



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA

FACULTAD DE DERECHO

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona

Escola de Doctorat

TESIS DOCTORAL

**DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES
Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA FILIACIÓN**

ROMMY ALVAREZ ESCUDERO

AUTORA

Dra. MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

DIRECTORA

BARCELONA, 2018

A mis hijas Sofía y Emilia.

Mis agradecimientos a mi marido Gonzalo
y a mis padres Pilar y Eduardo,
por su apoyo incondicional.
A todos los amigos que han contribuido en este camino.

Especialmente,
a la Dra. Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera,
mi maestra, por su guía y luz.

A las energías divinas,
por los ciclos que se cierran y los nuevos que comienzan
... y todo continua fluyendo.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	6
Introducción.....	7

PARTE I. FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo Primero

La concepción de la familia y su evolución. Del grupo familiar a la persona miembro de la familia.....	11
1. Heterogeneidad del fenómeno familiar y su reconocimiento.....	15
2. La familia en la normativa internacional y los derechos esenciales de sus miembros.....	22

Capítulo Segundo

Regulación legal de la familia. El derecho de familia y sus principios.....	25
-----------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo Tercero

El conflicto familiar y sus consecuencias jurídicas: sanciones y reparaciones.....	31
------------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo Cuarto

Argumentos excluyentes de la responsabilidad en el ámbito familiar y su superación.....	40
1. Inmunidad en las relaciones de familia.....	40
2. Especialidad del derecho de familia.....	45
3. Contenido eminentemente moral de las normas de derecho de familia.....	48
4. Proliferación de demandas triviales.....	51

Capítulo Quinto

Apertura del derecho de familia a la responsabilidad civil por daños.....	55
1. Estatuto de responsabilidad aplicable a la reparación del daño	

en el ámbito familiar.....	59
2. Responsabilidad aquiliana por daños en el ámbito familiar.....	66

Capítulo Sexto

Reglas de responsabilidad civil extracontractual en el ámbito familiar.....	82
1. Sistema atípico de responsabilidad por culpa.....	82
2. La conducta desplegada: acción u omisión.....	85
3. Configuración de la antijuridicidad en el ilícito civil.....	88
4. Estándar de diligencia.....	91
5. La gravedad de la conducta.....	95
6. Criterios de imputación subjetiva.....	98
7. El daño indemnizable.....	106
7.1. Daños relevantes en el ámbito familiar: daño continuo, daño permanente, daño moral.....	114
7.2. Lesión a los derechos de la personalidad. Referencia a la constitucionalización del derecho de daños.....	119
8. Prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual.....	125

PARTE II. LA FILIACIÓN, EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LOS DAÑOS EN EL AMBITO FAMILIAR

Capítulo Primero

La relación paterno – filial y los derechos esenciales de los hijos.....	134
1. Filiación y divergencia entre vínculo genético y jurídico.....	141
2. La determinación de la filiación y ciertos aspectos particulares en casos de falta de correspondencia entre filiación legal – filiación biológica.....	145

Capítulo Segundo

Identidad personal y derecho.....	154
1. El derecho a la identidad y su reconocimiento.....	157

2. Elementos de la identidad personal y su proyección en la filiación.....	175
3. El derecho a conocer el origen biológico.....	176
 Capítulo Tercero	
Daños al derecho a la identidad del hijo en materia de filiación.....	185
1. Omisión del reconocimiento paterno del hijo no matrimonial.....	188
1.1. Análisis de los elementos para configurar la responsabilidad civil... 203	
a) <i>La conducta desplegada</i>	203
b) <i>Criterio de imputación subjetiva</i>	204
c) <i>Daño indemnizable</i>	206
1.2. Efectos de la filiación judicialmente determinada: los apellidos del niño como elemento de la identidad y su interés superior.....	211
2. Ocultamiento de la verdadera paternidad biológica a hijos matrimoniales..	216
2.1. Análisis de los elementos para configurar la responsabilidad civil..	222
a) <i>La conducta desplegada</i>	222
b) <i>Criterio de imputación subjetiva</i>	223
c) <i>Daño indemnizable</i>	225
3. Reconocimiento voluntario de paternidad y posterior impugnación de la filiación por ruptura de la relación con la madre.....	227
4. Ocultamiento del origen de la filiación del hijo en la adopción y en las TRHA heterólogas.....	247
 Capítulo Cuarto	
Reflexiones en torno a la responsabilidad civil y al derecho a la identidad en la filiación.....	271
1. Coexistencia de remedios específicos y responsabilidad aquiliana.....	271
2. Aportes a la regulación jurídica del derecho a la identidad en materia de filiación en el ordenamiento chileno.....	274
 Conclusiones.....	 278
Bibliografía	282

ABREVIATURAS

<i>Apud</i>	Citado por
Art.	Artículo
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BOE	Boletín oficial español
CC	Código civil
CCCat	Código civil catalán
CCycom	Código civil y comercial
CE	Constitución española
<i>Cfr.</i>	Confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDN	Convención Internacional de los Derechos del Niño
DO	Diario Oficial
ed.	Edición
Ed.	Editorial
<i>Et al</i>	Y otros autores
Excma.	Excelentísima
<i>GG</i>	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i>
<i>Ibid</i>	Última cita
<i>Ibidem</i>	Última cita del mismo autor y misma página
Iltrma.	Ilustrísima
Inc.	Inciso
<i>Infra</i>	Abajo
LRC	Ley de Registro Civil
n.	Número
Nº	Número
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
p. o pp.	Página o páginas
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> del <i>European Group on Tort Law</i>
RRC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia Tribunal Supremo
<i>Supra</i>	Arriba
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de reproducción humana asistida
<i>Vgr.</i>	<i>Verbigratia</i>

INTRODUCCIÓN

La presente investigación lleva por título “Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación”, dividiéndose el estudio en dos partes: la primera, relativa al análisis de la familia y la responsabilidad civil; y, la segunda, abocada a la filiación, el derecho a la identidad y los daños en este ámbito.

