

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CHILE



**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AL
DERECHO A LA IDENTIDAD FILIATORIA**

NÉSTOR ALONSO PINO SILVA

Tesis para optar al
grado de Magister en Derecho

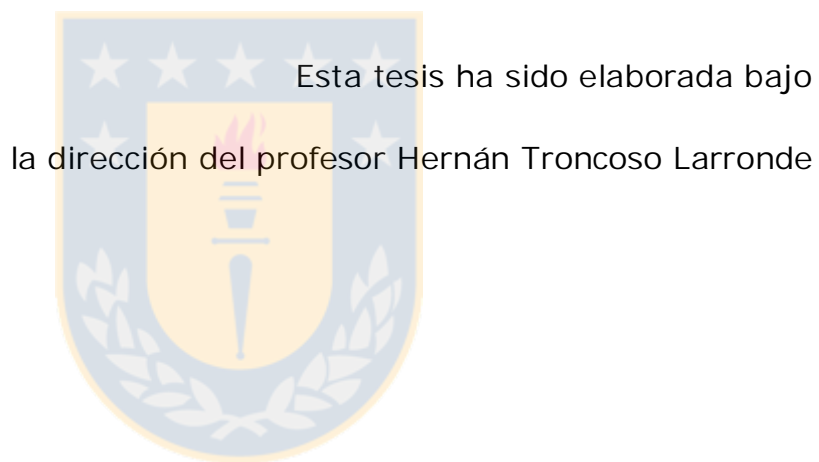
CONCEPCIÓN

2015



A la memoria de mi padre.

Agradezco a mi madre por darme la vida, a mi hermano por regresar y a Fabiola por enseñarme la virtud del perdón.



INTRODUCCIÓN.....	7
PARTE PRIMERA: Bases Generales	17
CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FILIALES	18
I) Advertencia del capítulo.....	19
II) El Derecho de Familia se constitucionaliza por medio de la responsabilidad civil	20
III) Del Negacionismo histórico-sociológico de la influencia de la responsabilidad civil en las relaciones filiales a la limitación de su injerencia. Breve evolución	34
IV) Aceptación paulatina del ingreso de la responsabilidad civil en los vínculos parentales. Confrontación de los argumentos negacionistas o restrictivos.....	46
V) La responsabilidad civil del Derecho de Familia como sistema particular, pero discutiblemente especial	64
VI) La insuficiencia de los regímenes de la responsabilidad civil para suplir satisfactoriamente los vacíos que genera la transposición de la responsabilidad en las relaciones filiales.....	72
VII) El daño al derecho a la identidad en los vínculos filiatorios se ubica excepcionalmente en la familia tradicional	77
CAPITULO II: EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL RECONOCIMIENTO	84
I) Introducción.....	85
II) Marco Conceptual	87
III) Un derecho en proceso de deslindamiento: conceptos y alcances confusos	92
IV) Deslinde del derecho a la identidad. Especial mención a la identificación.	105
V) Espectros del Derecho a la identidad: la identidad de origen y la identidad filiatoria y su reconocimiento en nuestra legislación.....	111
VI) Del derecho a reconocer al derecho a ser reconocido	129
PARTE SEGUNDA: Hipótesis de daño al derecho a la identidad filiatoria y su tratamiento.....	144
I) Introducción.....	145

II) Responsabilidad civil derivada del no reconocimiento voluntario de un hijo	148
III) Responsabilidad civil derivada del reconocimiento malicioso o negligente de un hijo	184
IV) Responsabilidad civil derivada del reconocimiento logrado a base de engaños, fraudes o negligencias. El ocultamiento de la paternidad	192
V) Responsabilidad civil derivada del no ejercicio de las acciones de filiación	203
VI) Responsabilidad civil derivada del impedimento de ejercer las acciones de filiación en el caso de los concebidos por métodos asistidos de fertilización y de la imposibilidad de indagar los orígenes.....	211
CONCLUSIÓN	222
BIBLIOGRAFÍA.....	226



Abreviaturas empleadas

-Art. Artículo.

-Pág. Página.

-Págs. Páginas

-Vol. Volumen.



INTRODUCCIÓN¹

La responsabilidad civil ha vivido un avance científico extremadamente vertiginoso en las últimas décadas. Los factores que han determinado dicha expansión son de difícil deslindamiento, sobre todo por la ingente explosión de elementos que siempre coexisten con el Derecho, como lo son los demográficos, los tecnológicos y los sociales, pero sin perjuicio de que resulta en extremo complejo la búsqueda de la causa precisa que justifique el porqué esta área del Derecho -por mucho tiempo olvidada-avanzó a nivel exponencial, cierta doctrina² apunta a que el progreso se produce en gran medida por el redescubrimiento del daño como centro y motor del instituto.

En efecto, la responsabilidad civil nació muy ligada a la responsabilidad penal, institución que centra su desempeño jurídico en el reproche y el juicio de imputación. La famosa fuente de la responsabilidad civil que es la *Lex Aquilia* eso demuestra según no pocos³. En los tiempos de esta ley las confusiones entre una y otra responsabilidad fueron bastante marcadas, lo que determinó en gran medida que la responsabilidad de naturaleza civil siguiera su estudio muy ligada a una de las posibles perspectivas desde la cual podía analizarse el estudio de los fenómenos dañosos en el Derecho: desde el prisma del dañador.

Lo anterior impregnó la médula del instituto y su posterior desarrollo, tanto doctrinal, como normativo. Y así, por

¹ La referencia al país de origen de las obras citadas en esta investigación, así como la edición consultada, se llevará a cabo en la Bibliografía.

² **MOSSET**, Jorge, *RESPONSABILIDAD CIVIL*, Editorial Hammurabi, año 1.997, pág. 25.

³ **GOLDEMBERG**, Isidoro, *INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS*, editorial Hammurabi, año 1.993, pág. 84.

ejemplo, debemos a esta perspectiva de estudio los ingentes aportes doctrinarios sobre la culpa civil y todo lo que deriva de ella (apreciación, presunciones, estándares, etc.), aspectos que, en general, configuraban el grueso de los tratados doctrinales al efecto. Y del lado normativo, basta el simple análisis del Código Napoleónico y sus herederos continentales para notar que el eje de la institución se centra en configurar un juicio de reproche lo más justo posible, en vez de un juicio de reparación lo más íntegro y eficientemente tolerable.

Y, en caso alguno, lo anterior supone un reproche a la perspectiva bajo la cual se estudió la institución, sino muy por el contrario, el rigor científico y los aportes inconmensurables a una materia tan compleja como lo es la responsabilidad civil, configuraron un análisis serio y muy extenso de la cuestión. Eso sí, extenso, pero no completo.

Fue recién, incipientemente, con el advenimiento de la tecnología que aportó la Revolución Industrial y la explosión demográfica del siglo XIX y XX, que el otro extremo de esta área jurídica comenzó a ver la luz y ser reconocido y luego ampliamente tratado: el daño.

Y se dice incipientemente, porque si bien el abrupto desarrollo de las tecnologías y el aumento de la población son factores que permiten contar con un adecuado contexto al momento de estudiar la evolución de la responsabilidad civil, no puede comprenderse adecuadamente el porqué el daño se ha situado a la cabeza del desarrollo científico de la institución sin centrarse en el estudio de la persona humana, sobre todo en épocas inmediatamente posteriores a las atrocidades de las guerras mundiales del siglo XX.

En efecto, para realmente entender por qué el daño vino a complementar y luego relevar a la culpa en el avance de la responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que la persona –y ya no tanto el patrimonio- pasó a ser la piedra angular del análisis jurídico, tanto de la doctrina, como de la ley y la jurisprudencia, ello a partir del siglo XX. Lo anterior implicó una revolución bastante categórica para la ciencia jurídica –centrada hasta ese entonces más en lo que la persona poseía y cómo ello se vinculaba jurídicamente con el entorno, que en lo que la persona era y cómo ella se relacionaba con el resto de los individuos- lo que supuso una subordinación a la persona como centro inagotable de derechos e intereses dignos de tutelarse.

Así, bajo el amparo de aquella premisa –suma, como todo en el Derecho, de un momento histórico, valórico y social imperante- es que el Derecho complementa antiguas instituciones o, lisa y llanamente, crea o reconoce otras nuevas en torno a la persona, como por ejemplo lo son los Derechos Humanos, los Derechos Fundamentales, los Derechos de la Personalidad, etc. y su pormenorizado y detallado análisis; el Derecho se sitúa al servicio de la persona y cada instituto que comprende esta ciencia social seguiría al individuo en sus más variadas actividades, resguardándolo en su espiritualidad, identidad, sentimientos, ideales y, en general, en el contenido moral de su patrimonio.

Por lo tanto, en la época antes dicha y desde el punto de vista de la responsabilidad civil, antiguo juicio de impugnación o reproche de una conducta, germina un complemento perfeccionador en su análisis al añadir a la institución el vigor y versatilidad que el daño ofreció y ofrece.

Y si bien fue y es determinante, en cualquier análisis sobre la expansión de la responsabilidad civil, no prescindir de la diversificación tecnológica del siglo pasado, de la globalización que puso en jaque cualquier frontera que los países se empeñaron en determinar, de la explosión demográfica que generó mucha cercanía física entre las personas, aumentando con ello los riesgos y probabilidades de daños, el centro y piedra angular de la comentada extensión radica en el profundo estudio de la persona como el más digno eje de tutela existente, dado que donde el individuo se desempeñare, donde su actividad ejerciere, en el medio social donde desarrollare sus variadísimos derechos, portaba un haz espiritual invaluable y el Derecho, y la responsabilidad civil, debían de ser un blasón potente para resguardarlo en su desarrollo.

Por lo antes dicho, no resulta excluyente (sí relevante, como posteriormente se indicará en esta tesis, pero no excluyente) dónde la persona esté inserta -su actividad profesional, su rol en la sociedad, su posición familiar, etc.- para determinar la procedencia de la responsabilidad como remedio jurídico destinado a tutelarle, preventiva o reactivamente, de los daños, pues la persona, en el lugar físico o sociológico que se encuentre, es titular de la más completa protección en su patrimonio material y moral. En otras palabras, la responsabilidad civil acude al resguardo de la persona en cualquier lugar, posición o tiempo en que ésta se encuentre, penetrando fronteras que otrora parecían bastiones inexpugnables, ingresando a dominios donde ayer hubo oscuridad e impunidad.

En todo caso, y pese a la delimitación del estudio de este trabajo, parece conveniente precisar lo señalado en el sentido que esa oscuridad e impunidad dista mucho de ser única y exclusiva de los

daños que se gestan en las relaciones filiales (las llamadas *inmidades patriarcales* que ulteriormente se indicarán). Basta para ello pensar en dos situaciones de extrema frecuencia actual, pero nulas o excepcionales en el pasado: la responsabilidad de los empresarios y la responsabilidad del Estado, casos paradigmáticos de dominios donde la responsabilidad civil no tenía cabida y no la hubiera tenido jamás sino se trasladada el eje de tutela hacia la persona. En efecto, recién con las atrocidades que supuso la revolución industrial para con los trabajadores explotados en las faenas industriales se comenzó a plantear situaciones donde los empleadores debían de responder por los daños inferidos. Lo suyo ocurrió con los daños que se producían en la actividad estatal, donde desde épocas en las cuales simplemente existía la más absoluta inmunidad de éste (o de los monarcas en épocas más pretéritas) y era impensable que las personas pudieran ser resarcidas por aquél, hemos llegado en la actualidad a una teoría de la responsabilidad del Estado robusta y seria.

Por lo tanto, en parecer de este investigador, y sin desconocer los aportes efectuados a la responsabilidad civil por la perspectiva del dañador, el juicio de reprochabilidad tenía un punto de inflexión que marcaba las limitaciones propias del estudio de la disciplina bajo tal prisma y fue precisamente el análisis centrado en la persona, y consecuentemente en el daño, lo que permitió a la responsabilidad civil asumir su encomiable labor jurídica y asegurar su debida expansión acorde al desarrollo de la sociedad.

Eso sí, valga una precisión en este apartado, precisión del todo importante debido a que imbuye el presente trabajo investigativo: la responsabilidad civil es un todo armónico de ricas interrelaciones

internas entre sus elementos configurativos, por lo que en caso alguno debe prescindirse de alguno de ellos a la hora de analizar una nueva área donde esta disciplina penetra. En otras palabras, y tomando como referencia los extremos que ofrecen la culpa y el daño, entre ellos existe una interacción, una *simbiosis jurídica* notablemente armónica. En efecto, allá donde la responsabilidad civil es apta para encontrar una nueva frontera donde el daño fue capaz de turbar el óptimo desempeño de la persona, se genera un estándar de comportamiento para aquellos involucrados en los hechos vinculantes, lo que trae consigo que así como la culpa no puede prescindir del daño, el daño no puede ser analizado sin estudiar cuidadosamente los estándares de conductas esperados, o en otros términos, la expansión de la responsabilidad civil en razón del daño no puede en caso alguno significar que esta disciplina invada arbitrariamente las constantes actividades que las personas llevan a cabo y los distintos roles que cumplen en una sociedad, donde inclusive factores como la tolerancia pueden hacer no siempre reparable un daño.

Ahora bien, precisado lo anterior, y dejando en claro – como se dijo- que la responsabilidad civil ha evolucionado; que en torno a la persona humana se han desarrollado encomiables avances en torno al descubrimiento o reconocimiento de la más amplia gama de derechos fundamentales; que el daño puede interferir en dichos derechos y que, por ende, esta rama del Derecho tiene el deber de ingresar a cualquier actividad donde la persona se desempeñe y puedan verse afectados esos derechos, es que he querido centrarme en una de esas áreas donde la responsabilidad civil ha ingresado y, dentro de dicha área, una de sus posibles variaciones: las relaciones filiales, más concretamente,

las diversas formas del daño al derecho a la identidad filiatoria o a la verdad de origen.

En efecto, la responsabilidad civil ha ingresado en innumerables áreas del Derecho, pero en el feudo de las relaciones filiales ha tenido particulares inconvenientes para desempeñar sus funciones, al menos en nuestro país. O sea, esa expansión rauda que indiqué en acápite precedentes ha sido mucho más pausada –y discutida- cuando de relaciones familiares se trata. En todo caso, motivos y fundamentos para un cansino ingreso existen y no de poco peso, donde uno de los más poderosos expone que los remedios específicos que el legislador dispuso en los conflictos parentales son los idóneos para solucionar problemas que no son de naturaleza patrimonial.

Si bien en su oportunidad ya se refutarán esos y otros argumentos, al respecto resta reafirmar lo expuesto en párrafos anteriores: la posición que ocupe el sujeto en algunas de las variadas facetas que le toca desempeñar no excluye en caso alguno la procedencia de la responsabilidad civil como remedio jurídico idóneo para lograr la prevención y reparación de daños. Puede dicha posición, sin duda, influir en los grados de ingreso del derecho a la reparación, pero no excluirle en ningún caso.

Ahora bien, el pausado ingreso de la responsabilidad civil puede apreciarse en diversas áreas de las relaciones de familia, donde destacan daños entre cónyuges⁴, daños entre hermanos, daños entre

⁴ Al respecto puede leerse a **VARGAS**, David, *DAÑOS CIVILES EN EL MATRIMONIO*, editorial La Ley, año 2.009, y a **MENDOZA**, Pamela, *DAÑOS MORALES POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL. UN ACERCAMIENTO AL DERECHO ESPAÑOL*, Revista Chilena de Derecho y

padres e hijos⁵, etc., los que han tenido particular estudio en otras latitudes, pero también ha tenido desarrollo –no en nuestro país, pero sí en naciones cercanas, como Argentina- los daños que se ocasionan en una de las zonas –en mi parecer- limítrofes entre el derecho común y el derecho de las relaciones filiales: el daño originado en la privación de la identidad filiatoria y de la verdad de origen.

En efecto, la identidad ha sido desarrollada como un Derecho Humano de espectro bastante amplio, abarcando la identidad nacional, social, histórica y personal, y si bien goza –por el momento- de una carencia en su limitación conceptual y en su nítido ingreso desde el Derecho Humano que configura a la esfera de los concretos derechos subjetivos, constituye uno de los más valiosos aportes a la ciencia jurídica, particularmente a la responsabilidad civil.

Este derecho a la identidad puede verse lesionado de diversas formas y en diferentes ámbitos, siendo las relaciones filiales o cuasi parentales uno de los posibles contextos bajo los que puede presentarse. Más concretamente, el derecho a la identidad puede dañarse cuando se impide a una persona construirse a sí misma de la manera que ella estime acorde con el desempeño de sus únicas características y de su libertad en general y, además, cuando se impide que esa autoconstrucción sea percibida por el resto tal y cómo es.

Ciencia Política, Vol. 2, N° 2, 2.011, ubicado en el siguiente link, visitado el 13-12-2013 <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4036391.pdf>, págs. 41-64.

⁵ Ver a **RODRÍGUEZ**, Alma María, *RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES*, Editorial Civitas, año 2.009.

La autoconstrucción es un proceso extenso, según algunos abarca toda la vida de las personas. Sin perjuicio de ello, en parecer de este investigador, es en las etapas tempranas del progreso del individuo cuando la autoconstrucción marca un momento clave en el desarrollo, toda vez que aquel que se elabora con bases falsas, llevará a cabo una identidad que no es la que le corresponde, donde existirá una constante fricción entre lo que el individuo estima como real y lo exteriormente aparece como tal.

En este proceso extenso, que a no poco andar en su avance implica interrelaciones con los otros individuos y con el propio Estado, resulta clave –aunque no excluyente- que el sujeto tenga un fidedigno acceso a sus orígenes biológicos, a su comienzo biológico, lo que le permitirá desarrollar una biografía y un concepto de sí mismo verídico que será conteste con aquel que se percibe por el resto. Lo suyo ocurre con el tener la filiación que le corresponde.

Dicho acceso se ve truncado de muchas formas, algunas violentas y otras donde impera una multiplicidad de factores que no pueden ser desatendidos por la responsabilidad civil cuando le toque actuar con el remedio jurídico que porta, y ello puede apreciarse en un no reconocimiento de un hijo, un reconocimiento hecho sin tener derecho a ello o también en el inducir a otro a reconocer bajo engaño creando una relación de identidad falsa, entre otras hipótesis.

Es precisamente a aquello a lo que esta tesis se abocará. Esta investigación busca demostrar que la responsabilidad civil contiene un centro inmutable protector de las personas que es capaz de penetrar cualquier posición que el sujeto desempeñe, particularmente las de naturaleza filial, y que tiene un rol imprescindible a la hora de resarcir

los gravísimos perjuicios que se suscitan cuando se vulnera el derecho que toda persona tiene a una adecuada autoconstrucción en razón de su exacta verdad de origen o biológica.

Para lograr tales objetivos resultará de vital importancia el análisis tanto del derecho a la identidad -sobre todo en lo relativo a cómo descende de la elevada categoría de derecho humano a la gama de los derechos subjetivos-, como el estudio del reconocimiento como un derecho del reconocido, no del reconociente⁶. Ulteriormente, se justificará que tanto no reconocer a un hijo como reconocerlo sin derecho a ello, así como todo engaño que se efectúe en dichos reconocimientos, entre otras hipótesis, implica actitudes antijurídicas, ello sin perjuicio de que las relaciones filiales o cuasi filiales pueden generar particularidades en los estándares de comportamiento, estándares de los que no puede prescindirse al momento de permitir a la responsabilidad civil el ingreso a un área particularmente sensible del desarrollo de la persona.

⁶ La palabra “reconociente” no se encuentra consagrada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pese a ello, es habitualmente empleada por los autores consultados por este investigador, por lo que se empleará en esta tesis. Lo propio ocurre con otras palabras como “causación”, “divorciable”, “suprapatrimonial”, “resarcibilidad”, “comunitaristas”, “identitario”, entre tantas otras, todas ellas, como se dijo, habitualmente ocupada por la doctrina citada.

PARTE PRIMERA: Bases Generales



CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES



1) Advertencia del capítulo

La presente investigación se ocupa de un tema específico dentro del amplio espectro de la responsabilidad civil, mas por muy preciso que resulta el análisis que haya de efectuarse, se torna en inevitable –e inviable- el prescindir de un apartado general que sienta las bases sobre las cuales se fundamentará la tesis. Lo anteriormente expresado obedece, por una parte, a razones prácticas, esto es, evitar las dilaciones que podrían suscitarse al momento de desarrollar los capítulos específicos y, además, por razones de fondo. En estas últimas destacan, por una parte, porque entender el derecho a la identidad filiatoria prescindiendo del fenómeno de Constitucionalización del Derecho es, a juicio de este investigador, insostenible. Luego, porque la responsabilidad civil, constitucionalizada, porta un remedio jurídico que trasciende al ámbito patrimonial. Finalmente, porque el daño del cual se ocupa esta tesis, vinculado con los lazos afectivos y filiales, no siempre supone estar dentro del marco de una familia, al menos en su concepto tradicional.

Todos los aspectos antes indicados, suponen el contexto bajo el cual se desarrolla esta nueva manifestación del daño en la vida jurídica y el no analizarlos (brevemente) implicaría ingresar a un estudio en exceso abrupto, con un afán de especificidad que podría ganar comprensión de la obra, pero perder en la claridad del mensaje que la misma quiere entregar.

II) El Derecho de Familia se constitucionaliza por medio de la responsabilidad civil

Previamente a desarrollar este importante apartado, creo conveniente señalar una advertencia: tanto el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho, como la manifestación de aquel en la esfera del Derecho de Familia, excede con creces el ámbito de estudio de esta investigación, por lo que el presente análisis se centrará en la vinculación causal que este tesista aprecia entre la constitucionalización de la responsabilidad civil y cómo esta situación es capaz de llevar a la familia dicho efecto en lo que se refiere a los daños⁷.

Como se señaló en la introducción de esta investigación, en la actualidad el Derecho se encuentra al servicio de la persona, siendo ésta el eje de cualquier creación o interpretación de las normas. Lo anterior no siempre fue de esa manera. En efecto, en los regímenes totalitaristas la persona estaba al servicio completo del Estado, debiendo sacrificar cualquier tipo de libertad individual a favor del todo social. Más atrás en el tiempo, lo suyo ocurría con las monarquías o las sociedades teocráticas respecto del rey o la deidad, según sea el caso.

Los factores que decantaron en un giro hacia la persona como émbolo y piedra angular del Derecho son extremadamente variados, gozando cada uno de ellos de una gran extensión y de un nutrido contenido. Así, se pueden mencionar, por ejemplo: el cambio en el rol del sentenciador en su aplicación de las normas, el fenómeno de

⁷ Para estos efectos seguiré, fundamentalmente, la claridad de **CORRAL**, Hernán, *ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO*, publicado en *Derecho Mayor* (Universidad Mayor) N° 3, octubre, año 2.004, págs. 47-63.

descodificación, la internacionalización del Derecho por medio de tratados internacionales y normas supranacionales y el constitucionalismo del siglo XX⁸, esta última la respuesta más nítida a favor de la persona como centro de la ciencia jurídica. En otras palabras, el viraje fue desde el patrimonio al ser humano⁹.

En el plano del constitucionalismo, la incidencia de las guerras mundiales, particularmente la segunda, resulta decisiva para comprender el porqué de la variación en el prisma de estudio, toda vez que en esos tristes años el individuo fue reducido a un plano netamente instrumental, meros vehículos de los fundamentalismos más extremos. Lo anterior caló profundamente en la sociedad de ese entonces, imbuyendo de inmediato a la ciencia jurídica y, dentro de ella, a la antigua visión del Derecho Público con su paradigma de rama del Derecho ocupada netamente de la regulación del poder. *“Las constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, tratando de evitar los atropellos a los derechos fundamentales de los regímenes totalitarios y acogiendo también principios de la llamada democracia social, abandonan la aproximación clásica de regular únicamente el funcionamiento del poder, y pasan a explicitar cuáles son los principios morales básicos que sustentan y hacen posible un régimen democrático, elevan a la categoría de normas constitucionales los derechos fundamentales de las personas, y, lo que es más relevante, establecen*

⁸ Ibídem, pág. 50.

⁹ Al respecto se ha indicado *“La decisión constitucional de priorizar al ser humano en sí propio, por encima de sus derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores. Pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser in dubio pro homini, siempre en favor del ser humano”*. **ALFERILLO**, Pascual, *EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL*, publicado en revista Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado, vol. I, N° I, año 2.013, pág. 12.

mecanismos jurisdiccionales especiales para hacer efectivos dichos derechos"¹⁰.

Así, la incorporación en las Cartas Fundamentales de los valores morales intrínsecos a la persona, sumado a la jerarquía normativa propia de la mayoría de los sistemas jurídicos, implicó que las Constituciones ocuparen el rol de ente rector de cualesquiera norma (y aplicación de las mismas) que un ordenamiento tuviera o creare en lo sucesivo, lo que implicaba que las distintas y antiguas especialidades del Derecho debían de adecuarse a esta nueva visión de esta ciencia social.

Dentro de tal marco, la impregnación de los valores consagrados en la Constitución tuvo un paulatino ingreso en las diversas ramas del Derecho, siendo el Derecho Privado una de las primeras en ser moldeada a la imagen de la Carta Constitucional. Lo anterior, en todo caso, no implicó necesariamente una reforma sustancial del derecho privatista, sino más bien su adecuación a la injerencia que los valores de la persona aportaban al desarrollo de los vínculos jurídicos de naturaleza privada, o lo que es lo mismo, la complementación del antiguo Derecho Privado con los derechos fundamentales de toda persona. Por lo anterior, Hernán Corral asevera que este proceso de constitucionalización importa que el Derecho Privado: *"Intenta mantener los ideales de igualdad, impersonalidad de las normas, coherencia y sistematización (propias de la codificación), pero integrándolos en una comprensión más profunda y real del proceso de creación e interpretación jurídica y una consideración relevante de fines y principios morales como la dignidad de la persona, la justicia contractual y los*

¹⁰ **CORRAL**, Hernán, op. cit, pág. 52.

*valores de la solidaridad social que parecen insoslayables para fundamentar y dar legitimidad al sistema*¹¹.

Ahora bien, el ingreso de los valores constitucionales al Derecho Privado impregnó innumerables especialidades del mismo¹², pero sin duda que una de las más influenciadas por los principios morales en cuestión fue la responsabilidad civil o el derecho de daños, donde el reconocimiento del daño moral por parte de las Cartas Fundamentales, particularmente la chilena, impulsó el análisis al respecto.

En efecto, previo a la consagración a nivel supralegal de la persona y su haz de derechos fundamentales, su patrimonio moral, la responsabilidad civil llevaba consigo un remedio jurídico particularmente restringido, limitado a los daños materiales y sus posibles manifestaciones, ello sin perjuicio de la loable labor de la jurisprudencia en pos de extender los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento y, ergo, extender la reparación.

Son aquellos años pre Constitución, sobre todo la del año 1980 y, aún anteriormente, previos a los reconocimientos jurisprudenciales de la existencia de bienes espirituales susceptibles de ser dañados, donde la responsabilidad civil efectivamente estaba limitada a un ámbito netamente patrimonial, donde difícilmente podía sostenerse que poseía un contenido tuitivo de daños que se gestaban en ámbitos externos a lo material.

¹¹ Ídem.

¹² Contratos, derecho sucesorio, derechos reales, entre otros, *ibídem*, pág. 53.

La Constitución del año 80, y la añosa labor de los tribunales reconociendo el daño moral, vienen a revitalizar una institución creada al socaire de las relaciones meramente patrimoniales, pues vienen en incorporar en la responsabilidad civil todo un nuevo contenido vinculado con un aspecto hasta ese entonces desconocido: los Derechos Fundamentales de la persona.

Y si bien nuestra Constitución no goza de los términos explícitos que alguna doctrina trasandina le atribuye a su propia Carta Fundamental¹³, la articulación de varios preceptos de nuestra Constitución nos permiten colegir, incluso a nivel de garantía constitucional implícita, *un derecho a no ser dañado*, con el correspondiente *derecho a exigir la reparación del perjuicio*. Se ha dicho al respecto “... *aunque la Constitución Política de la República de Chile no comprende expresamente el principio neminem non laedere, es un*

¹³ “En Argentina, el planteamiento ha desbordado el ámbito civil, pues allí está consagrado constitucionalmente el deber de no dañar y el correlativo derecho a no ser dañado, mediante la interpretación *ad contrario* del artículo 19 de la Constitución de 1994’, **NOVALES**, Aránzazu *RESPONSABILIDADES ESPECIALES. ¿DEBERÍA HABER EN EL DERECHO MATRIMONIAL MECANISMOS REPARATORIOS?*, en *Regímenes especiales de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Colección Derecho Privado IV, año 2.008, pág. 121. El artículo en cuestión dispone “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. Así, en base a tal precepto, la jurisprudencia argentina ha consolidado un principio supra legal en materia de responsabilidad civil “...*la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los —hombres— perjudicar los derechos de un tercero*». Razón por la cual —*la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica*”, por lo que “...*la hermenéutica de la Corte Federal, no sólo reconoce origen constitucional al deber de no dañar sino que determinó el carácter de norma reglamentaria de la Constitución que tenía el Código Civil, razón por la cual la normativa privada expande su influencia a las otras disciplinas jurídicas*”, **ALFERILLO**, Pascual, op.cit. pág. 25.

principio general que inspira la regulación de la responsabilidad civil. Y es claro que el derecho de la persona a no ser dañada y el correlativo deber jurídico de no dañar a otro hace a la dignidad y a la integridad física y moral del ser humano y obliga a eliminar todo daño, tanto patrimonial como moral, ocasionado en el seno de la familia y entre familiares”¹⁴.

Así, la tuición que la Constitución le otorga a la persona, ya no sólo en su patrimonio, sino en su yo, manifestado por la garantía de la integridad física y psíquica como matriz de la justificación, importa que toda persona tiene derecho a mantener la integridad de su ser, la inviolabilidad de su yo, o lo que es lo mismo sólo que con otras palabras, tiene derecho a que no se le dañe, pero además y dado que todo derecho puede verse infraccionado por la libertad humana, tiene derecho a ver solucionado el perjuicio, ya no sólo el material, sino el que le afecte como persona, el daño moral, lo que queda claro en variadas normas Constitucionales y viene siendo reconocido hace bastante tiempo por nuestra doctrina. Así, por ejemplo, Díez indica: *“Las últimas constituciones han reconocido expresamente la existencia de los perjuicios morales. La Constitución de 1980 hace un aporte significativo al elevar a rango constitucional la reparación de ciertas especies de daños morales, como son los atentados contra la vida e integridad física y psíquica de la persona y el derecho al honor (art. 19, números 1° Y 4° de ese texto). Por consiguiente, hoy no podrá desconocerse su*

¹⁴ **NOVALES**, Aránzazu, op.cit., pág. 135.

reparación en cualquier ámbito de la responsabilidad civil, so pena de incurrir en infracción a las normas constitucionales”¹⁵.

Por lo tanto, la responsabilidad civil se encuentra constitucionalizada, lo que significa que el origen de la institución y su contenido, además de su consiguiente extensión, tiene un reconocimiento, pero sobre todo, un impulso constitucional. Este impulso implica que no puede, so excusa de supuestos vacíos normativos, justificar daños sin justa reparación o la existencia de feudos de impunidad ante los perjuicios. En otras palabras, no existe área del Derecho ajena a la reparación de los daños en su esfera de desenvolvimiento, pues la reparación sigue a la persona sea cual sea la posición que ésta ocupe.

Dejando de lado, momentáneamente, el Derecho Privado y la responsabilidad civil constitucionalizada, conviene centrarse en el efecto que la Constitución ha generado en el Derecho de Familia. Al respecto debe indicarse que esta área jurídica también se encuentra constitucionalizada, sin perjuicio de que nuestra Carta Suprema no es lo específica que sí lo son otras al respecto¹⁶. Además, tampoco existe claridad en el concepto que ha de tenerse de la misma (de la familia), lo

¹⁵ **DIEZ**, José Luis, *EL DAÑO EXTRACONTRACTUAL, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.002, pág. 275.

¹⁶ Es el ejemplo de la Constitución de Colombia, que inclusive indica cómo se constituye la familia “*Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla*” art. 42. Un Extenso análisis de la familia ante la carta fundamental colombiana puede encontrarse **ÁLVAREZ**, Alicia, *CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA*, publicado en Revista Jurídicas CUC, Numero 7, Barranquilla, Colombia, año 2.011, págs. 27 – 51.

que ha generado intensos debates a nivel nacional¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que la Constitución nacional ha influido de variadas formas al Derecho de Familia, sobre todo desde la creación de leyes que toman como principios matrices las declaraciones formuladas en distintos preceptos constitucionales, así como los tratados vigentes y ratificados por nuestro país, como por ejemplo la Convención de los Derechos del Niño, lo que ha trasuntado en la dictación de normas adecuadas a las garantías fundamentales y a la tutela que el Estado le debe a la familia, eliminándose, entre otros lastres jurídicos, discriminaciones para con los miembros de la misma. Se ha sostenido al respecto: *"...toda la regulación de la familia está justificada sobre la base de la declaración constitucional de que ella es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 1 inc. 2) y que el Estado tiene frente a ella un especial deber de protección y fortalecimiento (art. 1 inc. 5). La discusión sobre temas tan relevantes como la imposición del modelo de matrimonio divorciable, la regulación de la filiación, la adopción y las llamadas técnicas de reproducción asistida, la mantención de la sociedad conyugal o su reemplazo por un régimen de separación con participación diferida en los gananciales, tienen su raíz en la forma en que se entienden los referidos preceptos constitucionales"*¹⁸.

¹⁷ A nivel nacional, y por un concepto amplio de Familia se encuentran, entre otros, Susan Turner, Carlos Peña, Gonzalo Figueroa Yáñez, En la otra vereda, los que están por un concepto restringido vinculado estrechamente al matrimonio, se encuentra Hernán Corral Talciani, Sergio Díaz Urzúa, y José Luis Cea. Un análisis – y refutación- de sus argumentos, puede encontrarse en **BECKER**, Sebastián, *EL CONCEPTO FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*, ubicado en el siguiente link, visitado el 23-11-2013, http://www.academia.edu/3080995/El_concepto_familia_en_el_ordenamiento_juridico_chileno, págs.18 y siguientes.

¹⁸ **CORRAL**, Hernán, op. cit, pág. 53.

Además, y sin perjuicio de lo que se señalará en párrafos posteriores, el Derecho de Familia se ha constitucionalizado a nivel de hermenéutica, donde los pasajes oscuros que pueden presentar las normas filiales se interpretan de la forma que parezca más conforme a los valores fundamentales, presentando particular fuerza el denominado interés superior del niño¹⁹.

Con todo, sin perjuicio de que el Derecho de Familia se encuentra para muchos constitucionalizado, el hecho de que carezca, según otros, de una tutela resarcitoria de los daños que se generan en el seno de los vínculos filiales -o a propósito de los nexos de afecto-, puede llevar a ser más cautelosos al afirmar una influencia tan radical de la Constitución en la legislación de familia, lo que más hace pensar en la existencia de un *proceso de constitucionalización*²⁰, ello sin perjuicio de la posible constitucionalización indirecta que puede lograrse según se expondrá en los párrafos siguientes.

Ahora bien, sea el Derecho Privado, sea el Derecho de Familia, la forma como el proceso de constitucionalización del Derecho se manifiesta se encuentra en latente pugna, donde se pueden reconocer posiciones radicales y otras más mesuradas. Corral²¹ las

¹⁹ Este principio ha tenido gran influencia en el proceso de constitucionalización en Argentina, donde inclusive no son pocas las tensiones que ha causado a nivel de hermenéutica cuando colisiona con intereses de otros miembros de la familia, **ALFERILLO**, Pascual, op.cit. pág. 13 y siguientes.

²⁰ Otros son más radicales. Por ejemplo **TAPIA**, Mauricio, *CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA (S). EL CASO CHILENO: LAS RETÓRICAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA LENTA EVOLUCIÓN SOCIAL*, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, año 2.007, N°8, págs. 155 y siguientes.

²¹ **CORRAL**, Hernán, op. cit. pág. 54.

sintetiza de forma particularmente clarificadora: la primera de ellas es radical e importa que la Constitución tiene el poder de reformar leyes desde el poder legislativo, informando los institutos jurídicos con los valores y derechos fundamentales de la persona; otra postura, no incompatible con la anterior, se asila en la hermenéutica como vía de constitucionalización. Dentro de ella, una posición moderada postula que esta interpretación "...consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales. Igualmente se aplica esta vía, cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas en la descripción de los supuestos de hecho de las normas"²²; la posición radical señala que "... la Constitución y sus principios no deben influir en el Derecho civil, 'desde' fuera' a la manera en que es externa la luz al libro cuya 'relectura' se pretende-, sino que debe penetrar en el interior mismo del sistema, y desde ahí vitalizar enteramente el Derecho civil, constituyéndose en la fuerza interna inspiradora de la aplicación e interpretación de las normas civiles"²³. Finalmente, otra forma de constitucionalización del Derecho se vincula con la aplicación directa de los preceptos de la Carta Fundamental. Esta aplicación, a su turno, puede ser de dos formas: ante la inexistencia de un texto infra constitucional que regule una materia o, de forma más estricta, inclusive contra leyes que explícitamente norman una situación jurídica, pero

²² Ídem.

²³ Ídem.

cuya regulación no se adecúa a los valores fundamentales de la Carta Suprema²⁴.

En relación con lo antes dicho, este investigador sigue la posición defendida por Corral, ello circunscrito a los vacíos normativos, con las siguientes especialidades: la Constitución requiere de normas operativas de los valores fundamentales que son reconocidos por aquella, por lo tanto lo primero que debe definirse es en realidad si, complementada una norma existente con los principios constitucionales respectivos, ésta es capaz de desempeñarse en su ámbito más allá de su original concepción. Si lo logra, no existe un vacío normativo, toda vez que la ley constitucionalizada es idónea y no forzada para adentrarse en materias para las que primigeniamente no se tuvo en vista; debe entenderse que siempre fue concebida para regular la materia a donde se extiende. Por el contrario, si se complementa la ley con los valores morales de la Constitución y, pese a ello, su extensión a una zona vacía resulta particularmente agresiva y no es posible sopesar importantes factores operativos, estaremos en presencia de un cierto vacío jurídico, el que deberá ser colmado por parte del legislador.

Por lo antes dicho, ¿puede una disciplina constitucionalizada suplir un pseudo vacío normativo de otra disciplina, constitucionalizando en ese rubro? O más concretamente, ¿puede la responsabilidad civil constitucionalizada y, ergo, ampliada, ingresar a una zona aparentemente vacía como lo es los daños en las relaciones

²⁴ Corral es particularmente opositor de esta postura dado que iría contra el principio de legalidad, pero inclusive cuestiona cómo la otra manifestación, la aplicación según ley, puede generar cierta autarquía de la constitución. Explica que el mecanismo es la generación de lagunas legales justificando la no procedencia de las normas de derecho privado. Posteriormente se recurre a la carta fundamental para solucionar dichos vacíos, recurriendo a una interpretación ad hoc con los intereses extensivos del intérprete, **CORRAL**, Hernán, *ibídem*, pág. 58.

filiales y regular dichos perjuicios, constitucionalizando en ese aspecto dicha zona ausente de norma? Mi respuesta es afirmativa. En la actualidad, la responsabilidad civil se encuentra imbuida de los valores constitucionales, se encuentra complementada por los derechos suprapatrimoniales y con ello adquiere un ámbito de desenvolvimiento mucho más amplio de aquel que originalmente se estimó. Consecuencialmente, una vez constitucionalizado el derecho de daños, éste debe proseguir su influencia en el resto del ámbito donde se desenvuelve, complementando otras áreas tal y como ella fue complementada por la Constitución. No es, por ende, una opción de la responsabilidad civil influir zonas aparentemente vacías, sino un imperativo. En otras palabras, allá donde el daño pueda manifestarse debe ir la responsabilidad civil, ya no sólo como una forma de restaurar un equilibrio jurídico, sino como una herramienta de la expansión de los valores constitucionales. Por lo antes indicado, el derecho de daños es un vehículo de constitucionalización de la ciencia jurídica.

Ahora bien, el resto del razonamiento me parece del todo espontáneo: si la responsabilidad civil es un vehículo de constitucionalización del Derecho, ésta ha de informar -con los valores que porta- cualquier manifestación del daño, sea cual sea el ámbito donde éste se presente, sin que exista razón para excluir los detrimentos que se gestan en un contexto familiar o en el marco de las variaciones de las relaciones filiales o de afecto; si la responsabilidad porta una tuición a la persona y sus valores constitucionalmente reconocidos, entonces tiene la obligación de llevar ese remedio a las situaciones donde el individuo ve su ser perjudicado.

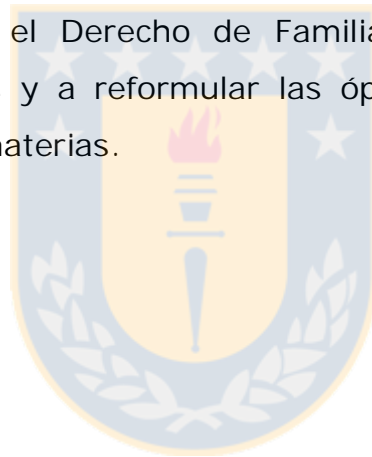
Así, siguiendo todo el razonamiento antes indicado, este investigador no aprecia un vacío normativo radical²⁵ en la materia de los daños en las relaciones filiales. En efecto, las instituciones de la responsabilidad civil, una vez constitucionalizadas, han incorporado en su estructura las particularidades del Derecho de Familia (particularidades del daño, estándares de comportamientos, etc.), ello por medio de los Derechos Fundamentales allegados por el proceso de constitucionalización, por lo que configuran el régimen jurídico idóneo para solucionar los conflictos dañosos que se gestan en las relaciones afectivas. Por lo tanto, no puede afirmarse que se está transponiendo una institución jurídica a otra ajena, sino que se está empleando la existente, vitalizada por la Constitución, en el ámbito que le es propio.

Por lo demás, lo antes indicado resulta apropiado para enfrentar a quienes entienden que los remedios del derecho patrimonial no son adecuados en el Derecho de Familia o, lo que es lo mismo, para confrontar a quienes ven entre el derecho patrimonial y el de las relaciones filiales un irreconciliable antagonismo, una antonimia insoslayable, toda vez que ya no se trata de una simple, arbitraria y brusca transposición de normas de una disciplina a otra, sino que se trata del ingreso de la protección constitucional a través de un medio idóneo para tal fin. De hecho, es la constitucionalización del Derecho de daños, impregnada de los principios constitucionales y los Derechos Fundamentales, lo que garantiza que llevar la responsabilidad civil a los perjuicios que se engendran en los vínculos afectivos sea, además de un imperativo como se dijo, un proceso que, no exento de particularidades,

²⁵ Sin perjuicio de que sí se aprecian ciertas zonas vacías que desvela la responsabilidad civil cuando ingresa a las relaciones filiales, vacíos no esenciales, pero sí importantes a nivel de operatividad del sistema, como se expondrá posteriormente.

desempeñe idóneamente la tutela de la persona en sus derechos vitalísimos.

En síntesis, afirmo que la constitucionalización del Derecho es un proceso en plena marcha y que puede llevarse a cabo de varias formas, algunas categóricas y explícitas, y también de formas indirectas. Es precisamente de esta forma cómo el Derecho de Familia, en uno de sus aspectos, se constitucionaliza por medio del derecho de daños, el cual a su vez, ya se encuentra en franca adecuación al marco constitucional. Además, adecuadamente llevada esta forma indirecta de constitucionalización, debe dejar atrás las antiguas dicotomías entre el derecho patrimonial y el Derecho de Familia o, al menos, debería propender a atenuarlas y a reformular las ópticas bajo las cuales se analizan éstas y otras materias.



