto de los niños y adolescentes, puesto que el desarrollo de un niño es un proceso de carácter individual, que debe adaptarse a las necesidades propias de la infancia y adolescencia. Por ello, en ocasiones será adecuado que un menor conozca su origen biológico a temprana edad y en otros casos será tal vez mejor reservar dicho derecho para una etapa posterior. A su vez, se pueden establecer ciertos lineamientos para el ejercicio de la acción civil de conocimiento del origen biológico. Esta acción respecto de niños y adolescentes se puede ejercer, previa autorización del juez, mediante requerimiento de los adolescentes, que son los mayores de catorce años, y los niños o niñas que tengan la madurez necesaria para entablar la acción, sin necesidad de representación de los padres, o en casos excepcionales a través de la representación legal.

Esta acción debería entablar, en todo caso, respecto de los adultos, pero con limitaciones. Sin perjuicio de los fallos de los tribunales a este respecto, sería preferible que los casos difíciles, que hemos analizado, sean resueltos mediante un debate profundo en nuestra sociedad, a través de un proyecto de ley. Al respecto, nos debemos hacer las varias preguntas: ¿en qué casos debiese permitirse ampliamente esta acción?, ¿en qué casos debe denegarse? Y, finalmente, ¿en qué casos es sostenible establecer ciertas limitaciones a su ejercicio? Ello naturalmente conlleva a discutir si se le otorgará a la madre –que abandona su hijo al sistema de protección social– un derecho al anonimato; y a su vez, se debe determinar si el donante de material genético tiene el mismo derecho. Además, ello no obsta a que en ciertas circunstancias –como los casos de enfermedades o de incompatibilidades especiales (como para contraer matrimonio entre hermanos biológicos)– nos deberíamos inclinar a favor de la acción de conocimiento. También nos parece que deberían establecerse casos en que simplemente se impida el conocimiento, como aquellos en los que la filiación proviene de una violación, un incesto, etc. (ello está íntimamente ligado al establecimiento de un derecho de reserva de la madre).

Finalmente, recalco de filiación, e incluso donación de material genético, para entablar una acción de conocimiento.

La independencia de la acción de conocimiento en que es perfectamente independiente de impugnación y rectificación, en que su padre no sea el mismo, en que la acción de conocimiento es realmente su propio derecho, es decir, sin pretensión de filiación.

⁵⁶ Respecto de la donación de material genético, que el artículo 10 de la Ley de Filiación establece que es un acto de filiación, que el artículo 10 de la Ley de Filiación establece que es un acto de filiación.

⁵⁷ Por ello, como hemos visto, la acción de conocimiento de las acciones de filiación, que es un acto de filiación, sostenido al final del Título II de la Ley de Filiación, se denomina derecho a la verdad.

⁵⁸ Esta opción nos permite, en el caso de posesión notoria del estado, más que por la verdad biológica.

Finalmente, recalamos que esta acción es independiente de las acciones de filiación, e incluso en la mayoría de los casos —como los de adopción y donación de material genético⁵⁶— procedería en casos en que no es posible entablar una acción de filiación⁵⁷.

La independencia de esta acción de las acciones de filiación se aprecia en que es perfectamente posible que un hijo, pudiendo entablar una acción de impugnación y reconocimiento, opte por esta acción por cuanto, a pesar que su padre no sea su progenitor. En dicho caso, el hijo puede entablar la acción de conocimiento del origen biológico con el solo objeto de saber quién es realmente su progenitor, sin pretender dar lugar a un vínculo filiativo, es decir, sin pretende cambiar el estatuto de progenitor a padre⁵⁸.

⁵⁶ Respecto de la donación de material genético nos parece lógico entender, como hemos justificado, que el artículo 182 del Código Civil chileno nada aporta a esta discusión.

⁵⁷ Por ello, como hemos recalado, esta acción “de lege ferenda” no puede regularse a raíz de las acciones de filiación, en el Título VII del Libro I del Código Civil, sino como hemos sostenido al final del Título I del Libro Primero, en un párrafo, que podría ser el cuarto, que se denomine derecho a la identidad y conocimiento biológico.

⁵⁸ Esta opción nos parece evidente, desde que nuestro ordenamiento jurídico prefiere la posesión notoria del estado civil a la filiación biológica, es decir, se inclina por la realidad más que por la verdad biológica.