OBJETO

Enfrentados al quiebre de la premisa que sitúa a la familia como la principal precursora del desarrollo integral de sus miembros y, a falta de una regulación específica, apuntamos a despejar si tiene lugar la reparación de los daños sufridos dentro de la relación familiar, conforme la normativa general de la responsabilidad civil contemplada en los ordenamientos jurídicos y, en tal caso, si su aplicación debe efectuarse en forma directa o, corresponde su adecuación a las reglas y principios propios del derecho de familia.

En este contexto, la relación paterno – filial, en tanto eje estructurante de la familia, adquiere una muy especial trascendencia, respecto los daños que en su seno puedan ocasionarse pues, además de constituir el medio natural de vida del niño –en tanto hijo-, se configura como el sustrato base de su identidad personal.

Perfilar el derecho a la identidad de las personas, determinando sus componentes centrales en materia de filiación, es también objeto del trabajo que se presenta, de cuyo análisis resulta posible la configuración de daños al derecho a la identidad, los cuales no pueden quedar exentos de reparación, en un sistema jurídico respetuoso de los derechos esenciales de las personas.

La trascendencia del tema que nos aboca es universal y su tratamiento jurídico se extiende más allá de las normativas nacionales, con su reconocimiento en diversos tratados internacionales. Las relaciones humanas entre personas, basadas en la descendencia, se encuentran presentes a lo largo de la historia y a lo ancho de una sociedad globalizada. Las respuestas que podamos esbozar ante la vulneración, en su seno, de derechos inherentes a las personas –como el derecho a la identidad-, son por eso comunes a las realidades y conflictos a que nos enfrentamos en diversas latitudes, los que presentan componentes afectivos, psicológicos, sociales y, en lo que nos convoca, jurídicos.

METODOLOGÍA

Tratándose de temas reconocidos tanto en el orden nacional -cuenten o no con regulación expresa-, como internacional, utilizamos el método dogmático en el estudio de la legislación vigente en diversos ordenamientos de la tradición continental – *vgr.* Italia, Alemania, Cataluña, Francia, Portugal, Argentina, entre otros-, tomando como base de referencia el derecho civil español y el chileno, por presentar ambos similar estructura en la regulación jurídica en materia de familia y de responsabilidad, no obstante, que sea posible constatar en el primero un desarrollo jurisprudencial y doctrinal más acabado en los temas que nos abocan y que, precisamente por ello, nos sirve de guía.

En el análisis dogmático también se incluye la normativa contenida en tratados internacionales, que fundan el reconocimiento de derechos esenciales de las personas y nos pone de cara a un sistema supranacional que busca armonizar el tratamiento de las prerrogativas inherentes a las personas y, en particular, de los niños.

En la revisión comparativa de las normas jurídicas internas de derecho continental y, de ciertas soluciones acogidas en el sistema del *common law*, buscamos el aporte que nos permita completar y complementar las instituciones en

comento, con el afán de articular un sistema coherente y fundado, para dar respuesta al objetivo planteado, respecto la procedencia del estatuto de la responsabilidad aquiliana en el ámbito familiar y, en particular, en el eje paterno-filial.

Los alcances que la doctrina ha dado a la normativa vigente, sea nacional – de nivel constitucional y legal- o internacional, y la aplicación que de ella ha efectuado la jurisprudencia de tribunales superiores de justicia en cada estado o tribunales internacionales, respectivamente, es también materia de nuestro estudio con el objeto de perfilar el contenido sustantivo del derecho a la identidad y su proyección en materia de filiación.

Aun cuando se trata la presente de una investigación jurídica, en ciertos aspectos relativos a la cabal comprensión del derecho a la identidad, intentamos contribuir con una mirada interdisciplinaria, a fin de comprender la vital importancia de la identidad para el pleno desarrollo de la personalidad y, los elementos que la constituyen, concluyendo de allí su vínculo con la filiación.

Así, con los reconocimientos y regulaciones contenidas en ordenamientos jurídicos comparados, los aportes que en torno a ellos ha efectuado la doctrina y, las reflexiones contribuidas desde la jurisprudencia, se perfila una sistematización de casos relativos a daños al derecho a la identidad de los hijos en el contexto familiar.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El trabajo de investigación se estructura en dos secciones: la primera, referida a los tópicos de la familia y la responsabilidad civil. En ésta se comprende el análisis de la concepción de la familia, su evolución y regulación legal, para luego adentrarse en el conflicto familiar y sus consecuencias jurídicas. Respecto los daños derivados del conflicto familiar, se analiza la apertura del derecho de familia a las

reglas de la responsabilidad civil, precisando su estatuto normativo y pasando revista a cada una de las pautas con que, se considera propicio, debe ser éste aplicado, en respeto y protección de los principios propios del derecho de familia.