III) Del Negacionismo histórico-sociológico de la influencia de la responsabilidad civil en las relaciones filiales a la limitación de su injerencia. Breve evolución

Sin perjuicio de que hoy en día la influencia del constitucionalismo en las ramas del Derecho es una cuestión ampliamente aceptada, persisten zonas tensas, sobre todo cuando se insiste en oponer instituciones supuestamente vinculadas de forma exclusiva al ámbito patrimonial (en concreto, la responsabilidad civil), con otras de naturaleza disímil, y más aún, cuando se ve en ciertas disciplinas un estricto carácter cerrado y autosuficiente como lo es, según algunos, el Derecho de Familia. Lo anterior genera notables obstáculos a la hora de reconocer que los principios que informan el área patrimonial, complementados y ampliados por el proceso de constitucionalización, tienen un rol directo en los conflictos de familia (particularmente los daños), mas antes de ingresar en fundamentos estrictamente jurídicos, por mucho tiempo ni siquiera se concibió la posibilidad de que en el ámbito de las relaciones parentales, los miembros de la particular comunidad que constituye la familia pudieran emplear remedios normativos para solucionar los conflictos que se generaban en su seno. De hecho, y en realidad, lo no tolerado era la inmiscusión del Estado en las relaciones íntimas de las personas.

Lo anterior se justificó en argumentos históricos y sociológicos de gran relevancia para efectos de comprender la evolución de la materia en tratamiento, donde destacan con particular fuerza el carácter íntimo que goza la familia y la no injerencia que el Estado debe en dicha forma de comunidad; el reproche moral y social en las

demandas entre miembros de las familias; la originaria constitución patriarcal y autoritaria con el cual la familia se gestó en el transcurso del tiempo, lo que derivó en las denominadas inmunidades familiares, también denominadas inmunidades endofamiliares²⁶; la convivencia entre los miembros de la familia como factor de distorsión de los modelos de conducta. También destaca, en la familia del Common Law, la llamada "unidad patriarcal"²⁷. Los expondré brevemente.

Así, por una parte, la familia implica un vínculo de personas que ingresan a un círculo bien distinto de aquellos de desconfianza y reticencia existentes en otro tipo de asociaciones u organizaciones. Es un círculo de fe, de confianza, donde la intimidad de la cual gozan los sujetos resulta vital para su desarrollo espontáneo y también para su autorregulación valórica. Lo anterior implica que *"...La intimidad, la armonía, los afectos familiares, entre otros, eran los que por sobre todo se resguardaban, frente a cualquier circunstancia de intromisión, no sin que ello pudiese provocar ciertas circunstancias de injusticia, frente al orden individual. Es decir se priorizaba un sistema cerrado, donde el interés familiar estaba por encima de cualquier otro interés"*²⁸. Así, es dable aceptar que en la familia, en su seno más

²⁶ **VIVAS**, Inmaculada, *DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES*, publicado en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, año 2.011, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, págs. 337 y siguientes.

²⁷ **DE LA CRUZ**, Laura, *EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES*, publicado en *Idret Persona y Familia*, revista para el análisis del Derecho, N°4, año 2.013, ubicado en el siguiente link, visitado el 05-10-2013, http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf, pág. 5.

²⁸ **BERBERE**, Jorge, *DERECHO DE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL PRINCIPALES SUPUESTOS E INTERACCIONES MUTUAS*, ubicado en el siguiente link, visitado el 05-11-2013,

profundo, puedan existir daños sin responsabilidad, con el objeto de resguardar la intimidad de la misma, su preservación y su armonía.

Íntimamente relacionado con lo anterior se encuentra el denominado status familiar, esto es, el simple –y rudimentario- hecho de que el mero rol de padre, madre o hijo excluye cualquier tipo de inmiscusión del Derecho en los daños que puedan ocasionarse en sus vínculos. Se ha expresado al respecto: *"En su versión clásica, en la que la inmunidad es absoluta, la mera condición de cónyuge, padre o madre determina la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra circunstancia, como la intencionalidad de la conducta dañosa, la naturaleza de la actividad en el curso de la cual se producen los daños o la tipología de éstos. Esta forma de inmunidad es una regla simple de administrar judicialmente pero muy rudimentaria, propia de un derecho de daños poco depurado. Históricamente, se corresponde con una ideología patriarcal de la familia, basada en relaciones de poder y sumisión entre sus miembros, que el derecho reafirma bajo la pretensión de preservar la paz y la privacidad familiar y de evitar que se litiguen daños de bagatela"*²⁹. Lo anterior implica, sin duda, una postura reduccionista de la actividad del Estado (jueces y, más aún, el legislador), toda vez que se aprecia en el individuo y su proyección familiar una comunidad autosuficiente, idóneamente posicionada para

http://www.afamse.org.ar/DERECHO_DE_FAMILIA_Y_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf, pág. 2

²⁹ **FERRER**, Josep, *RELACIONES FAMILIARES Y LÍMITES DEL DERECHO DE DAÑOS*, publicado en Idret Persona y Familia, revista para el análisis del Derecho, N°4, año 2.013, ubicado en el siguiente link, visitado el 07-05-2013, http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf, pág. 9.

solucionar en concreto y con sus particularidades cualquier conflicto que se suscite en su seno, ello sin injerencias externas³⁰.

Lo antes indicado, además, se refrendó por aspectos prácticos, donde muy pocos conflictos familiares que implicaban daños entre los miembros de la misma llegaban a tribunales y abandonaban la intimidad y el delicado seno filial. Lo anterior guarda estrecho vínculo con las barreras morales –existentes hasta nuestros días, mitigadas, pero aún férreamente asentadas en la sociedad- que debe sopesar cualquier individuo que decide llevar a estrados un conflicto de naturaleza íntima, que lo expone al escrutinio público y al mismo reproche de la sociedad.

Por otra parte, pero también contribuyendo a potenciar la imposibilidad de la regulación estatal de los daños en el interior de las familias, se encuentra los roles de tolerancia que existen en ella y que suelen distorsionar los estándares de conductas que pueden aparecer

³⁰ Desde el punto de vista comunitarista, las reglas de inmunidad basada en el mero status familiar presentan cierto atractivo “*Las reglas de inmunidad, según esta concepción, contribuirían a un entendimiento cultural del matrimonio y demás relaciones familiares en el que prevaleciera la dimensión comunitaria de la identidad personal y sus valores –el compromiso, la confianza mutua, la solidaridad*”, Ídem.. En España el debate acerca de la injerencia del Estado en las relaciones familiares ha tenido especial intensidad a la hora de estudiar la procedencia de la repartición de las tareas domésticas, donde la ley 15/2005, que modifica el artículo 68 del Código Civil de esa nación, obliga a los cónyuges a compartirlas. Se ha dicho que lo anterior implica un atentado al desarrollo de la libre personalidad (garantiza por la Constitución Española) e importa una injerencia excesiva del Estado en el seno familiar “*La constitucionalidad de esta disposición suscita dudas, en la medida en que supone una injerencia pública en un ámbito íntimo de la persona, como es el de la libre decisión de los cónyuges, acerca de la asignación y distribución de las tareas domésticas, lo que, además, parece estar en contradicción con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, de la autonomía de la persona para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias*”. **DE VERDA Y BENAVENTE**, José, *TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA*, publicado en *Revista Chilena de Derecho Privado*, año 2.006, N° 7, pág. 168.

razonables en otras instituciones distintas de la familia. En efecto, en la profundidad de las familias, debido a la virtud de la intimidad, los individuos se comportan tal como son, sin sujetar su conducta a los estándares de cuidados propios de los vínculos con el resto de la sociedad. Al respecto se ha indicado: *“En las relaciones de convivencia, las personas se comportan e interaccionan tal como son, de acuerdo con sus aptitudes naturales y adquiridas, sin sujeción a especiales deberes de precaución. La intimidad propicia que la persona adopte una actitud relajada y favorece el desarrollo de la libertad personal sin particulares restricciones. A esta libertad se corresponde el deber entre convivientes de aceptar a cada cual con sus cualidades y defectos, sin poder exigir a los demás una conducta más precavida que la que adoptan en sus propios asuntos (quam in suis)”*³¹. Lo anterior, en una primera etapa, implica tornar en inaplicable cualquier forma de regulación externa, dado que ningún modelo de conducta abstracto podría condecirse y adecuarse a los que se presentan en las relaciones filiales.

Por otra parte, en las familias los individuos se encuentran en posiciones de solidaridad para con sus integrantes y para con la realidad sociológica que representa la misma y por ello se generan entre sus componentes inherentes obligaciones de tolerancia en el comportamiento de los otros, pero además, un deber moral de perdón, donde, a mayor abundamiento, la armonía familiar se ve completamente atentada con reclamaciones judiciales entre sus miembros³².

³¹ **FERRER**, Josep, op. cit., pág. 11.

³² *“Desde esta perspectiva, de evidentes connotaciones comunitarias, las relaciones familiares han de ser aceptadas tal como vienen dadas, al margen de sus costes y beneficios individuales, en la*

En un vistazo preliminar, no parece existir mucha diferencia entre lo señalado en los dos acápites anteriores y los fundamentos elementales del estatus familiar como criterio de exención de responsabilidad de daños, pero en su evolución ulterior, las relaciones de convivencia, tolerancia y solidaridad permitieron morigerar –ya no excluir- las inmunidades patriarcales y justificar los denominados privilegios (parentales y domésticos), los que sin perjuicio que persisten en entregar a la familia una protección ante la injerencia de fuerzas reguladoras externas, generan ciertos criterios de razonable comportamiento, aunque por vía de la excepción a la regla general de daños sin responsabilidad al interior de las familias.

En efecto, en ambos privilegios se aprecia un incipiente equilibrio entre el resguardo de la intimidad en las familias y una adecuada flexibilización del consentimiento en los daños, así como la exposición a los mismos³³, por lo que se ha sostenido que *"...las conductas gravemente culposas y las dolosas no se ajustan a las indicaciones de las que depende la concesión del privilegio: la libertad de actuar relajadamente en la intimidad no puede llegar al punto de comportarse de modo alocado y temerario en daño de los demás, ni mucho menos de dañar intencionalmente. Las víctimas, como es obvio, tampoco deben tolerar ni solidarizarse con estos Comportamientos"*³⁴.

consideración de que preservar y fortalecer las finalidades compartidas y el interés común es un objetivo social tan importante como proteger los derechos individuales", Ídem.

³³ *Ibíd*em, pág. 12.

³⁴ *Ídem*.

Lo anterior tiene radical importancia para efectos de esta investigación, pues si bien el daño al derecho a la identidad filiatoria no se configura necesariamente siempre en el seno de una familia, casi en todas las posibles combinaciones se encuentra vinculado a relaciones de convivencia o prefamiliares, lo que justifica si bien una apreciación más laxa de los deberes de comportamiento, en caso alguno un retorno a la impunidad o las inmunidades más extremas.

Finalmente, estos privilegios presentan hasta nuestros días radical importancia, puesto que son la base del ingreso de la responsabilidad civil a los daños en el interior de las familias, si bien tolerando los daños que se producen o provienen de la culpa leve, rechazando aquellos que se vinculan con la culpa grave o el dolo.

En la otra gran familia jurídica, el Common Law, el gran óbice para que existiera responsabilidad en el seno de las familias (particularmente entre marido y mujer) era la denominada *unidad conyugal*, en la cual marido y mujer conformaban -para el Derecho- una sola persona que el marido representaba. O sea, se trata de la histórica y actualmente en pugna incapacidad jurídica de la mujer, sopesada por la representación del cónyuge varón. Esta inmunidad se manifestaba en la faz sustantiva y adjetiva del Derecho. En la primera *"...ningún acto ilícito llevado a cabo por un cónyuge en perjuicio del otro podía originar responsabilidad; ni siquiera una vez disuelto el matrimonio, el cónyuge lesionado podía actuar judicialmente contra el otro"*³⁵; en lo procesal se *"...impedía que un cónyuge pudiese demandar al otro por actos*

³⁵ Ídem.

cometidos antes o durante el matrimonio. La única excepción estaba constituida, bajo ciertas condiciones, por los comportamientos penalmente tipificados como delitos³⁶. Por lo tanto, era inevitable la incongruencia jurídica en admitir demandas entre cónyuges si en la vida del Derecho uno de ellos (generalmente el dañado, la mujer) no era capaz. No podía el marido demandarse a sí mismo, por mucho que representara en sí dos calidades jurídicas distintas.

La lenta derogación de la incapacidad de la mujer casada³⁷, el avance de la paridad familiar y el ingreso de la tutela feminista, terminó abrogando, en Inglaterra y Estados Unidos, la unidad conyugal y la consecuencial primacía patriarcal, sin perjuicio de las relaciones que mantuvo por un tiempo con el contrato de seguro³⁸.

En el plano de las relaciones verticales, en el Common Law existió por mucho tiempo la denominada *parental immunity*³⁹, en virtud de la cual los padres detentan amplias facultades para dirigir y corregir la vida de sus hijos. En realidad, en el origen de esta postura, se entendía que no había razón por la cual presumir que los padres no

³⁶ *Ibidem*, págs. 5 y 6.

³⁷ “La falta de capacidad jurídica de la mujer, empezó a quebrar a mediados del s. XIX con la aparición de las *Married Women's Property Acts* (dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos y más tarde, en 1870 y 1882, en Inglaterra), que otorgaban a la mujer casada capacidad patrimonial, incluyendo la de litigar en defensa de sus bienes privativos y de ejercer acciones indemnizatorias (incluso contra su marido) por daños patrimoniales. Los tribunales mantuvieron, sin embargo, el régimen de inmunidad en el ámbito de los daños personales (culposos o dolosos), sustituyendo la gastada retórica de la unidad marital por otro discurso centrado en la preservación de la privacidad y la armonía familiar”, *Ídem*.

³⁸ *Ibidem*, pág. 7.

³⁹ **GAIL D. HOLLISTER**, *PARENT-CHILD IMMUNITY: A DOCTRINE IN SEARCH OF JUSTIFICATION*, 50 *Fordham L. Rev.* 489 (1982), ubicado en el siguiente link, visitado el 25-05-2013, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol50/iss4/1>

harían bien sus labores de resguardo y tutela de sus hijos, por lo que no resultaba ilógico darle amplias facultades para dirigir el comportamiento de ellos. Lo anterior aseguraba varios aspectos vinculados con la paz social, tales como, garantizar igualdad entre los hermanos (evitando la disminución del patrimonio familiar por medio de demandas indemnizatorias), evitar incongruencias jurídicas donde el padre podría recobrar lo perdido en virtud de una demanda de perjuicios por medio del sistema sucesorio, imposibilitar las colusiones con los aseguradores, etc⁴⁰. En todo caso, esos argumentos no resistieron el paso del tiempo y lentamente la jurisprudencia limitó el ámbito de discreción de los padres e incorporó conceptos flexibles de prudencia en la ejecución de sus labores parentales, lo que permitió la evolución desde las inmunidades a los meros privilegios domésticos, como se indicó en párrafos anteriores, privilegios que suponían el ingreso de la responsabilidad civil en las familias, pero de manera residual y condicionada.

Ahora bien, no obstante que la superación de las antiguas posturas -antes indicadas- podrían suponer el haberse derribado los grandes bastiones que hacían del Derecho de Familia un obstáculo inexpugnable y ostracista en el Derecho, permitiendo con ello el ingreso de la responsabilidad en las complejas relaciones filiales, los argumentos en contra de las influencias y/o los remedios del derecho patrimonial en

⁴⁰ La denominada gran trilogía de sentencias que justificaron la inmunidad parental se constituye por *Hewellette v. George* (68 Miss. 703, 9 So. 885), un caso resuelto en 1891, referido al internamiento ilegal de una hija menor por su madre en un establecimiento psiquiátrico; *McKelvey v. McKelvey* (111 Tenn. 388, 77 S.W. 664), un caso de 1903 en el que una hija solicitaba indemnización frente a su padre y su madrastra por malos tratos infligidos por ésta con la connivencia de aquél, y *Roller v. Roller* (37 Wash. 242, 79 P. 788), un caso de 1905 que excluyó la acción civil de daños contra un padre que había sido declarado criminalmente responsable de haber violado a una hija, **FERRER**, Josep, op. cit., pág. 7.

el derecho de las familias persisten poderosos hasta nuestros días. Una breve síntesis de lo anterior puede esbozarse de la siguiente manera:

1) Autosuficiencia y especialidad del Derecho de Familia

Según alguna doctrina, el Derecho de Familia posee una notable especialidad, donde el legislador se empeña con particular ahínco en entregar remedios específicos (generalmente no patrimoniales) a los conflictos que se suscitan en los vínculos filiales o, en otras palabras, el remedio jurídico que ofrece la responsabilidad no sería idóneo con el conflicto familiar. Eso sí, es tolerable que de forma excepcional (con la consabida interpretación restrictiva que eso supone) el legislador entregue a ciertas situaciones dañosas un remedio de naturaleza no familiar.

En nuestro país esta postura podría tener cierto asidero si se analiza a la luz de ciertos preceptos del Código Civil y de las leyes afines. Ejemplo de algunas situaciones donde el legislador sí contempla algunas consecuencias patrimoniales para ofrecer un remedio a la transgresión de deberes de un contenido ciertamente mixto (patrimonial-moral) son los artículos 1.768 y 1.792-18 del Código Civil (normas que son llamativas dado que tienen un potente contenido punitivo, lo que se encuentra alejado del sistema de retributivo que inspira la responsabilidad civil de naturaleza continental). A su vez, ejemplos donde el legislador soluciona un conflicto familiar sin necesariamente recurrir a la responsabilidad civil (pero sí, nuevamente y en algunos casos, a la sanción), son el artículo 203 del Código Civil o el artículo 51 de la ley de Matrimonio Civil en lo relativo a la opción que se le da al cónyuge que contrajo el vínculo de buena fe y justa causa de error.

2) Deberes derivados de la relaciones de familia son incoercibles y no son susceptibles de apreciación económica

Íntimamente vinculado con lo anterior, se ha señalado que los deberes y obligaciones del Derecho de Familia tienen un contenido ético y moral, no jurídico, debiendo estar regulados por la costumbre y por lo que el propio seno familiar estime conveniente según sus particularidades. Además, por gozar de ese contenido y naturaleza tan volátil, no es posible lograr un cumplimiento coercitivo de los deberes, donde cualquier remedio jurídico que aquello buscare carecería de completa idoneidad⁴¹.

Al respecto se ha indicado: *“Estrechamente ligada con la anterior, nos encontramos con la idea que los deberes conyugales no constituirían obligaciones jurídicas en sentido estricto, sino que su naturaleza sería la de ser simples deberes ético-morales cuyo cumplimiento se encuentra sometido a la conciencia de los cónyuges, siendo incoercibles en su esencia. Efectivamente, no tendría sentido la aplicación de medios dirigidos a la compulsión, aunque sea indirecta, de los mismos, debiendo mantenerse, por las mismas características de la*

⁴¹ El Tribunal Supremo Español, en antigua sentencia, ha indicado al respecto *“Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son especialmente recíprocos, porque incumben y corresponden a ambos cónyuges, a quien se estima una situación de paridad, teniendo un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes, y de aquí las consecuencias que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas en el Código Civil acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente era solo patrimonial, siempre indirecta y un poco eficaz... cuya observancia depende más de la conciencia que el frío precepto legal”*. **MENDOZA**, Pamela, op. cit., pág. 45, Más cercano en el tiempo, la I. Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 10 de noviembre de 2009 (ROL 7738-07), al rechazar la petición de daños morales del marido por infidelidad de la mujer, por estimar que, naturalmente, ha indicado, rechazando una demanda de daño moral entre cónyuges, *“las relaciones de familia tienen un fuerte componente ético que sobrepasa, con mucho, el ámbito estrictamente jurídico...”*.

vida familiar, en un contexto de libertad y no gracias a la amenaza de remedios resarcitorios"⁴².

3) Duplicidad de sanciones

Otro argumento que o impide o condiciona en extremo el ingreso de la responsabilidad civil en las relaciones de familias guarda vínculo con una eventual doble sanción que podría existir, ello en los casos que el legislador ha creado un específico remedio para el respectivo conflicto. Además, al existir doble sanción (cuando ellas son patrimoniales, según se mencionó anteriormente) la víctima lograría el consecuente enriquecimiento sin causa.

En nuestro país lo antes expuesto puede tener asidero si se toman ciertas situaciones donde el legislador creó remedios para determinadas situaciones, como es el caso de la Compensación Económica de la Ley de Matrimonio Civil, que sería incompatible con una demanda de daño moral que además se interpusiere. También se puede avistar incompatibilidad cuando el legislador es particularmente intenso con las sanciones patrimoniales (los artículos 1.768 y 1.792-18 del Código civil ya mencionados). Además, en materia de filiación es posible concebir interacciones de naturaleza patrimonial que podrían incidir en una doble sanción a un mismo hecho (el caso del artículo 203 del Código Civil en relación a una posible demanda de daño moral por la oposición infundada).

⁴² *Ibíd*em, pág. 44.

IV) Aceptación paulatina del ingreso de la responsabilidad civil en los vínculos parentales. Confrontación de los argumentos negacionistas o restrictivos

El ingreso de la responsabilidad civil en los daños que se engendran en los vínculos filiales se encuentra en una posición cronológicamente ulterior a que se aceptare que el Derecho tenía un rol en la regulación de la familia o, lo que es similar, al debilitamiento o relativización de los argumentos históricos y sociológicos indicados en el apartado precedente.

El hecho histórico más relevante, la base misma de todos los fundamentos en pro de la regulación de las relaciones dañosas en materia familiar, es sin duda la evolución de la familia patriarcal a la paritaria, relacionado ello con la atención sobre el individuo y sus derechos, independiente si se ubica o no en una familia u otra forma de organización. En efecto, el antiguo concepto de la familia ostracista y autoritaria, liderada en la mayoría de las culturas por hombres severos, con amplios poderes correctivos sobre su cónyuge y sobre su prole, en la actualidad se encuentra en amplio desuso, quedando reservada para formaciones tribales, gobernadas aún por costumbres ancestrales.

En los días actuales existe un concepto de la familia muy relativo, dejando de lado las antiguas máximas absolutas reinantes en épocas antiguas (familia matrimonial, cónyuges de distinto sexo, hijos

no matrimoniales, familia biparental, etc.) y dando paso a una institución en constante cambio y evolución⁴³.

Los motivos que justificaron la evolución de la familia son del todo variados⁴⁴, pero –como se esbozó en la introducción general– una situación de radical importancia estriba en el estudio intenso que se llevó a cabo respecto de la persona el siglo pasado, quien pasó a ser el centro del análisis del Derecho y en torno a la cual se debían estar las antiguas instituciones jurídicas o debían germinar las nuevas⁴⁵. Lo anterior, para efectos de los daños en las relaciones filiales, importó estimar que *“...conforme a la actual concepción paritaria de la familia, al ingresar en ésta, la persona no ha de despojarse de los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos y garantizados por la Norma Suprema. Nos situamos, pues, en una visión constitucional de la familia. Es el respeto a la dignidad y personalidad de cada componente*

⁴³ *“Lejos, por fortuna, queda ya el modelo patriarcal de la familia regido por el principio de jefatura del marido-padre, a quien quedaban subordinados los derechos de los restantes integrantes del núcleo familiar. La inmunidad de la que, durante mucho tiempo, han gozado los progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos sólo se explica bajo una concepción autoritaria de la familia, la cual ya no corresponde a la actual relación paterno-filial, en la que el interés superior del menor es, precisamente, el parámetro de legitimidad para el ejercicio de la potestad por parte de los padres. Todos los integrantes de la familia son titulares de derechos fundamentales inviolables, también, cómo no, los hijos”, VIVAS, Inmaculada, op. cit., pág. 6.*

⁴⁴ Pueden mencionarse algunos *“El derecho de familia, se ha visto impactado por innumerables factores, como ser los adelantos científicos, fundamentalmente en la biología, los cambios en la organización interna de la familia, la convivencia, la sexualidad, el cambio de reglas y valores morales, el cambio de una estructura jerarquizada y vertical, a una estructura igualitaria y horizontal, tanto en la toma de decisiones concretas de las relaciones personales de sus miembros, como la función proveedora de las necesidades familiares”, BERBERE, Jorge, op. cit., pág. 4.*

⁴⁵ *“Se produce una necesaria revalorización de la persona humana, su subjetividad, su dignidad individual y la priorización de los derechos fundamentales, no solo frente a los poderes públicos, sino también frente a los demás individuos, en todos los ámbitos de la vida social y familiar”* Ibídem, pág. 3.

familiar lo que constituye un derecho inviolable cuya lesión por parte de otro miembro de la familia, al igual que por parte de un tercero extraño a ella, se convierte en el presupuesto lógico de la responsabilidad civil⁴⁶, lo que terminó por tener la injerencia y entidad de abrogar completamente toda inmunidad que el marido⁴⁷ o la que los padres puedan tener para con su prole en el desempeño de sus obligaciones y derechos parentales, dando paso a los denominados y ya mencionados “privilegios” domésticos, conyugales o parentales⁴⁸, evolución natural de las antiguas exenciones de responsabilidad.

En otras palabras, el hecho que el sujeto ocupe un estatus familiar, lejos de limitar sus razonables expectativas de una vida íntegra y un ejercicio pleno de sus derechos, implica que traslada al seno familiar todos los derechos inherentes que posee como persona⁴⁹, sin que pueda estimarse a la familia como un socaire de la

⁴⁶ *Ibíd*em, pág. 6.

⁴⁷ La abolición de la autoridad del patriarca fue particularmente compleja en el Derecho Italiano. Ver a **DE LA CRUZ**, Laura, op. cit., págs. 8 y 9.

⁴⁸ En contra de la inmunidad se ha indicado “*El sistema de inmunidades, por lo demás, no se compagina bien con la orientación dominante en el derecho de familia moderno, que, como ya hemos indicado, facilita la ordenación privada de las relaciones de convivencia (lo que multiplica los modelos de convivencia), refuerza los derechos individuales en el ámbito familiar, establece políticas particularmente intensas de protección respecto de los menores y tiende a devaluar el papel de los status familiares*”, **FERRER**, Josep, op. cit., pág. 9.

⁴⁹ En el Derecho Español, el denominado principio del libre desarrollo de la personalidad, justifica el entender que la familia –y el matrimonio o la misma filiación- es una institución que debe propender al pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros y respeto de sus derechos y no transformarse en un lugar que ampare los daños o abusos, lo que, por lo demás, llevaría a la autodestrucción de la misma, **DE VERDA Y BENAVENTE**, José, op. cit., pág. 170.

irresponsabilidad^{50y51} . Eso sí, como se ha indicado brevemente y se ahondará, aquello no significa que los estándares de comportamiento en la familia no gocen de marcadas particularidades⁵².

Consecuencialmente, las limitaciones morales que truncaban el ingreso del Derecho a las relaciones de familia retrocedieron, sin desaparecer eso sí. *“Esta evolución en la concepción de familia, que ha llevado, a juicio de algunos, a una tasa elevada de separaciones, divorcios y familias recompuestas, viene a reducir los factores morales que tradicionalmente han inhibido la exigencia de establecer consecuencias jurídicas por actos dañosos entre familiares, pues no es menos cierto, que la familia ya no se aprecia forzosamente*

⁵⁰ En las relaciones de familia ya no existen prerrogativas familiares que permitan que un miembro de la familia cause un daño a otro miembro de la misma familia y se exima de responder por su conducta, como consecuencia de existir un vínculo familiar frente a una visión de sistema cerrado, **BERBERE**, Jorge, op. cit., págs. 5 y 6.

⁵¹ Es por aquello que se ha indicado *“Por otra parte, la familia, en nuestros días, es lugar de autorrealización y desarrollo de la personalidad del individuo, razón por la cual la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona (salud, integridad física y psíquica, intimidad, honor, imagen, libertad sexual, etc.) reconocidos y garantizados, tanto a título individual, como en cuanto miembro de una familia, por nuestra Carta Magna. Es el “derecho al yo”, el cual no puede verse lesionado, restringido o anulado en modo alguno por formar parte de una familia, que es, precisamente, el vehículo más importante de realización plena de la persona”,* **VIVAS**, Inmaculada, op. cit., pág. 5.

⁵² *“De este modo, el bien jurídico protegido es un derecho constitucional cuya tutela es reconocida erga omnes (vgr. dignidad, integridad, intimidad, honor, salud, libertad religiosa, etc.), independientemente de que exista una relación familiar entre los sujetos implicados, pues la defensa de los derechos fundamentales que corresponde a cada individuo no puede ser desconocida sólo porque la lesión o agresión a tales derechos provenga de un sujeto ligado a aquél por un vínculo familiar. De acuerdo con ello, el daño no deriva directamente de la mera violación de un deber conyugal (cuyo significado y valor depende del comportamiento tolerante de un cónyuge respecto a determinadas conductas del otro y de la entidad de la infracción, piénsese, por ejemplo, en el deber de fidelidad) o paterno-filial, sino de la gravedad de la conducta, tal de comportar una lesión de un derecho absoluto, fundamental e inherente a la persona (con independencia de su status familiar) de rango constitucional, la cual justifica una condena resarcitoria”,* ibídem, pág. 6.

como una "unidad de cooperación a largo plazo"⁵³. En todo caso, se insiste: las barreras morales y sociales existen hasta nuestros días profundamente arraigadas, donde si bien existen tribunales que se ocupan de juicios de naturaleza familiar, tribunales que llevan gran caudal de causas, no representan una tendencia mayoritaria en lo relativo a la solución de conflictos familiares, los que siguen resolviéndose por factores de tolerancia o simple olvido o perdón.

Por otra parte, la tolerancia, la asunción del riesgo y la solidaridad familiar, no pudiendo impedir el ingreso del Derecho a los vínculos filiales, actualmente tienen un rol más bien moderador en el análisis de los estándares de comportamiento, que generalmente permiten crear arquetipos conductuales a la medida de cada familia, eliminando, en ocasiones, la culpa leve como factor de imputación, desplazando el reproche a las conductas derivadas de culpa grave o dolo⁵⁴.

⁵³ MENDOZA, Pamela, op. cit., pág. 43.

⁵⁴ "Otra manera de plantear la incidencia de las relaciones familiares en la responsabilidad civil, más acorde con la orientación del derecho de familia contemporáneo, pasa por reducir la relevancia del status familiae a los casos en que se cuestionan las consecuencias del incumplimiento de deberes jurídico-familiares (v. infra, apt. 3) pero, al mismo tiempo, por conceder más importancia a las relaciones de convivencia como posible fundamento de moderación o exención de responsabilidad. De este modo, coexistirían dos tipos de privilegio, que en algunos casos pueden superponerse pero son analíticamente distintos: uno, derivado de la asunción de un rol familiar configurado en sus rasgos básicos por el derecho de familia, que en esencia ampararía a padres y madres en el ejercicio de la guarda y la potestad sobre sus hijos menores o incapacitados ("privilegio parental"), y otro, derivado de la convivencia, que alcanzaría a todos los miembros de la unidad familiar –en cualesquiera relaciones de convivencia estable con vocación de permanencia- pero estaría limitado en su ámbito objetivo a los accidentes domésticos y otros daños relacionados directamente con la vida en común ("privilegio doméstico)", FERRER, Josep, op. cit., pág. 10

En fin, por lo antes resumido, en la actualidad la familia se encuentra muy distante de su antiguo carácter ostracista, de ser un círculo cerrado de apología a una intimidad justificadora de inmunidades, de tal modo que el Derecho sí tiene un rol en ellas, tanto para resguardar su pleno desarrollo, como el de los individuos que la conforman.

En todo caso, si bien lo anterior resulta un paso clave, en la actualidad el apartado relativo al específico remedio que tiene la responsabilidad civil a su haber, ello en relación con los daños ocurridos en las relaciones de familia, suscita particulares obstáculos, los que en los acápites siguientes pasan a confrontarse.

1) Respecto de la autosuficiencia y especialidad del Derecho de Familia como argumento negatorio

El Derecho de Familia, si bien con sus propias características, impregnado de su contenido particular e intensamente valórico, efectivamente es una rama especial del Derecho, pero en caso alguno autárquica; si bien en épocas anteriores a la constitucionalización del Derecho, la rama jurídica de las familias constituía un sistema de normas notablemente cerrado, con sus propios principios inspiradores e interpretadores, dicha posición ha ido en franca matización con el transcurso del tiempo, donde la interrelación de las ramas del Derecho más razonablemente nos parece indicar que cada área de especialidad de la ciencia jurídica goza de una preponderancia de ámbito regulatorio, pero no una independencia y menos una inconexión total.

Al respecto parecen particularmente ilustrativas e introductorias las palabras de Ferrando⁵⁵, quien se pregunta si el Derecho de Familia, antes de esbozar simplemente los conocidos y radicales criterios de especialidad, ha notado el ingente avance científico que ha tenido el derecho de daños y cómo se ha transformado en un mecanismo de gran tuición de situaciones jurídicas de naturaleza personal. Lo anterior, para la misma autora, se ve potenciado, por una parte, por la evolución de daño injusto, que ha abierto el avance a los “intereses jurídicos merecedores de tutela”, desplazando o relativizando el siempre estrecho catálogo de derechos subjetivos y, por otra parte, por el ingreso del daño a la esfera moral o espiritual, dejando de lado los límites de lo meramente material.

En otras palabras, el Derecho de Familia no puede desconocer que forma parte de un sistema en constante evolución, donde su valioso rol debe tener siempre en consideración los desarrollos científicos que el resto de las áreas del Derecho logra. Dichos avances deben ser incorporados por el Derecho de Familia en vez de excluidos; debe integrarse a la dinámica filial la revitalizada protección que el derecho de daños ofrece a la persona en su patrimonio moral, ello sin duda con los matices, sobre todo conductuales, con los que el Derecho de Familia debe lidiar.

No obstante lo anterior, posturas negacionistas indican que los remedios del Derecho de Familia demuestran el carácter especial de la disciplina, pues el legislador se esmera en dar una solución idónea al conflicto familiar. Además, las normas de familia excepcionalmente

⁵⁵ **NOVALES**, Aránzazu, op.cit., pág. 125.

contienen sanciones patrimoniales vinculadas a la responsabilidad civil. En los demás casos, el silencio debe entenderse como exclusión.

Los argumentos antes indicados son completamente salvables, insuficientes e inadecuados para sostener una autonomía radical de la disciplina en comento. En primer lugar, la especialidad de los remedios de familia no excluye los que puedan provenir de otras disciplinas, pues siguiendo esa lógica, tampoco en un conflicto familiar procederían las soluciones que, por ejemplo, entrega la ley penal. Lo relevante es, evidentemente, centrarse en los bienes jurídicos lesionados y ante los cuales el legislador decide dar una respuesta, esto es, si los remedios familiares buscan una finalidad omnicomprendensiva de todas las posibles situaciones que derivan de un conflicto filial o no. La propia especialidad argumentada por los negacionistas permite justificar que las soluciones de las leyes de familia se centran en resguardar los bienes jurídicos específicamente familiares, por lo que aquellas aristas no filiales o limítrofes o mixtas no necesariamente están incluidas en el remedio. Al respecto se ha dicho que: *"... las sanciones específicas establecidas en el ordenamiento jurídico en la esfera civil y penal no agotan los remedios puestos para el amparo del cónyuge en cuanto persona, para el cual la familia constituye un ámbito de autorrealización de los derechos irrenunciables como la salud, la integridad personal, el honor y todos los demás derechos personalísimos. El hecho de que existan sanciones propias en el Derecho de Familia a determinadas conductas no es razón suficiente para excluir una eventual responsabilidad civil (cuando concurren los elementos de ésta), pues la separación o divorcio no puede conceptuarse como la sola sanción frente*

al incumplimiento, sino que como una forma de resolver jurídicamente las crisis matrimoniales"⁵⁶.

Por lo antes indicado, la evolución que ha presentado el derecho de daños permite afirmar que una persona que ingresa a un vínculo familiar lo hace con su haz de derechos e intereses dignos de tutela jurídica, y que dichos derechos e intereses pueden, sin duda, guardar relación con el contenido propio del Derecho de Familia, ante los cuales las leyes específicas disponen las soluciones idóneas, pero también ingresa a la familia un rico patrimonio moral del sujeto, ante el cual las normas de familia muy escasamente disponen remedios adecuados.

En relación con lo antes dicho, la argumentación vinculada a que las excepciones de soluciones patrimoniales que da el Derecho de Familia deben interpretarse restrictivamente, me parece insostenible, sobre todo a la luz de las que nuestro legislador reconoce en ocasiones. En efecto, los artículos 1.768 y 1.792-18 del Código Civil (señalados en el apartado anterior), si bien resultan llamativos por entregar un remedio patrimonial más bien reparatorio, vienen a tener un rol marcadamente punitivo, lo que puede poner en tela de juicio si efectivamente se tratan de instituciones resarcitorias o más bien vinculadas con los denominados *punitive damages* del derecho anglosajón. Y en cuanto a que el silencio de las normas familiares debe

⁵⁶ *Ibíd*em, pág. 124. Ello sin perjuicio de, como se ha venido diciendo, el derecho de Familia sí aporta matices en los estándares conductuales. En Italia, por ejemplo, se acepta la responsabilidad ante conductas de especial gravedad, en general más allá de la simple culpa leve. Además, en el caso de los daños por infracciones a los deberes conyugales, el daño debe deber ir más allá de la mera simple ruptura o crisis del matrimonio.

entenderse como excluyente, pugna con lo dicho previamente en relación a la idoneidad de los remedios filiales. Así, bien puede entenderse dicho silencio como un reconocimiento de las limitaciones y especificidad de las soluciones que el legislador de familia entrega a las pugnas que se producen⁵⁷, dejando al derecho común la regulación de las situaciones no contempladas en la ley⁵⁸.

Este silencio normativo, se ha definido en el orbe a base de dos posibles situaciones. Una, consistente en la *"... aplicación de normas ad hoc de derecho de familia, en aquellos ordenamientos que disponen de las mismas, haciéndolo de manera exclusiva o combinada, si procede, con las normas generales de responsabilidad civil (así, por ejemplo, en derecho alemán, los §§ 1359 y 1664 BGB sólo fijan el estándar de responsabilidad, pero no el fundamento de la misma, que debe encontrarse en los preceptos sobre responsabilidad delictual"*⁵⁹. La otra, aplicación directa de las normas de responsabilidad civil, pero con la debida matización que aporta el Derecho de Familia en materia de culpa, que inclusive permite un análisis en concreto de los

⁵⁷ Párrafo aparte merece la situación de la Compensación Económica, que podría justificar una muestra (quizá la más nítida) de un remedio resarcitorio inserto en un conflicto de familia.

⁵⁸ Potencia lo anterior el que el Derecho Penal, cuando se trata de vínculos de familia, si atenúa o impide inclusive la alegación de delitos o limita las formas procesales al respecto, lo que puede interpretarse en el sentido de que cuando el legislador ha querido limitar la procedencia de un remedio jurídico fundado en el estatus de familia, lo ha indicado expresamente. Lo propio puede decirse para las limitaciones a ciertas pruebas en el proceso civil.

⁵⁹ **FERRER**, Josep, op. cit., pág. 5.

comportamientos exigibles, lo que asegura incorporar al conflicto jurídico todas las particularidades que añaden los roles familiares⁶⁰.

En definitiva, la especialidad del Derecho de Familia y la antigua autosuficiencia de esta rama no resultan, con el estado de evolución del derecho de daños, óbices para que la responsabilidad civil otorgue resguardo a los miembros de una familia que se ven expuestos a situaciones dañosas, ello sin perjuicio que el ingreso que ofrece el remedio resarcitorio debe adecuarse al particular contexto bajo el cual se desempeñan las conductas en los vínculos filiales.

2) Respecto de que los deberes derivados de la relaciones de familia son de naturaleza ético-moral, incoercibles y no son susceptibles de apreciación económica

Este argumento abarca dos aspectos: En primer lugar, una supuesta incompatibilidad entre los deberes éticos-morales con los jurídicos, como si se tratara de marcados antónimos. Más aún, lo que en realidad precisa el fundamento es que los deberes éticos-morales son cronológicamente previos a los jurídicos, pues una vez incorporados en

⁶⁰ Es la situación en España, donde el artículo 1.902 del su Código Civil, el equivalente a nuestro artículo 2.314, se ha sindicado como una norma flexible, que ha resistido el paso del tiempo y la vorágine social, acomodándose a la constante evolución del derecho, y sobre todo la rama del derecho de Familia “*Frente a dicha posición, a favor de la procedencia de las reclamaciones resarcitorias por daños ocasionados en el seno de relaciones familiares, puede esgrimirse el argumento de que el art. 1902 C.c., el cual, pese a conservar intacta su originaria redacción desde 1889, ha encajado perfectamente en la dinámica social posterior a su entrada en vigor, no se circunscribe a un ámbito concreto, sino que se trata de una norma general, siendo, pues, el “naeminen laedere” o deber de no dañar también aplicable a la dimensión familiar o doméstica, de modo que el que ha causado un daño injusto a otra persona, con independencia de su status familiar (el precepto alude a “el que por acción u omisión causa daño a otro...”, sin especificar que el agente dañoso y la víctima del daño no puedan ser familiares entre sí), debe repararlo*”, VIVAS, Inmaculada, op. cit., pág. 5.

la norma y contando con una teórica exigibilidad, lo moral y lo jurídico conviven sin excluirse.

Así, los deberes de familia (así como otros deberes no necesariamente incorporados en las relaciones filiales), efectivamente poseen un contenido marcadamente valórico, ético y moral, que es naturalmente previo a su consagración en las normas, pero una vez que son recogidos por el Derecho se transforman en auténticas normas jurídicas, con la correspondiente y debida exigibilidad⁶¹.

Y se alude al *deber ser*, pues la exigibilidad se encuentra en un marco teórico que la persona y su libertad siempre podrá no cumplir y, por ende, tornar en imposible su coercibilidad o un cumplimiento en naturaleza. Así, el "no robar" o "el no matar"⁶² resultan marcados deberes éticos o morales, incorporados en diversas normas jurídicas y de diversas formas, pero cuya coercibilidad o exigibilidad resulta extremadamente excepcional y donde el Derecho más bien se sitúa en una posición reactiva.

Por lo tanto "*..., los deberes conyugales consagrados en el Código Civil son obligaciones jurídicas que el cónyuge debe respetar, debido a que existen normas legales que contienen un mandato de tipo positivo al respecto, cuyo incumplimiento puede traer aparejadas consecuencias jurídicas más allá del principio de especialidad*"⁶³.

⁶¹ Además, son normas jurídicas no ajenas al proceso de constitucionalización del Derecho "Al tratarse de obligaciones jurídicas, el contenido personal del Derecho de Familia está sujeto al proceso de constitucionalización del Derecho Civil", **NOVALES**, Aránzazu, op.cit., pág. 133.

⁶² **MENDOZA**, Pamela, op. Cit., pág. 5.

⁶³ *Ibidem*, pág. 46.

En segundo lugar, en cuanto al contenido no económico de los deberes de familia, resulta plenamente cuestionable la aseveración, no sólo porque instituciones como los alimentos, los desheredamientos y la reciente Compensación Económica, resultan bastante determinantes como para, al menos, atenuar la afirmación, sino porque este argumento parte de la base que el remedio que ofrece la responsabilidad civil siempre se encuentra en relación con prestaciones económicas, generando otra aparente dicotomía.

No obstante lo anterior, este aspecto merece mayor precisión. Por una parte, debe analizarse la procedencia de la responsabilidad civil en la esfera de las relaciones filiales separado de si, una vez reunidos los requisitos, el medio por el cual se lleva a cabo la solución tiene idoneidad con el derecho vulnerado.

Respecto de lo primero, no se vislumbra cómo alguno de los clásicos requisitos (incluso los más novedosos como la antijuridicidad) pueden ser excluidos en el caso de verificarse una situación dañosa en el marco de una relación de familia. En efecto, ni la capacidad, ni la relación de causalidad se vislumbran discordantes al respecto. En cuanto a la culpa, resulta tan procedente que puede llegar a especificarse el estándar de diligencia general en el marco de las relaciones filiales, como se indicará ulteriormente. Respecto del daño, no se aprecia motivo jurídico alguno por el cual no pueda proceder en el marco ya indicado. De hecho, la vulneración a un derecho o interés legítimo (uno de los requisitos de todo daño), en el marco de las relaciones de familia adquiere mucha particularidad cuando se piensa en

los derechos vulnerados, como por ejemplo, el derecho a tener una filiación y conocer los orígenes que esta investigación trata.