La segunda parte se aboca al examen de uno de los pilares del derecho de familia, la relación paterno-filial, en perspectiva de los derechos esenciales de los hijos, reconociendo la posible divergencia entre la filiación biológica y la jurídica. Sobre esta base se perfilan los supuesto básicos de la identidad personal y como el orden legal la recepciona, abocándonos al análisis del derecho a la identidad, dentro del cual la filiación y el derecho a conocer los orígenes, se presentan como componentes centrales. En este segmento se analizan supuestos de daños al derecho a la identidad del hijo en el contexto familiar, tanto en el ámbito de la filiación por naturaleza, como en la adoptiva y, aquella constituida mediante la utilización de técnicas de reproducción humana asistida con intervención de donantes. Finalmente, se reflexiona en torno a la responsabilidad civil y el derecho a la identidad en materia de filiación, ocupándonos de formular algunos aportes a incorporar en el ordenamiento jurídico chileno.

PARTE I

FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo Primero

La concepción de la familia y su evolución. Del grupo familiar a la persona miembro de la familia

Una materia que ha experimentado evolución y modificaciones a lo largo de la historia es, sin lugar a dudas, la referida a la concepción de la familia y la persona, en tanto miembro de ésta. Constatación que nos permite afirmar el carácter fundante de la familia, a través del tiempo y del espacio: la familia ha permanecido desde los albores del hombre, con distintos matices culturales y políticos, en las diversas sociedades que éste integra. Como señala MALO GONZALEZ, “La familia, desde el viejo clan a la familia monoparental, de reciente eclosión, ha cambiado incesantemente, unas veces de forma gradual, otras veces de forma vertiginosa, en un proceso de sucesiva simplificación, en el que se ha puesto de manifiesto su enorme versatilidad: el cambio de su propio concepto y hasta de la naturaleza y variedad de los sentimientos que se albergan en ella, [que] denotan la utilidad y firmeza de la institución”¹.

Cambios que, paulatinamente, han debido reflejarse en la regulación que, de ella, hace el ordenamiento jurídico y que, al decir, del autor citado conviene efectuar con el objeto de “dotarla de instrumentos jurídicos que ayuden a su mejor desenvolvimiento”².

¹ MALO GONZALEZ, Fernando, “Hacia un nuevo derecho de familia” (2003), en CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, CAFFARENA LAPORTA, Jorge; CAFFARENA LAPORTA, Jorge, et al (Comité Organizador), “*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*”, Civitas Ediciones, 1ª ed., tomo III, Madrid, p.4749

² *Ibidem*

La idea de familia que subyace en las regulaciones civiles forjadas en el siglo XIX, es la de conjunto, siguiendo la concepción romana del linaje y del *pater familias*, grupo de personas adscrito al poder del padre, figura que detentaba posición central. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos civiles florecientes en la época, como el español y el chileno, no contaron con una conceptualización expresa de la familia³. Definición que tampoco encontramos en las disposiciones de las cartas fundamentales proclamadas por los estados en el siglo XX, las cuales reconocen a la familia, en general, como un núcleo social esencial al cual el estado debe protección⁴. Ausencia que, en la materia, se aprecia como beneficiosa, pues ha permitido que las diferentes legislaciones puedan incorporar en su sistema de regulación las diversas formas familiares que estructuran y reconocen las sociedades en su desarrollo, imponiéndose, en definitiva, una noción amplia de Familia⁵. Serio problema se presentaría si un ordenamiento determinara *a priori*

³ En el código civil chileno, y sólo como aproximación a que es lo que comprende la familia, podríamos referir el Art. 815, que regulando el derecho real de uso y habitación, dispone en sus incisos 3º, 4º y 5º: “La familia comprende la mujer i los hijos legítimos i naturales; tanto los que existen «al momento de la constitución, como los que sobrevienen despues, i esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende además las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario i a costa de estos; i las personas a quienes éstos deben alimentos”.

Versión original del código civil chileno, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1973>, fecha consulta: 29 de junio de 2017

⁴ Artículo 39.1 CE “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Artículo 1º Constitución Política de Chile, Inc. 2º “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Inc. 5º “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”

Art. 29 *Costituzione della Repubblica Italiana*: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

Art. 14 bis Constitución de la Nación Argentina: “[...] En especial, la ley establecerá: la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG): Art 6 (1) “Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung”

Ley Fundamental de la República Federal Alemana: Art. 6 (1) “El matrimonio y la familia están bajo la especial protección del Estado” (traducción PRINZ VON SACHSEN, Karl, (1989), “Nuevas Tendencias en el Derecho Civil de la República Federal de Alemania”, en Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, N°20, p. 584, disponible en

<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11133/10186>, fecha de consulta: 13 de julio de 2017)

⁵ Véase, DEL PICO RUBIO, Jorge, (2011), “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, en *Ius et Praxis*, N° 17, año 1, pp. 31 - 56; ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), “*Libertad y Familia*”, Tirant lo blanch, 1ª ed., Valencia, pp. 56 ss.; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, (2011), “*Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*”, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, pp. 14 – 15; GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen; YSAS, María; SOLE, Judith, (2013), “*Derecho de Familia vigente en Cataluña*”, Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, p. 20.

una noción cerrada a su respecto, pues tal figura no satisfaría su carácter dinámico, y en constante evolución, como pasaremos en seguida a revisar.