Por lo tanto, la procedencia de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia no puede ni debe admitir ninguna duda. Claramente sí concurren matices en su aplicabilidad, ello precisamente porque ingresa en un terreno novedoso, con una culpa particular, con derechos vulnerados de complejo deslindamiento, pero aquello no es base para reducir su ámbito de operatividad.

Sin embargo, un aspecto no exento de justificación aparece anejo a lo antes indicado: pese a reunirse los requisitos de procedencia de la responsabilidad civil, ¿la solución que porta este instituto resulta idónea a los derechos vulnerados?

La cuestión no es nueva y se encuentra lejos de encontrarse completamente respondida. No es nueva, pues es la misma interrogante latente en la reparación de los daños morales, donde pese a la denominación que se le dé al remedio jurídico (compensación, suma de satisfacción, de bienestar, etc.), no cuaja del todo el que se entregue una cantidad de dinero como equivalente a la naturaleza de los derechos vulnerados. Y no se encuentra respondida toda vez que en realidad lo que la práctica ha entregado es más bien una tolerancia ante la situación, tolerancia que ha incidido en un escaso tratamiento en aras de ampliar las fronteras de los medios por los cuales la responsabilidad desarrolla el remedio jurídico.

Lo anterior es completamente aplicable a los daños en los derechos de familia: la institución de la responsabilidad civil se rechaza por los detractores no por el no cumplimiento de los requisitos de su procedencia, sino por la escasa y limitada gama de medios que presenta como solución ante la naturaleza de los derechos vulnerados.

Y esta crítica antes indicada resulta particularmente seria y difícil de soslayar, pero no resulta completamente definitiva y puede sobrepasarse al menos de dos formas: una, permitiendo al sujeto afectado la calificación de idóneo del remedio que elige en su demanda como aquel que soluciona su daño. En otras palabras, quienes entienden limitada la gama de soluciones que entrega la responsabilidad civil, objetivizan el resarcimiento prescindiendo de lo que el propio afectado considere para sí como idóneo y procedente. Esta forma objetiva de observar el espectro de soluciones resulta ser un prisma impuesto, una inmiscusión extremadamente inflexible por parte del Estado (a través de la ley o la interpretación de ella) que coarta la libertad del sujeto y la propia calificación que aquel verifique de su yo y de qué estima como suficiente para restablecer el equilibrio en su patrimonio. Así, bien puede un sujeto estimar como solución idónea el dinero como suficiente elemento externo que restablece su patrimonio, sin que el Estado (a través de la ley) pueda alterar esa apreciación y mucho menos deba de indagar o regular el cómo el sujeto ejecuta el proceso de satisfacción, pues aquello implica el ingreso al albedrío de cada persona. En todo caso, bien puede un sujeto creer que para sí la solución idónea, en el caso de que su padre lo privó de relación directa y regular, consiste en que el juez obligue al progenitor a restituir razonablemente dicho tiempo perdido por medio de un régimen de contacto en tales o cuales

situaciones y, ¿debería el Estado cuestionar que esa es la forma idónea de reparar en naturaleza un daño? Me parece que no. El Estado no tiene justificación en tasar a priori la suficiencia de un medio por el cual se manifiesta un remedio jurídico, pues sólo le incumbe regular su procedencia⁶⁴.

Otra solución es despertar del extenso sopor en el que se encuentra la reparación en naturaleza en la responsabilidad civil⁶⁵. De hecho, la naturaleza de los derechos dañados en el ámbito familiar aporta una gran oportunidad, un campo extremadamente fértil para que las investigaciones jurídicas analicen y extiendan las fronteras de los medios de los cuales se vale la responsabilidad civil, mas este aspecto se encuentra fuera del acotado ámbito de esta tesis.

⁶⁴ Mismo argumento rige para el cumplimiento de lo que el sujeto estime para sí como suficiente e idóneo remedio o, en otras palabras, ¿puede el Estado, a través de un juez, negar la solicitud de indemnización porque se vislumbra difícil su cumplimiento? Mi opinión es negativa, pues el Estado no puede privar al sujeto de lo que él estime suficiente para restablecer su patrimonio en razón de especulaciones, pues, ¿y si ese padre condenado a restituir a su hijo el tiempo perdido bajo un régimen de comunicación cumple voluntariamente? El Estado no se encuentra en la posición de suprimir la posibilidad de cumplimiento voluntario de obligaciones.

⁶⁵ Llamativamente, esta precisa situación no es ajena para nuestro Derecho. Me refiero al artículo 48 de la ley N° 16.618, ley de menores, modificada en lo pertinente por la ley N° 19.711, que en su inciso tercero señala “*Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente*”. Al efecto, cuando la ley emplea el término “recuperación” está entregando un remedio a la situación dañosa que sufre el padre o madre que ha visto obstaculizado su derecho a la relación directa y regular, un remedio no dado por una equivalencia (dinero, por ejemplo), pero sí por una restitución en naturaleza de lo no percibido. Ergo, podría sostenerse que en este caso estamos ante un caso de responsabilidad civil, donde el legislador entrega una reparación en naturaleza, pero reparación al fin. Lo propio podría sostenerse en los casos que el legislador emplea, en las normas de familia, las palabras “devolver” o “devolución” o “restitución”. En todo caso, si bien lo antes dicho puede ser argumento a favor a los que quieren sostener que debe arbitrarse un sistema de responsabilidad civil propio de familia, bien puede sólo restringirse para sostener que al derecho de familia puede ingresar el remedio resarcitorio de la responsabilidad civil, sin que sea necesidad vincular dicho remedio con la habitual reparación en equivalente, particularmente el dinero

Eso sí, lo indicado en los párrafos anteriores se encuentra lejos de estar resuelto y se necesita con mucha premura que los investigadores del Derecho se ocupen de dar una adecuada solución.

3) Respecto de la duplicidad de sanciones en caso de tolerar el ingreso de la responsabilidad civil a los daños causados en las relaciones de familia

Esta argumentación es particularmente contradictoria con la afirmación de especialidad del Derecho de Familia, ¿cómo podría afirmarse que podría existir doble sanción a una misma conducta si los remedios del Derecho de Familia son específicos y orientados estrictamente a solucionar el conflicto filial? Además, si se sigue esta afirmación, también debiéramos excluir los delitos penales que se configuran como consecuencia de obligaciones familiares, como es el caso del abandono de menores, ya que el Derecho de Familia ofrece en este aspecto soluciones específicas.

En realidad, como se dijo previamente, lo relevante en este aspecto es determinar cuál es el bien jurídicamente tutelado por el remedio, toda vez que una misma conducta puede ser versátilmente antijurídica e impactar varias ramas del Derecho. Así, las soluciones del Derecho de Familia se orientan a tutelar la integridad de las familias, sin abarcar obviamente las otras consecuencias de un comportamiento reprochable, como lo pueden ser la merma de un patrimonio, sea económico o moral.

Por ende, no existe posibilidad de dobles sanciones por el mero hecho de que la responsabilidad civil ingrese a los daños que se suscitan en las relaciones filiales, toda vez que la rama del Derecho de Familia tradicionalmente no se ocupa de dicha consecuencia al momento de estructurar el ámbito de desenvolvimiento de sus remedios.



V) La responsabilidad civil del Derecho de Familia como sistema particular, pero discutiblemente especial

Una vez justificada la posición que permite el ingreso de la responsabilidad civil a los daños que se generan en el seno familiar, se abre otra problemática, esto es, determinar si se aplicará el tradicional régimen de responsabilidad por daños consagrados en los códigos civiles (con particularidades en materia de culpa) o, lisa y llanamente, se abogará por la creación de un sistema de responsabilidad civil autónomo del Derecho de Familia el cual pueda ser calificado como comúnmente se denomina a este tipo de sistemas, esto es, "sistemas especiales".

Esta última posición suele centrarse en que una trasposición radical de los remedios que buscan solucionar conflictos patrimoniales al Derecho de Familia carece de una debida adecuación, sobre todo en manera de culpa y daños⁶⁶. Así, en síntesis, indican que los estándares de conducta dentro de las relaciones filiales son muy diversos, flexibles y volátiles ello en razón de la tolerancia, la intimidad y la solidaridad propia de la familia, lo que torna en improcedente el recurrir a los arquetipos de culpa del derecho común, inclusive justifica una reconstrucción del concepto de culpa propia del Derecho de Familia, incluyendo su apreciación (que podría ser en concreto, según las particularidades de cada grupo filial). Por otra parte, en cuanto al daño, se suele indicar que aquel que podría ser indemnizable en las familias es aquel que afecta a los miembros de la misma como hijos o cónyuges. Sería un "daño familiar".

⁶⁶ **NOVALES**, Aránzazu, op.cit., pág. 144.

Previo a adoptar una posición al respecto, resulta adecuado analizar si los otros requisitos de la responsabilidad (capacidad, relación causal y, para alguna doctrina, antijuridicidad) presentan alguna variación o interacción nociva por el hecho de que el daño se presenta en las familias. En cuanto a la capacidad, siendo normas de orden público las que la regulan, resulta improcedente la alteración de las ya existentes so argumento de la creación de un sistema autónomo de responsabilidad civil. Además, al menos en nuestro país, la plena capacidad en esta materia se adquiere a los 14 años, edad que parece razonable, tanto en los daños causados entre extraños como entre miembros de las familias, para entender las consecuencias de los actos dañosos⁶⁷. En lo relativo al nexo causal, y no obstante supera ampliamente los márgenes de esta investigación, estoy con lo sostenido por Berbere Delgado en Argentina⁶⁸ en cuanto a que “*En el ámbito del derecho de familia, el presupuesto de la relación causal no presenta inconvenientes en las cuestiones clásicas de la materia, por ejemplo en los daños derivados del divorcio, de la falta de*

⁶⁷ Al respecto, se ha señalado “La capacidad delictual no merece un análisis demasiado exhaustivo puesto que se supone que existe si los cónyuges están o estuvieron válidamente casados. Sin embargo, este elemento podría actuar como elemento de exoneración de responsabilidad si el autor del daño actuó privado de razón, por lo que se configura en él una situación jurídica de demencia (artículo 2319). Son dementes "los que al tiempo de ejecutar el hecho están privado de la razón por causas patológicas" en sentido amplio. Es decir, el autor puede exonerarse de responsabilidad si por cualquier causa independiente de su voluntad se halla privado de razón (artículo 10 del Código Penal) o actuó por enajenación mental (en el sentido de los artículos 458 y siguientes del Código Procesal Penal), excepto que la privación de razón obedezca a causas que le sean imputables, como en el caso del artículo 2318: "El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito" (principio de la *actio libera in causa*)” **DEL VALLE**, Jimena, *RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES MATRIMONIALES Y POR EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DIVORCIO UNILATERAL. UN ESTUDIO DE SU ADMISIBILIDAD EN CHILE*, revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 1, año 2.012 pág. 247.

⁶⁸ **BERBERE**, Jorge, op. cit., pág. 11.

reconocimiento de un hijo, de la ruptura del noviazgo en los casos de su procedencia, en los casos de reparación de las relaciones contractuales existentes entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio", ello sin perjuicio de también sintonizar con este autor en que en ciertas situaciones la causalidad puede presentar ciertos matices en cuanto a los criterios de previsibilidad (trasmisión de enfermedades al cónyuge o a los hijos, por ejemplo), pero sin estar particularmente distante de las limitaciones de la teoría de la causa adecuada. Finalmente, en lo relativo a la antijuridicidad, para aquellos que aceptan este requisito que aún es polémico en su procedencia en esta materia⁶⁹, y no obstante también exceder con creces la presente investigación, si la misma se centra en la "conducta injusta", no se aprecia diferencia alguna entre el Derecho de Familia y el derecho común: la primacía, al menos en los países de tradición continental, de una antijuridicidad material, por sobre la formal (a diferencia del *torts* del common law). Y si la antijuridicidad, como suele proponerlo el derecho de daños moderno, se sitúa en el "daño injusto", no se vislumbra por qué aquel que sucede en las familias pueda ser menos antijurídico de aquel que se genera en las relaciones entre extraños.

La culpa en las relaciones familiares merece párrafo aparte. Por una parte, resulta efectivo que la familia propicia situaciones conductuales de cierto relajamiento en los deberes de conductas y que ello puede incidir en ciertos privilegios (ya no inmunidades) que el Derecho

⁶⁹ En nuestro país el requisito de la antijuridicidad es reconocido en sede doctrinal, fundamentalmente, por **CORRAL**, Hernán, *LECCIONES DE RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.004; **RODRÍGUEZ**, Pablo, *RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL*, Editorial Jurídica de Chile, año 1.999, y por **MOLINARI**, Aldo, *DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DERECHO DE DAÑOS Y TUTELA PREVENTIVA CIVIL*, Editorial Lexis Nexis, año 2.004.

no puede desconocer, pero por otra parte no es menos cierto que la base y medida de culpa, la previsibilidad, no se ve alterada en caso alguno por el ingreso de la responsabilidad civil en los vínculos filiales, sino muy por el contrario, la previsibilidad de las consecuencias sigue siendo el cimiento en el cual debe asentarse el análisis de los comportamientos dentro del vínculo familiar.

Por otra parte, pero también vinculado con la culpa, cierta doctrina aboga por la apreciación en concreto de ella en las relaciones parentales y familiares, creando un modelo a medida según las circunstancias del caso, lo que por otra parte no aparece necesariamente como una modificación radical de la culpa en sí misma, sino una forma cómo la previsibilidad de la culpa se amolda a las relaciones filiales.

Por lo tanto y a priori, en materia de culpa pueden encontrarse argumentos tanto en defensa como en contra de quienes ven la existencia de una responsabilidad propia en materia de familia.

En cuanto al daño, ocurre algo similar. Por ejemplo, un argumento a favor de quienes ven un sistema de responsabilidad especial en el Derecho de Familia guarda vínculo con el status familiar, toda vez que el daño que sufren los que integran el vínculo lo soportarían en su calidad de hijos, padre, madre, pero, por otra parte, la distinción aparece algo artificial toda vez que el daño afectaría a los individuos en su "calidad de personas" y no como hijo, cónyuge, hermano u otros, toda vez que el perjuicio no se vincularía con el rol que cumple el sujeto o la posición que tiene en tal o cual forma de

asociación, sino a persona como tal. Consecuencialmente, el daño que sufre un cónyuge o un hijo no es un daño particularmente especial de aquellas categorías reconocidas en Derecho y doctrina (biológico, estético, espiritual, etc.), sino una manifestación de aquellas en el seno familiar, lo que si bien puede generar interacciones con la extensión de la reparación⁷⁰, no implicaría la creación de un “daño familiar” que justifique la generación o reconocimiento de un sistema especial de responsabilidad civil propio del Derecho de Familia.

En todo caso, si en el párrafo anterior puede criticarse a los que entienden o ven la existencia de un régimen especial de responsabilidad en el Derecho de Familia, también puede decirse que en uno de los requisitos del daño (la afectación a un derecho o interés legítimo) sí que la rama familiar presenta particularidades intensas, matices propios que el sistema de responsabilidad influenciado por la noción material del patrimonio no es capaz de gobernar adecuadamente.

Así, también en materia de daño pueden verse argumentos a favor o en contra de los creyentes en un sistema particular de responsabilidad en el Derecho de Familia, por lo que puede concluirse que tanto el daño, como la culpa dan orígenes a controversias al respecto.

⁷⁰ Como es el caso argentino, donde el artículo 1.078 de su Código civil genera una limitación a la titularidad activa para demandar daños morales, precepto que ha sido tachado de inconstitucional por doctrina y jurisprudencia, **BERBERE**, Jorge, op. cit., pág. 14.

Ahora bien, en este punto del análisis resulta muy conveniente dilucidar una interrogante que se encuentra implícita, esto es, ¿qué hace a un sistema de responsabilidad ser “especial”? ¿Cuál es el componente que hace que la generalidad de la responsabilidad civil adquiera tal grado de particularidad que pueda apreciarse una identidad que justifique denominarle de “especial” o “específico”?

Ya se advirtió en párrafos anteriores que no se aprecia que la relación de causalidad, capacidad y antijuridicidad del derecho común puedan adquirir tal grado de peculiaridad que especifiquen la institución en comento, pero que sí existían argumentos a favor de la culpa y del daño, argumentos que en parecer de este investigador son de peso para estimar que ambos requisitos, al ingresar al Derecho de Familia, sí adquieren una fisonomía que los dota de cierta identidad particular. En efecto, la culpa en las relaciones de familia se presenta bajo estándares muy diversos de aquellos exigibles entre los que no poseen vínculos filiales, a tal punto de que su apreciación podría prescindir en cierta medida de estándares generales (modelos del propio Derecho de Familia, claro) y adecuarse al caso concreto de que se trata. En cuanto al daño, si bien resulta efectivo que no se aprecie que exista una modificación de las categorías de perjuicios ya existentes, sí existe una especificación muy propia del Derecho de Familia en cuanto al derecho o interés afectado, lo que en mi opinión justifica que el daño en el área familiar se entienda de una manera adecuada a la disciplina del Derecho de Familia.

Ahora bien, ¿el hecho que la culpa y el daño adquieran una fisionomía propia al ingresar a un sector del desenvolvimiento humano permite calificar al régimen de responsabilidad como especial?

En mi parecer, no. Si bien la doctrina ha tratado con particular mimo el gran párrafo de los sistemas descodificados de responsabilidad, desde el punto de vista conceptual no se aprecia justificación precisa de cuáles son los criterios de taxonomía que se emplean. Una respuesta posible es el hecho de que no se encuentran en el Código Civil. Así todo lo que no está en ese cuerpo normativo es *especial*. Otra posibilidad se orienta a la actividad humana donde se desarrolla la responsabilidad. Así, será especial la de naturaleza laboral, ambiental, nuclear, etc., según el grado de particularidad del cual goce el rubro específico (en este caso, la responsabilidad civil en el Derecho de Familia sería *especial*).

En realidad, jurídicamente, un régimen especial de responsabilidad debería entenderse como un sistema autosuficiente, uno que goce de una plena operatividad, sin que requiera recurrir al tronco común para valer su desempeño, particularmente en aspectos donde en esa raíz no existe, a su vez, una uniformidad. Y para que un sistema sea autosuficiente no puede prescindir, al menos, de normas relativas a la prescripción y, sobre todo, normas procesales que den competencia a los jueces y un procedimiento que materialice adjetivamente la institución sustancial.

En efecto, en ambos aspectos un denominado sistema especial de responsabilidad en el Derecho de Familia se encuentra

incompleto. Por el lado de la prescripción, por mucha particularidad que presente la responsabilidad en las relaciones filiales, no me parece que puedan concebirse normas particulares respecto de tiempo máximo de ejercicio de acciones sin recurrir a las reglas generales del derecho común. Lo suyo ocurre con los aspectos procesales, los que si bien son ajenos a esta investigación, tienen importante incidencia en que muchas de las propuestas que la doctrina ha formulado respecto de extender el espectro de la responsabilidad civil, no tengan un debido sustento adjetivo que las torne en operativas.

Por lo tanto, la responsabilidad civil en su ingreso al Derecho de Familia presenta particularidades suficientemente intensas como para considerarlas y analizarlas con detenimiento, pero no resulta posible entender de *lege ferenda* (aún menos de *lege data*), que exista un sistema especial de responsabilidad que se abastezca a sí mismo de normas suficientes que le permitan operar de forma autónoma.

Lo anterior tiene una incidencia bastante evidente: se vuelve insorteable el preguntarse cuál es el derecho común que suplirá los vacíos que aparezcan en la transposición de las normas de la responsabilidad civil a las relaciones filiales, lo que se desarrolla a continuación.

VI) La insuficiencia de los regímenes de la responsabilidad civil para suplir satisfactoriamente los vacíos que genera la transposición de la responsabilidad en las relaciones filiales

Si se toman las bases indicadas en los números precedentes puede, hasta el momento, arribarse a la siguiente síntesis: el Derecho Civil y el de Familia se encuentran constitucionalizados o en vías de aquello, lo que implica interpretar los supuestos vacíos de ambas ramas jurídicas en razón de los preceptos constitucionales, ello en la forma que esta investigación señaló en el respectivo apartado. Luego, y debido a lo anterior, la responsabilidad civil (remedio protector de la persona en su amplio espectro, motor del ingreso del constitucionalismo en lo vínculos filiales), tiene cabida en las relaciones familiares, ello con sus debidas particularidades. Sin perjuicio de lo anterior, no existe – al menos en el estado actual de las investigaciones que se ocupan del tema- bases sólidas para pensar en la existencia de un régimen de responsabilidad especial en el Derecho de Familia.

Sentado lo anterior, y dado que en nuestro país existe una dualidad en los regímenes relativos a la responsabilidad (más en normas operativas que en aspectos esenciales), resulta plenamente aplicable la duda respecto de si la responsabilidad en las relaciones filiatorias se regirá por las normas de la responsabilidad contractual o extracontractual.

La solución a lo antes indicado pareciere restringirse a la adscripción a una de las doctrinas de lo que entre nosotros es una discusión clásica, esto es, cuál es el derecho común aplicable, pero en

realidad ninguna de estas posturas entregan respuestas clarificadoras, ni siquiera a los factores operativos del sistema, según indicaré.

En primer lugar, previo a analizar los puntos conflictivos, deben mencionarse los posibles sectores pacíficos. En cuanto al daño, ya se indicó latamente en apartados anteriores que el perjuicio, influenciado por las normas constitucionales, resulta transversal en la responsabilidad civil, independiente del rol que un individuo ocupe en la vida jurídica. Así, no se indemniza al “contratante” o al “hijo”, sino a la persona. En cuanto a la relación causal y la discutida antijuridicidad, no se aprecia diferencia entre optar por uno u otro régimen de responsabilidad.

En segundo lugar, dado lo ya indicado, y sin perjuicio de las normas operativas del sistema, son los factores de atribución, particularmente la culpa, los elementos que pueden presentar complejidades al momento de optar por uno u otro sistema. Así, la responsabilidad contractual ofrece estándares de comportamiento vinculados con personas que encaminan un negocio jurídico que busca, en la mayoría de las situaciones, un beneficio económico. A su turno, la responsabilidad extracontractual construye los patrones de comportamiento de forma más general, pues implica nexos entre personas ajenas jurídicamente previo a la suscitación del daño. A su turno, ambas variaciones de los estándares de actuación influyen en el nivel de previsibilidad, más específico en la responsabilidad contractual,

así como en la presunción ante su incumplimiento, entre otros aspectos⁷¹.

A juicio de este investigador, la culpa y su medida, la previsibilidad, se mantienen incólumes en materia del daño que esta tesis trabaja, pero el contexto bajo el cual se desempeña en esta investigación goza de un nivel de particularidad, que no logra ser similar al que el legislador contempla ni en su faceta contractual, ni en la faceta extracontractual. En efecto, esa previsibilidad propia de los contratos, propia de un negocio patrimonial, no se ajusta a la que puede encontrarse en las complejas relaciones filiales. Lo mismo ocurre con la culpa extracontractual, que supone un contexto de ajenidad entre los intervinientes, lo que no se condice con los poderosos nexos afectivos vigentes en el daño que esta investigación trata.

Por lo tanto, si bien la culpa y su previsibilidad son plenamente procedentes en la responsabilidad derivada del daño al derecho a la identidad filiatoria, el modelo a construir en cada una de las situaciones debe adoptar las peculiaridades de los vínculos filiales, con el objeto de que el remedio constitucionalizado que porta la responsabilidad civil no resulte un ente distorsionador e inadecuado de la dinámica donde se ha de desempeñar.

Eso sí, la discusión sobre el régimen de responsabilidad aplicable no se agota en los elementos de la misma, sino en otros aspectos que dan impulso a uno u otro sistema, como lo son las

⁷¹ Más profundidad al respecto puede encontrarse en **LARROCAU**, Jorge, *CULPA Y DOLO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL*, Colección de memorias de prueba, Universidad de Concepción, año 2.005 y en **BARROS, ENRIQUE**, *TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.007, pág. 346.

presunciones de culpa o su apreciación y la prescripción, o que es lo mismo, quién probará la diligencia o falta de ésta y hasta cuándo podrá ejercerse la acción.

Si bien la respuesta no parece unívoca (de hecho, en ciertas hipótesis que se tratarán en la segunda parte de esta investigación estoy por la posición contraria) parece apropiado no presumir la culpa. La razón de lo anterior radica en que los nexos afectivos propios de las uniones filiales se construyen a la base de un triunvirato de situaciones bastante características, esto es, la intimidad, solidaridad y tolerancia, que justifica asumir particular cuidado al momento de situar sobre alguno de los intervinientes un estándar de comportamiento presumido. Además, en derecho comparado se suele excluir la simple culpa leve para construir arquetipos de conducta en los daños que implican vínculos afectivos, reservándolos más bien para la culpa grave o, derechamente, el dolo, ambas situaciones que, sumado al contexto familiar, no aconsejan el empleo de la técnica de la presunción. Por lo tanto, en este aspecto estimo como derecho común y supletorio la responsabilidad extracontractual.

En cuanto a la apreciación del estándar de comportamiento, a juicio de este tesista, y a diferencia de lo que comúnmente se efectúa en Derecho, en varias hipótesis que luego se analizarán, aquél debería de apreciarse en concreto en este tipo de daños, a usanza de lo que en el Common Law empleó la judicatura, en busca de la creación de un modelo a la medida⁷² del contexto filial bajo el cual se genera el daño. En efecto, los factores de intimidad, solidaridad y tolerancia propios de los vínculos afectivos presentan tal

⁷² **FERRER, JOSEP**, op. cit., pág. 8.

grado de peculiaridad en el Derecho que el recurrir a modelos abstractos propios de la apreciación tradicional de la culpa conllevaría una invasión irrespetuosa de dichas particularidades, lo que implicaría que la culpa no sería capaz de adaptarse al contexto y los roles que los intervinientes ocupan en la situación dañosa, lo que finalmente importaría que la responsabilidad civil no sería un vehículo idóneo para llevar los valores fundamentales de la Constitución a la solución del daño que se pretende resarcir.

Así, también en este aspecto me parece supletorio el régimen de responsabilidad extracontractual.

Respecto de la prescripción, aparece como un punto particularmente conflictivo, toda vez que la opción que se tome presenta cierto grado de arbitrariedad. No obstante lo anterior, por exclusión podría descartarse aquella que se regula a propósito de los vínculos obligacionales relacionados con un negocio jurídico, ergo, asumir que la aplicable resulta ser la regulada a propósito de la responsabilidad extracontractual, pero no resulta por sí solo un argumento definitivo, restando mayor labor investigativa en este aspecto, sin perjuicio de lo que se justificará al momento de tratar las hipótesis de daño al derecho a la identidad.

VII) El daño al derecho a la identidad en los vínculos filiatorios se ubica excepcionalmente en la familia tradicional

Hasta este punto se ha vinculado la presente investigación con la familia, pero, ¿el daño al derecho a la identidad filiatoria supone sine qua non la presencia de una familia? La respuesta preliminar es la siguiente: el derecho a la identidad (generalmente considerado) es un derecho humano, derecho de distintas y variopintas manifestaciones positivas, algunas no vinculadas imprescindiblemente con la filiación o el origen biológico, pero cuando sí se vincula, no siempre se desenvuelve en el concepto tradicional de la familia (la matrimonial) a veces porque no la hay (o hay un germen de ella, como lo es la convivencia) y en otras porque más se aprecian *vínculos filiales* y no una familia propiamente tal⁷³. Me referiré a estas situaciones para después justificar que, pese a no tener un imprescindible vínculo, conviene no apartar el daño al derecho a la identidad filiatoria de los particulares vínculos afectivos que suelen ser su contexto.

El derecho a la identidad se manifiesta en un círculo individual, familiar, social y nacional (sus espectros) y en cada una de esas áreas adquiere una fisonomía característica, y en lo que acá interesa, el daño a esa identidad evidentemente no siempre supondrá hechos reprobables a algún miembro de la familia. Así, si bien la identidad se puede ver alterada y perjudicada por alteración u omisión de los vínculos filiatorios (la denominada verdad biológica, de origen o familiar, aspecto del cual esta investigación se ocupa), también puede verse afectada por hechos que atentan contra otros factores de la

⁷³ Un extenso análisis estadístico de la evolución de la familia en nuestro país puede apreciarse **BECKER**, Sebastián, op. cit., pág. 9 y siguientes.

autoconstrucción personal (verdad sexual, por ejemplo) o por dicotomías entre la verdad personal que una persona estima es idónea para sí y los signos de identificación que el Estado impone en sus diferentes ámbitos de injerencia social o individual (disonancias entre el género o el nombre que una persona cree es parte de su identidad personal y la que el Estado permite se emplee o use con fines jurídicos), situaciones todas ellas donde no es un requisito sine qua non de la ecuación jurídica la intervención de un miembro de la familia o que el conflicto se suscite en las relaciones filiales. En otras palabras, el agente dañoso del derecho de la identidad no es exclusivamente una persona con la que se tiene algún nexo filial, pues puede ocurrir que la familia no sea el contexto bajo el cual el detrimento se engendre.

Lo antes indicado muestra de forma bastante nítida que el derecho a la identidad posee una versatilidad bastante marcada, dado que al estar vinculado inescindiblemente a la persona, ésta lo porta a cada una de las actividades y roles en los cuales se desempeña, no debiendo, ergo, circunscribirse este derecho exclusivamente a los vínculos familiares, como se ha dicho.

Ahora bien, si nos limitamos a los lindes del derecho a la identidad en su efectiva relación con los vínculos filiatorios (la verdad biológica, familiar o de origen, como también se le denomina imprecisamente) inclusive nos encontraremos con una situación donde los daños que se produzcan en ese ámbito no guardan relación con hechos imputables a los miembros de una familia. Me refiero a la limitación impuesta, el menos en nuestro país, por el artículo 182 del Código Civil que no posibilita la investigación de la paternidad por parte del nacido por medio de técnicas de fertilización asistida, toda vez que la

ley le impone un vínculo filiatorio. En esta situación se impide a una persona reclamar filiación de las personas que aportaron los gametos masculinos (o en su caso, los femeninos), generándose un óbice para que el sujeto busque su identidad biológica y se autoconstruya según su verdadero origen, si así lo desea. Más aún, esta norma que ya no sólo impide la investigación de paternidad (o maternidad en su caso), podría también negar –además- el que el hijo indague sus orígenes, o en otras palabras, si el hijo no necesariamente quiere atribuir filiación a otra persona distinta de aquellas que se sometieron a las técnicas médicas, pero sí desea conocer sus orígenes, ejerciendo derechos vinculados a *habeas data*, por ejemplo, una interpretación del precepto antes dicho nos podría llevar a negarle inclusive cualquier indagación distinta del ejercicio de acciones de filiación⁷⁴.

En la situación antes indicada no se vislumbra necesariamente la presencia de una dinámica familiar que posibilite o contextualice un posible al daño a la identidad, toda vez que ni los padres sometidos a las técnicas, ni quien aportó los gametos, obran en una antijuridicidad o con alguna conducta reprochable impidiendo al hijo autoconstruirse, sino que es el Estado, a nivel legislativo, el que genera un óbice para dicha autoconstrucción. Se tratará lo antes indicado en el capítulo II de esta primera parte de la investigación.

Ahora bien, ya ubicados en el marco efectivo de vínculos filiales, existen situaciones donde la relación entre el tipo de daño en comento y la familia, en su concepto tradicional, no parecen, a priori, tener un nexo imprescindible. Se trata de aquella hipótesis donde, sin existir matrimonio de por medio, la mujer engaña al varón quien, de

⁷⁴ Situación que se presentó en el famoso caso “*Odièvre c/France*”. Ver cita 123.

buena fe, reconoce a un hijo que biológicamente no tiene vínculo con él. En esta situación existen, como mínimo dos dañados, uno, el hijo (respecto de quien sí existen vínculos filiales con la madre), pero también el propio varón, quien también tiene su propio derecho a la identidad. En este caso, el hecho culpable de la mujer para con el varón, no existiendo la familia matrimonial de por medio (y sin desconocer la evolución de las relaciones de convivencia como eje de vínculos obligacionales, la que, en todo caso, también podría no existir), indicaría a priori que las normas jurídicas procedentes son las de la responsabilidad del derecho común, sin que podamos recurrir a las atenuaciones conductuales que nos puede ofrecer el Derecho de Familia (los ya enunciados privilegios familiares).

Lo suyo ocurre en la hipótesis de un daño al derecho a la identidad por el no reconocimiento de un hijo, donde entre el dañado y el progenitor que no reconoce, al no existir vínculo de filiación, no existe ningún nexo parental, lo que tampoco justificaría que la culpa se inserte en los particulares estándares del Derecho de Familia.

Finalmente, ciñéndonos estrictamente al concepto de familia tradicional, tampoco sucedería en la situación cuando, no existiendo matrimonio de por medio, la mujer no ejerce las acciones filiatorias de la que es titular (por derecho propio o como representante con el hijo) y daña el derecho a la identidad de su prole.

En resumen, lo que se quiere manifestar, es que sólo de forma excepcional el daño al derecho a la identidad filiatoria se engendrará dentro de una familia tradicional, pues en la mayoría de los casos supondrá o vínculos monoparentales, nexos de convivencia o, lisa

y llanamente, la estricta existencia de dos o más personas ajenas para el Derecho.

Y así situada la disyuntiva la pregunta que aparece vital para esta investigación es, ¿la ausencia de una familia en su concepto tradicional implica que los daños en glosa se registrarán exclusivamente por la responsabilidad del derecho patrimonial, sobre todo en lo relativo a la culpa y las formas de resarcimiento, transponiendo estrictamente dichas normas?

Mi respuesta a la anterior interrogante es negativa y la fundamentaré a continuación.

En primer lugar, resulta conveniente una reiteración en este momento: tal como se indicó en el número anterior, no existen razones jurídicas que demuestren la existencia de un sistema de responsabilidad civil propio del Derecho de Familia, lo que no quiere decir que se transpondrá radicalmente el sistema común de responsabilidad patrimonial al daño suscitado en una familia o germen de ésta.

En segundo lugar, parece nítido que en la mayoría de los casos donde existe un daño a la identidad filiatoria no se configura una familia en su concepto tradicional, lo que es del todo lógico, pues este tipo de detrimentos supone profundas anormalidades atentatorias para con la gestación de una familia, sobre todo la matrimonial. De hecho, podría afirmarse que este tipo de daños son indiciarios de uniones que difícilmente llegarán a engendrar una familia, puesto que presuponen hechos de particular gravedad contra los valores que sustentan a la misma.

En tercer lugar, la no existencia de una familia de por medio en el contexto bajo el cual se gestan estos daños, no implica el obviar que sí se generan en un marco germinal de la misma o, en el peor de los casos, en situaciones de convivencia, ambas circunstancias que generan un amparo al relajo de comportamiento y la consabida y mencionada solidaridad e intimidad similar (sino idéntica) de aquellos que existen en la familia tradicional.

Lo anterior, a juicio de este investigador, no puede ser ignorado, pues implicaría aplicar a modelos nacientes o variados de relaciones filiales un estándar de comportamiento propio de la culpa común en el análisis de situaciones dañosas, lo que sí implicaría una transposición radical e inadecuada del modelo de responsabilidad civil, donde, en definitiva, el remedio reparatorio acabaría siendo del todo distorsionador y no protector de los vínculos filiales.

Por lo antes dicho, el daño al derecho a la identidad filiatoria se sitúa, en cuanto a las ramas del Derecho aplicables, en una situación limítrofe en la mayoría de los casos, entre el derecho patrimonial como derecho común y el Derecho de Familia, receptáculo normativo de las particularidades que los vínculos filiales incorporan a los comportamientos, pero dado lo expuesto en los párrafos anteriores, resulta adecuado tratarle bajo los estándares, sobre todo los conductuales, del Derecho de Familia⁷⁵, salvo ciertas situaciones que se indicarán.

⁷⁵ Comulgo en este aspecto con lo se ha afirmado en derecho comparado respecto de centrar la protección jurídica en el “vínculo familiar” por sobre la familia y sus complejas manifestaciones conceptuales, sobre todo porque es el vínculo antes dicho los que impulsa a la gestación y mantención de la familia, sea que se emplee un concepto amplio o restringido para analizarle “...debemos manifestar que los jueces peruanos deben variar su posición tradicional de entender a



la “familia” (y al matrimonio) y tutelar en adelante el vínculo familiar, prefiriéndola a la institucionalidad de la “familia”, principalmente porque las relaciones familiares sustentan a la “familia”, sin estas estaríamos hablando de una instancia vacía y sin sentido lógico, porque una relación inversa, generaría solo un conjunto de individuos vinculados biológicamente o jurídicamente, sin una relación de amor, afecto, cariño y protección entre ellos, ajeno a todo nuestro nivel de comprensión del término”, **BERMÚDEZ**, Manuel, *REDEFINIENDO EL DERECHO DE FAMILIA EN LA TUTELA DEL VÍNCULO FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA*, publicado en Revista de Derechos Fundamentales, N° 5, año 2.011, ubicado en el siguiente link, visitado el 02-12-2013, <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/05.043-062.Bermudez.pdf>, pág. 46. Además, el mismo autor sostiene algo del todo acertado, esto es, que la tutela del vínculo familiar garantiza incorporar al alero del derecho todas las realidades sociales dignas de tutela, sin una discriminación que provenga de los conceptos, muchos de ellos ideologizados.

CAPITULO II: EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL RECONOCIMIENTO



1) Introducción

Una de las mayores virtudes que presenta el vínculo entre las disciplinas normativas del Derecho Privado radica en que aquellas que recepcionan más rápidamente las variaciones sociales, traspasan a las más parsimoniosas el frenético avance del devenir social, lo que permite que las de avance más cansino no queden relegadas en el pretérito y resulten reales herramientas de solución de conflictos actuales. Eso es una simbiosis jurídica.

En ese orden de ideas, el Derecho de Familia es una rama de la ciencia jurídica particularmente virtuosa, puesto que en su explosivo desarrollo en el siglo XXI, ha generado un sinnúmero de derechos y bienes jurídicamente tutelados, los que presentan tal grado de versatilidad que traspasan los lindes de la disciplina familiar y se interrelacionan con otras ramas del Derecho.

En el particular, el Derecho de Familia aporta el denominado *derecho a la identidad*, de compleja evolución, en actual desarrollo de hecho, pero, en general, con una mediana autonomía de otras figuras existentes que permite reconocerlo como un derecho de la nueva generación que, de resultar lesionado, puede engendrar la obligación de resarcir las consecuencias.

Además, como se mencionó en la introducción a esta obra, en estos casos donde el derecho o interés lesionado (requisito sine qua non de la responsabilidad civil) es novedoso e incipiente, resulta apropiado estudiarle y delimitarle toda vez que será la parte constituyente del patrimonio lesionado.

Por lo tanto, en los siguientes párrafos me ocuparé de deslindar este derecho a la identidad para lograr una mediana claridad respecto de su concepto, alcance y aspectos relevantes para la presente investigación, para concluir por analizar el reconocimiento bajo un prisma distinto, como un derecho del hijo, no como una potestad de los padres.



II) Marco Conceptual

A la identidad, como una realidad moral y jurídica, concurre una paradoja llamativa dada porque pese a que actualmente tiene una recepción legislativa en sus principales manifestaciones (con instituciones concretas y específicas que pretenden resguardarla), su ámbito general goza de una muy particular indeterminación, sobre todo en el rubro conceptual, donde los lindes con otras figuras afines resultan muy difusos y las confusiones particularmente recurrentes.

En todo caso, lo anterior no parece ser injustificado, pues el denominado *derecho a la identidad* parece ubicarse en una zona muy alta de la pirámide normativa, cercana a conceptos muy conflictivos, como lo son los Derechos Humanos, de la Personalidad, Fundamentales, etc., términos que vale la pena precisar, aunque sea brevísimamente, con el objeto de un mejor desarrollo del presente análisis.

Eso sí, previo a una enunciación conceptual es conveniente señalar que existe una variopinta gama de definiciones para estas importantes instituciones, cada una de ellas más o menos amplias que las otras, lo que para algunos genera una paradoja peligrosa⁷⁶. Sin perjuicio de lo anterior, puede decirse sucintamente que los Derechos

⁷⁶ En efecto, se ha señalado “*Empieza a detectarse en la literatura especializada una cierta alarma ante la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los derechos humanos y al mismo tiempo los teóricos más influyentes tienden a conferir a la idea de derechos humanos una particular fuerza justificatoria o motivacional.... Pero ambas cosas tienden a ser incompatibles; cuanto más se multiplique la nómina de los derechos fundamentales, menos fuerza tendrán como exigencia y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente. Si estas paradojas amenazan a la idea de derechos humanos parece necesario reabrir una indagación conceptual*”, CERUTTI, María del Carmen, *et al*, publicada en la Revista de de la Facultad de la Universidad Nacional de Córdoba, volumen 6, número 1, año 1998, pág. 147, ubicada en el siguiente link visitado el 02-02-2014, http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/identidad-personal/at_download/file

Humanos son: "...el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas"⁷⁷, los Derechos Fundamentales son una positivación constitucional de los Derechos Humanos⁷⁸ o, en más palabras, son: "...el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional"⁷⁹, y aquellos denominados Derechos de la Personalidad aquellos "...inherentes e inseparables de la condición humana, y que permiten al hombre el pleno goce de sí mismo"⁸⁰.

⁷⁷ **YNCHAUSTI**, Celia, *et al*, *LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD. EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL*, Revista Derecho y Cambio Social, N° 29, año N° 9, año 2.012, , pág. 8, ubicado en el siguiente link, visitado el 23 de enero del año 2014, http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/derechos_inherentes_a_la_personalidad.pdf

⁷⁸ Mismo concepto puede verse en **GARRIDO**, María Isabel, *LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PODER*, publicado en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N°. 10, año 2.009, págs. 6 y 7, ubicado en el siguiente link visitado el 04-01-2014, <http://universitas.idhbc.es/n10/10-03.pdf>, que señala "...el término derechos fundamentales hay que entenderlo como derechos humanos positivados en el plano estatal². Así, los derechos humanos y los fundamentales coinciden en el sujeto, es decir, en tener como titulares a las personas y a los grupos, aunque el concepto de los fundamentales tiene como elemento central la norma; pudiendo concluir que, normalmente, aluden a derechos que se hallan en los niveles más altos del Ordenamiento jurídico debido a su contenido y no al contrario. Cuando hablamos de derechos fundamentales la expresión es muy precisa, siendo los derechos que se recogen en las Constituciones de los Estados y son apoyados por el Ordenamiento jurídico y el sistema de garantías correspondiente".

⁷⁹ Citando a Favoreu, **NOGUEIRA**, Humberto, *EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN*, Revista *Ius et Praxis*, año 13, N°2, pág. 252.

⁸⁰ **YNCHAUSTI**, Celia, *et al*, *op. Cit.*, pág. 9.

Por lo tanto, en cuanto al binomio Derechos Humanos-Fundamentales, puede comentarse que en los primeros prima una validez axiológica y las aspiraciones humanas de satisfacción de necesidades básicas, según el estándar de la sociedad, constituyendo una situación prejurídica. Son los Derechos Fundamentales la transposición jurídica de esos valores humanos, siendo todo lo que se dirá al respecto de estos dos conceptos por exceder los márgenes del presente trabajo.

Sí merece mayor análisis la ardua tarea de precisar qué se ha de entender por Derechos de la Personalidad, pues para no pocos se encuentra muy ligado al concepto de identidad. La primera complejidad que se avizora está dada porque el término “personalidad” se encuentra íntimamente vinculado a la filosofía y al concepto y desarrollo del yo⁸¹ lo que implica un debate atemporal que nos remonta hasta los pensadores griegos. La segunda, derivada de la primera, es la juridización de los valores y principios ínsitos en el concepto, tarea a la cual las propias Constituciones parecen huir, optando por desarrollarle – el concepto de personalidad- en lugar de definirlo.