La noción de familia a que hemos aludido en las legislaciones civiles decimonónicas, que llamamos tradicional, proviene del derecho romano, estructurada sobre la base de la familia extensa, integrada por un número amplio de personas, que se encontraban sometidas por la autoridad central del padre y marido, reconociendo y regulando, fundamentalmente, la familia basada en el matrimonio, estableciendo un sistema jerárquico, en que no se divisa el reconocimiento de derechos y libertades individuales de sus miembros. Predomina la idea de, lo que la doctrina ha denominado, la familia como institución natural, organización básica, grupo social intermedio entre la persona y el estado y, en la que por esta característica, se aprecian los diversos poderes del padre – marido, sobre los otros miembros. La participación en el estado, se funda en la articulación del individuo como integrante de la familia, la institución, por tanto, prima sobre la consideración del individuo. Así, sintetizando esta primera noción, CICU⁶, referido por ROCA I TRIAS, señala “La familia es un núcleo que desempeña funciones sociales, superiores a las de los miembros del grupo y también el estado, ya que frente a su organización deben ceder los derechos de los individuos, puesto que la idea del deber es un *prius* frente al reconocimiento de un correlativo derecho, que incluso puede faltar”⁷.

Como corolario de esta doctrina, el referido autor italiano, plantea que el derecho de familia tiene naturaleza de derecho público, estableciendo un paralelismo entre el estado y la familia, última a la cual atribuye un carácter natural, reconociendo determinadas instituciones familiares como la patria potestad y la

⁶ CICU, Antonio, (1914), “*Il Diritto de Famiglia: Teoria Generale*”, Arnaldo Forni editori, edición facsímil, Roma, pp. 77 y ss., *apud* ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), *Op. Cit.*, pp. 39 - 40

⁷ Véase *supra* n.4, noción de familia sustentada en el Art. 29 de la Constitución italiana que, según señala ROCA I TRIAS, ante la huida de los planteamientos iusnaturalistas, su alcance ha debido replantearse como “[...]una garantía de respeto a la autonomía familiar, en el interés concreto de lo individuos para ordenar de forma original y libre las relaciones familiares”, ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 43.

tutela, a las que considera como manifestaciones de una auténtica organización de poder en que existe subordinación de unos individuos a otros⁸.

En este orden de ideas, MORENO QUESADA, da cuenta de la sentencia del Tribunal Supremo Español, de 10 de junio de 1963, que califica a la familia como “una entidad colectiva, compuesta por varios miembros unidos por vínculos naturales y afectivos, integrados bajo la disciplina y dependencia del cabeza de la misma, que la unifica y representa[...]”⁹.

Diversos fenómenos ocurridos durante el siglo XX, principalmente las guerras mundiales, redundaron en el reconocimiento de derechos esenciales de los individuos y con ello, un cambio pendular en la noción de familia, que comienza a centrarse en cada uno de los miembros que la componen. En la segunda mitad del siglo pasado, sucesos como la regulación de la natalidad, las uniones efectivas de personas de igual o distinto sexo, la independencia económica de los hijos, las corrientes feministas, el desarrollo de la tecnología y las técnicas de reproducción humana, determinan en la sociedad occidental otra conciencia de la familia, con una visión individualista, desde la idea de familia nuclear y el respeto de los derechos fundamentales, estructurada sobre dos ejes básicos: las relaciones afectivas estables entre personas –conyugales o de convivencia-; y, las relaciones paterno-filiales, en que los principios de igualdad, autonomía y resguardo a sus miembros dependientes o, que no cuentan con madurez suficiente, deben orientar la regulación que efectúe el ordenamiento jurídico.

Esta noción instrumental de la familia, la concibe como “un grupo al que se ha asignado constitucionalmente la función de colaborar en la eficiencia de los derechos fundamentales”¹⁰, se trata de un enfoque basado en los derechos

⁸ Véase ROCA I TRIAS, Encarna, *Op. Cit.*, pp. 37 – 38; DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, (2002), *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, volumen IV, 8ª ed., Madrid, pp. 33 – 38.

⁹ MORENO QUESADA, Luis, (2013), “La Familia y el Derecho de Familia”, en SANCHEZ CALERO, Francisco, (Coord.), “*Curso de Derecho Civil I Bis Derecho de Familia*”, Tirant lo blanch, 2ª ed., Valencia, p. 21.

¹⁰ ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), *Op. Cit.*, p.33

inherentes a los individuos, miembros de la familia, el que además y, conforme con las diversas realidades sociales, la sustenta sobre la base de variados modelos, todos los cuales merecen reconocimiento y protección jurídica¹¹.

1. La heterogeneidad del fenómeno familiar y su reconocimiento

En doctrina, DIEZ PICAZO, refiriendo las palabras de ANTONIO GULLON, señala “[...] que la familia pertenece al terreno de la intimidad del individuo y que, por tanto, no hay ningún inconveniente desde el punto de vista social general para que cada grupo se construya con arreglo a modelos distintos, ni para que todos ellos puedan coexistir en el seno de una sociedad pluralista y libre”¹².

El reconocimiento de la heterogeneidad del hecho familiar ha sido positivado en legislaciones modernas, como en el código civil catalán que, en su Art. 231-1, dispone: “1. La familia goza de protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor sólo con sus descendientes. 2. Se reconocen como miembros de la familia, con efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor”. Noción de familia que se introduce en el preámbulo de la Ley 25/10, de 29 de julio, que aprueba el Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, al señalar “El artículo 40 del Estatuto de Autonomía dispone que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas”.

¹¹ Cfr. DEL PICO RUBIO, Jorge, *Op. Cit.*, p.45.

¹² DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo de ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), *Op. Cit.*, p. 15.

Los diversos modelos en que la familia se estructura, también ha sido objeto de reconocimiento por los tribunales superiores de justicia. La Corte Suprema chilena, conociendo vía recurso casación en el fondo, en causa relativa a declaración de bien familiar, en sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015¹³, considerando 12º ha señalado: “Lo anterior, sin adentrarse en el análisis de otros elementos de juicio que avalan ese aserto, entre los cuales uno de enorme incidencia en estos tiempos, donde las mutaciones sociales van dando a la familia una constitución que paulatinamente se aleja de los referentes del derecho hispano-canónico en que, en este orden de materias, se inspiró el código de Bello.

De hecho, innumerables instituciones y organismos sociales, incluso estatales, toman hoy en cuenta el factor “familiar” a partir de una realidad en la que lo determinante es la reunión de dos o más personas vinculadas diversamente, sea un ascendiente con uno o más descendientes, sea una vecindad mayormente comprometida, sea una intimidad afectiva y otras situaciones analogables a lo que puede conformar un “hogar”, mirado como la “casa” donde dos o más personas viven juntas o comparten ciertos aspectos de la vida cotidiana”.

Nuevo enfoque que también orienta el reconocimiento constitucional de la institución, la cual debe posibilitar en su seno, el pleno desarrollo de la persona, razón por la que el estado debe protegerla y fortalecerla adecuadamente. En su centro deben cumplirse todas las prerrogativas, respecto los derechos de las personas, previstas en el Art. 10 de la Constitución Española¹⁴; y, todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que configuran un límite al ejercicio de la soberanía, conforme lo dispuesto por el Art. 5º de la Constitución Política chilena¹⁵.

¹³ Causa rol 3700-2015, “G.C.R.B con V.M.C.G.”, de la Corte Suprema, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-590721858, fecha de consulta: 05 de julio de 2017.

¹⁴ Art. 10 CE “1.La dignidad de la persona, los derechos inviolable que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

¹⁵ Art. 5º Inc. 2 “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos,

En tal sentido, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de fecha 03 de noviembre de 2011¹⁶, señala “15. Que, como se desprende del tenor literal de los preceptos transcritos, la Carta Fundamental reconoce que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que “es deber del Estado (...) dar protección a la población y a la familia (...)”. La primera disposición es una constatación sociológica, antropológica e histórica, mientras que la segunda importa la formulación de un principio jurídico que se traduce en un deber del Estado. Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados. No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia;

16. Que lo mismo se concluye al analizar el artículo 19 N°4° de la Constitución, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La protección de este derecho no está supeditada a la celebración legal de un matrimonio. Un criterio de tal naturaleza vulneraría la esencia del derecho al establecer un requisito que privaría de un derecho fundamental a una parte de la población. La honra familiar que se protege es amplia y sin fronteras;

17. Que lo anterior es razonable, considerando que la familia es una unión de individuos en la cual los sujetos desarrollan su intimidad en común. Además, como enseña la historia, la familia ha evolucionado profundamente hasta nuestros días, como se puede advertir, por ejemplo, de la simple lectura del artículo 815 del Código Civil. El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil. Así es reconocido por las ciencias sociales y jurídicas y, en especial, por los estudiosos del Derecho de Familia.

Los enunciados constitucionales referidos a la familia están estructurados de forma

garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹⁶ Causa rol N° 1881-10-INA, del Tribunal Constitucional, disponible en www.tribunalconstitucional.cl, fecha de consulta: 21 de enero de 2017. Véase, considerandos 15 al 18 del voto particular concurrente de los Ministros Srs. Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

indeterminada y abierta, dejando a la ley la tarea de ir configurando la institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad. Ello obedece a que las sociedades cambian y la familia siendo el núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo. Ello, explica por ejemplo, por qué las normas civiles que la regulan han evolucionado frente a las exigencias constitucionales[...] De lo contrario, esas normas pueden quedar obsoletas o perder vigencia;

18. Que ello, además, es coherente con una interpretación sistemática de la Constitución. Las normas citadas deben complementarse con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 1º de la Ley Suprema, que dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”; y con lo que la Constitución señala al estipular que el Estado debe “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Por su parte, el Pleno del Tribunal Constitucional español, en sentencia de 06 de noviembre de 2012¹⁷, ha resuelto: “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio [...] ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia. Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que refleja una conexión directa con el art. 14 CE protege con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la

¹⁷ Sentencia 198/2012, Tribunal Constitucional español, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line RTC 2012\198, fecha consulta: 17 de julio de 2017.

separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas. Dicho lo anterior, es cierto que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia, y no siendo tampoco éste el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen. Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto*"; y, anteriormente, en sentencia de 11 de diciembre de 1992¹⁸, señala: "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen".