Quizá un punto de partida auxiliador es determinar si la personalidad se ha de entender como una realidad unitaria (monista) o plural. En efecto, la primera tesis sostiene que, para favorecer la tutela de la misma, la personalidad debe entenderse como un todo unitario,

⁸¹ Un extenso análisis puede verse en **DAROS**, Williams, *EN LA BÚSQUEDA DE LA IDENTIDAD PERSONAL: PROBLEMÁTICA FILOSÓFICA SOBRE CONSTRUCCIÓN DEL YO Y SU EDUCACIÓN*, Editorial UCEL: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, año 2006, págs. 159 y siguientes.

sin que sea necesario generar infinitas categorías que reconozcan los matices respecto de cómo ésta puede manifestarse (los incontables derechos a los que da paso la personalidad)⁸². En cuanto a la segunda – que le objeta a la primera el pretender hacer una incorrecta sinonimia entre personalidad y derechos de ésta (desconociendo y agotando sus manifestaciones complejísimas y variadas), el manifestarse extremadamente individualista y el exacerbar la intangibilidad personal al punto de que casi no existirían inmiscusiones legítimas en el espectro que lleva cada una-, propone un tratamiento, desarrollo y análisis separado de cada una de las manifestaciones –a veces muy sutiles- que presenta la personalidad humana. Justificando lo anterior, se ha señalado: *“El hecho de que exista una miríada de derechos de la personalidad no es incompatible con la unidad psicosomática de la persona. Cada uno de los derechos subjetivos se ocupa de la tutela de una parcial faceta de la rica y compleja personalidad que no se agota definitivamente en el mosaico que de éstos han recogido los diversos ordenamientos jurídicos nacionales; la persona humana es una realidad inacabada en su constante, fluido e ininterrumpido proceso de autocreación”*⁸³.

Lógicamente, según la postura que se acepte, el análisis termina o recién comienza. Si se acepta la postura monista, se crea un *superconcepto* omnicomprendivo de la personalidad, sin que se torne en estrictamente necesario incurrir en categorizaciones del mismo. Por el contrario, la tesis pluralista abre un debatido flanco en cuanto al

⁸² YNCHAUSTI, Celia, *et al*, op. cit., pág. 12.

⁸³ *Ibíd*em, pág. 13.

contenido de este derecho y si éste puede ser taxonomizado. Luego, han de analizarse sus características esenciales.

Respecto de lo primero, en general su contenido -refrendado en sus clases o categorías y no sin debate-, suele estar clasificado según un espectro social y personal, para luego analizar sus manifestaciones⁸⁴. En cuanto a sus características, existe una amplia gama según el autor de que se trate, aunque existe cierta uniformidad y coincidencia en considerar la inviolabilidad, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad, esencialidad, individualidad, irrenunciabilidad, entre otros, como los rasgos distintivos de esta clase de derechos superiores.

En fin, indicado lo anterior, la pregunta que aparece en este momento vinculada a la presente investigación es qué nexo presenta el denominado *derecho a la identidad* con los tres grandes rubros de conceptos previamente reseñados o, en otras palabras, ¿dónde se ubica el llamado *derecho a la identidad* y, más preciso y atingente aún, dónde se ubica la identidad filiatoria de toda persona?

A continuación se desarrolla aquella pregunta.

⁸⁴ Ídem.

III) Un derecho en proceso de deslindamiento: conceptos y alcances confusos

Puede aseverarse con cierta firmeza que, tanto en su reconocimiento axiológico, como en su consagración positiva, la identidad y el llamado *derecho a la identidad* son figuras noveles, lo que genera una consecuencia bastante evidente: los conceptos, espectros y características que ambas instituciones presentan no se encuentran del todo afinados, lo que repercute negativamente en su análisis, sobre todo cuando se busca realizar un estudio que vaya de lo general a lo específico.

Eso sí, como se indicó en el apartado anterior, esa confusión dista mucho de ser injustificada, y muy por el contrario, aparece como bastante lógica si se tiene en cuenta la corta vida que existe en torno al estudio de la identidad, como realidad axiológica y jurídica, a lo que suman dos factores más que resultan determinantes: el vínculo que presenta la identidad con la dignidad y con la libertad humana, conceptos particularmente conflictivos, de tal modo que el usar una u otra de sus posibles explicaciones condiciona el discurso que se desarrolle.

En cuanto a la dignidad, la discusión es antigua y está muy lejos de estar finalizada, esto es, si aquella es un derecho subjetivo superior inclusive que los Derechos Fundamentales o un principio o valor moral. La cuestión dista de ser vana. En efecto, si se le considera un derecho subjetivo de nivel superior, uno de los riesgos es no dotarla de un contenido concreto (aunque la identidad podría ser parte de su

sustancia); si se le atribuye el carácter de valor o principio, un problema será determinar si son jurídicos o extrajurídicos.

Sin perjuicio que excede al ámbito de esta tesis, adscribo a la postura que sustenta Nino⁸⁵ respecto a entender a los derechos fundamentales (y entre ellos la dignidad) *"... como derechos subjetivos morales en el sentido de adscribir a alguien el derecho moral de acceder a una situación que implica un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso y es moralmente erróneo impedir tal acceso. Ya en el derecho positivo cuando los derechos fundamentales encuentran protección, es posible hablar de bienes jurídicamente protegidos y de la noción de derecho subjetivo jurídico..."*.

Por ende, y consecuentemente, la identidad sería el continente moral y axiológico que justifica el derecho que toda persona tiene a la misma⁸⁶, sin perjuicio que aquello no resulta suficiente por sí solo para denominar a tal derecho como fundamental o simplemente subjetivo de raíz infraconstitucional.

Por otra parte, otro vínculo que torna en complejo la conceptualización de la identidad y su consagración normativa es el que presenta con la libertad humana⁸⁷, sobre todo cuando el intrínseco nexo

⁸⁵ CERUTTI, María del Carmen, *et al*, op. cit., pág. 149

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ IVERINO, Paula, *EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL: MANIFESTACIONES Y PERSPECTIVAS*, en *Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Editorial Gaceta Constitucional, año 2.010, ubicado en el siguiente link visitado el día 03-03-2014, http://www.bioetica.org/umsa/produccion/Derecho_a_la_identidad_manifestaciones_y_prespactivas_Gaceta_2010.pdf, pág. 60.

entre ambos términos es circunscrito por parte del Estado por medio de los signos de identificación, sobre lo que se volverá posteriormente.

Así, la simbiosis entre dignidad, libertad y personalidad ha generado una amplia gama de definiciones de lo que se ha de entender tanto por *identidad* como por *derecho a la identidad*, los que variarán según donde se sitúe el acento, sobre todo en la esfera de lo personal y lo social. Señalaré algunos de ellos.

En cuanto al concepto de identidad, en primer lugar, la RAE señala que es la: "*cualidad de lo idéntico*", luego como un: "*Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás*" y desde el punto de vista personal como la: "*Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás*". Desde la doctrina se ha indicado que la identidad es: "*... la experiencia que hace posible que una persona pueda decir "yo" al referirse a un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales, la que se va forjando en el tiempo*" o también que la identidad es: "*...el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social*"⁸⁸ cuyas complejidades conceptuales radican en que el término: "*...se utiliza tanto para reflejar la realidad íntima de un individuo, como su relación con otra u otras realidades externas a él*"⁸⁹. Otros entienden identidad como: "*...el sentido que cada persona tiene de su lugar en el mundo y el lugar que le asigna a los demás dentro del contexto más amplio de la vida humana. La identidad, en su definición más simple, es la respuesta a la pregunta ¿quién soy*

⁸⁸ YNCHAUSTI, Celia, *et al*, op. Cit., pág. 25.

⁸⁹ Ídem.

yo?, pues según él mismo al interactuar en la cotidianidad con una imagen y un nombre el sujeto ha sido identificado primariamente"⁹⁰. Finalmente, para algunos la identidad presenta una manifestación dual *"Por una parte, en un movimiento introspectivo, hacia las formas de autoidentificación como yo de cada individuo. En segundo lugar, hacia las formas de objetivación de la personalidad; a las relaciones sociales en que se define la identidad de la persona. El proceso de la identidad hasta constituir un individuo adulto de la especie humana presupone, ineludiblemente, la pertenencia a un sistema social concreto"*⁹¹.

Por el ámbito de las definiciones antes expuestas, conviene precisar de inmediato que la identidad es un valor moral común al ser humano, no exclusivo de los niños, sin perjuicio de que el mayor tratamiento lo ha tenido desde dicha perspectiva etaria; la dignidad incumbe a todas las personas, donde un padre y/o un abuelo, por ejemplo, también gozan de los derechos que dimanar de tan importante principio.

Acto seguido, de las definiciones se infiere también que, partiendo de la base que la libertad y sólo ella permite al hombre tener una conciencia de sí mismo y que le invita a generar una labor de autoconstrucción que sólo acaba la muerte, la identidad consiste en un acervo de características que el individuo ha aprehendido para sí

⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 27.

⁹¹ **NAVAL**, Concepción, *LA IDENTIDAD PERSONAL EN A. MACINTYRE Y CH. TAYLOR*, publicado en *El primado de la persona en la moral contemporánea*, coordinado por Antonio Quirós, Augusto Sarmiento, Enrique Molina, Jorge Enériz, Jorge Peñacoba, año 1997, , ubicado en el siguiente link, visitado el 03-08-2014, <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/5340/1/CONCEPCION%20NAVAL.pdf>, pág. 763.

durante su vida⁹² y que gozan de tal relevancia para su proceso de construcción y que se identifican a tal grado con él, que le permiten decirse a sí mismo “yo soy”.

Por lo tanto, puede apreciarse claramente que la identidad abarca lo que hace exclusivo y único a un sujeto, lo que lo hace irrepetible y digno de una tutela adecuada a dicha identidad, sin imposiciones que la desconozcan, que la supriman o la destruyan.

Dentro de ese orden de ideas, luego reflejado en las facetas que la consagración jurídica de la identidad generan, la identidad no sólo abarca la conciencia de creerse único, no sólo se reduce a reconocer al sujeto su autoconstrucción y los factores de autoconstrucción, sino que implica el contenido externo de la identidad, esto es, el vínculo que la autoconstrucción tiene –y debe tener- con el resto de las autoconstrucciones de los individuos y sus debidas y necesarias interrelaciones.

Lo señalado en el párrafo anterior tiene suma importancia a la hora de analizar la manifestación jurídica de la identidad, pues él individuo tiene derecho a autoconstruirse por medio de factores de construcción (que deben ser respetados por el Estado y los terceros) y

⁹² La identidad de una persona constituye un proceso que se inicia con el nacimiento y se prolonga hasta la muerte. La vida de un individuo se desarrolla en un entramado de relaciones sociales que al mismo tiempo que provee los recursos de desarrollo y afianzamiento de la propia identidad, requiere de ésta para generarse. La identidad se presta, de este modo, a ser interpretada como un “supuesto no cuestionable” de la acción humana: en nuestra vida cotidiana damos por sentado que tanto nosotros como nuestros interlocutores poseen una identidad propia, **MARTÍNEZ** Victoria, *LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*, publicado en obra colectiva *Derechos De Niños, Niñas Y Adolescentes*, Secretaría De Derechos Humanos, Ministerio de justicia, seguridad y derechos humanos, ubicado en el siguiente link, visitado el 03-01-2014, http://www.conabip.gob.ar/sites/default/files/derechos_de_ninos_ninas_y_adolescentes_seguimiento_de_aplicacion_de_la_cdn_derecho_a_la_identidad_dimensiones_exp.pdf, pág. 11.

tiene derecho a que el proceso de autoelaboración sea percibido por el resto tal y cual el sujeto lo generó. Se retomará este aspecto prontamente.

Ahora bien, la identidad como principio axiológico digno de tener una consagración normativa, habría de tener una manifestación jurídica dada por el *derecho a ella*, derecho respecto del cual existen diversos conceptos en el orden doctrinario. Así, se ha indicado que el *derecho a la identidad* es: *"El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad y que ésta sea "un ser en sí mismo diferente a los otros..."*⁹³ y cuyo contenido es *"...el derecho a conocer los orígenes u obtener información sobre la identidad genética, y el derecho a obtener emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica denominada identidad filiatoria"*⁹⁴. Para otros, reconociendo un desdoblamiento de este derecho, indican que es *"...el derecho a ser quien se es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es, porque así como toda la vida del ser humano está dirigida a autoconstruirse, configurando en el proceso una identidad, no es una identidad a puertas cerradas, así como la libertad de pensamiento, perdería su sentido de quedar limitada al fuero íntimo. Porque la existencia es además co-*

⁹³ LUNA, Silvia, Ponencia: *EL DERECHO A LA IDENTIDAD, SU VULNERACIÓN. REFORMA DEL VÍNCULO DE FILIACIÓN*, Comisión de Derecho a la Vida. Tucumán. Argentina, ubicado en el siguiente link, visitado el 18-02-2014, http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC_028_LUNA_Silvia_Ester.pdf, pág. 7.

⁹⁴ Ídem.

existencia, es ser-en-si, ser-en-los-otros y ser-en-el-mundo"⁹⁵, para agregar que: *"Por eso entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal"*⁹⁶. Otra doctrina ha vinculado el derecho a la identidad con la verdad, señalado que es *"...el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen y de la prerrogativa individual a la exacta representación de la proyección social singular. En suma, es el derecho al respeto de ser uno mismo"*⁹⁷. Algunos autores se centran en la no tergiversación señalando que el *derecho a la identidad es "...el interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad"*⁹⁸. Desde la perspectiva de su contenido, se ha escrito *"...el derecho a la identidad consistiría en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía"*⁹⁹. Por el lado jurisprudencial, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha señalado que: *"Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un*

⁹⁵ **IVERINO**, Paula, op. cit., pág. 2.

⁹⁶ *Ibíd*em, pág. 3.

⁹⁷ **YNCHAUSTI**, Celia, *et al*, op. cit., pág. 26.

⁹⁸ **CALVO**, Roberto, *DERECHO A LA IDENTIDAD: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS*, publicado en obra colectiva *El derecho a la identidad como derecho humano*, año 2.010, ubicada en el siguiente link visitado el 22-02-2014 http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2010/2EL%20derecho%20a%20la%20identidad_ok.pdf, pág. 187.

⁹⁹ *Ibíd*em, pág. 59.

nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo”¹⁰⁰.

Como puede apreciarse, la variedad conceptual en torno a este *derecho* es muy marcada. Así, algunos lo entienden como la prerrogativa que se tiene de autoconstruirse fidedignamente. Otros, como el señorío de que dicha construcción sea conocida fielmente por el resto; cierta doctrina se centra en la no tergiversación del proceso de autoconstrucción (que el sujeto se elabore en torno a la verdad y aquello sea lo que perciban los terceros) y otros más que definirlo, se ocupan de su contenido.

La opinión de este autor es distinta a la expresada previamente, pues con las definiciones doctrinales antes indicadas, vinculadas con las recepciones normativas de la identidad, me parece que al entender a la identidad como *un derecho* y no hacer mayores precisiones se corre el riesgo o de crear un derecho sin contenido (al entenderlo como derecho subjetivo infraconstitucional) o de reconocerlo como derecho fundamental sin, al menos explícitamente, encontrarse uniformemente en todas las cartas magnas, todo ello según indicaré.

En cuanto a entender a la identidad como un Derecho Fundamental, el primer paso inexorable es determinar si está

¹⁰⁰ LUNA, Silvia, op. cit., pág. 3.

consagrada explícitamente en las Cartas Fundamentales, situación que no es uniforme. Así, por ejemplo, la Constitución colombiana, si bien emplea la palabra identidad, no consagra de forma explícita un derecho a ella. Lo suyo ocurre con la Constitución uruguaya, brasileña, española, holandesa, francesa y alemana, entre otras; la carta Magna de Bolivia alude al término identidad circunscrito a su faz cultural y vinculado a los pueblos indígenas (art. 171) al igual que la Constitución Argentina en su art. 75; sí consagran explícitamente un derecho a la identidad las Constituciones de Ecuador (art. 45) -ello pese a que circunscribe sus titulares a los niños y niñas-, la de Paraguay (art. 25), la venezolana en su art. 56 (aunque en el sentido de identidad biológica) y la portuguesa en el art. 33.

Respecto de considerar al derecho a la identidad como un derecho infraconstitucional, la situación en derecho comparado tampoco es uniforme. Así, por ejemplo, Honduras sí alude expresamente a un derecho a la identidad en el artículo 11 de su Código de la Niñez y Adolescencia (lo que por sí sólo implica reducir este derecho sólo a los niños y adolescentes), pese a que la mención es sólo nominal. Luego, en su artículo 29, se refiere a la "identidad personal", pero también garantiza en el mismo precepto otros derechos asociados típicamente al contenido de la identidad, esto es, al nombre y apellido (reconocido como parte de la polémica fase estática de la identidad) y a saber quiénes son sus padres (reconocido como parte de la identidad en su fase filiatoria o llamada también verdad biológica). El Código de la Niñez de Paraguay consagra, en su artículo 18, el derecho a la identidad, pero al desarrollarlo alude también a derechos particulares, como el derecho a la nacionalidad, al nombre y apellido y a conocer y permanecer con

sus padres. Luego, el artículo 18 se refiere no a la identidad, sino a la identificación; el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua alude en diversos preceptos al término identidad, pero o vinculado con el principio de derecho que supone o con la identificación; el Código de la Niñez y Adolescencia uruguayo reconoce explícitamente un derecho esencial a la identidad (art. 9), pero al momento de desarrollarlo en su art. 25 en realidad lo que trata es la identificación, sobre todo en su fase administrativa. El caso de Ecuador y su Código de la Niñez y Adolescencia es particularmente atípico y rompe lo señalado previamente, pues es particularmente preciso al distinguir derecho de la identidad de los subderechos que lo constituyen y éstos del derecho a la identificación (art. 33 y siguientes).

Finalmente, en lo que respecta a un breve análisis nominal en busca de este supuesto *derecho a la identidad*, por una parte, nuestra Constitución Política no alude – al menos explícitamente – en ningún precepto a la identidad como un derecho fundamental y por otra parte, ninguna ley nacional reconoce formalmente este derecho, sin perjuicio que la palabra identidad sí es empleada, pero en sentidos diversos o dentro de la institución de la identificación.

Pues bien, según lo expuesto cabe preguntarse si la identidad puede ser entendida como un Derecho Fundamental o como un derecho subjetivo infraconstitucional autónomo de otros derechos o, por el contrario, lo que se denomina como *derecho a la identidad* no es sino un principio de nivel moral, positivizado por medio de derechos específicos típicos de la identidad, como lo es el nombre, la filiación, la nacionalidad, la identificación, entre otros.

Desde ya hay que indicar que la respuesta se vincula con la realidad jurídica de cada país, sin que sea posible construir un enunciado de validez universal.

Dentro de dicho orden de ideas, en nuestro país resulta difícil -y en cierta medida forzado- reconocer la existencia de un derecho subjetivo a la identidad de fuente infraconstitucional, toda vez que si así fuere, por lo menos dos exigencias lógicas deberían cumplirse: que goce de una consagración legal en alguna parte de la pirámide normativa inferior a la Constitución y, por otra, que goce de un contenido particular y específico que lo deslinde de otros derechos consagrados, lo que garantice que tenga efectividad como tal y no se vea subsumido en otras figuras o, por el contrario, se halle fragmentado a tal punto, que carezca de un contenido o sustancia.

En el caso del denominado derecho a la identidad, al menos en nuestro país, no existe ley que lo consagre nominalmente, pero tanto o más importante que ello, en aquellas normas que mencionan de alguna manera la palabra identidad, o se le confunde con la identificación o desarrollan más bien sus elementos o ámbitos, típicamente el nombre, el derecho a la filiación, nacionalidad, lo que trae como consecuencia que el denominado derecho a la identidad – de existir- sería un continente de otros derechos, pero incapaz de otorgar ningún señorío específico al sujeto, gozando de vacuidad o, en otras palabras, ¿de dónde arranca el señorío de un sujeto de tener un nombre o una filiación? ¿del llamado derecho a la identidad o del específico y existente derecho al nombre o derecho al vínculo con los progenitores? En mi opinión, el auténtico poder de exigibilidad que otorga un derecho subjetivo no arranca de un *derecho a la identidad*, sino de las

consagraciones específicas del principio de derecho que en realidad es la identidad, por lo que la consagración de un *derecho a la identidad* es difícilmente aceptable, al menos en el estado actual de nuestra legislación infraconstitucional.

Respecto de considerar al *derecho a la identidad* como un Derecho Fundamental, entendiendo a estos como la positivación (por genérica que sea) consagradaa en las cartas fundamentales, la manera de justificarlo como tal -en nuestro país- implica recurrir a la doctrina de los derechos constitucionales implícitos y el debate que existe en torno a dicha posición¹⁰¹, ello sin perjuicio de que nuestro Tribunal Constitucional ha recogido la existencia de un derecho fundamental implícito a la identidad¹⁰². También puede resultar útil para entender la existencia de un Derecho Fundamental a la identidad la ratificación que nuestro país hizo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en diversos artículos alude al término "identidad", aunque no a un derecho a ella. En efecto, dicha Convención en su artículo 8 alude al "...derecho a *preservar* su identidad..."; el mismo artículo 8, en su número segundo, alude a los "...*elementos* de su identidad". Finalmente, el art. 29 de la

¹⁰¹ Al efecto se recomienda ver a **CONTRERAS**, Pablo, *¿DERECHOS IMPLÍCITOS? NOTAS SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL*, en Núñez, José Ignacio, *Nuevas Perspectivas de Derecho Público*, año 2.011, Editorial Librotecnia, pág. 149 y siguientes; **ALDUNATE**, Eduardo, *DERECHOS FUNDAMENTALES*, Editorial Legal Publishing, año 2.008, pág. 335 y siguientes; **NOGUEIRA**, Humberto, op. Cit. Pág. 253 y siguientes; **BIDART**, Germán, *LOS DERECHOS "NO ENUMERADOS" EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL*, ubicado en el siguiente link, visitad el día 24-03-20014, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/6.pdf>

¹⁰² Es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional Rol 1340-2009, 1563-2009, 1537-2009, 1656-2010, 2105-2011 y 2035-2011.

misma convención menciona la "...*identidad* cultural"¹⁰³, pero la limitación etaria que implica esta Convención no le permite por sí sola ser la base de la existencia de un derecho a la identidad genérico.

Por lo tanto, y finalmente, respondiendo la pregunta que se dejó abierta en la parte final del número I de este capítulo, esto es, qué lugar ocupa la identidad dentro de la pirámide normativa, mi opinión es que está sobre el derecho positivo, al nivel de los derechos humanos como fuente de principios axiológicos generadores de normas jurídicas. Se encuentra, por ende, en una etapa prejurídica. Cuando llega a la vida jurídica, no lo hace como un *derecho a la identidad*, sino como derecho a las múltiples facetas que presenta la identidad (nombre, nacionalidad, y en lo atinente a este investigación, identidad filiatoria etc.).

Sin perjuicio de lo antes indicado, para efectos de mejor comprensión y desarrollo, se seguirá empleando la denominación de *derecho* para referirse a la identidad, ahora sin las cursivas.

¹⁰³ Sobre el particular ver a **NOGUEIRA**, Humberto, *LOS DERECHOS ESENCIALES O HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, Revista Ius et Praxis . Año 9. Nº 1. Además, resulta particularmente llamativo que un cuerpo legal tan importante como la Declaración Universal de los Derechos Humanos no aluda en ningún artículo al término "identidad". Lo mismo ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV) Deslinde del derecho a la identidad. Especial mención a la identificación

Deslindar el derecho a la identidad es labor muy compleja, tarea ardua que deriva naturalmente de lo difícil que resulta ubicarle en la pirámide normativa y de lo laborioso que es definirle y, sin perjuicio que este investigador es de la idea que, como tal, este *derecho* no es sino un valor moral prejurídico y que la consagración normativa del mismo es respecto de su nutrido contenido, otros son de la idea de que existe un derecho a la identidad como tal, independiente de otras figuras jurídicas, autónomo en su sustancia.

Eso sí, quienes esto afirman tienen un doble obstáculo: dotar a este derecho de un carácter propio y diferenciarlo de otras figuras que lo colindan o que lo confunden.

Respecto de esto último, cierta doctrina relativiza la necesidad de conceptos particularmente elaborados y se ha centrado en lo que denominan *bien jurídicamente protegido*, donde el que alberga el derecho a la identidad sería propio y único¹⁰⁴, distinto de, por ejemplo, el honor, la intimidad o la imagen.

Respecto del primero, el bien jurídicamente protegido estaría constituido por la valoración que de las personas tienen los demás, se protege la consideración merecida (aspecto objetivo) o la propia autoestima (aspecto subjetivo)¹⁰⁵ mientras que el derecho a la identidad: "...el bien jurídicamente protegido es la "verdad personal" de

¹⁰⁴ CERUTTI, María del Carmen, *et al*, op.cit., págs. 149 y 150.

¹⁰⁵ Ídem.

*cada uno proyectada al mundo exterior y que abarca tanto lo que hace a la propia identificación, como el aspecto dinámico del desarrollo de la propia personalidad. En este sentido el bien jurídicamente es no ver tergiversado o alterado el propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional*¹⁰⁶. Así, si bien en ambos derechos una tergiversación puede resultar lesiva, en el caso del derecho a la identidad no se tergiversaría la prolongación social de la persona, sino su verdad personal, lo que resulta discutible, pues la aseveración parece hacerse cargo sólo de la faz objetiva del honor.

En cuanto al derecho a la intimidad y la diferencia con el derecho a la identidad, se ha indicado: *"En el derecho a la intimidad el bien jurídicamente protegido es el ámbito de reserva o respeto de la vida privada de cada uno. Ese ámbito de respeto puede entenderse con un sentido negativo, de exclusión de esa esfera de cada existencia en la cual "ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado" _ . La manera de vulnerarlo es mediante conductas que impliquen una intromisión arbitraria en la vida privada. La identidad, protege la fiel representación de la propia proyección social"*¹⁰⁷.

Respecto del derecho a la imagen, su ámbito se reduciría al mero aspecto físico de la persona, mientras que en el derecho a la identidad representa: *"...una fórmula sintética para distinguir el sujeto desde un punto de vista global en la multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones, esto es, para expresar la concreta y*

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ídem.

efectiva personalidad individual del sujeto, que se ha ido solidificando en la vida de relación" .

Ahora bien, si la fijación del linde preciso entre el derecho a la identidad y otras figuras integrantes de la personalidad asoma como complejo, lo suyo tiene el apartar las aguas entre identidad e identificación.

La identificación es la consecuencia más inmediata y necesaria de la identidad y goza de una prolífica consagración jurídica, fundamentalmente en el derecho administrativo¹⁰⁸. En efecto, la identidad de las personas genera una serie infinita de rasgos distintivos y particulares de los cuales el Estado toma los más relevantes- según el momento social- y los plasma en registros. Por lo tanto: *"...la identificación responde no a una actividad-necesidad personal (ser-hacer) esto es, a un devenir existencial, sino a un imperativo social, como elemento de orden y control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, plasma los seleccionados, y los coteja a posteriori"*¹⁰⁹. Por ende, en primer lugar, evidentemente la identificación no constituye la identidad, sino por el contrario, la identificación debiera de reconocer la identidad y plasmarle fielmente y, en segundo lugar, la labor de identificación es típicamente estatal, donde es el Estado el que toma ciertos rasgos más o menos uniformes (no iguales, menos idénticos) de la identidad de las personas y los lleva a registros.

¹⁰⁸ Interesantes estadísticas sobre la identificación en nuestro continente pueden apreciarse en **CALVO**, Roberto, op.cit., pág. 9.

¹⁰⁹ **IVERINO**, Paula, op. cit, pág. 5.

De inmediato puede apreciarse el problema de la identificación: es un proceso que verifica un observador externo y que, además, tiende a estandarizar lo observado. En otras palabras, la identificación tiene mucho de imposición y objetivización de ciertos rasgos comunes a la identidad de las personas, pero la antinomia ínsita en aquello genera particulares problemas cuando los signos que se emplean para identificar no gozan de flexibilidad para plasmar la faz interna que tiene la identidad¹¹⁰, en cuyo caso aquella resulta limitada y constreñida a un esquema puramente objetivo y utilitarista.

Lo señalado precedentemente nos lleva a una faceta interesante y no exenta de polémicas en la doctrina, aspecto que guarda relación con el carácter estático y dinámico de la personalidad.

En la jurisprudencia italiana, una de las pioneras en materia de reconocimiento del derecho a la identidad, se entendió a la misma como una realidad unitaria, pero no obstante esto, se apreciaba en ella una faceta que se denominó dinámica y otra estática. La primera respondía casi espontáneamente al concepto mismo de identidad en su conjunción con la libertad humana, toda vez que identidad es en general dinamismo. La segunda, rebatida en nuestros días, guarda relación con la faz de la identidad que se vincula con los signos que el Estado lleva a

¹¹⁰ Un caso típico ocurre con las personas transgéneros donde su identidad personal, particularmente su género, no coincide con el signo de identificación que el Estado les impone, lo que se ha reflejado en jurisprudencia nacional, como por ejemplo en sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, N° Civil 9901-2014, que en su considerando Tercero hace primar por sobre la identidad biológica, la personal de cada individuo. Otro tanto, sobre todo en ciertos países como Argentina, ocurre con las supresiones de identidad de niños secuestrados en épocas de dictaduras, que entre otras cosas generó la institución de la Abuelas de la Plaza de Mayo. En ambos casos, los signos de identificación, género y nombres, al no coincidir con la verdad de cada sujeto, se transforman en marcas opresivas, una prisión jurídica de la conciencia que cada cual tiene de sí mismo.

los registros por medio del proceso de identificación. Esta faceta, en razón de la certeza jurídica, no toleraría modificaciones y sería inamovible, ello pese a que quizá no coincida con la autoconstrucción y la conciencia que el sujeto tenga de sí mismo.

Respecto de esta vertiente estática de la identidad¹¹¹, se ha dicho que resulta más teórica que práctica, sobre todo con las opciones que han abierto los cambios legislativos de alta trascendencia en la sociedad (divorcio, por ejemplo). Así, tanto la imagen, el estado civil, la filiación y el nombre son mutables (con limitaciones, pero mutables al fin), reduciéndose el ámbito de la discordia a materias respecto del género sexual y el nombre en aquellos casos¹¹².

Al respecto soy de la idea de que si bien la identificación debe estar al servicio de la identidad y debe tener la capacidad de ser flexible ante aquella, los límites resultan necesarios para garantizar la certeza jurídica que a fin de cuentas se busca por medio del proceso de identificación. Al respecto entiendo que la Ley Nacional de Cambio de Nombre (N° 17.344) muestra la correcta senda en cuanto a la adecuación de uno de los factores de la identidad, permitiendo su modificación, pero limitando las veces que puede realizarse.

En realidad, no existe razón de fondo para que la identificación no acepte las modificaciones que el dinamismo de la identidad genera y que no se permita la modificación del signo de que

¹¹¹ CERUTTI, María del Carmen , *et al*, op. cit., págs. 149 y 150. .

¹¹² El sexo tiene una variada gama desde la que puede entenderse, donde destacan la cromosómica, la genital, hormonal, anatómico, psicosocial, legal, registral, etc. En cierta jurisprudencia que ha negado el cambio de sexo y nombre a personas transexuales ha primado el carácter inmutable del sexo cromosómico.

se trate, pero tampoco parece haber razón de peso para que esa modificación no esté afectada a limitaciones sustanciales o temporales.



V) Espectros del Derecho a la identidad: la identidad de origen y la identidad filiatoria y su reconocimiento en nuestra legislación

La identidad constituye una unidad, pero no parece cuestionable que la conciencia que el sujeto adquiere de sí mismo la obtiene de diversas fuentes, las que sí pueden ser objeto de cierta clasificación que pueden servir para facilitar el estudio y desarrollo de esta institución.

Así, en el largo proceso por el cual una persona adquiere un concepto único e irrepetible, se aprecia la influencia de sí mismo y sus particularidades, de la familia y de la sociedad (y, en esta última, según la amplitud que se tenga en cuenta para determinar a la colectividad, será una identidad local, nacional, continental, etc.). Sin perjuicio de lo anterior, bien puede estimarse subsumida dentro de la identidad personal la de origen o filiatoria, estimando a la primera el continente de la segunda. Así, se ha indicado: *“El derecho a la identidad personal presenta en su contenido dos aspectos diversos que, asociados, son valorados como bienes jurídicos dignos de protección por el ordenamiento jurídico. Una dimensión está relacionada con la identificación del sujeto: nombre, nacionalidad, imagen, su emplazamiento en un estado familiar, su identidad genética. En la otra dimensión, todo lo asociado al plan de vida del sujeto, su sistema de valores, sus creencias, su ideología, bagajes culturales entorno social, sus acciones sociales”*¹¹³.

¹¹³ **VILLAMAYOR**, Fabián, *PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN: INCIDENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO*, Ponencia en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, realizadas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2.005 en la Facultad de Derecho de la UBA, ubicado en el siguiente link visitado el día 27-03-2014, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion->

A su turno, la identidad personal tiene también una serie de espectros y fuentes de donde se genera. En este punto se menciona la identidad genética¹¹⁴, sexual, filiatoria o biológica, de origen, identidad del nombre¹¹⁵, identidad de género¹¹⁶ lo que generaría luego un derecho a cada una de esas manifestaciones, o sea, derecho a la identidad genética, derecho al vínculo biológico, derecho al nombre, derecho a saber los orígenes, derecho a ser identificado¹¹⁷, etc.

Al respecto, circunscrito a su ámbito etario, la Convención de los Derechos del Niño menciona una serie de derechos que constituyen la identidad de los menores, fundamentalmente consagrados en sus artículos 7 y 8. Se ha indicado al respecto: "*...la identidad incluye tanto la inscripción del nacimiento en el seno de una familia y la asignación de un nombre y nacionalidad propios, como la inserción dentro de una comunidad, con su lengua, su cultura, su*

[juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf](#), pág. 5.

¹¹⁴ Respecto de la identidad genética, puede verse **BRUCITA**, Diana, *et al*, *DERECHO A LA IDENTIDAD. DAÑOS CAUSADOS POR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA*, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, ubicado en el siguiente link visitado el día 03-07-2014 <http://www.aaba.org.ar/bi20op20.htm> y, especialmente, **VALADÉS**, Diego, *et al*, *PANORAMA SOBRE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE GENOMA HUMANO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*, Universidad Nacional Autónoma De México, Red Latinoamericana Y Del Caribe De Bioética De La Unesco México, 2006.

¹¹⁵ **YNCHAUSTI**, Celia, *et al*, op. Cit., pág. 29.

¹¹⁶ **MERCER**, Raúl, **MOLINA**, Helia, **RAMÍREZ**, María Carlota, **SZULIK**, Dalia, *DEL DERECHO A LA IDENTIDAD AL DERECHO A LAS IDENTIDADES. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL GÉNERO Y EL DESARROLLO TEMPRANO EN LA INFANCIA*, *Revista chilena de Pediatría* [online]. 2008, vol.79, suplemento 1, Ubicada en el siguiente link, visitado el día 18-01-2014, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0370-41062008000700007&script=sci_arttext, págs.. 37-45.

¹¹⁷ **CALVO**, Roberto, op.cit, pág. 73.

territorio y su historia colectiva, aspectos desde los cuales es posible construir la propia historia y proyectarse socialmente en el tiempo como un ser único e irrepetible. El reconocimiento del derecho a la identidad es vital para el ejercicio de los demás derechos y debe ser preservado de toda forma de vulneración o discriminación”¹¹⁸.

Ahora bien, acotando las dimensiones de la identidad a aquellas atinentes a la presente investigación, dos de sus facetas aparecen como particularmente importantes en el proceso de autoconstrucción de un sujeto y, de ser dañadas, bien se puede lesionar el patrimonio del afectado. Me refiero a la denominada verdad biológica o de origen y a la identidad filiatoria, dos instituciones muy limítrofes entre sí, pero con matices suficientes para ser distintas, pero sin ser autárquicas en caso alguno.

La denominada verdad de origen o biológica se vincula, primera y más generalmente, con el anhelo de búsqueda de la verdad¹¹⁹, entendiéndola por ella, la prerrogativa que le asiste a toda persona para indagar los antecedentes fidedignos que estructuran su biografía. Este derecho de búsqueda –no derecho de encontrar, claramente- abarca un amplio espectro –nuevamente- que puede ir desde la verdad personal a la colectiva y ambas vinculadas a una gran

¹¹⁸ **MARTÍNEZ** Victoria, op. cit., pág. 15.

¹¹⁹ “*La verdad no es absoluta ni cerrada, es siempre búsqueda de verdad, y se despliega y se devela en el encuentro con el otro, su diferencia y su semejanza. Encuentro en el reconocimiento del otro y de sí mismo. La relación del sujeto en su devenir identitario incluye entonces a la memoria. La búsqueda de la verdad en el encuentro con el otro, con los otros, sujetos todos del orden cultural, van recorriendo una experiencia identitaria a lo largo de la historia. Todo esto se inscribe en la memoria, en la cual encontramos al olvido como sostén del recuerdo, y no como sostén de la anulación de la verdad, de la cual el recuerdo es portador*”, ibídem, pág. 26.

diversidad de aspectos de la vida de una persona¹²⁰, entre ellas la familiar.

La verdad de origen, biológica o familiar es una manifestación de la identidad, en virtud de la cual toda persona tiene el derecho para indagar todos los antecedentes necesarios que le permitan saber y conocer de qué árbol genealógico proviene, más concretamente, cuál es su espectro familiar, quiénes son sus padres, abuelos, hermanos, etc., pues no es posible una verídica autoconstrucción sin que el sujeto sepa sus raíces familiares.

Este derecho a conocer los orígenes goza de particular desarrollo a propósito de la adopción¹²¹, como una manifestación específica del derecho de la personalidad que le asiste al adoptado, pero no por ello debe entenderse que la avidéz de conocimiento de las raíces debe de ser una sinonimia con la adopción, pues puede perfectamente estar enmarcada en circunstancias diversas, como hijos que desean

¹²⁰ En el plano de la verdad colectiva, una manifestación importante se aprecia en aquellos países que han sufrido cruentas guerras civiles, donde el revisionismo o negacionismo de ciertos hechos, impiden que las personas puedan acceder a una verdad medianamente homogénea que posibilite, al menos, no repetir los mismo errores. Más antecedentes al respecto puede verse en **NEWMAN-PONT**, Vivian, FALSO O VERDADERO (¿EL DERECHO A LA VERDAD ES NORMA IMPERATIVA INTERNACIONAL?), *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, año 2009, ubicado en el siguiente link visitado el 23-02-2014, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/02-FALSOOVERDADERO_000.pdf págs. 43-69,

¹²¹ **VILLALUENGA**, Leticia y **LINACERO DE LA FUENTE**, María *EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO*, Proyecto De Investigación “Normativa Sobre La Búsqueda De Orígenes De Los Adoptados En España Y Derecho Comparado”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, ubicado en el siguiente link visitado el 31-03-2014 <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>, pág. 113 y siguientes.

saber sus vínculos con abuelos o hermanos, sobre todo cuando de por medio han existido desapariciones forzadas¹²².

Por otra parte, y ya en relación al Estado, la necesidad de conocer el origen no puede verse subordinada por la calificación que aquel u otra institución o terceros juzguen respecto de él. Así, el Estado y los otros requeridos de información no deben calificar los motivos o justificaciones por las cuales la persona desea acceder a su historia familiar, ni menos debe condicionar su ejercicio a ciertas categorías o circunstancias, ello sin perjuicio de la debida armonización con las disposiciones relativas a los datos sensibles, intimidad y otros¹²³.

Como puede apreciarse, en esta faceta del derecho a la identidad personal prima la facultad que tiene toda persona de indagar en la historia buscando su correcto origen, de tal modo que el interés existencial resguardado está circunscrito a ese apartado, a la tutela de la correcta generación de la biografía que corresponde a cada uno, ya

¹²² Situación que en Argentina ha causado particular polémica por la institución de las Abuelas de la Plaza de Mayo que buscan a sus nietos que fueron secuestrados por la dictadura trasandina. Lo suyo ha ocurrido en Honduras, donde destaca la jurisprudencia de la Corte Internacional de los Derechos Humanos en la sentencia del caso de las Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador que puede verse en el siguiente link, visitado el día 23-01-2014, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf

¹²³ Todas las circunstancias antes indicadas –derecho a saber los orígenes y limitaciones estatales– confluyeron en la célebre jurisprudencia del caso “*Odièvre c/France*” resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia puede encontrarse en <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-65492?TID=yquikscqve>. El análisis de la misma puede verse **KEMELMAJER, Aída, EL DERECHO HUMANO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO Y EL DERECHO A ESTABLECER VÍNCULOS DE FILIACIÓN. A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DEL 13/2/2003, EN EL CASO “ODIÈVRE C/FRANCE”**, ubicado en el siguiente link, visitado el día 22-03-2014 http://www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm

que resulta razonable que a cada ser humano el acceder y conocer sus raíces le resulte valiosísimo para una construcción fidedigna de su yo.

Claramente, en todo caso, este derecho tiene un espectro amplio, pues implica una prerrogativa de indagación en datos que pueden resultar sensibles, lo que para algunos importa la generación de ciertos límites a su ejercicio¹²⁴.

El derecho antes expuesto, sin perjuicio de su relación, no es lo mismo que el *derecho a la identidad familiar* o *derecho a la filiación* (también denominado como el derecho al emplazamiento filial¹²⁵). En el derecho a la verdad de origen el sujeto no necesariamente busca un emplazamiento filial, sólo busca indagar cuáles son sus raíces familiares, pues estima valioso conocerlas para su proyecto de construcción. El *derecho a la identidad familiar* tiene una finalidad específica en torno a garantizarle a toda persona el debido y exacto nexo jurídico con quienes son parte de su familia, primigeniamente sus padres, pero también el resto de individuos que componen a la misma. En otras palabras, se entiende que toda persona tiene derecho a poseer un vínculo jurídico con sus padres, desarrollarse con su familia y permanecer en ella. Aquello es el ámbito de desarrollo del derecho a la identidad familiar. Es, para algunos, un verdadero derecho subjetivo, mayoritariamente regulado por las legislaciones dentro del apartado de la filiación y los derechos y deberes entre los padres e hijos.

Así, el bien jurídicamente tutelado por este derecho se constituye por varios factores entre los que puede mencionarse:

¹²⁴ **YNCHAUSTI**, Celia, **GARCÍA**, Dolys, op. Cit., pág. 33.

¹²⁵ **IVERINO**, Paula, Op. Cit, pág. 3.

pertenecer a una familia; interrelación con los lazos familiares –historia familiar, vivencias-, conservar y restituir los lazos de familia; tener, ser parte y prolongar el acervo familiar, etc.

Pues bien, ¿cómo ha sido reconocida la identidad de origen y la filiatoria en nuestro país? En los siguientes párrafos desarrollaré tan importante aspecto, toda vez que pese a ser institutos que se encuentran profundamente arraigados en las sociedades modernas, sorprende que su consagración normativa sea, en algunos casos y al menos explícitamente, inexistente.

En primer lugar, respecto de la verdad de origen, resulta difícil de afirmar categóricamente si se encuentra regulada de forma expresa o más bien implícita o, en otras palabras, si lo que se garantiza es el acceso a la información o el derecho de conocer a los padres y la biografía familiar, como se verá. Jerárquicamente, las principales fuentes de este derecho son los Tratados Internacionales que le sirven de sustento, esto es, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, aprobada por Decreto N° 1.215 de 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores; Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción, aprobada por el Decreto N° 24 de 2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores. En el ámbito legal, destacan la Ley N° 19.620 de Adopción de Menores¹²⁶ y su Decreto N° 944 de 2000 del Ministerio de Justicia,

¹²⁶ En materia de niñez y adolescencia existe una tendencia, recogida por la Convención de los Derechos de Niño y por la mayoría de las legislaciones sobre la materia, respecto a abandonar el término “menor” por considerarlo una voz peyorativa y sugerente de incapacidad y, en su lugar

que fija el Reglamento de la Ley N° 19.620 y la Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil¹²⁷ en materia de filiación.