En la materia, también han recaído pronunciamientos de tribunales internacionales, entre éstos, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso P.B. y J.S. contra Austria, en su sentencia de 22 de julio de 2010¹⁹, sostiene: "[...] en concreto que la noción de familia según esta provisión no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y que puede abordar otros vínculos familiares de facto, en las que las partes viven juntas fuera del vínculo del

¹⁸ Sentencia 198/2012, Tribunal Constitucional español, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: RTC 1992\222, fecha de consulta: 17 de julio de 2017.

¹⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line TEDH\2010\88, fecha de consulta: 24 de julio de 2017; Cfr. las sentencias del mismo tribunal "Elsholz c. Alemania" de 13 de julio de 2000; "Keegan c. Irlanda", de 26 de mayo de 1994; y, "Johnston y Otros c. Irlanda", de 18 de diciembre de 1986.

matrimonio. Un hijo nacido en una de estas relaciones es *ipso jure* parte de dicha unidad familiar, desde el momento y por el mero hecho de su nacimiento”.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *v.gr.* en el caso “Atala Riffo y Niñas contra Chile”, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, párrafo 142, que señala: “La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. Sobre la base de los mismos fundamentos, pocos meses después, en sentencia de fecha 27 de abril de 2012, párrafo 98, dictada en el caso “Fornerón e Hija contra Argentina”, indica: “Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma [...]. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”.²⁰

Contemporánea y globalmente, entonces, la familia considerada en un sentido amplio, como un fenómeno heterogéneo, se nos presenta como un instituto que asume complejas funciones que admiten su análisis desde diversas disciplinas. Centrándonos en el análisis jurídico, la familia cumple un rol de integración y socialización de sus miembros²¹, especialmente de aquellos que nacen y se desarrollan en su seno hasta alcanzar su madurez, el eje es la relación paterno –

²⁰ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas); y, caso Fornerón e Hija vs Argentina, sentencia de fecha 27 de abril de 2012 (fondo, reparaciones y costas), disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>, fecha de consulta: 31 de julio de 2017.

²¹ Véase, DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 34 - 35.

filial, correspondiendo primeramente a cada familia el traspaso de tradiciones, cultura, crianza y educación a sus hijos, función que, ya en el último cuarto del siglo XX, LACRUZ BERDEJO evidenciaba, como lo señala ROCA i TRIAS²² y, en la que es importante considerar que los niños no viven solos sino en un ámbito relacional con sus padres y los otros miembros de la familia. Agrega DEL PICO RUBIO otras funciones de equidad generacional; control social, pues “transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas”; y, por último, “una función de afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral”²³.

Funciones de la familia en la sociedad actual que fueron además expresamente señaladas por el Tribunal Constitucional chileno, en el fallo referido anteriormente, de fecha 03 de noviembre de 2011 –considerando 2º del voto particular concurrente de la Ministra Sra. Marisol Peña Torres²⁴-, en causa por inaplicabilidad rol N° 1881-10-INA, deducido como medida para mejor resolver, por el Presidente de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

²² ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), *Op. Cit.*, p.37.

²³ DEL PICO RUBIO, Jorge, *Op. Cit.*, p.38.

²⁴ Véase, *supra* n.16, “2º Que, en primer término, el inciso segundo del artículo 1º de la Constitución Política sentencia que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” reafirmando la idea de que la vía a través de la cual una persona ingresa a la sociedad es, precisamente, a través de la familia. Desde ese punto de vista, la familia, como grupo intermedio natural, resulta fundamental para preservar el cuerpo social. Adicionalmente, la familia cumple una serie de funciones que han llevado a concebirla como “núcleo fundamental de la sociedad” y a imponer al Estado el deber de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Así se distingue, en primer lugar, “una función de equidad generacional, caracterizada por la promoción de la solidaridad diacrónica entendida como la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes. En segundo lugar, la función de transmisión cultural, pues se considera que la familia natural educa en la lengua, las costumbres, las creencias religiosas, las formas de relación legitimadas socialmente y el trabajo. En tercer lugar, la función de socialización, que alude a la provisión de los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio, pues se tiende a coincidir en su apreciación como una comunidad, inserta en una red de comunidades. En cuarto lugar, cumple una función de control social, pues transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas, con la observancia de preceptos que involucran asumir responsabilidades de interés colectivo y con la adscripción a códigos morales que promueven la virtud. En quinto lugar, cumple una función de afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral”.

2. La familia en la normativa internacional y los derechos esenciales de sus miembros

La familia es incorporada en el reconocimiento efectuado por los pactos internacionales de derechos humanos de mayor trascendencia, los cuales asumen a su respecto una noción abierta, considerándola núcleo base de desarrollo de las personas.

Entre esta normativa internacional: el Art. 16 de la declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵; el Art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁶; el Art. 17²⁷ y el Art. 23²⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹; el Preámbulo de la Convención sobre los

²⁵ Artículo 16 “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

²⁶ Derecho a la constitución y a la protección de la familia. Artículo VI. “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

²⁷ Artículo 17. Protección a la Familia

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

²⁸ Artículo 23 “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

²⁹ Artículo 10 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

Derechos del Niño³⁰; y, respecto el reconocimiento de la vida familiar y el desarrollo de los niños dentro del ámbito de la familia, el Art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derecho Humanos y las Libertades Fundamentales³¹; el Art. 7º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³²; y, el Preámbulo del Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional³³.

Normas supranacionales que forman parte del sistema de derechos humanos, y que consagran prerrogativas esenciales de alcance general a todos los individuos, con carácter universal, cualidad de relevancia para el establecimiento de la normativa que, en el ámbito local, pueda regir a la familia. Cada ordenamiento jurídico, si bien, libre de regular tanto a la familia como las relaciones entre sus miembros, conforme su realidad social, no puede prescindir de los derechos inherentes reconocidos a las personas en el núcleo más básico para su desarrollo.

Derechos del hombre, que se fundan en la naturaleza misma de la persona humana y en su dignidad, universales, absolutos e inalienables³⁴, que, a lo

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

³⁰ “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”

³¹ “Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

³² Art. 7º “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

³³ “Reconociendo que el niño, para el desarrollo pleno y armónico de su personalidad, debería crecer en un ambiente de familia y en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión”.

³⁴ Respecto las características indicadas, el profesor Agustín Squella, señala “Universales en cuanto adscriben a todos los seres humanos sin excepción, de modo que ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, puede justificar que se les desconozca respecto de una o mas personas; absolutos en cuanto no se admite su violación en caso alguno; e inalienables en cuanto se trata de derechos inseparables de la condición de persona y que nadie podría renunciar”. Cfr. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, (2000), “*Introducción al Derecho*”, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, pp. 165 y 166.

largo de la historia, han experimentado primeramente un proceso de positivación a nivel de los ordenamientos jurídicos internos de los estados, siendo incorporados como derechos fundamentales, principalmente en sus textos constitucionales, para luego en su evolución, al decir de SQUELLA NARDUCCI, seguir procesos de generalización, expansión, internacionalización y especificación³⁵. La expansión se refiere al progresivo incremento del catálogo de los derechos humanos que, en una primera generación comprendió los llamados derechos civiles, personales o derechos de autonomía, para ampliarse luego a los derechos políticos -2º generación- y finalmente, en un tercer momento, reconocer los derechos económicos, sociales y culturales o derechos de promoción, fundados en el valor de la igualdad. Esta evolución ha traído consigo la internacionalización y especificación de los derechos humanos, en torno a su reconocimiento supranacional a través de los acuerdos internacionales³⁶, identificación de los sujetos titulares de particulares prerrogativas, atendidas su situación dentro de las sociedades, *v.gr.* la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Importante es considerar que, tanto en el sistema español³⁷ como en el chileno³⁸, conforme sus disposiciones constitucionales, estas prerrogativas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos, cumplida su ratificación, pasan a integrar directamente los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, complementando y, en ocasiones, completando el reconocimiento de los derechos esenciales de las personas en el orden interno.

³⁵ Véase, *Ibid.*, pp. 192 - 202

³⁶ Véase, *supra* n.25 a 33.

³⁷ Véase, *supra* n.14.

³⁸ Véase, *supra* n.15.

Capítulo Segundo

Regulación legal de la familia. El derecho de familia y sus principios

Connatural a los seres humanos y reconocida en sistemas jurídicos nacionales e internacionales, de relevancia es precisar la función que corresponde al derecho en el ámbito de la familia, pues claro está, la familia existe con anterioridad e independientemente de la regulación que de ella efectúe el derecho. Para DÍEZ-PICAZO, cumple un doble rol: de organización, tanto en lo referido a las normas que regulan su constitución, disolución o extinción; y, de composición entre sus integrantes, ante las divergencias que pudieren existir³⁹. El mismo autor señala además “[...] el derecho del Estado interviene en esta materia para permitir un espacio aséptico en que puedan ejercitarse los derechos fundamentales”⁴⁰.

Continuando en la tarea que nos hemos propuesto, importantes nos resultan los aportes de las profesoras GETE ALONSO Y CALERA, YSÁS y SOLE, “El derecho de familia toma como presupuesto los diferentes estados en que se encuentran las personas a causa de las relaciones que existen entre ellas y que se generan del vínculo de parentesco o de la situación de convivencia que las une, al objeto de regular aspectos de la vida humana que afectan su identidad, desarrollo personal y esfera económica. Las reglas del derecho de familia toman como presupuesto aquellos hechos relativos a la vida que se dan en la realidad social a los que se regula con la finalidad de procurar el desarrollo y protección integral de la persona y de su dignidad”⁴¹.

Indiscutible resulta concluir que al derecho le corresponde, al menos, una relevante misión respecto la familia, regular las relaciones que la constituyen o que

³⁹ Véase, ROCA I TRIAS, (2014), *Op. Cit.*, p.80

⁴⁰ DIEZ PICAZO, Luis, en el prólogo de ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), *Op. Cit.*, p. 14

⁴¹ GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen; YSAS, María; SOLE, Judith, *Op. Cit.*, p.17

en ella se generen, sobre la base del respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas que la integran, orientando su mayor bienestar. La familia se convierte así en centro de relaciones jurídicas.

Desde la doctrina tradicional, el derecho de familia se ha definido como “el conjunto de normas de carácter especial que ordenan las relaciones referentes a los miembros de la familia, no solo las que afectan a estos entre sí, si no también a las de éstos con los demás y que organizan la familia”⁴². El autor chileno RAMOS PAZOS, citando a CASTAN TOBEÑAS, alude a él como “el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia”⁴³.