En cuanto a la primera fuente indicada en el párrafo anterior, La Convención sobre Derechos del Niño -en su artículo 7 parte final-, se garantiza a todo niño, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, eso sí, en la *medida de lo posible*. Acto seguido, el artículo 8, número dos, de la convención indica "*Cuando 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*". De los dos preceptos antes indicados puede extraerse que a todo niño le asiste un derecho de conocer a sus padres (no necesariamente de emplazarlos en filiación) y que, siendo aquella verdad de origen una faceta de la identidad, en caso de ser privada de ella ilícitamente, el Estado debe arbitrar los medios para restituirla. De la antes indicada interpretación se colige una gran amplitud en materia de conocimiento de los orígenes familiares por parte de los niños, sin perjuicio de que, por otra parte, la convención limita la indagación en dos aspectos: *en la medida de lo posible* y, según se desprende del artículo 8 precitado, cuando la privación de la identidad haya sido "ilícita".

Conviene precisar ambos alcances. La expresión que emplea la convención para limitar el acceso al origen familiar al disponer "*en la medida de lo posible*" lleva a la confusión, toda vez que se gesta

utilizar los términos "niños, niñas y adolescentes", visibilizando con ello además, la diferencia de género.

¹²⁷ Su texto se encuentra en el DFL N°1 de 2000 del Ministerio de Justicia que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.

como una figura excesivamente amplia que amenaza abrir una brecha de interpretación limitatoria del derecho en cuestión. Así, entendiendo que el Estado tiene una serie de obligaciones explícitas en torno a la identidad de los niños impuestas por la Convención, una interpretación restringida parece lo más adecuado, donde aquel "*en la medida de lo posible*" debiere circunscribirse a la no existencia de medios físicos por los cuales se pueda acceder a los registros donde puede encontrarse el origen de una persona, vinculado, por ende, a circunstancias como el caso fortuito o la fuerza mayor que puedan superar la voluntad del Estado en orden a satisfacer este derecho.

Respecto de lo señalado en el artículo 8, la perplejidad de la interpretación a contrario sensu aparece como evidente, toda vez que dicho precepto parece dejar la puerta abierta a que un niño sea despojado lícitamente de su identidad, lo que dista de ser proporcional a los límites que todo derecho presenta. En efecto, por ejemplo, reducir las cantidades de veces que puede un sujeto cambiar su nombre puede constituir un límite a su derecho de la identidad, pero no por ello se trata de una privación de la misma. O en Francia, en la institución denominada "parto anónimo", se aprecia una limitación respecto del hijo en orden a generar filiación materna, pero no por ello hay una privación. Así, no parece apropiado que los límites de todo derecho se asocien al término privación legítima, pues una vez que el sujeto ha logrado su identidad ninguna privación ha de entenderse amparada por el Derecho.

Por lo tanto, la Convención indicada otorga a los niños un derecho a saber sus orígenes y permite, en todo caso, que su identidad pueda tener límites en su ejercicio, ello por la identidad u otros derechos de terceros, mas este derecho a conocer los orígenes familiares se

aprecia en conflicto con el cuerpo normativo que se comenta a continuación.

En cuanto a la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional el artículo matriz es el número 30 que indica: *"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"*. Como puede apreciarse, el convenio garantiza la conservación de la información relativa a los orígenes del adoptado, pero en cuanto al acceso, se deja entregado a lo que disponga la ley del estado respectivo, no existiendo, al menos en este rango normativo, un verdadero aseguramiento al acceso al origen. Lo anterior parece debilitar lo señalado en la Convención de los Derechos del Niño, que asegura el derecho a conocer a los padres, mientras que el cuerpo legal en comento deja al arbitrio de la legislación de cada Estado el acceso a la respectiva información, el que bien puede, por ejemplo, disponer la absoluta reserva de los antecedentes de la adopción para el adoptado, violando así su derecho.

Respecto de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción, en su artículo 7 sólo regula la ley aplicable en caso de las relaciones del adoptado con la familia origen, aunque implícitamente reconoce un derecho a aquellas relaciones, por lo

que no se constituye en un real aporte en cuanto al derecho a la verdad de origen.

Hasta este punto de análisis puede decirse que los cuerpos normativos indicados establecen a lo menos dos derechos explícitos: el derecho a conocer los orígenes familiares y el derecho a acceder a los registros donde la biografía puede encontrarse ubicada.

Muy llamativamente, cuando toca analizar las leyes nacionales, la distinción entre derecho a los orígenes y derecho de acceso a las fuentes registrales parecen confundirse. En efecto, la ley de adopción de menores no es muy clara a la hora de reconocer el derecho a los orígenes, ello sin perjuicio de que sí puede desprenderse del artículo 27 de dicha norma. En efecto, y partiendo del carácter de reserva general que tiene la adopción en nuestro país, tanto administrativa como judicialmente (art. 28), el art. 27 garantiza una serie de derechos de acceso a la información propia de la adopción que habría de sustentarse y tener como base el derecho a verdad de origen. Así, la primera parte de dicho precepto garantiza al adoptado, adoptantes y ascendientes y descendientes de aquellos, copias de la sentencia respectiva. La segunda parte del artículo, a su turno, es más categórica al consagrar el derecho a la identidad de origen (aunque limitado), cuando indica: *"...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"*.

Ahora bien, de la breve exposición de los textos legales antes indicados puede colegirse que, pese a no gozar de la pulcritud que se pudiera esperar de tan importante institución, existe un doble derecho para el adoptado (y otros sujetos): a conocer sus orígenes e indagar su biografía familiar y acceder a los registros materiales que contienen la información, pero, al margen de los límites propios de la adopción –inclusive, al margen del concepto de niños o menores-, ¿existe una fuente legal general que garantice a toda persona ambos derechos?¹²⁸

La respuesta no parece simple. En primer lugar, para esbozar una contestación coherente, debiéramos escalar a lo más alto de nuestra pirámide normativa y llegar a nuestra Constitución, la que es particularmente lacónica en este aspecto, por lo que, tal y como lo fue para defender un derecho fundamental a la identidad, deberá recurrirse a la doctrina de los derechos implícitos (sobre todo empleando la dignidad humana como émbolo del razonamiento jurídico). En segundo lugar, inclusive aceptando la existencia de un derecho fundamental a conocer los orígenes familiares, una segunda complicación aparece de inmediato, esto es, que por mucho que pueda abogarse por la consagración implícita de este derecho, en alguna parte de la pirámide normativa (al margen de la ya comentada ley de adopciones) deba de existir algún precepto que genéricamente otorgue un derecho a conocer

¹²⁸ La pregunta dista de ser ociosa, toda vez que en nuestra legislación existe una norma particularmente ambigua al respecto, me refiero al artículo 182 del código Civil, que torna en imposible el emplazar en filiación a los donantes de gametos, pero ¿puede el hijo recurrir a los registros respectivos para conocer sus orígenes? ¿puede emplazar a instituciones particulares –como lo son, en general- los centros que reciben gametos y realizan los procedimientos propios a la entrega de la información que le permita hacer un seguimiento hacia su verdad familiar? ¿es el Habeas Data la única figura legal procedente?

los orígenes, particularmente los de orden familiar (a menos que al bastante acotado art, 27 de la ley de adopciones se le dé una interpretación extensiva).

En cierta medida, este eslabón faltante podría ser el ya indicado art. 7 o el art. 13 número 1 de la Convención de los Derechos del Niño, pero inclusive dicha convención tiene un rango etario acotado precisamente a los menores, resultando por sí sólo insuficiente para completar de forma espontánea el encadenamiento jurídico.

Otra forma aparentemente auspiciosa de poder entender la existencia de un derecho a conocer los orígenes familiares estriba en la añosa Declaración Americana Sobre los Derechos y Deberes del Hombre (del año 1948), ya que en su artículo 7 consagra el denominado derecho a la investigación al señalar: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*". Si bien en la actualidad este derecho se toma más bien en el sentido de la investigación científica, los términos amplios de la redacción del artículo en comento, sumado al también vasto espectro de la declaración, puede llevar a incluir en este derecho aquel que asiste a toda persona respecto de indagar sus orígenes familiares.

Ahora bien, pese a lo señalado anteriormente y del indudable aporte que significó la Declaración¹²⁹, los problemas de seguir

¹²⁹ Respecto de su importancia puede verse **SALVIOLI**, Fabián, *EL APORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE 1948 PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*, publicado en El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos En El Umbral Del Siglo XXI, Tomo I; Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, año 2001, ubicado en el siguiente link visitado el día 19-02-2014

la línea argumental expresada en el párrafo anterior resultan claros: en primer lugar, la Declaración indicada no se gestó con un carácter obligatorio para los Estados suscribientes, por lo que puede discutirse intensamente si constituye un texto jurídico propiamente tal. En segundo lugar, su vigencia. La Declaración fue el antecedente inmediato de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹³⁰, que sí constituye derecho positivo en nuestro país¹³¹, por lo que resulta discutible si la antigua declaración del año 1948 sigue vigente. En tercer lugar, la antes indicada Convención no recepcionó explícitamente el mencionado derecho a la investigación. Por lo tanto, las dificultades de basar en la Declaración del 1948 la consagración normativa de un derecho general a conocer los orígenes familiares radica en que dicho instrumento difícilmente puede entenderse como una norma de derecho; luego, no parece tener vigencia y sólo se muestra como un antecedente histórico e inclusive, al no ser reconocido el derecho a la investigación en el Pacto de San José de Costa Rica, puede entenderse que fue desechado por dicho instrumento jurídico.

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>

¹³⁰ Más antecedentes al respecto pueden encontrarse en **VENTURA**, Manuel E., *LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*, en *El Futuro De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, año 2.003, pág. 168 y siguientes, ubicado en el siguiente link visitado el 13-03-2014 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/107/12.pdf>

¹³¹ Puede profundizarse en **NASH**, Claudio, *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE RECEPCIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2.012 y **AYALA**, Carlos, *LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*, en *El Futuro Del Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, año 1.998, ubicado en el siguiente link visitado el día 23-02-2014, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1991/10.pdf>

Por lo antes indicado, en opinión de este investigador, resulta particularmente forzado el entender existente -de forma positiva- un derecho a conocer el origen familiar general para todas las personas, por lo que esta figura podría subsumirse en nuestro país en el más amplio concepto del Habeas Data que le asiste a toda persona¹³² y que le permite tener acceso a la fuente documental. Así, es desde el Habeas Data desde donde puede colegirse implícitamente una prerrogativa en orden a la búsqueda del origen familiar.

En otro orden de ideas, toca analizar la mucho más explícita consagración legal de la identidad filiatoria en nuestro país, ello pese a que en la alta esfera de la pirámide normativa no goza del reconocimiento nominal que, al menos, pudiera esperarse para tan importante institución.

En cuanto a los instrumentos jurídicos de derecho internacional, ratificados por nuestro país, un presuntivo derecho a la filiación puede tener como fuentes la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto de internacional de Derechos Políticos y Civiles, Convención Sobre Derechos del Niño, Convención Interamericana de Derechos Humanos. Un breve análisis de dichas fuentes mostrará que no resulta nítida la consagración de un derecho a la filiación, pero tampoco resulta dubitable.

¹³² No es la opinión de quienes entienden existir un derecho a la identidad de raíz constitucional – aunque implícito- o de quienes lo vinculan con la dignidad humana. **VELA**, Antonio J., *EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS*, publicado en Revista La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, Editorial La Ley, N° 7526, Sección Doctrina, Año XXXI, ubicado en el siguiente link visitado el 10-03-2014 http://www.larioja.org/npRioja/components/ged/tools/dlg/dlg_opendocument.jsp?Download=false&IdDoc=680703&IdGed=25264, pág. 3.

En cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no existe precepto que aluda a un derecho a la filiación, sólo su artículo 6, cuando garantiza a toda persona el reconocimiento de su personalidad jurídica podría constituir un indicio, pero por lo mismo, no resulta un precepto autónomo y autosuficiente para consagrar la figura jurídica en comento¹³³.

Respecto del Pacto Internacional de Derechos Políticos y civiles, el art. 16 reitera la misma idea contenida en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y nada más contiene de donde pudiere colegirse inequívocamente la existencia de un derecho a la filiación.

A su turno, La Convención Interamericana de Derechos Humanos contiene una norma indiciaria al respecto, ello cuando asegura el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia (art. 17, N° 1), resultando ésta una norma clave, ello pese a no ser autosuficiente, ya que requeriría una interpretación en orden a que sin un derecho a la filiación no podría “fundarse” una familia (el derecho a la filiación sería un *derecho de acceso* a la constitución de la familia).

En cuanto a las tantas veces comentada Convención de los Derechos del Niño, los artículos 7 y 8 también resultan indiciarios a la existencia de un derecho a la filiación, sin perjuicio de que ninguno de esos preceptos se basta a sí mismo para justificarlo unívocamente.

¹³³ No resulta necesariamente válido indicar que el hecho de que el derecho a la filiación no se encuentre en la comentada Declaración importa su no existencia, ello fundado en que dicha declaración no consagra explícitamente derechos, toda vez que dicho cuerpo normativo sí es capaz de nominar típicamente una multiplicidad de derechos, no así el derecho a la filiación.

En el ámbito nacional, nuestra Constitución no es particularmente locuaz al momento de atender el derecho a la identidad filiatoria, toda vez que si bien apuesta por la familia como núcleo fundamental de la sociedad, no se hace una sinonimia entre aquel término y la filiación. Nuevamente la doctrina de los derechos fundamentales implícitos, ello en concordancia con la dignidad humana y otros derechos importantes como la vida e integridad física y psíquica, podrían derivar -hermenéuticamente- en la existencia de un derecho a la filiación.

Hasta este punto no resulta simple afirmar de forma tajante que los altos instrumentos jurídicos reseñados y ni siquiera nuestra Carta Fundamental, consagren un derecho a la filiación, toda vez que toda interpretación -particularmente a nuestra Carta Magna-, parece tener un carácter marcadamente motivacional.

Nuestro Código civil, reformado en el particular por la ley N° 19.585, rompe el esquema sucinto y sibilino de los cuerpos normativos antes indicados y sí consagra un derecho a la filiación, ello sin perjuicio de que no lo nomina con dichas palabras. Así, primeramente, el Código recoge el término "filiación", lo que constituye por sí solo una novedad, ya que ninguna otra fuente de las comentadas empleaba aquél concepto. Seguidamente, el artículo 195 inciso segundo dispone *"El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia"*. Si bien el precepto se centra en las características del derecho más que en su sustancia, al menos presenta una muestra clara de que en nuestro ordenamiento jurídico toda persona tiene el derecho al vínculo filiatorio

con sus padres, el que se materializa procesalmente por la acción de reclamación.

Lo antes indicado tiene vital importancia, pues implica reconocer que en nuestro marco legal, existe un derecho autónomo, no subordinado o dimanante de otro que lo absorba, a que cada persona tenga filiación con quienes tiene nexos biológicos, lo que repercute a la hora de ubicar dentro del proceso de constitución de la obligación indemnizatoria, el derecho o interés jurídico que resulta lesionado.



VI) Del derecho a reconocer al derecho a ser reconocido

Determinada, no sin complicaciones, la existencia de un derecho a la filiación y, más cuestionablemente, un derecho a conocer los orígenes familiares, resta vincular aquellas materias con el reconocimiento como un factor de determinación del vínculo filial, que de no llevarse a cabo o llevarse a cabo de forma antijurídica, puede generar daños.

En nuestra doctrina son relativamente escasos los estudios que se ocupan del análisis del reconocimiento en cuanto a su naturaleza jurídica, pues en general los autores ingresan de lleno a su análisis en los términos que lo desarrolla el Código Civil, lo que implica obviar la dilucidación de una importante interrogante: ¿el reconocimiento es una prerrogativa del reconociente? ¿Quién reconoce ejerce un derecho o cumple una obligación legal llevada a cabo por medio de un factor filiativo?

En general, nuestra doctrina u omite sobre el particular o, explícita o implícitamente, entiende el reconocimiento como un derecho de los padres, infiriendo o dando por hecha tal situación por los términos en que el Código Civil se ocupa del instituto (no obstante que el ser un legitimado de una situación jurídica –que es como el Código Civil trata en general la institución- no implica que cuando se lleva a cabo se hace en virtud de un derecho, pues bien la ley puede legitimar a los obligados).

Así, por ejemplo, don René Ramos¹³⁴ no hace ninguna mención explícita al respecto de considerar el reconocimiento como un derecho, ni del reconociente o el reconocido. Lo suyo ocurre con Carlos López Díaz¹³⁵. Eso sí, ambos autores denominan al reconocimiento como “voluntario” (apelativo que el código no emplea), seguramente distinguiéndolo del antiguo instituto que el Código Civil reguló en materia de filiación y que fue derogado por la ley N° 20.030. Don Hernán Corral¹³⁶ se refiere sucintamente a este aspecto y se hace parte de las voces doctrinales que estiman que el reconocimiento es un acto jurídico de naturaleza declarativa, de lo que se desprende que lo estime un derecho del o los progenitores.

En nuestro país también destaca la opinión de Eduardo Gandulfo¹³⁷, que merece párrafo aparte. En primer lugar, este autor, aclara que el reconocimiento forma parte de lo que él denomina “factores de determinación” de la filiación, los que define como “...una de las manifestaciones externas de un criterio-base seleccionado por la ley para efectos de permitir la operación de constitución del estado filial; en nuestra clase de caso, su atribución o determinación legal”¹³⁸. Así, el reconocimiento es sólo una especie de factor de determinación, género

¹³⁴ **RAMOS**, René, *DERECHO DE FAMILIA*, Editorial Jurídica de Chile, TOMO II, año 2.005.

¹³⁵ **LOPEZ**, Carlos, *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA*, editorial Librotecnia, tomo II, año 2.005.

¹³⁶ **CORRAL**, Hernán, *DETERMINACION DE LA FILIACION Y ACCIONES DE ESTADO EN LA REFORMA DE LA LEY N° 19.585, 1998*, publicado en *Revista de Derecho* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [Online], volumen 0, N° 20, año 2.010, pág. 56.

¹³⁷ **GANDULFO**, Eduardo, *RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD TÓPICOS Y CUESTIONES CIVILES*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 2, año 2.007, págs. 201 – 250.

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 205.

dentro del cual también se encuentra, por ejemplo, la sentencia judicial. Además, señala que el reconocimiento no es el estado filial, sino una vía para constituirlo. Posteriormente, y en lo atinente, es de la idea de que dicho factor de determinación es intrínsecamente voluntario, lo que a su juicio se desprendería del art. 204 y siguientes. Posteriormente señala que en el reconocimiento *"El ciudadano tiene libertad para tomar o no la vía del acto, pero el control sobre la determinación del estado civil lo tiene la ley..."* por lo que le asigna una naturaleza acto jurídico (pues se buscan sus efectos) con el apelativo de ser *de admisión*.

En Argentina, en general, se han ocupado de la determinación de la naturaleza jurídica del reconocimiento. Por ejemplo, Méndez Costa¹³⁹ señala que el reconocimiento es un *"... negocio jurídico o acto jurídico (...) porque constituye un acto voluntario lícito con el fin inmediato de producir el efecto jurídico del emplazamiento del reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y el de éste en el de su padre o madre, estableciendo la relación jurídica paterno o materno filial..."* para luego exponer las diversas teorías que existen sobre la naturaleza jurídica, las que posteriormente se enunciarán. A su turno, Borda¹⁴⁰ adhiere a la postura que entiende al reconocimiento como un simple acto declarativo, negando su carácter de confesión, acto de familia, acto de poder, etc. En España, pese a que

¹³⁹ **MÉNDEZ**, María, *LA FILIACIÓN*, Editorial Rubiznal-Culzoni, año 1.986, pág. 214.

¹⁴⁰ **BORDA**, Guillermo, *TRATADO DE DERECHO CIVIL-FAMILIA*, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo II, año 1.993, págs. 31 y siguientes.

su código Civil es lacónico al respecto, se le entiende como un acto voluntario¹⁴¹.

Ahora bien, puede advertirse de la doctrina citada que el reconocimiento está siempre analizado de la perspectiva de los reconocientes, pues se parte de la base de dos premisas: aquellos obran en virtud de una manifestación de la voluntad (que tiene una naturaleza jurídica polémica) y, consecuentemente, no del cumplimiento de algún deber preexistente. En otras palabras, quien reconoce lleva a cabo un acto originario, incausado, puesto que no se ejecuta en razón de un deber previo.

En ese orden de ideas, soy de una opinión distinta, pero que implica cambiar el paradigma ínsito en las opiniones doctrinarias antes indicadas: soy del parecer que el reconocimiento no es sino parte integrante del derecho que tiene el hijo a aquel; no existe un derecho a reconocer, sino un derecho a ser reconocido, o, en otras palabras, quien reconoce se encuentra previamente obligado a la producción del efecto jurídico, lo que implica que el reconocimiento no es un acto originario y autónomo, sino causado por, precisamente, una obligación o deber preexistente. Y lo anterior trae una consecuencia que incide en la naturaleza jurídica del instituto: quien reconoce lo hace en virtud de lo que en palabras de Carnelutti¹⁴² se denomina *acto debido*.

¹⁴¹ **RUIZ**, Carmen, *LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO EN ESPAÑA DE PROGENITOR MARROQUÍ*, Editorial de la universidad de Granada, ubicado en el siguiente link, visitado el día 05-03-2014 http://diphd.ugr.es/pages/derecho_internacional_privado/profesorado/ruizsuti_docs/tesisdetermdelafiliacionpdfnum1/!, pág. 123.

¹⁴² Citando a Carnelutti, **BENALCAZÁR**, Gonzalo, *EL PAGO EFECTIVO DE LAS OBLIGACIONES*, publicado en Estudios de Derecho, Editorial Universidad de Antioquia, volumen 21, N° 62, año 1.962, ubicado en el siguiente link, visitado el 04-04-2014

La base de mi argumentación a lo indicado en el párrafo anterior la desarrollaré en el siguiente orden: en primer lugar, exponer objetivamente cómo el Código Civil trata el reconocimiento; luego señalar los argumentos a favor de quienes lo entienden como un acto jurídico voluntario (ergo, un derecho del reconociente); posteriormente justificar la posición de un derecho que le asiste al menor a ser reconocido, para concluir refutando la posición contraria.

Eso sí, previo a desplegar lo anterior, creo conveniente indicar que si bien el entender al reconocimiento como un acto que se lleva a cabo en virtud de un deber preexistente puede generar perplejidades, en el Derecho comparado no parece ser algo particularmente extraño que implique una revolución al Derecho de Familia. Es el caso de México y Uruguay. En el primer país y en el art. 60 del Código Para el Distrito Federal -del año 1928- se señala: *"El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos"*. En el caso de la nación oriental, se le otorga al reconocimiento una naturaleza sui generis de Derecho-Deber, similar a lo que en nuestro país sucede con la relación directa y regular. El art. 28 del Código para la Niñez y la Adolescencia de Uruguay dispone: *"Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos"*.

Ahora bien, una exposición objetiva del Código Civil respecto del reconocimiento nos revela que en el título de la filiación la voz *reconocimiento* se menciona veintitrés veces y en sólo una de ellas parece asociar la institución a la voluntad en el sentido de ser un acto

<http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyPublicacionesMedios/EstudiosDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XXI%20Rev%2062%20parte%203.pdf>, págs. 250 y 251.

originario. Así, lo menciona en el art. 180 como una forma cómo se determina la filiación; en el 183 reitera la idea antes indicada, ello en relación a la maternidad; en el art. 185 para efectos de prelación en los términos que gobierna el mismo precepto; en el art. 186, nuevamente reitera la base general que indica el artículo 180, incluyendo como novedad la legitimación activa. Hasta acá no se avizora atisbos de aludir a si el acto se efectúa en virtud de una obligación preexistente. El art. 187 se centra en las formas limitadas cómo se lleva a cabo, indicando que se realiza por medio de una *declaración*. Más tarde ese mismo precepto emplea nuevamente la palabra reconocimiento, esta vez en relación con la identificación en las respectivas inscripciones administrativas; el art. 188 se ocupa de un reconocimiento tácito y de la expresión “a petición de cualquiera de ellos” parece ser argumento a favor de la doctrina en comentario; el art. 189 menciona tres veces el término reconocimiento, donde ninguno de ellos puede colegirse en el sentido de dar al reconocimiento un carácter de acto originario; el art. 190 simplemente indica que se puede llevar a cabo por medio de mandatarios; los art. 191, 192, 193 y 194 se refieren a la repudiación, institución que no pugna con lo que se ha afirmado, según se indicará; el art. 199 bis alude al reconocimiento para efectos de inscripción; en el art. 202 radica quizá el argumento más potente de aquellos que propugnan al reconocimiento como un acto originario, toda vez que es el único precepto que lo vincula a la voluntad, particularmente a los vicios de la misma; finalmente, el art. 216 emplea el término reconocimiento para efectos de la impugnación de la paternidad.

En virtud de lo expuesto previamente, los argumentos a favor de estimar al reconocimiento como un acto jurídico originario, sin

un deber preexistente de por medio, pueden sintetizarse de la siguiente forma: El Código civil no menciona, al menos explícitamente, un derecho del hijo a ser reconocido y, por el contrario, siempre vincula la institución a los progenitores, padre o madre (i); el Código Civil en su artículo 187 contiene un indicio, al menos, que vincula el reconocimiento a los actos libres de manifestación de voluntad al emplear el término "declaración" (ii); el art. 188 del mismo código reafirma lo señalado previamente cuando indica que el reconocimiento se infiere de una *petición* hecha por alguno de los padres, lo que demuestra la libre manifestación de voluntad que hay de por medio (iii); el art. 202 del cuerpo normativo sentencia lo que se viene diciendo cuando expresamente aplica al acto del reconocimiento los vicios de la voluntad, lo que lo transforma típicamente en un acto jurídico (iv). Además de aquellos argumento de texto, se afirma que en este aspecto de la filiación, el legislador da a los progenitores una de las escasas libertades a su restringida autonomía, sobre todo si son ellos los que se encuentran en la mejor posición de conocer si el procreado tiene nexos biológicos con ellos.

Todas las justificaciones antes expuestas gozan de notorio sustento, pero no resultan inexpugnables si al instituto se le añade el prisma faltante: el del reconocido, particularmente el de los menores, toda vez que, como se indicará, a estos les asiste un derecho a ser reconocidos.

El primer sustento de un derecho al reconocimiento lo encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana de los Derechos Humanos. En el caso del

primer instrumento jurídico, se dispone como un derecho de altísima jerarquía. El art. 6 señala "*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*", idea que itera el segundo cuerpo normativo indicado al disponer en su artículo 3 "*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*".

Ahora bien, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica que cada persona tiene derecho que se le considere como un centro de derechos y deberes, como un continente de relaciones jurídicas, sobre todo con el objeto de evitar situaciones históricas donde ciertas categorías de personas no eran sino objetos, susceptibles de, entre otras cosas, propiedad ajena. Al respecto, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha señalado: "*El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes*"¹⁴³.

Por lo antes indicado, si se asume la anterior base conceptual y se entiende que toda persona tiene derecho a ser considerado un centro de derechos y obligaciones, puede entenderse que toda persona tiene el derecho a poseer un estado civil, pues aquel lo habilita para ser titular de prerrogativas y poder ejercerlas, así como también ser pasible de obligaciones. Por ende, en el particular, toda persona tiene el derecho a ser considerado *hijo* o *hija* de sus progenitores, pues es una forma de estado civil; todo individuo tiene

¹⁴³ Jurisprudencia en el caso *Bámaca Velásquez- Guatemala*, ubicado en el siguiente link visitado el día 31-03-2014, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf, pág. 485.

derecho a ser considerado como un centro de relaciones jurídicas activas y pasivas para con sus progenitores.

La misma orientación de los párrafos anteriores se desprende en la Declaración de los Derechos Del Niño. En efecto, ya desde sus motivos de dictación se puede inferir la trascendencia que tiene que a las personas se les reconozca la calidad de hijo como un elemento constituyente de su personalidad, cuando dicho cuerpo normativo dispone: *"Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"*, lo que se ve refrendado en el artículo 3 número uno que señala: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*, principio inspirador, orientador e interpretativo de las normas jurídicas que tolera – razonablemente- asociarlo con el derecho que le asiste a cada niño de ser considerado hijo de sus progenitores, titular de los respectivos derechos y obligaciones, de gozar de dicho estado civil.

El principio del interés superior del niño merece aunque sea un párrafo aparte. Si bien ampliamente debatido ha sido su concepto¹⁴⁴ y naturaleza jurídica, sobre todo si se trata de un derecho o

¹⁴⁴ Al respecto se recomienda ver a **BAEZA**, Gloria, *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO DE RANGO CONSTITUCIONAL, SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 28, N°2, año 2001, págs. 356 y siguientes.

un principio de derecho y, en este último caso, cuáles son sus límites dados sus amplísimos términos¹⁴⁵, no parece existir complejidad en reconocer a este instituto como de aquellos que, al tenor de nuestra Constitución, limita el ejercicio de la soberanía, pero además presenta la virtud de encaminar el desempeño de ésta. Por ello, este principio se encumbra como un verbo rector de la actividad estatal, guiando el obrar de los poderes que lo integren. En el plano del poder judicial, fundamentalmente respecto de la hermenéutica (dado la inexistencia de términos explícitos al respecto que permitan una aplicación de la norma sin recurrir a los elementos de interpretación), este principio implica una serie de aspectos también debatidos en cuanto a su alcance, pero que importan, en general, que ante conflictos normativos, debe hacerse aplicación de las leyes de la forma que más convenga al respeto de los derechos de los menores.

Lo antes indicado sirve de base para argumentar que el hijo tiene un derecho a ser considerado hijo y los progenitores se encuentran en la necesidad jurídica preexistente de llevar a cabo los actos materiales por los cuales el legislador ha estimado puede constituirse dicha calidad, concretamente en nuestro país, por medio del reconocimiento. En efecto, resulta espontáneo que el considerar que toda persona tenga derecho a su personalidad jurídica y, luego, a su estado civil y su calidad de hijo, desemboque en el derecho a ser reconocido por los progenitores, pues bien es sabido que a nuestro

¹⁴⁵ Para este punto se recomienda leer a **AGUILAR**, Gonzalo, *EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*, publicado en Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, N° 1, año 2.008, págs., 223-247.

Derecho no le basta el mero nexo biológico para constituir filiación. En otras palabras, jurídicamente hablaremos de la existencia de un *hijo* cuando respecto de él opere lo que acertadamente Gandulfo denomina *factor de determinación*, pues previo a aquello existirá una situación de hecho, importante sin duda, pero prejurídica. Así, previo al reconocimiento de los progenitores, la calidad de hijo de una persona se encuentra en la potencialidad de existir, en la posibilidad de que la respectiva personalidad jurídica y estado civil vean la vida jurídica y la pregunta crucial que aparece en este apartado es: ¿puede quedar al arbitrio del progenitor el desempeñar el factor de determinación que es el reconocimiento? o, en palabras más generales, pero más virtuosas para demostrar la trascendencia de la interrogante, ¿puede quedar al arbitrio de una persona el que otra pase a tener personalidad jurídica, el estado civil, la calidad de hijo?

Mi respuesta es negativa, pues poco nos aleja una respuesta afirmativa de lo que precisamente la Declaración de los Derechos Humanos quiso nunca más sucediera: que la cualidad de ser un centro de derechos dependiera de la voluntad de otros. Así, el interés superior del niño implica -como elemento base y elemental de su fisionomía y razón de ser- que ciertas cuestiones básicas de su personalidad no dependan del arbitrio de otros y, por supuesto, de sus progenitores. Dentro de esa lógica, quizá la más elemental de las situaciones a las que el niño debe acceder (y que le sirven de base para otras tantas) es a su calidad de hijo y no puede concebirse un efectivo acceso si aquel depende del arbitrio (muchas veces de las pasiones) de otros. Por el contrario, el niño, por el sólo hecho de ser concebido tiene el derecho a que se le emplace en el estado civil de hijo, ergo, tiene el

derecho a que sus progenitores dispongan los medios materiales por los cuales dicho derecho se lleve a cabo: tiene derecho a que sus padres lo reconozcan.

Sin perjuicio de lo anterior, al momento de buscar normas específicas que plasmen un derecho tan evidente, nuestro ordenamiento jurídico no es particularmente prolijo, lo que sin embargo no permite inferir, por el contrario, que el reconocimiento sea un derecho de los progenitores como ciertas posturas lo reconocen, al menos implícitamente.

En efecto, en primer lugar, el hecho de que el código civil trate el reconocimiento en relación a los progenitores no resulta ser una consecuencia necesaria de que aquellos obran en virtud de un derecho. Por el contrario, muchos preceptos ya citados se ocupan del reconocimiento en términos o meramente nominales o notoriamente neutros y, cuando efectivamente los asocia a los progenitores, en general se limita a describir formas o modos en cómo éste se materializa, por lo que en realidad el legislador en dichos preceptos lo que está regulando son los aspectos pasivos del vínculo obligacional, mencionando a los padres a raíz de la legitimación pasiva que les asiste en el desempeño del factor de determinación de la filiación. Es el caso de los art. 180, 183, 185, 186, 189, 190, 191, 192 , 193, 194, 199 y 216.

No se opone a lo anterior el art. 187 del código Civil, que emplea la palabra "declaración", pues ese término debe de entenderse

en el sentido meramente formal, como un medio por el cual el reconocimiento se lleva a cabo.

Lo suyo ocurre con el artículo 188 que emplea la voz “petición”, concepto que debe circunscribirse a un aspecto formal y no sustantivo, toda vez que se refiere nada más que al modo en cómo se ejecuta este factor de determinación de filiación¹⁴⁶.

En cuanto al aparente sustento más poderoso de la postura en comento, el art. 202, para darle su real orientación debe formularse una aclaración previa: en el cumplimiento de las obligaciones perfectamente puede intervenir la voluntad de los sujetos (el cumplimiento voluntario, evidentemente), pero no porque se lleve a cabo una actuación de aquella naturaleza se está llevando a cabo un acto originario en el sentido que se entiende los actos jurídicos. De hecho, Carnelutti¹⁴⁷ reconoce una categoría de actos donde pese a que el sujeto pueda desempeñar cierta conducta, lo hace en virtud de un deber preexistente, situación que no es propia de las declaraciones de voluntad como forma originaria de creación de situaciones jurídicas. Lo anterior lo denomina el propio autor como un “acto debido”, concepto que si bien generalmente se emplea para explicar la naturaleza del pago, en sus aspectos generales resulta plenamente aplicable al reconocimiento, esto es, entender a éste como un derecho de un tercero (del hijo) que genera un deber preexistente (el de reconocer). Así,

¹⁴⁶ No resulta contrario a la postura que defiende esta investigación el hecho que el reconocimiento pueda llevarse a en un acto testamentario, toda vez que el propio legislador vedó expresamente la posibilidad de revocación en el art. 189 inciso segundo. En estos casos, el testamento es sólo un medio más por el cual puede llevarse a cabo el factor de determinación de la filiación.

¹⁴⁷ **BENALCAZÁR**, Gonzalo op. cit., pág. 251.

cuando el progenitor reconoce no ejecuta un acto autónomo, sino que cumple un acto debido en virtud de un deber previo.

Y de lo anterior deriva una importante consecuencia como se dijo pretéritamente: el reconocimiento es un acto causado, no originario, es una conducta que el progenitor lleva a cabo cumpliendo un deber preexistente, pero y acto seguido, no por ello debe creerse que dicha conducta no puede desplegarse con su voluntad, pues es perfectamente posible cumplir las obligaciones de forma voluntaria y esta voluntad no tiene por qué verse vulnerada o violentada. En otras palabras, la voluntad manifestada en un acto originario, como la que se despliega en un acto causado, perfectamente puede estar afecta a vicios y es esto lo que trata el artículo 189 del Código Civil cuando alude al término voluntad. El código no se refiere a esa voluntad de los actos jurídicos, sino que a la voluntad que perfectamente puede (y es natural que así sea en razón de la buena fe) concurrir en el cumplimiento de una obligación: la voluntad de cumplir el acto debido.

En efecto, no por el hecho de que un hijo tenga derecho a ser reconocido, ello puede amparar que el cumplimiento de la obligación de reconocer sea llevada a cabo en virtud de un error, un engaño y menos en caso de la fuerza; en otras palabras, no existe motivo por el cual deba denegarse a quien cumple una obligación una protección ante situaciones externas que vicien el cumplimiento. Es ese el sentido en que debe entenderse el artículo en comento sí, claro, se parte de la base de que un hijo tiene derecho a ser reconocido¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Tampoco se debe entender opuesto a la postura defendida la existencia de la repudiación, toda vez que este derecho ampara a los hijos en caso de que quien efectúa materialmente un

En resumen, como puede apreciarse, si la institución en comento se aprecia desde el prisma del hijo, toda la fisionomía jurídica del reconocimiento cambia y se le entrega una orientación que parece más conforme con los principios inspiradores que informan nuestra legislación.

Finalmente, una consecuencia inmediata de reconocer un derecho a ser reconocido radica en que una responsabilidad civil en caso de daños a dicho derecho goza de una debida juridicidad que justifique el ingreso del remedio jurídico indemnizatorio y que es lo que se ha querido señalar en esta segunda parte de esta investigación.



reconocimiento (acto que en nuestro ordenamiento requiere cumplir muy pocos requisitos) lo haga en virtud de un fraude.

PARTE SEGUNDA: Hipótesis de daño al derecho a la identidad filiatoria
y su tratamiento



1) Introducción

En la primera parte de la presente investigación se sustentaron –fundamentalmente- dos ideas: una, no existe razón jurídica de peso que impida aplicar los remedios de la responsabilidad civil en los daños suscitados en las relaciones filiales; dos, puede afirmarse con cierta seguridad que existe o un derecho a la identidad o un principio prejurídico que lo identifica, derecho o principio que sustenta una serie de aspectos, entre ellos un derecho de todo hijo a ser reconocido por sus padres y sólo por éstos.

Según lo antes indicado, todos los hijos, sin excepción, se encuentran en la más que razonable posición jurídica de esperar de otros (de sus padres) el desempeño de una actividad tendiente a satisfacer el interés tutelado por su derecho y, por exclusión, también se encuentran en la situación de no tener que soportar inmiscusiones dañinas a dicho derecho.

En el primer caso, tienen la razonable expectativa de que sus padres (y sólo ellos) los reconozcan; en el segundo, tienen la expectativa de que aquellos o terceros no lleven a cabo acciones u omisiones que no permitan satisfacer ese interés o, más generalmente, no posibiliten el óptimo desarrollo de su personalidad.

Eso sí, así como el hijo ve cautelado su derecho a la identidad por medio del reconocimiento, los padres también gozan de igual derecho a la identidad, el que puede verse vulnerado, en general, por acciones de terceros, sea ocultando la real paternidad o sea atribuyendo una inexistente, toda vez que, como se afirmó en la

primera parte de esta investigación, la configuración y desarrollo de la identidad no es privativa de los niños o menores.

Por lo tanto, los intereses legítimos en juego pueden verse lesionados de diversas formas, con bastantes particularidades en cada uno de ellos, lo que justifica analizar estas variantes, con el fin de arribar a las consecuencias prácticas que nacen del reconocimiento de un derecho a la identidad y, por lo demás, de las cada vez más intensas interrelaciones entre el Derecho de Familia y el derecho patrimonial, particularmente el Derecho Civil.

Así, la primera de las formas como puede lesionarse el derecho a la identidad de los hijos es por medio de la privación del reconocimiento que sus padres pueden llevar a cabo, pero esta misma modalidad perfectamente puede tener un efecto expansivo y lesionar el mismo derecho que asiste al otro de los padres; la segunda forma, también de efecto expansivo, se genera cuando existen reconocimientos negligentes o maliciosos de hijos a los cuales no se tiene derecho de emplazar en estado; la tercera se refiere a los reconocimientos que se logran en base de engaños, generalmente teniendo como víctima directa al padre y, consecuentemente, al hijo; la cuarta forma que se reconoce en doctrina guarda relación con la injustificada inactividad en el ejercicio de las acciones o medios de los cuales la legislación dispone para constituir un estado de padre-hijo. Finalmente, una forma bastante particular cómo puede vulnerarse el derecho a la identidad es privando a los padres biológicos -o a los propios hijos- del ejercicio de sus derechos a la verdad y a la identidad filiatoria, impidiéndoles indagar el origen del vínculo, ello en el caso de sistemas artificiales de fecundación.

Se analizarán cada una de estas hipótesis de forma separada¹⁴⁹.



¹⁴⁹ Resulta conveniente indicar que la búsqueda de jurisprudencia que este investigador realizó respecto del tema específico de esta parte de la investigación resultó infructuoso, pues no se encontró algún pronunciamiento judicial relativo a indemnizaciones por daño a la identidad filiatoria en nuestro país, en contraste con la abundante jurisprudencia existente en Argentina respecto del mismo tópico (país que, al igual que el nuestro, no reconoce explícitamente regímenes de responsabilidad en el Derecho de Familia o en contextos limítrofes con aquella rama del Derecho).

II) Responsabilidad civil derivada del no reconocimiento voluntario de un hijo

Por lejos, la hipótesis de daño al derecho a la identidad más tratada en doctrina es aquella que proviene de la vulneración del derecho que asiste a todo hijo a ser reconocido por sus padres. No obstante lo anterior, en nuestro país no existe particular análisis de las consecuencias de la admisión de esta interacción de la responsabilidad civil y las normas del Derecho de Familia.

En general, la descripción de la hipótesis se puede circunscribir a lo siguiente: el progenitor del hijo, generalmente el varón (aunque bien puede ser la madre), no reconoce a su hijo pese a contar con los antecedentes fácticos demostrativos o indiciarios de la concepción o nacimiento o, en otra modalidad posible, existiendo una filiación matrimonial, el verdadero padre del hijo no efectúa el reconocimiento del hijo o no ejercita las acciones tendientes a impugnar la filiación falaz.

Si bien la descripción de los tipos antes dichos aparecen como preliminarmente simples, cuando las normas de la responsabilidad civil y las del Derecho de Familia interactúan, el panorama se torna bastante complejo.

Para efectos de orden y debido la extensión que puede suponer este acápite, resulta particularmente atractivo estudiar estas vertientes del daño al derecho a la identidad a la luz de los requisitos propios de la responsabilidad civil, dada la virtud que presenta dicha forma en el mostrar la armónica simbiosis entre la disciplina civil y de familia presente.

a) Antijuridicidad: Al efecto, se comenzará por el punto tratado en la parte precedente de esta investigación, esto es, indicar la existencia de un derecho formal vulnerado en estos casos dañosos o, por el contrario, la sola existencia de un conjunto de normas que estructuran materialmente o un derecho subjetivo o un interés jurídico digno de protección. Eso sí, las referencias en este punto serán sucintas dado que el punto se abordó con extensión en la primera parte de este trabajo.

Así, en doctrina extranjera, suele dedicarse gran estudio a la determinación de la génesis de la antijuridicidad que aparece como determinante, esto es, si existe un derecho formal o más bien material que resulta afectado en este caso.

La razón de lo anterior dista de ser baladí, puesto que los ordenamientos jurídicos son muy omitivos a la hora de nominar los derechos de esta naturaleza, donde más bien se requiere escudriñar en la legislación para determinar si tal situación jurídica que se atribuye a un sujeto está realmente recepcionada - formalmente- en el apartado normativo.

Un ejemplo particularmente nítido de lo anterior se vive en Argentina, donde la responsabilidad civil en esta clase de daños tiene antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios bastante añosos, lo que contrasta con una explícita recepción legal de los derechos o intereses en juego.

En efecto, en una primera etapa sobre la materia algunas voces indicaban la improcedencia de esta modalidad del daño en las relaciones filiales dado que, simplemente, el reconocimiento implicaba un acto voluntario que el progenitor podía o no llevar a cabo. Se trataba

de un acto potestativo, que por esa misma razón otorgaba al padre o madre el derecho a desempeñar o no la conducta, sin que el hijo tuviera algún tipo de titularidad en la situación. En otras palabras, la conducta omitiva del padre o la madre tendiente a no llevar a cabo el reconocimiento no encontraba en el ordenamiento jurídico un reproche normativo, ni a nivel formal, ni a nivel material¹⁵⁰.

Posteriormente, tanto la doctrina como jurisprudencia argentina¹⁵¹ aceptaron la procedencia de la responsabilidad en casos de no reconocimiento de hijos, pero dada la inexistencia de una norma formal que otorgase un "derecho al reconocimiento", se debió recurrir a una infracción al ordenamiento jurídico en su totalidad para configurar la faz antijurídica del comportamiento omisivo en comento.

Así, en primer lugar, se recurrió a la Convención de los Derechos de los Niños para argumentar que cada menor tiene derecho a conocer su realidad biológica y su filiación, siendo el reconocimiento un medio por el cual ambos derechos se materializan¹⁵². Posteriormente, se acudió a la Carta Fundamental para incorporar la conducta de no reconocimiento como un hecho en contra del *alterum non laedere* consagrado en el art. 19 de la Constitución. Luego, se potenció el análisis recurriendo al ordenamiento jurídico en su plenitud, la buena fe y el orden público, inclusive. Se escribió al respecto: "...la antijuricidad

¹⁵⁰ MEDINA, Graciela. *DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA*, Editorial Rubiznal-Culzoni, año 2.008, pág. 121.

¹⁵¹ MEDINA, Graciela, *DAÑO EN LAS RELACIONES FAMILIARES*, publicado en la página web de la autora citada, ubicado en el siguiente link visitado el 13-04-2014, <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-en-las-relaciones-familiares.pdf>, pág. 12.

¹⁵² MEDINA, Graciela, *DAÑOS EN EL DERECHO...*, op. cit., pág. 7.

de la omisión deviene, claro está, de la transgresión de una obligación jurídica de obrar, pero con un alcance amplio que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe..."¹⁵³.

Lo antes indicado arroja una doctrina argentina casi unánime en cuanto a la existencia de una categórica antijuridicidad en la omisión del reconocimiento de un hijo, no siendo un inconveniente determinante la aparente inexistencia de una consagración formal del derecho vulnerado, aunque existen voces que apuestan por la existencia de cierta consagración explícita de los derechos vulnerados, aunque no con la claridad que podría esperarse de tan delicada materia. *"El deber legal de reconocer a un hijo nace para el progenitor con el acto procreacional. La procreación natural es un hecho donde intervienen dos personas, hombre y mujer, debiendo ambos asumir respectivamente su paternidad y maternidad. En consecuencia, la actitud omisiva de no reconocer es ilícita. El derecho del hijo a ser emplazado como tal es correlativo al deber que tiene el progenitor de reconocerlo"*¹⁵⁴. De la misma manera se ha indicado: *"Como bien afirma mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia nacional, si el hijo tiene el derecho de accionar para obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no la*

¹⁵³ **MOSSET**, Jorge, citado en **SANTOPINO**, Juan Pablo, *et al*, *EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA: RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL*, publicado en la página web de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, ubicado en el siguiente link visitado el día 23-03-2014, <http://www.aabadigital.org/bi20op50.htm>, pág. 7.

¹⁵⁴ **KRASNOW**, Adriana, *RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD*. VII Congreso Internacional de derecho de daños, responsabilidades en el siglo XXI, ubicado en el siguiente link, visitado el día 12-02-2014, <http://www.aabadigital.org/bi2uyop50.htm>, pág. 3 y 4.

ha hecho espontáneamente, éstos asumen en consecuencia el deber jurídico de hacerlo, transgresión que puede sólo neutralizarse ante la existencia de causas de justificación o exculporias”¹⁵⁵.

Ahora bien, en nuestro país el panorama en este aspecto, según se expuso extensamente en la primera parte de esta investigación, resulta más específico que en el caso de la nación trasandina, toda vez que el hijo tiene un derecho explícito a ser reconocido por sus padres, existiendo, por ende, una antijuridicidad formal en el no desplegar la conducta que el legislador obliga a llevar a cabo. Por ello, sin perjuicio que puede resultar ilustrativo –y armónico– recurrir a los valores que nuestro ordenamiento jurídico defiende, la primera fuente normativa donde debe contrastarse el comportamiento llevado a cabo con aquel que se debía ejecutar, se encuentra en los artículos pertinentes del Código Civil, tal y como se defendió en su oportunidad.

Eso sí, esta antijuridicidad formal tiene un ámbito de desenvolvimiento acotado a su radio de acción, toda vez que si bien permite explicar y dar sustento a la procedencia de la responsabilidad civil en la hipótesis en comento, puede resultar inapropiado extenderla sin más a otras situaciones dañosas vinculadas con el reconocimiento y la identidad, particularmente la inactividad en el ejercicio de acciones tendientes a emplazar en estado filial o dejar sin efectos uno ya

¹⁵⁵ **MARCHESCHI**, Cecilia, *et al*, *RESPONSABILIDAD ANTE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO PATERNO*, Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 Y 4 de Octubre de 2002. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, ubicado en el siguiente link visitado el día 02-02-2014, www.aaba.org.ar/bi20op026.htm, págs. 3 y 4.

existente, aspecto que se tratará al momento de abordar dichas hipótesis.

b) El Daño: Ahora bien, el daño es otro requisito propio de la responsabilidad civil que ingresa con peculiaridades en las hipótesis en glosa, pero no precisamente por revolucionar el concepto, sino más bien para generar polémica y discusión sobre la penetración que éste puede llevar a cabo en la esfera moral o íntima del sujeto y en la equivalencia que el remedio puede ofrecer al daño causado. En efecto, la gama de resultados que implica el que un hijo no haya sido emplazado en su estado civil es bastante amplia y abarca las consecuencias materiales y espirituales. Dentro de la primera, la esfera es tan rica como derechos que otorguen un interés afín existan. Así, por ejemplo, un hijo no emplazado pudo haber perdido el conseguir una mejor educación debido a que su progenitor no aportó para aquel ítem. De la mano con aquello, pudo no acceder a una opción de educación superior. Por la misma carencia, pudo no tener oportunidad de alguna prestación de salud vital, lo que pudo generar secuelas que le impiden llegar a oportunidades laborales o de estudio. Por otra parte, un hijo sin estado pudo no haber gozado de derechos sucesorios sobre especies no fungibles, las que luego no podría ver restablecidas por medio de las acciones a las que pueda acceder retroactivamente, ello si es que logra un emplazamiento en su estado.

Pero si ya puede inferirse que la indemnización de los ítems antes expuestos resulta por lo menos dubitable, la reparación de aquellos que vulneran el aspecto moral del patrimonio del sujeto aparecen como mucho más conflictivo. Las posibilidades son enormes: no gozar de la tradición familiar; no gozar de vínculos afectivos con su

padre, hermanos, abuelos, etc.; la generación de una autoconcepción falsa (con los conflictos que ello supone para el desarrollo de la personalidad).

Además, lo mismo puede decirse desde la óptica del progenitor dañado, toda vez que el daño a su identidad puede depararle una serie de consecuencias espirituales nocivas.

Respecto de las consecuencias materiales que genera una vulneración al derecho a la identidad, no parece que existan particularidades relevantes que hagan inaplicables los patrones que doctrina y jurisprudencia han deslindado para la procedencia y demostración del mismo, por lo que si un hijo comprueba que la carencia del emplazamiento le privó de beneficios patrimoniales efectivos, bien puede gestarse un daño emergente, un lucro cesante o una pérdida de la chance (sin perjuicio de las limitaciones que pueden existir cuando dichos ítems interactúen con la causalidad, que puede llegar a limitar la procedencia de estos ítems dañosos).

No resultan igualmente pacíficos – en mi parecer- los rubros relativos al daño espiritual que genera un perjuicio a la identidad, pero valga en este punto llevar a cabo la misma distinción que se efectuó en la parte primera de esta investigación, esto es, separar el daño causado de la solución que el Derecho ofrece para sustituirle. Así, no me parece que merezca dudas que el no emplazamiento de un hijo en el estado que le correspondía según su concepción, le generará un detrimento a nivel espiritual y de diversas formas, pero sí merece mucha discusión si se puede tolerar la existencia de un equivalente de reemplazo a, por ejemplo, la afectividad o cariño que el hijo o el progenitor perdió.

En realidad, estas interrogantes distan de ser novedosas y no es sino la atemporal discusión entre los límites de lo jurídico y lo moral. De hecho, este mismo debate se presentó cuando la aceptación del daño moral resultaba extremadamente confrontacional y donde pedir un reemplazo jurídico ante la pérdida de valores inmateriales como, por ejemplo, pueden ser la vida o el honor, resultaba una iconoclastia radical. En otras palabras, no se dudaba del daño causado (lo que no existía era un ingreso conceptual de dicho daño), sino de la existencia de una equivalencia.

Y así, si hoy en día, en el actual estado incipiente de la interacción de la responsabilidad civil y las relaciones filiales en nuestro país, se generara un daño a la identidad para con un menor debido a carecer de su filiación, quien reclama la carencia afectiva como un perjuicio o justifica tal o cual problema psicológico en la falta del rol paterno en su niñez (y demuestra aquello, obviamente), los escozores en dicha petición resultarían patentes, ello pese a que, en el fondo, pide exactamente lo mismo que otrora alguien solicitó cuando se violó su honor o se dio muerte a un hijo.

En realidad, no existe argumento jurídico de peso capaz de detener las indemnizaciones que se comentan si, tal y como se dijo en la primera parte de esta investigación, se deja en poder del potencialmente dañado la calificación de nociva de la consecuencia de la vulneración de su derecho o, en otras palabras, si se parte de la base que es el dañado (el hijo o el progenitor) el que se encuentra mejor e idóneamente posicionado para calificar tal o cual situación como dañosa; no se aprecia justificación jurídica (quizá sí prácticas, como demandas a raudales) que impida que un sujeto vea una equivalencia entre el afecto

y otro elemento sucedáneo que pueda remplazarlo o servirle de equivalente.

En doctrina comparada esta situación no ha estado alejada del comentario, existiendo alguna que se muestra a favor de una subjetivización de la apreciación del daño, entregándole al sujeto la determinación de la equivalencia del remedio que propone con el detrimento que sufre: *"A diferencia de lo que sucede en los supuestos de daños materiales o a la persona cuya entidad se determina por peritos, la apreciación de la intensidad de los padecimientos que produce el daño moral en el damnificado está limitada por la cuantía del reclamo ya que, es la víctima quien se encuentra en mejores condiciones de mensurar el dolor, la aflicción o los padecimientos que ha tenido a raíz del hecho"*¹⁵⁶.

Por lo tanto, si se parte de la base antes dicha, puede observarse cómo la particularidad del Derecho de Familia, de los afectos que en él existen, tienen la capacidad de penetrar los rígidos cánones

¹⁵⁶ **GHERSI**, Carlos, *DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES INTERNAS DEL DERECHO DE FAMILIA*, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 10, año 2.011, pág. 40. Sin perjuicio de lo anterior, alguna jurisprudencia argentina no opinó lo mismo en su oportunidad, *"... No se trata, en cambio, del resarcimiento por las carencias afectivas que pudo hallar en estos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa, salvo que trasciendan en determinadas conductas, como son por ejemplo, el abandono, que permitirá accionar por privación de la patria potestad, la falta de asistencia, que permitirá demandar alimentos, las injurias graves entre cónyuges que dan lugar al divorcio, etc., pero lo que aquí se debe resarcir, específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Adviértase que de no precisarse así la cuestión, el hijo reconocido y que incluso convive con sus padres, podrá demandar la indemnización a éstos por ausencia de muestras de afecto y apoyo espiritual"*, **KRASNOW**, Adriana, op. cit., pág. 6.

del daño deslindado a la luz de la disciplina civil y amplía sus límites y pone a prueba la suficiencia del remedio que dicha disciplina aporta.

Finalmente, en consecuencia con lo que postulara en la parte primera de esta investigación, si el sujeto dañado estima que las carencias afectivas tienen como equivalente una indemnización dineraria o tienen como sustituto el restablecimiento de dicha relación, no puede cuestionarse dicha calificación, ello sin perjuicio de la prueba que el demandante deba aportar al efecto (prueba que, en todo caso, no parece muy distinta de la que, por ejemplo, actualmente se rinde en caso de perjuicios psicológicos a causa de muerte de familiares cercanos).

Ahora bien, vinculado con lo anterior, una herramienta útil para determinar la existencia de este tipo de daño (y que también puede ser un patrón para medir su magnitud), pueden ser ciertos criterios que la doctrina extranjera ha recogido, aspectos bastante similares a los que se emplean para procedencia de la Compensación Económica en nuestro país. Así, por ejemplo, se han reconocido el abandono de la pareja al momento de tomar conocimiento del parto; ausencia de todo tipo de ayuda moral y económica durante el proceso incubatorio y de pago de los consiguientes gastos del parto; edad del menor y en especial el impacto en la etapa de la adolescencia; plazo transcurrido durante la negativa paterna para reconocer al hijo; actitud renuente del padre al no someterse a la prueba biológica, entre otros¹⁵⁷. Eso sí, estos factores llamados a ser orientativos e indiciarios de un

¹⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 5.

daño y de la magnitud naturalmente, no sirven para determinar la naturaleza exacta de la solución al daño y, por otra parte, asoman como elementos que pueden acercar al juzgador a dar punición a la conducta del dañador, lo que puede generar roces con la naturaleza correctiva que tiene la responsabilidad civil.

c) Factores de atribución: Otro aspecto extremadamente novedoso en interacciones jurídicas entre la disciplina civil y la de familia es el que se genera en el ámbito de los factores de atribución en este tipo de daños. En concreto, las preguntas que aparecen como inmediatamente atingentes en este punto es, en primer lugar, si la responsabilidad de quien no reconoce se ha de estructurar a base de factores objetivos o subjetivos de conducta; definido aquello, y optando por la culpa como factor desencadenante del daño, determinar cómo será su transposición desde los estándares civiles a los familiares.

La primera interrogante, al menos en nuestro país, parece tener una respuesta bastante categórica, ello debido a que los sistemas normativos que acogen factores objetivos de responsabilidad son excepcionales, diseñados en su amplia mayoría para sectores donde los riesgos gozan de mucha intensidad en relación al daño potencial, por lo que su aplicación resulta restringida, no aplicable a otros rubros de los específicamente establecidos. Lo anterior resulta bastante justificado cuando, además, el daño se gesta en una dinámica familiar o cuasifamiliar, donde los factores de solidaridad, tolerancia e intimidad resultan radicalmente incompatibles con los rígidos límites de las responsabilidades basadas en el riesgo o en la mera causalidad. Por lo demás, la aplicación de este tipo de responsabilidad se encuentra muy

límite a otros aspectos relevantes, pero distintos, de la responsabilidad civil, como lo son la aligeración de la carga de la prueba para con los menores afectados y el empleo del principio *res ipsa loquitur*, ambos aspectos que deben administrarse con mucha delicadeza en este tipo de conflictos, pues de verse mal distribuidos pueden llevar a prescindir de la esencial bilateralidad que tiene todo conflicto de intereses, más aún los de familia.

Por lo tanto, en mi opinión debe negarse la presencia de factores objetivos de responsabilidad en este tipo de daños, ello dado por los argumentos antes expuestos, pero además por el hecho de que la culpa y la previsibilidad ínsita en ella tienen la suficiente volubilidad como para adaptarse al contexto de las relaciones parentales.

Eso sí, en una primera época en Argentina, la idea de una responsabilidad objetiva de los padres en caso de no reconocimiento de hijos no fue desconocida, sino por el contrario, lideró cierta jurisprudencia¹⁵⁸. Comentando tal fallo se indicó: "*1. La negativa infundada al reconocimiento del hijo provoca en éste un agravio moral que debe ser resarcido. (Por mayoría). 2. El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de derecho como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo. (Por mayoría) 3. No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de*

¹⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo dictado en los autos caratulados: "P., M.D. contra A., E. Filiación e indemnización por daños y perjuicios", Ac. 59.680, del día 28/4/98, publicado en Diario de Jurisprudencia Judicial Pág. 4741, del día 20/08/98

causalidad más que a la culpabilidad. (Del voto del Dr. Hitters). 4. El daño moral puede, en ciertos casos, resultar in re ipsa y, en otros, requerir su prueba. (Del voto del Dr. Ghione) ”¹⁵⁹.

Según lo previamente indicado, la culpa resulta plenamente aplicable al hecho dañoso, toda vez que ofrece todas las herramientas para un adecuado y contextualizado ingreso de la responsabilidad civil a las delicadas relaciones familiares o cuasi familiares. En todo caso, y pese a ello, en el particular se aprecian dos posturas: aquella que entiende aplicable la culpa sin particular limitación y aquella que sólo estima su procedencia ante situaciones muy intensas, esto es, en casos de culpa grave y/o dolo.

Esta última postura guarda estrecho vínculo con la evolución que presentó en el Common Law la responsabilidad en las relaciones familiares. En efecto, desde las pretéritas inmunidades endofamiliares se avanzó a los denominados privilegios, que buscaban mantener en armonía la privacidad, intimidad y orden de las familias, pero también posibilitar el ingreso de los remedios indemnizatorios. Así, se toleró la presencia del Derecho, pero sólo ante situaciones particularmente graves, donde existía una intención marcada de dañar o una indiferencia en el comportamiento.

La bondad de esta posición es, sin duda, permitir que las particularidades de las relaciones filiales resulten amparadas y no

¹⁵⁹ **URRUTIA**, Susana, *et al*, *FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJO*, Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 Y 4 de Octubre de 2002. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, ubicado en el siguiente link visitado el día 10-02-2014, www.aaba.org.ar/bi20op031.htm, pág. 2.

interactúen bajo amenazas que pueden afectar su desempeño espontáneo. Por lo tanto, al centrarse en situaciones particularmente graves, permite incorporar no sólo el contexto bajo el cual se gesta la situación dañosa, sino las peculiaridades de cada uno de los intervinientes, evitando la aplicación de estándares abstractos que pueden no resultar aplicables a las relaciones filiales. En otras palabras, esta postura permite estudiar cada caso en concreto, balanceando la intimidad y tolerancia con los límites que aquello tiene con los daños indemnizables.

Así, a priori, resulta una posición útil para varios aspectos que nacen de este tipo de daños: como se dijo, ampara el orden familiar al no sancionar todas las conductas dañosas en el seno familiar, respetando la intimidad y tolerancia propia de este tipo de convivencias; permite mantener en armonía el derecho de los hijos a no ser dañados, pero también a ser corregidos; evita excesiva interposición de demandas provenientes de los daños en la familia.

Eso sí, esta postura presenta varias complicaciones en su estructura, pues parece partir de una máxima no completamente aplicable a los daños que esta investigación trata. En efecto, afirmar que debe cautelarse la intimidad, orden y tolerancia de las familias no parece, sin duda, algo desproporcionado, pero asumir que dichos valores son aplicables a los daños que se gestan en la vulneración al derecho a la identidad filiatoria no resulta siempre procedente y ello, en primer lugar, porque no siempre existen nexos familiares entre los afectados, sobre todo en las hipótesis expansivas de este tipo de daños, lo que no justifica que se apliquen los criterios moderadores o eximentes antes dichos, y, en segundo lugar, en los casos que sí existe una familia

o una dinámica familiar, resulta bastante cuestionable que la tolerancia, la intimidad y el orden familiar puedan de alguna manera amparar no emplazar en estado filial a quien tiene derecho a ello. Además, esta postura se acerca demasiado a la punición y, por ende, se centra en exceso en la conducta del agente y no el daño sufrido por la víctima.

La otra modalidad de la admisión de la culpa como factor de atribución en este tipo de daños implica no recurrir a graduaciones de la misma ni situar especial atención en caso de concurrencia de dolo (habida consideración que la responsabilidad no es punitiva y el grado de reproche conductual es de interés de otras ramas del Derecho). Lo anterior implica seguir el modelo clásico de las legislaciones en el sentido de que sólo el obrar negligente tiene como contrapartida el responder de los daños. En el caso particular de los daños derivados de la omisión al reconocimiento, el progenitor deberá indemnizar al o los afectados en la medida que su omisión implique ir en contra de los deberes de diligencia y previsibilidad de daños. Por el contrario, si tuvo una situación que inhibía su actuación o la justificaba, su pasividad no engendrará obligación alguna.

Las ventajas y desventajas de esta posición son las mismas que se mencionaron respecto de la postura anterior, sólo que invertidas. Así, admitir esta postura implica no generar a priori filtro alguno en la actuación de los miembros de la familia, esto es, no amparar ninguna situación bajo la protección de la intimidad o tolerancia lo que, por una parte, se centra en los daños causados (ergo, en las víctimas), pero por otra, puede implicar abrir a paso a cualquier reclamación que puedan efectuarse los miembros de la familia.

A esta altura de la exposición la pregunta que aparece como necesaria de responder es qué de lo antes dicho y de qué forma resulta aplicable en nuestra legislación o, en otras palabras, si el progenitor que no reconoce responderá en razón de situaciones especialmente calificadas, centradas en la intención de dañar o en la indiferencia manifiesta o, por el contrario, su conducta se contrastará con patrones abstractos de conducta.

En mi opinión, debe descartarse completamente la limitación de la responsabilidad a los supuestos de culpa grave y/o dolo, pero eso sí, la aceptación de la culpa sin graduación no implica necesariamente hacer aplicable sin más los términos de las negligencias que se generan entre ajenos.

Respecto de lo primero, el argumento de una procedencia de responsabilidad sólo en casos de culpa grave o dolo bien puede resultar aplicable en situaciones donde existe una efectiva convivencia que haya engendrado razonablemente posiciones de tolerancia familiar, situación que no se aprecia en caso de que un padre no reconozca a un hijo, toda vez que precisamente la actitud del progenitor es óbice para la gestación de una familia que ampare la dinámica de tolerancia e intimidad. Así, no resultaría apropiado que a un hijo se le limite su derecho a la indemnización en razón de que debe de tolerar que su progenitor, salvo en casos de excesiva malicia, no le emplace en su estado. Lo propio ocurre con otros posibles dañados en esta situación, como puede serlo la madre de la criatura, ¿podríamos entender que su expectativa de que su hijo creciera con su padre o, inclusive, su esfuerzo por educar sola a su hijo, deba retroceder debido a que debe

de tolerar que el progenitor no reconozca a su prole, salvo situaciones de especial gravedad?

En realidad, el afán limitatorio que pretende la posición que circunscribe este tipo de daños a culpa grave o dolo termina siendo excesivamente invasivo para con los derechos circundantes y, en la práctica, torna en ilusorio el derecho a la identidad que tiene hijo o madre.

Además, en cuanto a argumentos doctrinales, y si se parte necesariamente de la base de que la culpa que regula este tipo de daños es aquella propia de la responsabilidad extracontractual, en nuestro país existe casi una unanimidad en cuanto a entender que las graduaciones que el Código Civil efectúa de la culpa no resultan aplicables en materia de responsabilidad aquiliana, debido a que esta última no se altera por el grado de reproche conductual que pueda imputarse al hechor, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad contractual, donde si hace la diferencia incumplir con dolo o simple culpa.

Ahora bien y en todo caso, tal y como se dijo en la primera parte de esta investigación, el daño tratado en el presente trabajo se encuentra, en la mayoría de sus hipótesis, en una zona gris en responsabilidad, pues si bien por una parte no resultan aplicables los estándares de diligencia entre contratantes, tampoco resultan plenamente procedentes los patrones conductuales que son aplicables en la responsabilidad extracontractual, en gran medida porque no se aprecia una total ajenidad entre los intervinientes de la dinámica dañosa. En efecto, si bien entre padre e hijo (o entre el primero y la madre del menor) no existe vínculo jurídico previo al emplazamiento, no

puede negarse que el acto procreacional engendra un nexo biológico que el Derecho no puede suprimir y que tiene incidencia a la hora de determinar el estándar de diligencia que se exigirá al progenitor no reconociente. Así, si al padre no podemos exigirle una culpa contractual, tampoco podemos pretender que su comportamiento estará sometido puramente a los vínculos laxos de la responsabilidad extracontractual, lo que tiene una notable incidencia en la carga de la prueba.

En efecto, a esta altura de la investigación puedo afirmar que el sólo vínculo procreacional (que, en estricto rigor, es el único nexo que une a progenitor e hijo previo al emplazamiento jurídico), debe entenderse como parte constituyente de la determinación del estándar de conducta que pesa sobre el progenitor reticente, lo que implica que si llega a demostrarse su existencia (tan simplificada hoy por medio de la prueba pericial del ADN), debe presumirse que la actitud omisiva del progenitor no se encuentra amparada en Derecho, a menos que éste justifique alguna circunstancia que sí dé legalidad a su pasividad.

Por lo tanto, según se expone, puede apreciarse en este punto una notable interacción entre la normativa de la responsabilidad civil y la existente en los vínculos filiales, toda vez que así como la culpa amparada en lo civil penetra los daños en comento, ésta debe acatar las particularidades del terreno en que se desenvuelve, debiendo adaptarse de una forma que en otras situaciones dañosas tendría otra forma de acción.

En definitiva, la culpa del progenitor pasivo en el reconocimiento debe de presumirse.

Ahora bien, la fuente legal para sustentar lo anterior, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, resulta muy discutible, ello sin perjuicio que parece bastante apropiado recordar que -en estricto rigor- en nuestro país no existe regulación del tipo de daños de que se ocupa esta investigación. De hecho, y por el contrario, ante la aseveración de que la culpa del progenitor no reconociente debe presumirse una vez determinado el vínculo biológico, puede señalarse que la culpa en materia extracontractual (que sería el régimen residual aplicable a estos daños) debe probarse, salvo las excepciones que el propio legislador consagra, dentro de las cuales resulta bastante forzado encuadrar la categoría de detrimentos a la identidad.

La argumentación anterior resulta poderosa, en la medida que se desenvuelva dentro de los límites que le son propios, esto es, estimar que los daños en comento se rigen por la culpa extracontractual, pero si en realidad se asume lo que se ha dicho en párrafos anteriores, esto es, que entre progenitor e hijo no puede aseverarse la existencia de una ajenidad total al existir (de probarse, claro está) un nexo biológico, la ubicación de la culpa propia de estos daños no parece acercarse del todo a la aquiliana, sino más bien tener cierta fisionomía propia, particular de esta zona limítrofe de responsabilidad.

Claro está que la sola afirmación anterior no nos conduce de inmediato a alterar el peso de la prueba, pero sí se le suma a ello el centrarse en interés del hijo a ser reconocido, el interés superior de aquel y, además, aplicar el principio *res ipsa loquitur* que permite estimar como culpables ciertas circunstancias en las cuales, según el curso normal de las cosas, no suceden sin mediar negligencias, puede a

lo menos llevar a revisar esta zona gris de la responsabilidad con particular cautela.

En todo caso, el no reconociente tiene herramientas que pueden justificar su omisión, las que han sido reconocidas en la doctrina, toda vez que su pasividad pudo tener una causa de suficiente rigor jurídico que justificara su inactividad, herramientas que son frutos de la casuística y no parecen agotarse en algún catálogo predeterminado. Así, se ha dicho que la omisión del no reconociente (generalmente el varón), puede encontrar amparo en no conocer del estado de gravidez de la mujer. Al respecto se ha indicado atinadamente: *"...si el hombre responde por los daños independientemente de su culpa o negligencia, lo que se está sosteniendo es que si se mantuvieron relaciones sexuales con una mujer se está obligado a reconocer a los hijos que ésta tenga. Concluyendo que todo varón que mantiene relaciones sexuales con la madre al tiempo de la concepción, como está por un principio de buena fe procesal obligado a reconocer tal hecho y ello basta para admitir la acción de reclamación de la filiación, en realidad está obligado a reconocer al hijo, salvo que pruebe que conocía que la madre tuvo relaciones sexuales con otro. Por lo tanto todos los hombres que han mantenido relaciones sexuales con una mujer que ejerce la prostitución están obligados a reconocer al niño a riesgo de que si no lo hacen, el que lo sea, deberá indemnizar los daños que, aún sin culpa ni negligencia, ocasionó al niño indudablemente ajeno a estas situaciones. Consecuentemente, se está creando una presunción de la paternidad del hombre que tuvo relaciones sexuales con una mujer, sin exigir siquiera*

*el concubinato*¹⁶⁰. Otra justificación estriba en creer o saber de una deficiencia biológica que genera una esterilidad. También se ha señalado que el énfasis no debe situarse en el no reconocimiento por sí sólo, sino más bien en la negación de la paternidad, toda vez que es posible que conviva un no reconocimiento, pero sí una paternidad, caso donde el progenitor, sin haber emplazado a su prole, la trata y cuida como tal, lo que sería una justificación para el progenitor¹⁶¹. Por otra parte, sin duda que el progenitor podrá invocar el caso fortuito o la fuerza mayor o inclusive el hecho de terceros, concretamente la madre del menor, quien pudo haber ocultado la concepción y luego el nacimiento tornando en imposible que el varón tuviere indicios de su paternidad.

Finalmente, hipotéticamente, el progenitor inclusive podría invocar como justificación de su pasividad las propias trabas que la legislación genera. Es el caso de un hijo concebido en el marco de un matrimonio, gozando por ende la presunción de paternidad que nuestro Código Civil consagra. En tal caso, y en el evento que el padre biológico sea otro varón, nuestra ley no permite que éste reconozca (art. 189 del Código Civil) puesto que el hijo ya está emplazado en virtud de la presunción indicada, pero por otra parte, el padre biológico tampoco podría ejercer acción destinada a impugnar la filiación, toda vez que no es titular de la misma, ya que según el artículo 212 del mismo Código, la legitimación activa recae sobre el marido. Se retornará con esta situación ulteriormente al tratar la negativa en el ejercicio de acciones como hipótesis de daño al derecho a la identidad.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 4.

¹⁶¹ Aunque en realidad en estos casos lo que parece existir no es un daño, ello en la medida que se estime –en materia de responsabilidad civil– la posibilidad de una antijuridicidad autónoma del daño.

d) Causalidad: Para concluir respecto de los elementos clásicos de la responsabilidad civil, la causalidad no parece sufrir particular cambio al ingresar desde los estudios y legislación que existen respecto de ella en el Derecho Civil al Derecho de Familia. En efecto, no se avista modificación en el hecho de que el daño que invoca el hijo esté en causa material y jurídica con la vulneración a su derecho a la identidad. Respecto de la causalidad jurídica o normativa, deberá demostrar el hijo (o el juez colegir) que las normas invocadas tienen dentro de su objeto la protección del tipo de daños que se invoca, en cuyo caso adquiere mucha importancia justificar el perjuicio desde las más altas fuentes normativas indicadas en la primera parte de esta investigación, dado que puede llegar a ser cuestionable que la sola normativa relativa a la filiación que el Código Civil consagra, busque evitar daños al derecho a la identidad, pues más bien se ocupan del emplazamiento y de la forma en cómo se logra o deja sin efecto.

Dejando de lado los elementos de fondo de la responsabilidad civil, resta referirse a dos aspectos bastante relevantes en esta materia y que tienen incidencia en nuestra legislación, me refiero a la legitimación para demandar los daños y a la prescripción.

1) Legitimación para demandar los daños: Respecto de este punto, la interrogante es determinar quién puede demandar los daños a la identidad acá analizados, esto es, si solamente el hijo o inclusive el otro progenitor afectado. Respecto de lo segundo, las cuestiones son dos: determinar si la acción de perjuicios prescribirá, qué régimen de prescripción se aplicara y por qué, para luego solucionar la interrogante relativa a la forma de computar el respectivo plazo.

En lo atinente a la legitimación para demandar esta clase de perjuicios, en nuestro país, en el plano normativo, no existe particular referencia a quién puede demandar los daños sufridos, lo que ha llevado a la doctrina a ocuparse de este aspecto¹⁶². En general y doctrinalmente, se ha escindido la legitimación en un gran grupo relativo a aquellos que incoan la acción por derecho propio y los que lo hacen por derecho derivado. En el primer grupo se reconocen dañados directos y por repercusión. En el segundo aquellos que demandan en función de actos mortis causa (sucesores universales o legatarios) y los que lo hacen por actos entre vivos, en virtud de cesiones de acciones generalmente.

No existiendo particular referencia –ni limitación- en el caso de los daños que esta investigación trata, al menos el esquema anterior resulta aplicable formalmente, pero se hace necesario formular ciertos comentarios, sobre todo provenientes de naciones que han analizado con mayor profundidad el tema.

Naturalmente, en primerísimo lugar, la legitimación activa en este tipo de daños radica en el hijo. Es el lesionado por excelencia. Eso sí, si bien su legitimación en su mayoría de edad aparece como fuera de todo comentario, no ocurre lo mismo en caso de incapacidad, concretamente, en la situación donde la madre –generalmente-, como su representante legal, ejerce la acción contra el progenitor. La pregunta es, en el fondo, si la acción ejercida es de aquellas que toleran representación o, por el contrario, es de aquellas personalísimas.

¹⁶² **CORRAL**, Hernán, *LECCIONES DE RESPONSABILIDAD...*, op. cit., pág. 315 y siguientes.

La situación ha tenido análisis en el derecho comparado. En Argentina algunas opiniones jurisprudenciales han homologado la situación del daño al derecho a la identidad con el daño moral, considerando que el primero goza de un carácter personal y exclusivo del sujeto dañado, único capaz de determinar y dimensionar la existencia y entidad del daño sufrido, sin que pueda ser ejercida por terceros, ya no sólo a nivel de sucesores mortis causa (que es una discusión clásica en nuestro país), sino inclusive a nivel de representación legal (similar a la situación que nuestro legislador regula en la institución de la repudiación del reconocimiento)¹⁶³.

En nuestra legislación la problemática puede plantearse de igual manera, pero conviene recordar que en esta investigación ya se ha mencionado que el daño que arroja vulnerar el derecho a la identidad no viene a revolucionar el concepto del detrimento, así como modificar radicalmente su alcance. En efecto, perjudicar el derecho a la identidad repercutirá en consecuencias materiales y morales para con el afectado, siendo estas últimas las que presentan particularidades, pero qué más inciden en la especificidad de la ciencia que se ocupe de ella (psicología infantil, psiquiatría, etc.), que en su fisonomía jurídica, puesto que el desarrollo que ha presentado el estudio del daño moral es lo suficientemente flexible para tolerar el ingreso de nuevas categorías dentro del concepto matriz.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho vulnerado impregna de fisonomía propia al daño que arroja el vulnerarlo, lo que

¹⁶³ **CORBO**, Carlos, *RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DEL RECONOCIMIENTO ESPONTANEO DE HIJO MATRIMONIAL*, publicado en el siguiente link, visitado el día 04-05-2014, www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artresponsabilidadcivilporfaltedereconocimientodehi/at_download/file, pág. 6.

genera una interrelación difícil de diseccionar, o si se quiere, ese derecho genérico que le asiste a toda persona a ser reparado en el daño, adquiere una especialidad cuando de por medio existe un derecho a la identidad vulnerado, toda vez que se genera un derecho a ser resarcido en su identidad vulnerada.

Así, en mi parecer y por una parte, el derecho a ser resarcido en algo tan íntimo como la identidad, debe considerarse como un derecho personalísimo, toda vez que la identidad goza de un contenido de subjetividad muy marcado, sin que puedan establecerse patrones objetivos en torno a ella, siendo el sujeto el único que puede dotar el derecho de un contenido real, de una sustancia tangible, de una especie de medición de su centro que le dé una fisonomía auténtica, sin que terceros puedan, ni siquiera por medio de ficciones jurídicas, ocupar el lugar del perjudicado.

No obstante lo anterior, en ocasiones lo pedido como reemplazo de lo dañado también puede ser personalísimo, como es el caso de que el dañado entienda como equivalente a su daño el que al progenitor se le obligue a restituir razonablemente el tiempo perdido por medio de un régimen de contacto en tales o cuales circunstancias. En tal caso, en mi consideración, la acción también goza de carácter personal aún más marcadamente, ya no sólo por lo vulnerado, sino por la estimación del sustituto o equivalente, por lo tanto aplica lo señalado previamente.

Determinado lo anterior, cabe preguntarse si este tipo de acción tolera representación o sólo la puede ejercer el efectivamente dañado. En contra de una aseveración por la no representación, puede

contestarse la carencia de fuente legal, e inclusive, puede afirmarse que en los casos que el legislador no tolera representación existen fuentes explícitas (testamento, repudiación, etc.), por lo que en casos no regulados, deben regir las reglas generales en materia de representación. Si bien la argumentación es poderosa, resta preguntarse si los sustentos en favor de la intransmisibilidad en este tipo de acciones, tan asentados en doctrina y jurisprudencia¹⁶⁴, sólo se limitan a dicho ámbito de acción o son extrapolables a otras situaciones, particularmente en comento. En realidad, si el gran sustento de la intransmisibilidad se centra en los derechos o intereses vulnerados, esto es, aquellos de un contenido exclusivo de cada individuo, subjetivos por antonomasia, de excluyente calificación por parte del afectado, dichos argumentos no parecen no aplicar al ejercicio de la acción por medio de terceros, toda vez que son susceptibles de extensión sin aparente conflicto. En efecto, ¿por qué sólo ha de ser una acción personalísima para efectos de transmisibilidad y no para efectos de representación?, ¿puede un tercero, por mucha ficción legal de por medio, representar el sentir espiritual de una persona dañada en su identidad? Por medio de una ficción legal, sin duda que se puede, pero no resulta igualmente claro si se le añade el contexto real y sustancioso de la situación¹⁶⁵.

En general, estimo defendible una postura que restringe el acceso a la acción sólo al directamente dañado, sobre todo porque dicha posición se mantiene consecuente con el hecho de que es sólo la víctima quien puede dimensionar la existencia de este tipo de daños y,

¹⁶⁴ Al respecto se recomienda ver a **BARROS**, Enrique, op, cit, pág. 943.

¹⁶⁵ En todo caso, si se llegase a aceptar que este tipo de acción no tolera representación, se abre la interrogante relativa a la suspensión de la prescripción, lo que se tratará a continuación.

por lo demás, determinar cuáles son las equivalencias que lo reemplazan o compensan.

En cuanto a la transmisión y transferencia de este tipo de acciones, y según se ha expuesto, no debería de entenderse procedente.

Finalmente en cuanto a la legitimación, resta analizar la situación de las víctimas por repercusión, particularmente el daño que pueda sufrir el progenitor que cuidó del hijo (generalmente la madre). En nuestro país no existe particular referencia, ni mucho menos limitación, en el espectro de posibles daños que puede generar un hecho. Por esta situación, y a diferencia de lo que existe en otros países, donde de una u otra forma se limita la participación de víctimas diferentes de la directa, en nuestra nación existe una aceptación amplia de la institución, lo que implica que cualquiera que reciba daño a partir de aquel que sufre una persona en su identidad filiatoria, derivado de un no reconocimiento, puede fundar una demanda de responsabilidad.

Eso sí, acá la interrogante es más específica, esto es, si el daño a la identidad que sufre un hijo no reconocido puede generar, a su vez, otro daño en la identidad en otras personas, particularmente en la madre o hermanos. En el caso de estos últimos, se parte de la base que serán hermanos cuando el reconocimiento quede firme, en cuyo caso es posible que su concepto del yo y de su espectro familiar, particularmente de su figura paterna, pueda resultar vulnerado por la pasividad de aquel en el reconocimiento de su hermano, lo que -según la dinámica de esta investigación- tiene la fisonomía de un daño resarcible que puede ser objeto de una demanda por parte del afectado.

La situación de la madre resulta algo más compleja. La hipótesis se centra típicamente en una familia monoparental, donde generalmente la madre debe cuidar del menor y llevar a cabo el rol paterno para con él. En este caso, y asumiendo que el hijo no reconocido demanda él mismo, la interrogante es si la madre podría también demandar su propio daño a su identidad vulnerada. En doctrina foránea esta situación ha sido puesta en el debate, alzándose voces que están por tolerar la indemnización, sobre todo fundándose en la vulneración al proyecto de vida familiar de la mujer, el que se vio truncado por la omisión del varón.

Si bien, preliminarmente, resulta razonable que toda mujer tiene el legítimo interés de la constitución de una familia, resulta más dubitable si por medio del derecho a la identidad que esta investigación trata se le garantiza aquello, pues resulta distinto tener derecho al acceso a la familia y a la biografía inherente a ella, que una especie de derecho a constituir una, toda vez que dicha situación para difícilmente ser atingente al Derecho.

2) Prescripción: Finalmente en lo referido a la hipótesis de daños por no reconocimiento, resta un muy relevante aspecto transversal a todo lo indicado y estriba en la determinación de los plazos de prescripción en los cuales ha de ejercerse la acción, mas inclusive previo a determinar aquello, se debe dilucidar si la acción de perjuicios que esta investigación trata requiere de la interposición de acciones de familia, concretamente la de reclamación de estado que habilite a la primera, puesto que ello está íntimamente vinculado a la prescripción y a los plazos.

En efecto, ¿debe de declararse el estado de hijo previamente para habilitar una demanda de perjuicios por vulneración al derecho a la identidad? ¿puede emplearse sólo el nexo biológico – debidamente acreditado- para fundar una demanda de perjuicios por vulneración al derecho a la identidad sin necesidad de gozar previamente del estado de hijo?

Responder afirmativamente la primera cuestión, implica asumir que la acción de perjuicios es dependiente de la acción de reclamación, lo que trae varias consecuencias, por ejemplo una imprescriptibilidad indirecta de la acción indemnizatoria y, además, serias dificultades en materia de competencia por parte de los Tribunales de Familia. Responder afirmativamente la segunda, supone que la acción de perjuicios no depende de una acción familiar, es autónoma, lo que incide en su prescripción y en aspectos procesales.

En realidad, la pregunta se reduce a determinar si quien demanda de perjuicios debe realizarlo con el estado filiativo de hijo o le basta basarse en el nexo biológico –debidamente demostrado-.

Al respecto puede ser orientativo recordar que el derecho a ser reconocido emana del inescindible antecedente biológico que une a progenitor e hijo, tanto así que toda sentencia de emplazamiento tiene un efecto meramente declarativo, no constitutivo. Lo antes dicho tiene incidencia a la hora de valorar el aspecto determinante y que debe primar en esta discusión.

Ahora bien, entender que sólo el declarado hijo está habilitado para demandar los perjuicios implica, precisamente, centrarse

en un rol constitutivo de derechos por parte de la filiación. O sea, el menor tendrá derechos sólo cuando goce de la calidad de hijo y desde tal momento y en lo sucesivo, lo que torna en absolutamente inútil un derecho a la identidad, pues sólo lo tendrá desde la sentencia que declare el estado y en adelante.

Por el contrario, resulta mucho más armónico con la legislación vigente y la propia sustancia del derecho a la identidad filiatoria, el vincular la génesis de todo derecho al hecho y momento de la concepción, salvo aquellos que expresamente el legislador limite (como es el caso de los alimentos, que no se deben retroactivamente). En otras palabras, el hijo tiene su derecho a la identidad filiatoria al momento de su concepción, desde ese momento arranca su derecho a ser reconocido por sus progenitores y en ese momento debe centrarse la atención para definir el ejercicio de la acción.

Por lo demás, si no se sigue el razonamiento antes indicado, y como la acción de reclamación de la filiación es imprescriptible según nuestra legislación, indirectamente se creará la imprescriptibilidad de la acción de perjuicios, lo que si bien resulta útil en el marco de una interpretación finalista, parece colisionar con el hecho de que en nuestra legislación las acciones imprescriptibles requieren de fuente legal expresa.

Además, el radicar una dependencia entre las acciones de familia y la de perjuicios generará graves problemas procesales, toda vez que nuestros tribunales de familia vieron acotada su competencia en la ley N° 20.286, lo que sitúa en una posición procesalmente dubitable la acción de perjuicios por incompetencia del tribunal indicado.

Por lo tanto, estimo que no es un requisito del ejercicio de la acción de perjuicios el que previamente se haya ejercido la acción de reclamación de la filiación y que el emplazamiento en la calidad de hijo haya quedado establecido, siendo la acción de perjuicios autónoma de las propias del Derecho de Familia¹⁶⁶.

Esta posición implica reconocer que, al tratarse de una acción autónoma, y al no tener una norma que consagre un régimen de prescripción, deberá estar sometida a un plazo de término, el cual se comentará con posterioridad. Además, desde un punto de vista procesal, los tribunales competentes son los de naturaleza civil, lo que evita los inconvenientes de la postura antes indicada.

Ahora bien, admitir el carácter autónomo de la acción de perjuicios, también implica afirmar que el menor que estime que su derecho a la identidad resultó vulnerado, indicará al juez que su progenitor no lo reconoció, pese a estar obligado a ello, siendo de su cargo demostrar el vínculo biológico que existe con el padre, donde se funda el reconocimiento, como se ha venido diciendo y, además, demostrar que el padre conocía o debía de conocer, al menos, la posibilidad de haber engendrado un hijo. Dicha demostración podrá llevarla a cabo por cualquier medio de prueba preliminarmente, pero

¹⁶⁶ No es el caso de la situación en Argentina, donde resulta indispensable para fundar una demanda de perjuicios, el establecimiento de la paternidad o maternidad desconocida, pues ella es la base del nexo argumental de los perjuicios. Y como lo anterior adopta el ejercicio de una acción al menos (la de reclamación de estado) y ésta se hace valer en juicio, sólo cuando la sentencia que constituye el emplazamiento del estado de hijo quedé firme y ejecutoriada el hijo quedará habilitado para fundar una demanda de perjuicios, pues ese es el momento en que se ha tornado en indubitable que él tenía derecho a ser reconocido.

será la prueba pericial biológica del ADN la matriz y esencial, mas el punto a dilucidar es si dicha probanza se incorporará en el juicio con las virtudes y ventajas que posee en la legislación procesal de familia o se allegará al juicio bajo la fisionomía de los medios procesales del Código de Procedimiento Civil, debiendo ser procedente sólo esta última, dado que la competencia será de los jueces en lo civil.

Ahora bien, definido que la acción de perjuicios es independiente y que debe entenderse como prescriptible, resta dilucidar a cuál plazo será sometido y desde cuándo se computará dicho plazo.

Respecto de la determinación del régimen aplicable, resulta bastante tentador centrarse en la obligación vulnerada para hilvanar la argumentación, esto es, que si se trata de una obligación legal la infringida (la relativa al imperativo en reconocer los hijos, como se dijo en la primera parte de este trabajo), la prescripción sería por defecto la que regulan los artículos 2.514 y siguientes del código civil; que si se trata de la obligación legal y de antijuridicidad material de no dañar a otro, la prescripción sería la normada en los artículos 2.332 y siguientes del mismo cuerpo normativo..

En realidad, para resolver una controversia como la indicada, y aunque se llegue al mismo resultado, aparece como más clarificador centrarse en el derecho vulnerado que en la obligación infringida. En efecto, resulta difícil de cuestionar la existencia de un derecho implícito en nuestro ordenamiento jurídico en torno a no ser dañado por otros, pero sí resulta debatible las situaciones donde ese derecho adquiere especificidad y pasa a gozar de un carácter típico. Y en el caso que se trata en esta investigación, para efectos de la

responsabilidad civil, ese derecho a no ser dañado genérico adquiere especialidad en el derecho a ser reconocido, transformándose en una especificación del mismo, toda vez que no se vislumbra forma más elemental y básica de cautelar el interés material y espiritual de una persona (de no dañarla) que entregándole el emplazamiento en la calidad de hijo.

Por lo antes señalado, al estar en juego el derecho a no ser dañado o, si se quiere, la obligación de no dañar a otro, parece apropiado y coherente (aunque no completamente concluyente) que el régimen de prescripción que se aplique a la acción sea aquella creada específicamente para regular los plazos respectivos, esto es, las normas contenidas en los artículos 2.332 del Código Civil. En todo caso, se dice que la opción no resulta del todo concluyente, pues no deja de ser cierto que entre progenitor e hijo existe un vínculo – el biológico- lo que no los hace completamente ajenos, siendo potencialmente inaplicables las normas de la prescripción extracontractual dada que ésta se basa en la ajenez de los intervinientes.

Aún así, finalmente, el arribar al artículo 2.332 nos generará otra inquietud, esto es, el cómputo del plazo respectivo. Esta discusión, entre nosotros, es clásica en doctrina y jurisprudencia¹⁶⁷, pero adquiero cierto matiz particular en este tipo de daños.

La problemática se circunscribe a lo que refiere el artículo 2.332 cuando indica “perpetración del hecho”, esto es, definir cuál es el “hecho” que marca el comienzo del cómputo. En primer lugar, en el caso de la hipótesis tratada en este apartado, no se vislumbran el

¹⁶⁷ Una síntesis de la discusión puede leerse en, **BARROS**, Enrique, op. cit., págs. 922 y siguientes.

acaecimiento de "hechos", sino más bien de una omisión, esto es, el no reconocer a un hijo, estando en la razonable posición de llevarlo a cabo. Lo anterior es relevante, puesto que un posible cómputo puede indicar que el cuadrienio parte desde la omisión injustificada. Desde ese momento podremos entender que el hecho (omisión) se ha perpetrado y el cuadrienio ha comenzado a correr, sea que el hijo conozca tal hecho o no.

Esta disyuntiva se ha presentado en Argentina, pero en este país, a diferencia del nuestro tan centrado en el reproche más que en la reparación, se emplea la perspectiva del perjudicado para entregar una interpretación de sus normas, que –como las nuestras- no son particularmente claras. Así, en este país, se ha indicado: *"...la prescripción comienza a correr desde la sentencia firme, mientras existen derechos o acciones que aún no han nacido no puede aceptarse que comience su cómputo, ya que la sentencia de filiación es declarativa del vínculo paterno filial y constitutiva al atribuir el estado de filiación"*¹⁶⁸.

En mi parecer y en nuestro país, resulta inevitable para dilucidar la interpretación de la norma en comento, no prescindir del daño, ello pese a que poderosa doctrina no lo considera de igual manera¹⁶⁹. Lo anterior implica no suprimir una circunstancia completamente lógica, esto es, que no resulta tolerable que un plazo para demandar perjuicios compute previamente a que aquel se verifique. Así, si se estima que el hecho (no reconocimiento) se entiende

¹⁶⁸ **CORBO**, Carlos, op. cit., pág. 12.

¹⁶⁹ Ver nota 163.

“perpetrado” cuando el progenitor omite y omite desde que de alguna manera conoce de que tal menor es su hijo y no lo reconoce, presenta la dificultad de, por una parte, que el cómputo se subjetiviza en extremo, quedando al arbitrio del dañador el determinar fácticamente su inicio, pero, por otra, se prescinde del daño al hijo, el que habrá de generarse cuando éste sepa y/o conozca que efectivamente fue engendrado por el demandado. En otras palabras, que el progenitor omita no quiere decir que dañe al momento de su omisión.

Así, necesariamente la perpetración del hecho debe armonizarse, en este caso, a *la omisión dañosa*, esto es, que sólo cuando el hijo conozca que tal individuo es su progenitor y que no lo ha reconocido, momento de donde razonablemente arranca el daño a su identidad, el cuadrenio comenzará a correr. Este hecho, normalmente ocurrirá cuando la madre decida narrar a su hijo la verdad de su origen y le noticie que tal sujeto es su padre biológico y no lo ha reconocido, aunque bien puede el hijo enterarse por otros medios y de otras formas.

Finalmente, parece importante referirse a la suspensión de esta prescripción, toda vez que, como se dijo, resulta conflictivo afirmar que esta acción no tolera representación.

Así, una herramienta útil para cautelar al dañado es la suspensión de la prescripción, al menos durante su minoría de edad. Al respecto parece existir una norma concluyente, el art. 2.524 del código Civil. Pese a ello, cierta voz doctrinal ha tenido otra postura. Me refiero a don Enrique Barros, que ha sostenido que la suspensión de la prescripción es una medida de tuición general de ciertas personas en

razón de su incapacidad, lo que parece procedente cualquiera sea el tipo de acción, más aún ante cierta jurisprudencia que restringe el art. 2.524 sólo a los casos de actos y contratos¹⁷⁰.



¹⁷⁰ **BARROS**, Enrique, op. cit., pág. 928.

III) Responsabilidad civil derivada del reconocimiento malicioso o negligente de un hijo

El reconocimiento puede ser un vehículo de generación de daños cuando éste se efectúa sin tener derecho a él y se dota al hijo de un estado filial y familiar que, en realidad, no le pertenece.

En nuestra legislación lo antes indicado es de viable suscitación debido a la existencia de normas muy permisivas en torno al reconocimiento. En efecto, y por el espíritu de la reforma de la ley N° 19.585, nuestra normativa busca facilitar y promover el reconocimiento de los hijos, generando una gran cantidad de formas por medio de cuales pueda llevarse a cabo, formas que lamentablemente no son estrictas para cautelar que el vínculo biológico se vea reflejado en ellas.

En efecto, en nuestro país el reconocimiento no requiere que quien lo lleva a cabo demuestre la existencia de un vínculo biológico con el reconocido o, al menos, un indicio de aquel. Lo antes indicado se suma a que este acto tiene un carácter de unilateral, por lo que la presencia del otro progenitor no es exigida y, de hecho, la misma ley refiere a que no se está obligado a designar al otro de los intervinientes en el acto procreacional (cautelando el derecho a la intimidad de aquel, en todo caso).

Por lo tanto, nuestra legislación es extremadamente permisiva en materia de identidad entre reconocido y reconociente, no exigiendo se demuestre vínculo biológico con el primero.

Lo antes indicado resulta positivo para no entorpecer el emplazamiento del hijo, pero resulta a la vez muy feble para evitar

situaciones dañosas, sobre todo en una disciplina como la familiar, donde las pasiones son tan intensas que bien puede recurrirse a actos como reconocimientos negligentes o maliciosos para satisfacer dichas efusiones o para dañar a otros.

Esta modalidad del daño a la identidad filiatoria se basa, fundamentalmente, en dos hipótesis: una, el que sin tener indicios de un eventual vínculo biológico con un menor, lo reconozca y, dos, el que conociendo que no tiene vínculo con un menor, lo reconoce.

El esquema de análisis de estas hipótesis será el mismo que se efectuó en el apartado anterior, mas cuando cierta materia tenga igual consideración, se remitirá a lo ya indicado en su oportunidad.

a) Antijuridicidad Respecto de este ítem, parece procedente preguntar si en esta hipótesis dañosa el derecho vulnerado es el mismo que aquel que existe cuando no se es reconocido por el respectivo progenitor y la respuesta aparece como afirmativa, toda vez que este derecho tiene como sujeto pasivo a un solo individuo: el progenitor. En efecto, la expectativa que el derecho cautela es que el hijo sea reconocido por su padre o madre y no por quien no tiene vínculo biológico con él. Así, quien lleva a cabo un reconocimiento sin ser el obligado a tal vulnera el derecho al reconocimiento que le asiste al hijo.

En cuanto a la vulneración de otros derechos por el efecto expansivo del hecho dañoso, sobre todo el del progenitor biológico del menor, el derecho vulnerado es el derecho a la identidad filiatoria que asiste a dicho progenitor. En este sentido presentan particular utilidad las legislaciones que explican la naturaleza del reconocimiento como un

derecho-deber de todo progenitor, que naturalmente no es el caso de la nuestra.

b) Daño: En lo referente al daño que pueda irrogar el hecho perjudicial, tanto al hijo, como al verdadero progenitor y la madre, aplica lo ya indicado en el acápite pertinente del número anterior, pero sí existen al menos dos particularidades: en primer lugar, el daño al hijo malamente reconocido puede implicar dotarlo no sólo de una identidad familiar indebida, sino directamente perniciosa, como es el caso de que el reconociente haya sido una persona de reconocida mala fama pública, dedicado a actos ilícitos, con una tradición familiar espuria, etc.; en segundo lugar, la generación del perjuicio, en el caso del hijo, no siempre se vislumbra como una situación *res ipsa loquitur*. En efecto, si puede estimarse que la ausencia de reconocimiento genera en el menor un daño por la sola omisión, lo que puede incidir en el estándar probatorio al que se someta su pretensión, en el caso de existir un reconocimiento indebido, al menos existe un vínculo con el menor, que pudo estar asociado a una paternidad o maternidad efectiva, de tal modo que es posible que, pese a que el emplazamiento haya estado basado en negligencia o engaño, la identidad que se le haya otorgado al menor haya estado basada en afecto y un tratamiento adecuado, el que puede incidir en carencia de daño o disminución de su intensidad.

c) Factores de atribución: En cuanto a los factores de atribución en la hipótesis que se trata en este apartado, pueden concurrir tanto la culpa o derechamente dolo del reconociente. Respecto de la primera, preliminarmente no resulta completamente aplicable lo dicho en la hipótesis de ausencia de reconocimiento, esto es, la relevancia de los factores de tolerancia, intimidad y solidaridad sí parece tener cierta

incidencia en alguna situación que se comentará. Sin perjuicio de lo anterior, la negligencia considerada en abstracto estriba en quien efectúa el reconocimiento sin antes tomar ciertas medidas elementales para tener indicios acerca de la posibilidad de que el resultado del acto procreacional tenga vínculo biológico con él. La gama de medidas razonables dependerán del contexto fáctico bajo el cual se desenvuelva el conflicto, pero puede tomarse como situación matriz que el mero hecho de tener relaciones sexuales no habilita al varón para colegir de forma indubitada que el producto de dicho acto es un menor con el que tiene vínculo. En otras palabras, se encuentra dentro de un estándar razonable de comportamiento exigible el que quien vaya a efectuar un acto de tanta trascendencia como lo es el reconocimiento, realice indagaciones elementales para averiguar si el menor concebido es de su incumbencia. Naturalmente, no se puede exigir una certeza exacta, puesto que aquello sólo puede lograrse por medio de pericias médicas, pero sí resulta exigible que lleve a cabo una conducta que elimine ciertas dudas razonables que pueden haberse presentado entre el acto procreacional y el nacimiento. Así, si el sujeto lleva a cabo dichas actuaciones y adquiere la convicción de que el menor tiene vínculo con él, no ha de incurrir en culpa alguna, debido a la configuración de un error excusable fundado en la buena fe, sobre todo si el reconocimiento se lleva a cabo para cautelar los intereses del menor.

Ahora bien, ¿esta hipótesis admite alguna situación excepcional, donde pueden alivianarse los estándares de comportamiento inclusive por sobre del arquetipo indicado en el párrafo anterior? O, lo que viene siendo lo mismo, ¿es tolerable el reconocimiento complaciente o benevolente?

La respuesta no parece simple y sólo en el contexto del caso concreto debiera analizarse la situación. Sin perjuicio de lo anterior, si un progenitor, sin tener derecho al reconocimiento, lo lleva a cabo, fundado en un comprobado vínculo sentimental con el menor, para su entera protección, con el objeto de cautelarle y resguardarle en sus derechos elementales, no parece ser una situación que el Derecho pueda obviar, sobre todo si se demuestra que el reconocimiento permitió al menor el acceso a derechos de extrema importancia. Así, este daño puede generarse efectivamente en un auténtico contexto familiar y parece resultar razonable que la culpa sea flexible a la hora de juzgar conductas.

Al respecto, creo que esta situación, de manera indirecta, puede ampararse en la posesión notoria del estado de hijo, no para defender la filiación generada –aunque sí podría hacerlo en sede familiar–, sino para justificar o la ausencia de daño o una intención de no dañar, dado que no se aprecia inconveniente en que el progenitor reconociente emplee todas las herramientas para defender su conducta o justificar que ella, pese a su ilegalidad, no tuvo una consecuencia o se hizo motivada por la protección de un interés superior. Así, pese a que la posesión del estado de hijo es una institución consagrada a propósito de las acciones de la filiación, presenta versatilidad suficiente para sustentar los argumentos defensivos del demandado.

En lo que respecta al dolo, implica una conducta deliberada en cuanto a reconocer a quien no se tiene derecho alguno a emplazar en estado de hijo. Si bien resulta una situación que puede escasear en su frecuencia, sobre todo porque aquel que la lleva a cabo tendrá en consideración previamente todas las obligaciones que

gravarán su patrimonio y conducta (alimentos, relación directa y regular, derechos sucesorios, etc.), fácticamente resulta procedente, sobre todo cuando de por medio exista la pasión de un vínculo emocional destruido y donde la intención de dañar esté, más bien, enfocada realmente en el otro progenitor.

d) Causalidad: En cuanto a la causalidad, no parecen existir diferencias destacables con lo mencionado a propósito del no reconocimiento de hijos, por lo que me remito a lo señalado en dicha ocasión.

Respecto de la legitimación para demandar conviene señalar que presenta como principal titular al menor a quien se le ha entregado un estado filial que no procede. Respecto de la posibilidad de que terceros ejerzan su acción, sea por medio de transferencia o transmisión, y además respecto de la posibilidad de representación, me remito a lo dicho en el análisis de la hipótesis anterior.

Otro titular del daño se configura en el verdadero progenitor del menor, el cuál fue privado del vínculo con su hijo, afectando su propio derecho a la identidad, sobre todo al enterarse que su prole pasó por hijo de otro, que posee la identidad que otro le dio. Su perjuicio podrá ser material o moral y lo comentado en el ítem relativo al no reconocimiento aplica a este punto.

En el caso de la madre, en su posible rol de víctima por repercusión, su derecho vulnerado también sería el de la identidad filiatoria, ello sin perjuicio de que por encontrarse privilegiadamente informada de quién engendró el menor, su reclamación de perjuicios posterior generalmente estará basada en una omisión que puede generar una exposición imprudente a los daños, salvo en las situaciones

dolosas, donde habrá desconocimiento de la situación por parte de la mujer.

Finalmente, respecto de la prescripción, conviene reafirmar lo señalado en la hipótesis anterior, pues aplica a la presente.

En efecto, la interrogante relativa a la independencia de las acciones resulta procedente en este apartado, esto es, si el hijo, padre biológico o madre, quieren fundar una demanda de perjuicios basado en que quien reconoció no tenía derecho a ello, lo que le generó un daño en su identidad, primeramente deberán ejercer una acción del derecho de familia, en este caso la de impugnación de la filiación, que habilitará la interposición de una acción de perjuicios o, por el contrario, pueden interponer directamente su acción indemnizatoria.

Los argumentos para defender la independencia de las acciones de familia (impugnación en este caso) y la de perjuicios expuestos en el apartado anterior, aplican perfectamente en esta parte de la investigación, pues el fundamento es el mismo, esto es, no se requiere de la impugnación previa del estado filial para demandar los perjuicios subsecuentes, bastando demostrar que quién reconoció no tenía derecho a ello y dotó al menor de una relación filial que no le correspondía.

Lo anterior tiene como consecuencia que la acción de perjuicios tenga su propio plazo de prescripción, el que debe de regirse por las normas del artículo 2.332 del Código Civil, ello según los argumentos dados en el numeral anterior. En cuanto al cómputo, esto es, qué ha de entenderse por “perpetración del hecho”, nuevamente entiendo que no puede analizarse al margen del conocimiento que tenga

el afectado del mismo, sea el hijo, el verdadero padre o la madre. En efecto, si bien en esta hipótesis existe un reconocimiento que tiene una fecha determinada y que puede ser considerada como el *hecho perpetrado*, para el afectado puede existir un desconocimiento de que aquel era indebido por negligente o malicioso, e ignorándolo y presumiéndolo verídico en razón de la buena fe, nada ejecutará en torno a interrumpir un cómputo puesto que nada supone nocivo en su contra. Por el contrario, sólo cuando llegue a su conocimiento que el reconocimiento no se ajustaba a legalidad, que era indebido en razón de no coincidir con el nexo biológico, el afectado tendrá cabal conocimiento que su derecho resultó vulnerado, tendrá nociones del perjuicio sufrido y se encontrará en posición de exigir la reparación.



IV) Responsabilidad civil derivada del reconocimiento logrado a base de engaños, fraudes o negligencias. El ocultamiento de la paternidad

Otra situación donde el reconocimiento puede dar lugar a daños es cuando es logrado a base de engaños o fraudes, de tal modo que se genera una escena verosímil, pero falsa, que induce al reconociente a llevar a cabo el acto, generando una filiación no fundada en el antecedente biológico.

La situación típica, tan propia de las pasiones en el Derecho de Familia, se generará cuando la madre indique al presunto padre que, producto de relaciones sexuales, se ha engendrado un hijo. El padre, de buena fe y sin realizar mayores indagaciones – precisamente movido por dicha buena fe- llevará a cabo el reconocimiento u operará la presunción de paternidad, si se trata de una relación al amparo de un matrimonio. Más tarde, generará con los hijos un vínculo paternal y familiar, para en algún momento dudar de la paternidad, indagar (en algunos casos practicando a sus hijos pruebas voluntarias de ADN) y finalmente enterarse que no tiene vínculo con los que creía eran sus hijos.

Eso sí, a lo anterior puede inclusive añadirse más, esto es, la colusión entre la madre y el verdadero padre de los hijos, generalmente en el seno de relaciones de infidelidad (aunque no es requisito excluyente la existencia de matrimonio).

Además, tristemente, también esta hipótesis tolera situaciones con gran desvalor, como es la trata de niños o la

desaparición de los mismos (haciéndolos pasar por fallecidos) para luego ser adoptados y reubicados en familias distintas de la biológica¹⁷¹.

Claramente, lo antes dicho supone una situación dramática, en extremo delicada, donde el efecto expansivo del daño es particularmente amplio, abarcando no sólo el padre, sino también los propios hijos, el verdadero padre de los menores (salvo casos de colusión), los abuelos de los hijos (tanto los que creían serlo, como los que realmente lo eran).

a) Antijuridicidad: En cuanto a la conducta antijurídica, ésta es llevada típicamente a cabo por parte de la madre, quién posibilita la atribución del reconocimiento sabiendo o debiendo saber que entre padre e hijo no existe vínculo procreacional. Eso sí, como se mencionó, también es tolerable que exista una colusión entre la madre y un tercer participante, generalmente el verdadero padre de los menores (las motivaciones de lo anterior, como se dirá, generalmente son económicas).

Así, la conducta de la mujer –más un tercero, en ocasiones- daña, por una parte, el derecho al efectivo reconocimiento que asiste a los hijos y, por otra, el derecho a la identidad que tiene el padre biológico (y demás dañados) en cuanto a generar vínculos jurídicos y afectivos con las personas con las que tiene nexos biológicos

¹⁷¹ Al tiempo de confección de la presente investigación se generó en Chile una gran polémica en torno a macabros antecedentes que daban cuenta de adopciones irregulares, basado en niños que eran pasados por muertos, para luego ser dados en adopción. Por tratarse de un caso en pleno desarrollo al momento de este trabajo, el rigor científico evita tratarle y analizarle. Sin perjuicio de lo anterior, al menos civilmente, las situación comentada tolera perfectamente el marco de la hipótesis tratada en este apartado, sobre todo al haberse practicado –en varios casos denunciados- al margen del conocimiento de las respectivas madres y de los padres biológicos de los nacidos. Información periodística al respecto puede encontrarse en: <http://ciperchile.cl/2014/04/11/los-ninos-dados-por-muertos-que-el-cura-gerardo-joannon-entrego-para-adopcion/>

o, sin tener dichos vínculos, con el debido consentimiento y cabal información.

b) El daño: El perjuicio que puede causar la conducta de la madre no difiere de lo comentado en hipótesis pasadas, pero sí existen algunas peculiaridades. Respecto del que sufren los hijos al enterarse que su padre no es tal, es nítidamente intenso, afectando su identidad en lo más profundo, pero pese a ello, tampoco puede asumirse siempre -res ipsa- que la situación les irroge ipso facto un daño, dado que ante la existencia de una familia, con potentes vínculos afectivos, es dable que la identidad de los menores se encuentre por sobre el nexo biológico y que el descubrimiento no tenga la entidad suficiente para violentar los cimientos que el afecto pudo engendrar¹⁷². En todo caso, salvo en situaciones como las descritas, resulta razonable que un hijo que descubre que su padre no es quien por años ha ejercido tal rol, se verá impactado en su ser e identidad, engendrando incontables dudas para con su historia familiar y su propio yo.

En cuanto al perjuicio que sufre el padre, primeramente el espiritual, y si bien nuevamente no en todas las opciones puede presentarse (caso en que, dado los poderosos nexos afectivos, ni siquiera el descubrimiento de paternidad no jurídica puede afectar el nexo), la averiguación de no ser el efectivo padre de hijos a los cuales dedicó años de su vida, puede generar al menos dos vertientes dañinas. La primera, el sentimiento de haber “perdido” a sus hijos, que puede, además, estar potenciado por que éstos pierdan afecto para con él. Esta situación resulta gravísima para cualquier persona, teniendo una entidad

¹⁷² **FARNÓS**, Esther, *INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE OCULTAR LA PATERNIDAD. COMENTARIO A LA SAP BARCELONA, SEC. 18ª, DE 16.1.2007*, ubicado en el siguiente link visitado el 13-03-2014, http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf, pág. 10.

poderosa para vulnerar el espíritu y sentimientos de la mayoría de los individuos (pues cuesta pensar en alguien que podría permanecer indiferente ante esta situación). Inclusive, si ha existido colusión de por medio, donde generalmente priman los factores meramente económicos, el afectado puede verse expuesto a una sensación de daño aún más intensa, ello al saberse empleado para fines meramente utilitaristas.

Esta “pérdida” de los hijos, de su afecto y compañía, ha sido objeto de cierto análisis en España, pero desde la óptica de ciertas actuaciones indebidas distintas a las expuestas en esta investigación, concretamente, pérdida de compañía de los hijos por actos de terceros (generalmente el otro progenitor que entraba una relación directa y regular) o por parte de la Administración. Al respecto se ha indicado: *“Con independencia del régimen de responsabilidad aplicable en función del causante del daño, un particular o la Administración pública, el daño irrogado es de índole idéntica: un ataque al derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE núm. 243, de 10.10.1979)”*¹⁷³. Al respecto, una señera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷⁴, que *“...a Alemania al pago de 17.895,22 € (35.000 marcos) al padre no matrimonial a quien los tribunales habían denegado el derecho de visita con base en el rechazo que hacia él experimentaba su hijo de cinco años*

¹⁷³ **MARÍN**, Ignacio, *et al*, INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA DE LOS HIJOS EN EL ORDEN CIVIL Y EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, ubicado en el siguiente link, visitado el día 15-05-2014, http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf, pág. 12.

¹⁷⁴ Sentencia de 13.7.2000, *Elsholz c. Alemania* (TEDH 152).

a causa del síndrome de alienación parental"¹⁷⁵. En lo que compete de dicha sentencia, el tribunal señala: *"El Tribunal concluye que el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio. Ninguno de los factores anteriormente citados se presta a una valoración concreta. Resolviendo en equidad como lo exige el artículo 41, el Tribunal concede al demandante 35.000 DEM"*¹⁷⁶

Si bien en la situación antes descrita existía un derecho por parte del progenitor, dado que efectivamente eran sus hijos, al contrario de la situación de la hipótesis comentada, donde en realidad los hijos no tenían vínculo biológico con el afectado, sí puede notarse una similitud clara, esto es, la posible pérdida de afecto que el dañado podría tolerar por parte de sus pseudo hijos, al conocer éstos de la falsedad en torno a su reconocimiento. Lo anterior, en jurisprudencia extranjera, ha arrojado la interpretación que, en estos casos, el daño que sufre el reconociente es equivalente o muy similar a aquel que sufre la pérdida definitiva de un ser querido¹⁷⁷.

¹⁷⁵ MARÍN, Ignacio, et al, op. cit., pág. 13.

¹⁷⁶ Ibídem, pág. 14.

¹⁷⁷ Así, jurisprudencialmente se ha indicado: *"En el caso de autos se evidencia, sin género de duda, el daño moral causado al demandante por no haberse determinado desde el principio la verdad biológica de la menor, pues durante más de cuatro años, desde que nació en marzo de 1999 hasta que conoció el resultado de las pruebas biológicas a finales de 2003, ha vivido con el convencimiento de que Ana era su hija, habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos, y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural a la niña, vínculos y proyecto que se han visto mutilados como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido, además del sentimiento de profunda frustración que ha generado en el demandante la situación padecida"*. Farnós, **Esther**, op.cit., pág. 7.

Otro rubro de daño que puede sufrir el reconociente engañado resulta opuesto al antes descrito, o sea, ya no sentir una pérdida en el afecto, sino que dicho afecto fue producto de una farsa, negando la autenticidad de aquel al basarse en una falsedad. En este caso, el afectado considerará como espuria toda la relación engendrada con los hijos, repudiándola y rechazándola.

Ahora bien, y respecto del daño material que pudo sufrir el reconociente, se ha discutido si podría solicitar la devolución de los alimentos que entregó al hijo en virtud de una sentencia. El gran fundamento que ha esgrimido el dañado es que los alimentos implicaban enriquecimiento injusto para con el menor, mas dicho argumento ha sido objeto de rechazo en los siguientes términos: *"Existe, por tanto, una apariencia de probidad en el derecho al cobro y en la obligación de pago, que necesitaría para que operara contra quien los recibe (y no se olvida que lo son para consumir por quien aparentemente es hijo) que se acreditara la existencia de dolo en la reclamación o mala fe en los momentos periódicos de su percepción para que pudiera operar la posibilidad del reintegro a través del cobro de lo indebido"*¹⁷⁸ En realidad, lo que no justifica prima facie una restitución de las sumas entregadas por conceptos de alimentos es que muy posiblemente su titular (el hijo) estará de buena, sin que respecto de él opere algún factor de atribución que le impute una obligación restitutoria. Eso no obsta, en mi consideración, que dichas sumas, a títulos de perjuicios, el

¹⁷⁸ Ídem, pág. 13.

*dañado las pueda demandar a la madre o terceros que hayan contribuido a la falsedad"*¹⁷⁹.

Respecto del daño que puede sufrir el verdadero padre de los hijos, en la medida que no haya intervenido en el engaño, resulta a su derecho a la identidad para con sus hijos, ya comentado en hipótesis pasadas.

c) Factores de atribución: En cuanto a la temática de los factores de atribución que concurren a estas hipótesis, resultan varios aspectos muy interesantes, sobre todo a la luz de jurisprudencia de tribunales europeos y norteamericanos

En primer lugar, en las situaciones propuestas puede intervenir tanto negligencia, como dolo, en este caso ya no del reconociente (quién es la víctima, así como lo son los hijos), sino de terceros, típicamente la madre, aunque existen casos de concurrencia de otros intervinientes (generalmente, en el marco de infidelidades).

La situación donde el reconocimiento se genera a base de negligencias, se encuentra representado típicamente por el caso donde la mujer mantiene relaciones con dos o más varones en cierto tiempo, se genera la concepción y, sin llevar a cabo las indagaciones necesarias, permanece omitiva ante el reconocimiento que practica uno de los varones con los cuales intimó, quien puede no ser el que engendró al hijo. Lo anterior, además, puede presentarse en el marco de relaciones prematrimoniales o matrimoniales (donde en esta última el marido que no engendró se ve perjudicado por la presunción de paternidad).

¹⁷⁹ Situación que podría lograrse en base a la causalidad en nuestro país, no respecto del nivel e intensidad del reproche, dado que nuestra responsabilidad no se basa en la punición. Sí existen criterios punitivos en España. Ver **FARNÓS**, Esther, op.cit., pág. 15.

En el caso antes señalado, el estándar de comportamiento exigible a la mujer guarda relación con las razonables averiguaciones que debe desempeñar en torno a cerciorarse de la efectiva paternidad de su hijo, toda vez que ella es la mejor posicionada con la información para saber o deber saber quién es el padre.

En cuanto al dolo, suele ser el factor de atribución que más impacto tiene en estas hipótesis, sobre todo por lo dramáticas que resultan algunas situaciones, potenciado lo anterior cuando han intervenido terceros y los móviles han sido meramente económicos. Típicamente implica una situación fraudulenta, fraguada por la madre, con posibilidad de intervención de terceros (particularmente algún varón con la cual la mujer mantiene una relación al margen del matrimonio o concubinato), muchas de las veces movida por el interés de obtener recursos económicos a través de las obligaciones que el reconociente cumple para con los hijos.

En estas situaciones, el dolo puede adoptar la forma directa o eventual, siendo esta última, como se dijo, la más común en la jurisprudencia española y norteamericana, pero debe precisarse que hay que distinguir cuál comportamiento será el relevante para imputar responsabilidad en esta clase de daños. En efecto, el dolo puede concurrir, al menos, en dos momentos: en la infidelidad que cometa la mujer, sea que se presente en el marco de un matrimonio o de relaciones concubinales – en las legislaciones donde dichas relaciones generan deberes de fidelidad- y en el momento de urdir la escena que busque un reconocimiento basado en omisiones de información para con el varón que llevará a cabo el acto o respecto del cual operará la presunción de paternidad.

De estas dos opciones, la que interesa, para los efectos de esta investigación, es el dolo que busca se engendre una paternidad improcedente¹⁸⁰. El otro dolo, sin duda puede formar parte del contexto de la situación y, además, puede fundar una demanda de perjuicios por infidelidad, pero no es parte constitutiva del factor de imputación que le corresponde al o los victimarios.

Ahora bien, este dolo puede expresarse de muchas formas, así como puede estar destinado a varios fines. Respecto de lo primero, puede formar parte de una escena fraudulenta en la cual, simplemente, se haga creer al varón que es el padre; puede adoptar la forma de un silencio al respecto de la no paternidad, pasividad amparada por el resguardo de la presunción de paternidad; puede implicar modificación de métodos anticonceptivos, falsificación de pruebas de paternidad, etc. En cuanto a la motivación de la conducta, también puede resultar variopinto: no perder un vínculo emocional con el varón puede ser justificación para que la mujer genere la escena fraudulenta; ocultar la verdadera paternidad por temor a represalias sociales o personales puede ser otra motivación; proteger al padre biológico por los problemas que podría causarle la paternidad (que a su vez, respecto de él, puede ser extramatrimonial); lograr la realización del matrimonio (y con ello acceder a un status social o económico); otorgar a los hijos un status económico y social que no lograrían con el padre biológico; obtener del reconociente ingresos destinados para los menores, con la finalidad de satisfacción de necesidades de la madre o

¹⁸⁰ **FARNÓS**, Esther, *EL PRECIO DE OCULTAR LA PATERNIDAD, COMENTARIO A LA SAP VALENCIA, SEC. 7ª*, 2.11.2004, ubicado en el siguiente link, visitado el día 24-04-2014, http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf, pág. 5.

de ella con un tercero, etc..En fin, la casuística es generosa en motivaciones.

Comentario aparte generan las motivaciones altruistas que la mujer pueda tener para ocultar la paternidad, lo que puede buscar beneficiar a los hijos o, inclusive, al mismo engañado. Situaciones procedentes son, por ejemplo, que la mujer, centrado en el bienestar de sus hijos (sobre todo en situaciones de extrema vulnerabilidad, donde los hijos podrían acceder a ciertos beneficios asistenciales vitales, como terapias de salud), genera la escena fraudulenta y se genera un reconocimiento. Además, es posible que de forma benevolente, y para superar los problemas infertilidad del varón, la mujer haga pasar por hijos de aquél los de otro varón (o, inclusive, la mujer se someta secretamente a terapias de fertilización asistida).

En estas situaciones, extremas, pero posibles, la conducta de la mujer, más que suprimir la actuación dolosa o negligente que pueda estar de por medio, genera una posición de justificación de la misma, similar, en algunos casos, al estado de necesidad o de evitar un mal irreparable, las que el juez deberá calificar.

d) Causalidad: En cuanto a la relación de causalidad en la hipótesis en comento, nuevamente no se avistan modificaciones respecto de lo indicado en el punto número uno de respecto del no reconocimiento, por lo que me remito a ella.

Respecto de la legitimación para incoar la acción, le incumbe a los hijos dañados, al padre engañado y, en ciertas hipótesis, al padre biológico. Las posibles interrogantes respecto de la legitimación (transferencia, transmisibilidad y, en su caso, representación), ya han

sido expuestas en apartados anteriores que aplican a la hipótesis en comento, tanto como las soluciones propuestas.

Finalmente y en cuanto a la prescripción de la acción, nuevamente resulta una pregunta clave el determinar si la acción de perjuicios es dependiente de las acciones de familia (como la de impugnación que puedan ejercer los hijos y el falso padre o la de impugnación o reclamación que pueda interponer el progenitor biológico). La solución propuesta en las hipótesis anteriores nuevamente, en mi consideración, aplica al daño en glosa, esto es, que no se requiere habilitación de las acciones del Derecho de Familia para accionar de perjuicios, pudiendo emplear cada uno de los demandados el irrefragable hecho de la concepción (por medio de las pruebas periciales biológicas) para sustentar sus respectivos derechos a la identidad vulnerados.

Respecto de la prescripción propiamente tal, debe entenderse que es aquella regulada en el artículo 2.332 y el cómputo debe tener en cuenta el conocimiento del hecho para las víctimas, resultando intolerable un inicio del plazo antes de que aquellas resulten notificadas de alguna manera de la vulneración a su derecho.

V) Responsabilidad civil derivada del no ejercicio de las acciones de filiación

Si por medio del reconocimiento se puede causar daño (omitiéndolo, ejecutándolo sin derecho a él y lográndolo con engaños o negligencias), también puede resultar dañada la identidad de una persona cuando las acciones tendientes a emplazar en estado a otro no se ejercen o se llevan a cabo tardíamente.

La hipótesis dañosa se puede especificar de la siguiente forma: progenitor (madre o padre) o los hijos, conociendo o teniendo indicios suficientes de un vínculo biológico para con los otros, no ejercen las acciones filiativas, pudiendo hacerlo.

En realidad, el centro de lo indicado anteriormente se reduce a determinar si el principio del no ejercicio abusivo de los derechos, puede tomar una forma mixta procesal-sustantiva, no ejerciendo las acciones de familia pertinentes en este caso.

a) Antijuridicidad: Desde la perspectiva de la antijuridicidad, las posibles situaciones son varias. La de más frecuente ocurrencia se suscita cuando algún progenitor, generalmente la madre, no ejerce las acciones de filiación que le corresponden al hijo, sea generando la prescripción de las mismas (en el caso que sean prescriptibles), sea que, sin prescribir, mantiene una omisión que genera un perjuicio en la identidad del hijo. Otra posibilidad se relaciona con el progenitor, madre o padre, que no ejercen las acciones de reclamación o impugnación de estado de las que son titulares por derecho propio. Finalmente, resulta posible también que los hijos, de derecho propio, no ejerzan las acciones de impugnación o reclamación que les corresponden.

En todas estas combinaciones, el derecho vulnerado es la identidad del afectado, sean los hijos o los progenitores, pero inclusive pueden resultar perjudicados en dicho derecho terceros, según se expondrá en el apartado de los daños y la legitimación.

b) El Daño: Respecto de los perjuicios que pueden sufrir los afectados, lo señalado en hipótesis es procedente en este ítem, sin perjuicio de lo siguiente. En cuanto a los daños que sufren los hijos ante la inactividad de su padre o madre que le representa, el perjuicio se puede fundar en la pérdida de la posibilidad de ser emplazado en estado, ello en las jurisdicciones donde las acciones respectivas terminen por el paso del tiempo, lo que a su vez incide en un menoscabo al derecho a la identidad. En nuestro país, dada la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de filiación (y la imprescriptibilidad consecencial de la acción de impugnación cuando se interpone conjuntamente con la primera), la inactividad del representante legal en el ejercicio de la acción no puede estimarse como un daño, pero sí de dicha inactividad emana un proceso de autoconstrucción por parte del menor fundado en bases falsas, omitivas de su progenitor, sí puede existir un daño a su identidad. Lo anterior no se aprecia modificado por el hecho de que el menor tenga siempre la posibilidad de reclamar filiación y aún menos porque puede impugnarla en el breve plazo que la ley le concede (1 ó 2 años según sea la forma en que se determinó la paternidad), toda vez que el hijo genera desde su génesis una identidad errada si crece y se

desarrolla en base de dudas o vacíos sobre su origen, independiente que le asista la posibilidad de reclamar o impugnar filiación¹⁸¹.

Ahora bien, como se dijo, el mismo hecho antes indicado, no sólo puede dañar a los hijos, sino que al progenitor que desconocía de la paternidad e, inclusive, a quien puede tener un rol de mero reconociente del hijo, los que también verán vulnerado su derecho a la identidad, a desarrollarse en virtud de bases familiares fidedignas.

c) Factores de atribución: Respecto de los factores de atribución que pueden concurrir a la presente hipótesis, nuevamente puede estar presente la culpa o el dolo. En cuanto a la primera, en el caso que los hijos sufran daños por la inactividad de sus representantes legales o en el caso que el progenitor no ejerce la acción de la que es titular, resulta exigible que tengan indicios de quién es el otro progenitor (o el hijo, según sea el caso). Naturalmente, la mujer es la mejor posicionada con la información para saber o, al menos, tener indicios de quién es el padre de su prole, por lo que salvo que intervenga una circunstancia que justifique su inactividad, su omisión habría de estimarse como negligente. En el caso del varón, si bien no se encuentra necesariamente con la información privilegiada para saber si producto de una relación sexual se engendró, esa sola circunstancia no lo exime de llevar a cabo indagaciones razonables para saber si aquel que pasa por hijo de otro puede tener vínculos biológicos con él, ello sin perjuicio de que fijar en abstracto las conductas que deberá desplegar resulta inapropiado. Así, si tuvo a su alcance indicios suficientes de su paternidad, pero no accionó, pudiendo realizarlo, su pasividad debe de

¹⁸¹ Eso sí, cabe preguntarse si la inactividad del propio hijo (que de algún modo tuvo indicios de su vínculo con algún progenitor y que, pese a ello, no ejerció las acciones respectivas), podría engendrar para sí una exposición imprudente al daño o una agravación del mismo.

estimarse como negligente, siendo responsable, a menos que concurra una situación justificante o inhibitoria.

Cuando son los hijos los que resultan inactivos en la acción (lo que sucederá siempre llegados a la mayoría de edad, pues antes no podían de accionar dada su incapacidad procesal), su comportamiento también debe ser expuesto a un contraste conductual entre el efectuado y el esperable de una persona que tenía indicios razonables de la persona de su progenitor.

El dolo también es posible de concurrir en la hipótesis en comento, toda vez que resulta posible que las acciones no sean ejercidas con la intención deliberada de generar daño o por medio de la eventualidad del mismo. En el caso de los daños que sufran los hijos por el no ejercicio de las acciones por medio de sus representantes, eso sí, el dolo podría estar más destinado a causar el perjuicio en el otro progenitor, debido a las pasiones que puedan existir entre ellos, que estar dirigido a los propios hijos (lo que supone una actuación ciertamente demencial). Además, naturalmente puede concurrir un dolo centrado más en la ganancia o mantención de beneficios económicos que se puedan tener de un reconociente engañado. En el caso de los hijos, su dolo puede basarse en rencores o en cierta alineación parental a la que pudo estar sometido en su niñez.

Referente a las defensas o justificaciones de los dañadores respecto de negligencias o intenciones dañosas imputadas, aparece como apropiado asignar bastante discreción a las situaciones contextuales –inclusive personales- que puedan confluir al conflicto. En el caso que el progenitor no ejerza las acciones de filiación en representación de su hijo, una situación que podría moderar el estándar

de conducta exigible radica es desconocer quién es el otro progenitor, situación no del todo tolerable cuando la invoca la mujer, debido a que ella es la mejor posicionada para saber o deducir quién es el padre biológico de su hijo. Otra posibilidad que podría llevar a justificar el actuar pasivo radica en que éste radique en la protección de intereses superiores, en general la estabilidad emocional y espiritual del hijo, la que podría verse poderosamente impactada si se entera quién es su progenitor. La evaluación de lo anterior dependerá, naturalmente, de las circunstancias del caso, del estado de madurez del menor, de la autenticidad de la justificación de la pasividad y, sobre todo, si el hijo gozaba de una figura que aparentaba ser su progenitor, de tal modo que, al menos, creció con una identidad que le permitió desarrollarse.

En cuanto a las situaciones donde los padres no ejerzan sus respectivas acciones de filiación contra el hijo y/o terceros, la primera situación que puede discutir un estándar de cuidado es el hecho de ignorar de la existencia del hijo. También lo será la existencia de defectos biológicos en la procreación, el empleo de métodos anticonceptivos, etc. Por otra parte, otra justificación estriba en la colisión que se aprecia entre el derecho a la identidad de la prole con el de la intimidad de los padres, toda vez que estos pueden defender su inactividad en el resguardo de su privacidad sexual, fundamentalmente en un derecho de abstención de dar a conocer con quien han intimado. Además, la pasividad puede estar fundada en actos nominalmente benévolos. Uno de ellos, como se indicó en el párrafo anterior, estriba en no causar daño a los hijos que pueden tener y haber desarrollado una identidad para con terceros (el caso de un varón o mujer que lo haya ejercido un rol parental benévolo), donde el ejercicio de una acción

de reclamación podría generar gravísimos daños para con el menor. Lo propio puede ocurrir cuando se justifique la omisión en que quien ejerce roles parentales para con el hijo goza de una situación económica que le permite a éste satisfacer sus necesidades, lo que no ocurriría con el padre biológico, quien puede tener una situación económica diezmada (lo que puede adquirir más dramatismo si el hijo tiene su salud gravemente comprometida).

Párrafo aparte merece una situación ocurrida en Argentina¹⁸², vinculada con la demanda interpuesta por un hijo matrimonial contra su padre biológico (naturalmente que no era el marido de su madre) por no haberlo reconocido y por no haber ejercido las acciones filiativas de las que era titular. Ante tal situación, y mediando la presunción de paternidad que favorece al marido en la filiación matrimonial, sumado a que las legislaciones (la nuestra, por ejemplo) indican que el reconocimiento no produce efecto en quien ya tiene una filiación determinada y con el aditamento de que el padre biológico no es titular de la acción de impugnación de la filiación, por su limitado espectro, el padre ha justificado su omisión en que la ley no le permite ejercer los anhelos de paternidad que tenga para con el hijo, ya que el ordenamiento jurídico no le otorga ninguna herramienta jurídica para emplazar a su hijo. En efecto, por una parte, y dado que el hijo pasa por matrimonial de otro, no puede reconocerlo, pero por otra parte, no puede ejercer acciones de impugnación por no ser titular, lo que no habilita poder reclamar la filiación.

¹⁸² **MEDINA**, Graciela, *LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO SIEMPRE ORIGINA LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO MORAL. RELACIÓN ENTRE UN LEADING CASE ARGENTINO Y EL DERECHO COMPARADO*, ubicado en el siguiente link, visitado el 21-06-2014 <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/La-falta-de-reconocimiento-del-hijo....pdf>

En nuestro país esta situación puede llegar a tener una acotada cabida, pues por un lado el padre biológico no puede reconocer a un hijo que ya tiene un estado en virtud de una presunción de paternidad, y por otro lado, las acciones de impugnación de la filiación del hijo nacido o concebido dentro del matrimonio están limitadas al hijo y al marido según el artículo 212 del Código Civil (y sólo abren su legitimación en caso de muerte de este último). Por lo tanto, si ha operado la presunción de paternidad respecto del marido, pero éste no ha reconocido, el padre biológico no podría ejercer la acción de impugnación del artículo 216, debido a que no existe una "paternidad determinada por el reconocimiento". En tal caso, ante una demanda de perjuicios por inacción, el padre biológico podría defenderse dada la carencia de acciones, dado que no es legitimado por el derecho, lo que lleva a preguntarse si esto podría justificar una demanda para con el Estado, por parte del o los dañados, sobre todo por la actividad legislativa.

d) Causalidad: En lo que respecta a la causalidad que deba probar el demandante, tampoco se avistan modificaciones mencionables que agreguen algún matiz relevante a los estudios al respecto que ha aportado la doctrina civilista, por lo que valga en este punto lo expresado en hipótesis pasadas.

En cuanto a la legitimación para demandar, típicamente le corresponde al hijo, al progenitor biológico y a los terceros (generalmente el reconociente ignorante de la situación). Se mantiene en este rubro lo dicho a propósito de entender esta acción como personalísima, tanto para efectos de representación, como de transmisión o transferencia.

Finalmente, en lo referente a la prescripción, primeramente, continúo sosteniendo la independencia de las acciones filiales y la de perjuicios derivados del daño al derecho a la identidad, más aún en el caso de esta hipótesis, donde existe inacción de las acciones filiativas, lo que precisamente posibilita las situaciones dañosas. Así, a los afectados les bastará ejercer su acción civil, fundar la inactividad, la concepción, y el resto de los elementos ya analizados en esta y otras hipótesis. Respecto del régimen aplicable, estimo continúa siendo el del artículo 2.332 y el cómputo del plazo debe tener en cuenta que el afectado tenga o pueda tener conocimiento de los supuestos fácticos respectivos. Así, al tratarse de caso de omisiones, no de acciones, los afectados no sabrán que ella se ha producido por lo que resultaría extremadamente injusto e ilógico que un plazo en su contra corriera, por lo que el hecho debe entenderse perpetrado cuando dicha inactividad llegue a conocimiento de los afectados o estos puedan de tener antecedentes suficientes de la indebida pasividad. Por lo demás, antes de que aquellos conozcan de la inactividad no tendrán conciencia del daño en el que fundarán su demanda.

VI) Responsabilidad civil derivada del impedimento de ejercer las acciones de filiación en el caso de los concebidos por métodos asistidos de fertilización y de la imposibilidad de indagar los orígenes

Si hasta esta parte de la investigación me he centrado en conductas negligentes o dolosas llevadas a cabo por progenitores, terceros o, inclusive, los propios hijos, actuaciones u omisiones que de una u otra manera impedían acceder o destruían la identidad que una persona tenía, en la presente hipótesis no se aprecia –aparentemente- la intervención de ningún sujeto particular causador del daño, sin perjuicio de la propuesta abierta que realizaré al respecto.

En efecto, la hipótesis es la siguiente: en nuestra legislación (así como en otras, pero por distintos motivos como se dirá) aquel que ha nacido en virtud de técnicas artificiales de concepción se encuentra impedido de emplazar en estado a quienes biológicamente son sus padres (y también aquellos lo están), toda vez que la filiación principia y acaba con quienes se sometieron a las técnicas de fertilización (art. 182 del Código Civil).

Por lo tanto, no se aprecia en esta hipótesis que un progenitor entrase el ejercicio de las acciones filiativas o que el progenitor biológico no reconozca a su prole o que de por medio existan fraudes o engaños en la afectación del derecho a la identidad, sino que, lisa y llanamente, existe una limitación legal, una opción a nivel legislativa, una que ponderó los intereses que concurrían al particular y optó, en general, por cautelar la privacidad e identidad de quienes aportaban los gametos para la concepción, por sobre el derecho a la identidad de los nacidos en base a dichas técnicas.

En otras latitudes existen limitaciones similares, aunque en marcos normativos un poco disímiles. Es el caso de lo que en Francia se conoce como *accouchement sous X*, también conocido como “parto anónimo”. Esta institución –que entre sus varios objetivos buscaba disminuir la alta tasa de abandono o aborto reinante en Francia al momento de instaurarse- le permite a la madre mantener su anonimato en relación a su hijo nacido, pero no sólo aquello, sino que le garantiza que contra ella no podrán ejercerse acciones filiativas, así como tampoco indagar su identidad. A su vez, la ventaja para el menor, es que inmediatamente queda apto para la adopción¹⁸³.

Así, sea en el caso del parto anónimo, sea en el caso del donante anónimo que nuestro art. 182 trata, existen a lo menos dos situaciones relevantes para esta investigación: una, si desde el punto de vista de las demandas de perjuicios, existe la posibilidad de que el menor dañado en su identidad demande al Estado por su responsabilidad en la obstrucción al derecho a la identidad. Dos, si la limitación que contiene el artículo en comento abarca el derecho a la verdad biológica¹⁸⁴ (pues, como se dijo en su oportunidad, derecho a la filiación y el derecho a la verdad sobre el origen son distintos) y, de no incluirlo, si pueden demandarse perjuicios por lo inaccesible que se torna para quien ha nacido por técnicas de reproducción asistida.

Previo a abordar estas interrogantes, valga un importante comentario: nadie, salvo el afectado, podrá calificar si el no acceso a los vínculos biológicos o a la indagación de los mismos le resultan

¹⁸³ **KEMELMAJER**. Aida, op. Cit., pág. 1.

¹⁸⁴ En la sentencia comentada por la autora antes citada, uno de los distingos relevantes era determinar el potencial derecho vulnerado, esto es, si aquel vinculado con la identidad familiar (el derecho a emplazar a los progenitores) o el derecho a la búsqueda de la verdad biológica.

perjudiciales. No se podría, en mi parecer, baremizar desde el exterior la entidad del perjuicio que puede sufrir el afectado o su necesidad de indagar sus orígenes biológicos. Menos aún podrá solicitarse la expresión de alguna causa para acceder al origen. Lo dicho para fundamentar el derecho a la identidad y su vital importancia, sobre todo en la primera parte de esta investigación, resulta plenamente justificador de lo aseverado en este párrafo.

Sin perjuicio de lo antes dicho, cabe indicar lo siguiente: ¿podría dudarse del interés de un hijo concebido por métodos artificiales de procreación, cuando éste se encuentra afectado por una enfermedad grave –generalmente relacionados con la médula ósea- donde sólo con la intervención quién es biológicamente su progenitor puede accederse a una cura? En tal caso, ¿resulta un interés baladí el del hijo que quiere conocer su origen para lograr contacto con su progenitor y noticiarlo de lo relevante que resulta su donación para preservar su vida? ¿Podríamos dudar del interés del hijo? ¿Podríamos negar el acceso del hijo dado que, posiblemente, el padre biológico no acceda a la donación? Me parece que la respuesta aflora con bastante fluidez: el interés del hijo es indubitable, así como no resulta procedente limitar el acceso a la opción por el resultado de la misma, pues ¿qué ocurre si el donante anónimo accede a auxiliar al hijo y con ello se salva su vida?

Ahora bien, respecto de la interrogante referida a si el hijo que no puede acceder a su emplazamiento biológico podría sostener una demanda de perjuicios (fundamentalmente contra el Estado), no se aprecia un mecanismo directo por medio del cual aquel hijo pueda satisfacer dicho interés, dado que no media una antijuridicidad por parte del potencial imputado. De hecho, por el contrario, a priori toda ley se

estima como acorde a la Constitución, por lo que la limitación impuesta en la norma por parte del Estado esta revestida de una legitimidad¹⁸⁵. Y si bien alguna doctrina ha intentado fundar argumentaciones en cuanto a que el hijo sí tendría acción de reclamación de la filiación¹⁸⁶, el tenor claro de la norma no debiere desconocerse en tal sentido, según otra doctrina lo ha indicado¹⁸⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta que pueda someterse el artículo en comento a un cuestionamiento sobre su constitucionalidad, posiblemente dentro del marco de una acción de emplazamiento entablada contra el donante de gametos (aunque también puede interponerla éste, pues la limitación del art. 182 también le afecta). Declarada la norma inconstitucional, y en la medida que causalmente el daño sea atribuible al obstáculo que supone el artículo en comento para acceder a la verdadera identidad, una demanda de perjuicios contra el Estado debiera de fundarse en la falta de servicio,

¹⁸⁵ Sin perjuicio de que en la génesis parlamentaria de este precepto existieron voces que se opusieron a su tenor, por ser contrario al derecho a la identidad, manifestado por la libre investigación de la paternidad, además de la discriminación que supone esta situación para los hijos que son procreados por medio de técnicas artificiales, **BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, HISTORIA DE LA LEY CÓDIGO CIVIL DFL N° 1 ARTÍCULO 182 FILIACIÓN DETERMINADA MEDIANTE APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**, ubicado en el siguiente link, visitado el 24-06-2014, http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44032/1/HLCC_Art182.pdf, pág. 36.

¹⁸⁶ **CORRAL**, Hernán, *REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACIÓN: UN ANÁLISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL*, en *Primeras Jornadas de Derecho Médico*, Cuadernos Jurídicos 2 (U. Central), año 2.000, pág. 8.

¹⁸⁷ **ABELIUK**, René, *LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.000, pág. 133.

especialmente en el poco estudiado rubro de la responsabilidad por los actos del poder legislativo¹⁸⁸.

En todo caso, y pese a lo interesante que aparece el desarrollo de esta materia, escapa en demasía al ámbito de desarrollo de la presente investigación.

La segunda interrogante propuesta en párrafos anteriores sí merece un adecuado desarrollo. Me refiero a si la limitación que el legislador impone en el artículo 182 es tan amplia como el art. 341-1 del decreto ley del 2/9/1941 de Francia o, por el contrario, no puede entenderse comprensivo de la búsqueda de la verdad de origen. De hecho, solucionar esta interrogante es tan relevante, que en parte de su respuesta depende la posibilidad de demandar una posible inconstitucionalidad del precepto en comento, toda vez que sería particularmente difícil fundar tal recurso (y la demanda de emplazamiento que le servirá de sostén), si el hijo no puede acceder a información acerca de demandado, antecedentes que pueden estar en bases de datos privadas.

Lo primero que debe de traerse a colación en este apartado es las motivaciones legislativas del artículo en glosa, pues de dichos fundamentos puede aparecer, a su vez, un límite de alcance.

Según la historia fidedigna de la ley, el objeto de la limitación tuvo varios objetivos. A saber, que quienes voluntariamente se sometieron a las técnicas de procreación no pudieran regresar sobre

¹⁸⁸ **BARROS**, Enrique, op. cit. pág. 550.

sus pasos e impugnar su propia paternidad o maternidad¹⁸⁹; dejar a firme la filiación del hijo contra las intervenciones de terceros (generalmente los que aportan los gametos)¹⁹⁰; hacer primar la voluntad de acogida¹⁹¹; no obviar el antecedente de quien dona sus gametos, lo hace en un proceso mecánico, muy lejano a la intención de la paternidad o maternidad; evitar que el aportante de los gametos altere la paz de la familia de acogida¹⁹², etc.

Por lo tanto, el precepto en comento se concibió con un ámbito de operatividad reducido, centrado en dar robustez a un importante rubro como lo es el de la infertilidad para procrear y aparentemente menospreciado la situación donde el hijo, pese a no poder emplazar, quería conocer sus orígenes. Así, la cuestión ahora muta a determinar si el precepto indicado contiene, implícitamente, una limitación al derecho a la verdad biológica.

Naturalmente, por el estado de la investigación que existe sobre esta materia, no resulta apropiado realizar una aseveración categórica al respecto, pero dado el nivel jurídico que posee el derecho a la identidad (y dentro de él, el de la búsqueda de la verdad en el origen) toda limitación al mismo, contenido en norma positiva, debe de tenerse restringida única y exclusivamente a la hipótesis del tipo, ello sin perjuicio de que por medio de un juicio de ponderación, a la luz de

¹⁸⁹ **BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL**, *HISTORIA DE LA LEY CÓDIGO CIVIL DFL...* op. cit, pág. 9.

¹⁹⁰ Ídem, pág. 25.

¹⁹¹ Ibídem, pág. 13.

¹⁹² Corral, *REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA...*, op. cit., pág. 7.

recursos o acciones constitucionales, puede generarse un retroceso de un derecho por el avance de otro.

Por lo anterior, me parece que la norma en comento no alcanza a limitar el derecho a la búsqueda del origen, pero eso no quiere decir que consagre tal derecho (por el contrario, no hace alusión a él).

En este orden de ideas, cierta doctrina ha indicado que a los hijos concebidos por los métodos artificiales debería de aplicárseles por analogía el artículo 27 de la ley de adopciones, garantizándoles, como mínimo, el acceso a indagar sus orígenes. *"Considero que el hijo que nace producto de la aplicación de una TRA [Técnica de Reproducción Asistida] con donante debe tener la posibilidad de saber que fue concebido por este procedimiento y quién es su progenitor biológico, cuando alcance la mayoría de edad, estableciendo un sistema similar a la Ley de Adopción, que permite al adoptado cuando llega a la mayoría de edad saber quién es su progenitor biológico"*¹⁹³. Hernán Corral, a su turno, ha indicado: *"Es más, si se aplica el esquema de la adopción, se ve que nuestra ley, dejando a salvo el vínculo filiativo de la adopción, concede derecho al adoptado mayor de edad a acceder al conocimiento de su verdadera identidad por medio de la consulta de los antecedentes de la adopción (v. artículo 27 ley N° 19.620). Algo parecido podría, al menos, garantizarse al hijo concebido por medio de técnicas reproductivas heterólogas, para los cual los centros médicos que las*

¹⁹³ **GÓMEZ DE LA TORRE**, Maricruz. *EL SISTEMA FILIATIVO CHILENO*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.007, pág. 126.

*practican debieran mantener registros rigurosos y permanentes, a fin de que puedan ser consultados por los posibles interesados*¹⁹⁴.

Pese a las notables buenas intenciones mencionadas por la doctrina citada, resulta discutible si la técnica de la analogía puede aplicarse de forma medianamente natural (no forzada), en el caso que nos ocupa, puesto que pese a que no resulta dubitable que tanto el adoptado como el hijo que nace de técnicas artificiales de procreación tienen derecho a su verdad de origen, el precepto respectivo de la Ley de Adopciones se torna operativo (que es tan importante como su consagración) a base de fuentes de información distintas de aquellas donde el procreado asistidamente puede acceder, bases de datos generalmente que están en poder de privados (clínicas), las que perfectamente pueden no estimar que le asiste una obligación de entregar información altamente sensible, como la que solicitará el hijo.

Por lo tanto, y tal como se dijo en el apartado respectivo (pero aún más sensiblemente para el procreado por técnicas asistidas, dado que no podrá reclamar ni impugnar filiación alguna), nuestro país no posee –más allá de la normativa de adopción- un sistema operativo que garantice efectivamente el acceso a fuentes de información donde se puedan indagar los orígenes. De hecho, el habeas data, sobre todo en una de sus consagraciones más prácticas como lo es la ley N° 19.968, se presenta como insuficiente para entregar a cualquiera que desee indagar su origen, información oportuna y suficiente, dado que aquella necesariamente colisionará o con la ausencia de normativa que

¹⁹⁴ **CORRAL**, Hernán, *¿SUBSISTEN DISCRIMINACIONES EN EL ACTUAL RÉGIMEN LEGAL CHILENO DE FILIACION?*, publicado en Revista DERECHO Y HUMANIDADES, N° 16 vol. 2, año 2.010, pág. 41.

obligue a llevar bancos de datos al respecto o con la carencia de leyes que explícitamente obliguen a entregar dicha información, sobre todo cuando la entrega puede afectar derechos de terceros (en este caso, la privacidad de los donantes de gametos, por ejemplo).

Así, en nuestro país, un hijo concebido por las técnicas en comento, que se encuentra impedido explícitamente de emplazar a quien tiene vínculos biológicos él, además, tendrá un extenso y tortuoso peregrinar en caso de querer indagar sobre sus orígenes y, aún más, si tal indagación supone la necesidad de mantener su vida, su situación adquirirá más dramatismo.

La pregunta clave a determinar es quién ha de entenderse como responsable en caso de que el hijo sufra perjuicios por no poder constituir la identidad que él quiere para sí o, aún más, en caso de sufrir en su salud la inexistencia de normativa precisa y operativa.

Tal y como se debatió en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Odièvre c/France*, la discusión parece centrarse en determinar si la pasividad por parte del Estado en el rubro en comento, puede ingresar dentro del concepto de antijuridicidad, sobre todo si se parte de la base que, para dar operatividad a los derechos que la Constitución y los Tratados Internacionales consagran, al Estado no sólo le bastan las abstenciones en ciertos rubros, sino llevar actividades, sobre todo en su manifestación legislativa. O, lo que es similar, cuál será la fisonomía o límite de la discrecionalidad que todo Estado tiene en cuanto a fijar el cómo cumplirá las obligaciones a las que se encuentra constreñido.

Si bien el determinar lo antes indicado sobrepasa los límites de la presente investigación, resulta interesante indicar que la propia Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de derechos ineficaces, los que pese a situar al sujeto en la posición de exigir la satisfacción de un interés –indagar sobre sus orígenes- no generan, por otra parte, una obligación específica (y sobre todo operativa) para satisfacer el interés.

Así, según Kemelmajer, ante un derecho sin obligación, el factor que debe de primar en estas situaciones estriba en la suficiente justificación de la inactividad por parte de quien se indica como dañador dado que si así se suscita, el derecho carece de la más elementan razón de existencia. Por ende, la sola inexistencia de una obligación específica no suprime la existencia del derecho (sobre todo uno de tanta dignidad como el tratado en esta investigación), lo que importa que la pasividad debe de estar justificada en la protección de un interés superior (o, lo que es lo mismo, un juicio de proporcionalidad se transforma en insoslayable para solucionar un conflicto de esta naturaleza). *“No tengo dudas sobre cómo debe resolverse el conflicto entre el derecho a conocer la realidad biológica y el interés de los parientes biológicos en conservar el secreto: si en las acciones de filiación extramatrimonial, el interés de los parientes se ve desplazado, incluso patrimonialmente, en favor de la verdad biológica, no veo la razón que justifique que en este caso, que ni siquiera generará obligaciones patrimoniales (ni sucesorias, ni alimentarias, etc), deba prevalecer el interés de quienes, como dirían los ingleses, prefieren mantener el “esqueleto en el armario”. A nadie se le ha ocurrido decir que una acción de filiación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial viola el derecho a la intimidad de la familia*

del padre gestante. Por el contrario, la existencia cierta de hermanos acrecienta el problema psicológico de una persona en busca de su identidad e historia biológica por el deseo natural de reencontrarse con otros miembros de la familia”¹⁹⁵. La misma autora indica: “Está fuera de discusión que en los espacios integrados el Estado tiene un margen de discrecionalidad para optar entre varias soluciones posibles, pero esto es así en tanto y en cuanto el derecho fundamental no sea finalmente negado. En mi opinión, esto es lo que ha ocurrido en el caso”¹⁹⁶.

Naturalmente, la única forma de dar cabida a demandas de perjuicios por la vulneración al derecho a la verdad del origen es solucionar la procedencia de una efectiva antijuridicidad por parte del Estado, situación en extremo interesante que se invita a indagar por parte de los investigadores que sientan afinidad por estas materias.



¹⁹⁵ **KEMELMAJER.** Aida, op. cit., pág. 11.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 15.

CONCLUSIÓN

En la parte final de esta investigación resulta adecuado efectuar una conclusión en relación con los objetivos generales y específicos que esta tesitura se propuso.

Así, respecto del objetivo general, ha quedado demostrado que la responsabilidad civil, entendido como un remedio jurídico que el derecho patrimonial ha generado con el avance del Derecho, posee una versatilidad y volubilidad tal que inclusive pueden adaptarse a ciertas disciplinas nóveles de la ciencia jurídica, particularmente a las relaciones de familia.

En efecto, hoy en día la aseveración de la especificidad de los remedios que el Derecho de Familia posee, viendo en ello una cualidad excluyente, no resulta sostenible, dado que aquella rama del Derecho no trata ni se ocupa de los daños que se generan en las relaciones filiales o los vínculos cuasiparentales.

Por aquello, el Derecho no puede permanecer inerte ante los valiosísimos intereses que existen en juego cuando se genera un daño en los vínculos filiales, sin que pueda limitarse la procedencia de la responsabilidad civil por el supuesto hecho de que no existe equivalente que compense o resarza el perjuicio sufrido, ello debido a que sólo al sujeto dañado, dada la especificidad de los intereses vulnerados, le compete determinar qué le resulta equivalente a su perjuicio.

Precisamente, el derecho a la identidad, pese a tener una vida jurídica novel y gozar -de momento- de gran imprecisión conceptual, tiene esa especificidad que se indica en el apartado anterior,

una particularidad tal que imbuye el cómo la responsabilidad civil lo tratará y ofrecerá el remedio que porta.

Lo anterior tiene gran incidencia cuando se analizan las manifestaciones específicas de un daño al derecho a la identidad, puesto que la responsabilidad civil debe de amoldarse al derecho que va a solucionar, debe adecuar –con matices y no libre de discusión, claro está-, por ejemplo, el qué y el cuánto se exigirá a los sujetos que intervienen tanto respecto de sus expectativas, como de las conductas debidas.

De hecho, existen ciertas situaciones donde la culpa civil no resulta completamente suficiente para satisfacer la solución a algunas manifestaciones limítrofes de daños al derecho a la identidad, situaciones donde pueden no existir, en estricto rigor, vínculos familiares, pero por otra parte, tampoco puede pensarse en una total ajenidad de los intervinientes en la situación dañosa, lo que invita a analizar con particular cuidado qué estándar de conducta se exigirá al dañador y, por ende, cuál es la expectativa insatisfecha por parte de la víctima.

Así, el ingreso de la responsabilidad civil dentro de los linderos del Derecho de Familia, mediando un derecho tan particular como el derecho a la identidad, presenta la virtud de demostrar lo ubérrimo que resulta el campo del Derecho para permitir germinar nuevos vástagos jurídicos, nuevas interrelaciones y simbiosis dignas de analizar en detalle.

Ahora bien, desde un punto de vista específico, esta investigación concluye la existencia de un derecho a la identidad

filiatoria, prerrogativa de muy novel estudio, de límites muy difusos, pero que en general permite asistir a cada individuo en un derecho a tener y mantener vínculo con quienes los engendraron. Este derecho a la identidad, si bien le incumbe a cada persona sin distinción de edad, tiene ciertas implicancias más intensas tratándose de los niños, donde esta investigación concluye que a éstos les asiste un derecho subjetivo a ser reconocidos por (y sólo por) sus verdaderos padres; el reconocimiento ya no debe estimarse –ni estudiarse– como una prerrogativa de los progenitores, sino como un derecho de los hijos.

Naturalmente, vulnerar ese derecho puede engendrar la obligación de resarcirlo, lo que puede adoptar varias formas típicas de daños al derecho a la identidad.

Y si bien las formas en que puede resultar vulnerado el derecho que esta investigación trató son diversas, las más comunes están dadas por la interacción que se presenta entre el reconocimiento y el derecho a la identidad, sobre todo cuando el primero no se efectúa, se efectúa sin derecho a él o cuando se realiza o se logra por medio de engaños. Eso sí, también se explicó que el derecho puede resultar vulnerado cuando los sujetos permanecen pasivos ante las acciones filiatorias e, inclusive, cuando la propia ley priva a ciertas personas de acceder al vínculo con quienes tienen lazos de sangre.

En todas las hipótesis antes dichas, la presencia, por una parte de la responsabilidad civil, por otra del derecho a la identidad y, en el contorno, por las relaciones parentales o cuasiparentales, genera una serie de incidencias particulares, sobre todo a nivel de estándar de conducta, que no vienen sino a confirmar que resulta completamente pertinente el resarcimiento de este tipo de daños, pero por sobre todo,

demuestra que el derecho, pese a los requerimientos de ciertas doctrinas, está muy distante de ser pétreo y, por el contrario, no conoce de amarras y se expande a alta velocidad.



BIBLIOGRAFÍA¹⁹⁷

-ABELIUK, René, *LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.000, primera edición. Chile.

-AGUILAR, Gonzalo, *EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*, publicado en Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, N° 1, año 2008.

-ALDUNATE, Eduardo, *DERECHOS FUNDAMENTALES*, Editorial Legal Publishing, año 2008, primera edición. Chile.

-ALFERILLO, Pascual, *EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL*, publicado en revista Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado, vol. I, N° I, año 2.013, ISSN: 2347-0151.

-ÁLVAREZ, Alicia, *CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA*, publicado en Revista Jurídicas CUC, Numero 7, año 2.011, Barranquilla, Colombia, ISSN 1692-3030.

-AYALA, Carlos, *LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS*, en *El Futuro Del Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, año 1.998, ubicado en el siguiente link <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1991/10.pdf>

-BAEZA, Gloria, *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO DE RANGO CONSTITUCIONAL, SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN*

¹⁹⁷ En caso de ser obras consultadas desde internet, no se indica país de origen de la misma.

NACIONAL Y APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA, Revista Chilena de Derecho, Volumen 28, N°2, año 2.001, Chile.

-BARROS, ENRIQUE, *TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*, Editorial Jurídica de Chile, año 2.007, primera edición. Chile.

-BECKER, Sebastián, *EL CONCEPTO FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*, ubicado en el siguiente link, http://www.academia.edu/3080995/El_concepto_familia_en_el_ordenamiento_juridico_chileno,

-BENALCAZÁR, Gonzalo, *EL PAGO EFECTIVO DE LAS OBLIGACIONES*, publicado en Estudios de Derecho, Editorial Universidad de Antioquia, año 23, año 1.962, volumen 21, N° 62, ubicado en el siguiente link, <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyPublicacionesMedios/EstudiosDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XXI%20Rev%2062%20parte%203.pdf>

-BERBERE, Jorge, *DERECHO DE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL PRINCIPALES SUPUESTOS E INTERACCIONES MUTUAS*, ubicado en el siguiente link, http://www.afamse.org.ar/DERECHO_DE_FAMILIA_Y_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf,

-BERMÚDEZ, Manuel, *REDEFINIENDO EL DERECHO DE FAMILIA EN LA TUTELA DEL VÍNCULO FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA*, publicado en Revista de Derechos Fundamentales, N° 5, año 2.011, ubicado en el siguiente link,

<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/05.043-062.Bermudez.pdf>.

-BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *HISTORIA DE LA LEY CÓDIGO CIVIL DFL N° 1 ARTÍCULO 182 FILIACIÓN DETERMINADA MEDIANTE APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*, ubicado en el siguiente link, <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegal/es/10221.3/44032/1/HLCCArt182.pdf>.

-BIDART, Germán, *LOS DERECHOS "NO ENUMERADOS" EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL*, ubicado en el siguiente link, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/6.pdf>

-BORDA, Guillermo, *TRATADO DE DERECHO CIVIL-FAMILIA*, Editorial Abeledo-Perrot, primera edición, año 1.993, Tomo II, Argentina.

-BRUCITA, Diana y GARCÍA, Silvina, *DERECHO A LA IDENTIDAD. DAÑOS CAUSADOS POR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA*, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, ubicado en el siguiente link <http://www.aaba.org.ar/bi20op20.htm>

-CALVO, Roberto, *DERECHO A LA IDENTIDAD: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS*, publicado en obra colectiva *El derecho a la identidad como derecho humano*, año 2.010, ubicada en el siguiente link

http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2010/2EL%20der echo%20a%20la%20identidad_ok.pdf,

-CERUTTI, María del Carmen y PLOVANI CH, María Cristina, *IDENTIDAD PERSONAL*, publicada en la Revista de de la Facultad de la Universidad Nacional de Córdoba, volumen 6, número 1, año 1998, ubicada en el siguiente link http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/identidad-personal/at_download/file.

-CONTRERAS, Pablo, *¿DERECHOS IMPLÍCITOS? NOTAS SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL*, en Núñez, José Ignacio, *Nuevas Perspectivas de Derecho Público*, Editorial Librotecnia, primera edición, año 2.011, Chile.

-CORBO, Carlos, *RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DEL RECONOCIMIENTO ESPONTANEO DE HIJO MATRIMONIAL*, publicado en el siguiente link, [,www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artresponsabilidadcivilporfaltedereconocimientodehi/at_download/file](http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artresponsabilidadcivilporfaltedereconocimientodehi/at_download/file)

-CORRAL, Hernán, *ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO*, publicado en *Derecho Mayor* (Universidad Mayor) N° 3, año, 2.004, Chile.

-CORRAL, Hernán, *DETERMINACION DE LA FILIACION Y ACCIONES DE ESTADO EN LA REFORMA DE LA LEY N° 19.585, 1998*, publicado en *Revista de Derecho* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [Online], Volumen 0, N°20, año 2.010.

-CORRAL, Hernán, *LECCIONES DE RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 2.004, Chile.

-CORRAL, Hernán, *REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACIÓN: UN ANÁLISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO CIVIL*, en *Primeras Jornadas de Derecho Médico, Cuadernos Jurídicos 2 (U. Central)*, año 2.000, Chile.

-CORRAL, Hernán, *¿SUBSISTEN DISCRIMINACIONES EN EL ACTUAL RÉGIMEN LEGAL CHILENO DE FILIACION?*, publicado en *Revista DERECHO Y HUMANIDADES*, N° 16 vol. 2, año 2.010, Chile.

-DAROS, Williams, *EN LA BÚSQUEDA DE LA IDENTIDAD PERSONAL: PROBLEMÁTICA FILOSÓFICA SOBRE CONSTRUCCIÓN DEL YO Y SU EDUCACIÓN*, Editorial UCEL: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, primera edición, año 2.006, Argentina.

-DE LA CRUZ, Laura, *EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL OCASIONADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES*, publicado en *Idret Persona y Familia*, revista para el análisis del Derecho, año 2.013, N°4, ubicado en el siguiente link, http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf, ISSN 1698-739X.

-DE VERDA Y BENAVENTE, José, *TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA*, publicado en *Revista Chilena de Derecho Privado*, año 2.006, N° 7, Chile.

-DEL VALLE, Jimena, *RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES MATRIMONIALES Y POR EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DIVORCIO UNILATERAL. UN ESTUDIO DE SU ADMISIBILIDAD EN CHILE*, revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19, N° 1, año 2.012, Chile.

-DIEZ, José Luis, *EL DAÑO EXTRACONTRACTUAL, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición (reimpresión), año 2.002, Chile.

-LARROCAU, Jorge, *CULPA Y DOLO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL*, Colección de memorias de prueba, Universidad de Concepción, año 2.005, Chile.

-FARNÓS, Esther, *EL PRECIO DE OCULTAR LA PATERNIDAD, COMENTARIO A LA SAP VALENCIA, SEC. 7ª, 2.11.2004*, ubicado en el siguiente link, http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf

-FARNÓS, Esther, *INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE OCULTAR LA PATERNIDAD. COMENTARIO A LA SAP BARCELONA, SEC. 18ª, DE 16.1.2007*, ubicado en el siguiente link, http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf

-FERRER, Josep, *RELACIONES FAMILIARES Y LÍMITES DEL DERECHO DE DAÑOS*, publicado en *Idret Persona y Familia*, revista para el análisis del Derecho, N°4, año 2.013, ubicado en el siguiente link, visitado el 07-05-2013, http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf, ISSN 1698-739X

-GAIL D. HOLLISTER, *PARENT-CHILD IMMUNITY: A DOCTRINE IN SEARCH OF JUSTIFICATION*, 50 *Fordham L. Rev.* 489 (1982), ubicado en el siguiente link, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol50/iss4/1>

-GANDULFO, Eduardo, *RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD TÓPICOS Y CUESTIONES CIVILES*, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 34 N° 2, año 2.007, Chile.

-GARRIDO, María Isabel, *LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PODER*, publicado en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N°. 10, año 2.009, ISSN-e 1698-7950, ubicado en el siguiente link, <http://universitas.idhbc.es/n10/10-03.pdf>,

-GHERSI, Carlos, *DAÑOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES INTERNAS DEL DERECHO DE FAMILIA*, publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 2.011, N° 10, Argentina.

-GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *EL SISTEMA FILIATIVO CHILENO*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 2.007, Chile.

-IVERINO, Paula, *EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL: MANIFESTACIONES Y PERSPECTIVAS*, en *Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Editorial Gaceta Constitucional, año 2.010, ubicado en el siguiente link, [http://www.bioetica.org/umsa/produccion/Derecho a la identidad, manifestaciones y prespectivas Gaceta 2010.pdf](http://www.bioetica.org/umsa/produccion/Derecho_a_la_identidad,_manifestaciones_y_perspectivas_Gaceta_2010.pdf),

-KEMELMAJER, Aída, *EL DERECHO HUMANO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO Y EL DERECHO A ESTABLECER VÍNCULOS DE FILIACIÓN. A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DEL 13/2/2003, EN EL CASO "ODIÈVRE C/FRANCE"*, ubicado en el siguiente link, http://www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm

-KRASNOW, Adriana, *RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD*. VII Congreso Internacional de derecho de daños, responsabilidades en el siglo XXI, ubicado en el siguiente link, <http://www.aabadigital.org/bi2uyop50.htm>.

-LOPEZ, Carlos, *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA*, editorial Librotecnia, primera edición, tomo II, año 2.005, Chile.

-LUNA, Silvia, Ponencia: *EL DERECHO A LA IDENTIDAD, SU VULNERACIÓN. REFORMA DEL VÍNCULO DE FILIACIÓN*, Comisión de Derecho a la Vida. Tucumán. Argentina, ubicado en el siguiente link, http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC_028_LUNA_Silvia_Ester.pdf

-MARCHESCHI, Cecilia y MARENONI, Patricia, *RESPONSABILIDAD ANTE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO PATERNO*, Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 Y 4 de Octubre de 2.002. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, ubicado en el siguiente link, www.aaba.org.ar/bi20op026.htm.

-MARÍN, Ignacio y LÓPEZ, Daniel, *INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LA COMPAÑÍA DE LOS HIJOS EN EL ORDEN CIVIL Y EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO*, ubicado en el siguiente link, http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf.

-MARTÍNEZ Victoria, *LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*,

publicado en obra colectiva *Derechos De Niños, Niñas Y Adolescentes*, Secretaría De Derechos Humanos, Ministerio de justicia, seguridad y derechos humanos, ubicado en el siguiente link, http://www.conabip.gob.ar/sites/default/files/derechos_de_ninos_ninas_y_adolescentes_seguimiento_de_aplicacion_de_la_cdn_derecho_a_la_identidad_dimensiones_exp.pdf,

-MEDINA, Graciela. *DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA*, Editorial Rubiznal-Culzoni, segunda edición, año 2.008, Argentina.

-MEDINA, Graciela, *DAÑO EN LAS RELACIONES FAMILIARES*, publicado en la página web de la autora citada, ubicado en el siguiente link <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-en-las-relaciones-familiares.pdf>.

-MEDINA, Graciela, *LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO SIEMPRE ORIGINA LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO MORAL. RELACIÓN ENTRE UN LEADING CASE ARGENTINO Y EL DERECHO COMPARADO*, publicado en la página web de la autora citada, ubicado en el siguiente link <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/La-falta-de-reconocimiento-del-hijo....pdf>.

-MÉNDEZ, María, *LA FILIACIÓN*, Editorial Rubiznal-Culzoni, primera edición, año 1.986, Argentina.

-MENDOZA, Pamela, *DAÑOS MORALES POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL. UN ACERCAMIENTO AL DERECHO ESPAÑOL*, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 2, N° 2, año 2.011, Chile.

-MERCER, Raúl, MOLINA, Helia, RAMÍREZ, María Carlota, SZULIK, Dalia, *DEL DERECHO A LA IDENTIDAD AL DERECHO A LAS IDENTIDADES. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL GÉNERO Y EL DESARROLLO TEMPRANO EN LA INFANCIA*, *Revista chilena de Pediatría* [online]. 2.008, vol.79, suplemento 1, Ubicada en el siguiente link, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0370-41062008000700007&script=sci_arttext, ISSN 0370-4106.

-MOLINARI, Aldo, *DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DERECHO DE DAÑOS Y TUTELA PREVENTIVA CIVIL*, Editorial Lexis Nexis, primera edición, año 2.004, Chile.

-MOSSET, Jorge, *RESPONSABILIDAD CIVIL*, Editorial Hammurabi, primera edición, año 1.997, Argentina.

-NASH, Claudio, *DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE RECEPCIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2.012, Chile, ISBN 978-956-19-0784-3.

-NAVAL, Concepción, *LA IDENTIDAD PERSONAL EN A. MACINTYRE Y CH. TAYLOR*, publicado en *El primado de la persona en la moral contemporánea*, coordinado por Antonio Quirós, Augusto Sarmiento, Enrique Molina, Jorge Enériz, Jorge Peñacoba, año 1.997, , ubicado en el siguiente link, <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/5340/1/CONCEPCION%20NAVAL.pdf>, ISBN 84-8081-001-7.

-NEWMAN-PONT, Vivian, *FALSO O VERDADERO (¿EL DERECHO A LA VERDAD ES NORMA IMPERATIVA INTERNACIONAL?)*, *Revista*

Colombiana de Derecho Internacional, N° 14, año 2.009, ubicado en el siguiente link,

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/02-FALSOOVERDADERO_000.pdf págs. 43-69

-NOGUEIRA, Humberto, *EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN*, Revista *Ius et Praxis*, año 13, N°2, ISSN 0717-2877.

-NOGUEIRA, Humberto, *LOS DERECHOS ESENCIALES O HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, Revista *Ius et Praxis* . Año 9, N° 1, Chile.

-NOGUEIRA, Humberto, *EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN*, Revista *Ius et Praxis*, año 13, N°2, ISSN 0717-2877.

-NOVALES, Aránzazu *RESPONSABILIDADES ESPECIALES. ¿DEBERÍA HABER EN EL DERECHO MATRIMONIAL MECANISMOS REPARATORIOS?*, en *Regímenes especiales de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Colección Derecho Privado, IV, año 2.008, Chile.

-RAMOS, René, *DERECHO DE FAMILIA*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, tomo II, año 2.005, Chile.

-RODRÍGUEZ, Alma María, *RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES*, Editorial Civitas, primera edición, año 2.009, España.

-RODRÍGUEZ, Pablo, *RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1.999, Chile.

-RUIZ, Carmen, *LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO EN ESPAÑA DE PROGENITOR MARROQUÍ*, Editorial de la Universidad de Granada, ubicado en el siguiente link, http://diphd.ugr.es/pages/derecho_internacional_privado/profesorado/ruizsuti_docs/tesisdetermde Lafiliacionpdfnum1/!, ISBN 978-84-692-3888-2.

-SALVIOLI, Fabián, *EL APORTE DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE 1948 PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*, publicado en *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos En El Umbral Del Siglo XXI*, Editorial Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, Tomo I, año 2.001, ubicado en el siguiente link <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>

-SANTOPINO, Juan Pablo y TAVERNA, María, *EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA: RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL*, publicado en la página web de la Asociación de

Abogados de Buenos Aires, ubicado en el siguiente link <http://www.aabadigital.org/bi20op50.htm>,

-TAPIA, Mauricio, *CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA (S). EL CASO CHILENO: LAS RETÓRICAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA LENTA EVOLUCIÓN SOCIAL*, publicado en Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, año 2.007, Chile.

-URRUTIA, Susana y RIPOSATTI, Norma, *FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJO*, Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constirucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 Y 4 de Octubre de 2.002. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, ubicado en el siguiente link, www.aaba.org.ar/bi20op031.htm

-VALADÉS, Diego y SAADA, Alya, *PANORAMA SOBRE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE GENOMA HUMANO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*, Universidad Nacional Autónoma De México, Red Latinoamericana Y Del Caribe De Bioética De La Unesco México, año 2.006, ISBN 970-32-3794-0.

-VARGAS, David, *DAÑOS CIVILES EN EL MATRIMONIO*, editorial La Ley, primera edición, año 2.009, España.

-VELA, Antonio J., *EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS*, publicado en Revista La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, Editorial La Ley, N° 7526, Sección Doctrina, Año XXXI, ubicado en el siguiente link

http://www.larioja.org/npRioja/components/ged/tools/dlg/dlg_opendocument.jsp?Download=false&IdDoc=680703&IdGed=25264, ISSN: 0211-2744.

-VENTURA, Manuel E., *LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*, en *El Futuro De La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, primera edición, año 2.003, ubicado en el siguiente link <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/107/12.pdf>, ISBN 9977-36-117-7.

-VILLALUENGA, Leticia y LINACERO DE LA FUENTE, María, *EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO*, Proyecto De Investigación "Normativa Sobre La Búsqueda De Orígenes De Los Adoptados En España Y Derecho Comparado", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, ubicado en el siguiente link <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>, ISBN: 84-7850-141-X y 978-84-7850-141-X.

-VILLAMAYOR, Fabian, *PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN: INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO*, Ponencia en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, realizadas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la UBA, ubicado en el siguiente link, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>.

-VIVAS, Inmaculada, *DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES*, publicado en *Cuestiones actuales en materia de*

Responsabilidad Civil, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, año 2.011, España, ISBN: 978-84-8371-483-6

-YNCHAUSTI, Celia, GARCÍA, Dolys, *LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD. EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL*, Revista Derecho y Cambio Social, N° 29, año N° 9, año 2012, pág. 8, ISSN 2224-4131, ubicado en el siguiente link, http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/derechos_inherentes_a_la_personalidad.pdf

-Otras fuentes

-<http://ciperchile.cl/2014/04/11/los-ninos-dados-por-muertos-que-el-cura-gerardo-joannon-entrego-para-adopcion/>

-Jurisprudencia en el caso Bámaca Velásquez- Guatemala, ubicado en el siguiente link http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf, pág. 485.