Sobre el concepto en análisis, los autores aportan una distinción que distingue una faceta interna – regulación de las relaciones que se generan entre los miembros de la familia – y, otra externa, que regula la “forma en que se vinculan los miembros de la familia y la propia familia con el resto de los individuos de la sociedad”⁴⁴. Modernamente además y, volviendo sobre la idea de heterogeneidad del fenómeno familiar dentro de una sociedad pluralista, se comienza a escuchar la voz derecho de las familias o derecho familiar, con el objeto de superar la posible rigidez que denotaría el vocablo derecho de familia, significante de un único y singular modelo de familia que el derecho regularía.

Se configura el actual derecho de familia⁴⁵, de las familias o familiar, como derecho privado -no obstante el resguardo y protección de la institución en

⁴² MORENO QUESADA, Luis, *Op. Cit.*, p.23

⁴³ CASTÁN TOBEÑAS, José (1976), *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo V, vol. I, Reus S.A., Madrid, p. 44, *apud* RAMOS PAZOS, René (2010), *Derecho de Familia*, tomo I, Ed. jurídica de Chile, 7º ed., Santiago de Chile, p.14.

⁴⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, (2011), *Op. Cit.*, p.9.

⁴⁵ Sobre las mutaciones que ha experimentado el moderno derecho de familia y sus proyecciones, véase MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, (2017), “El derecho de familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”, en ACUÑA SAN MARTIN, Marcela; DEL PICO RUBIO, Jorge (Edit.), *Estudios de Derecho Familiar – Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*, Ed. universidad de Talca, 1º ed., Talca, pp. 19 – 54.

diversas ramas del ordenamiento jurídico, *vgr.* constitucional, penal, administrativa y adjetiva-, reglando las relaciones de sus integrantes, sobre el principio de igualdad y respeto de sus prerrogativas esenciales, cuya base regulatoria, por una parte, debe respetar la autonomía de la voluntad de los vinculados⁴⁶ y, por otra, debe establecer normas que protejan a aquellos integrantes, a quienes, por su situación concreta, la familia deba otorgarles los cuidados adecuados a su desarrollo⁴⁷.

Las tres líneas rectoras del moderno derecho de familia, según DOMINGUEZ HIDALGO, son: la libertad, la igualdad y la equidad, siendo los principios que han operado las profundas transformaciones que éste ha experimentado en las últimas décadas⁴⁸, las cuales se enfocan en el individuo y sus derechos subjetivos, impulsado por la influencia de tratados de derechos humanos

⁴⁶ Respecto lo imperativo y lo dispositivo en el derecho de familia, véase, DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 44 – 45; Sobre el matrimonio y la autonomía de la voluntad, véase ROCA I TRIAS, (2014), *Op. Cit.*, pp. 73 – 104; y, pp.111 – 132, respecto los hijos y la autonomía de la voluntad.

⁴⁷ Véase DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 42, que plantea como líneas más profundas de reflexión en torno a la reforma del derecho de familia en España, las siguientes: “a) la desaparición de los vínculos autoritarios, la disolución del sistema jerárquico y la construcción de un grupo familiar de base asociativa; b) el pluralismo jurídico, en el sentido de un ordenamiento jurídico y de un legislador que no implantan un modelo o sistema único, sino que admiten la coexistencia de múltiples sistemas dentro del respeto del orden público y en consecuencia admiten una amplia libertad de pacto para el establecimiento de los concretos modos familiares; c) la consagración definitiva de la familia nuclear, pues aunque subsisten los llamados lazos de parentesco mas allá de las relaciones conyugales y de las de padres con hijos, no hay de ellos una regulación orgánica, sino esporádicas y fragmentarias menciones; y d) una nueva privatización del Derecho de Familia en el sentido de que la familia deja de ser un cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado y es solo un cauce de realización de fines individuales”.

⁴⁸ Respecto las líneas rectoras de la evolución del derecho de familia y los diversos aspectos que han sido objeto de variadas –y desarticuladas- modificaciones legales en Chile, *Cfr.* DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, (2005), “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 2, pp. 205 – 218.

centrados, precisamente, en la persona⁴⁹. En este marco, la doctrina⁵⁰ identifica

⁴⁹ A modo ejemplar, podemos referir modificaciones legales efectuadas en distintos ordenamientos jurídicos de derecho continental, tanto en Europa como en América Latina:

- En España, entre las normas de reforma más relevantes al derecho de familia en su conjunto, podemos mencionar: Ley 14/1975, de 02 de mayo, que establece igualdad jurídica entre los cónyuges; Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad, régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 07 de julio, modifica la regulación general del matrimonio, y regula la separación, nulidad y divorcio; Ley 13/2005, de 01 de julio, sobre matrimonio; Ley 15/2005, de 08 de julio, separación y divorcio; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.
- En Italia: Ley de 01 de diciembre de 1970, n. 898, que regula el procedimiento de disolución del matrimonio; la Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151, de reforma al código civil italiano en materia de derecho de familia; y, en los últimos años, el Decreto Legislativo 28 de diciembre de 2013 n. 154, con vigencia desde el 07 de febrero de 2014, modifica el código civil italiano en materia de filiación.
- En Alemania, el BGB de 1900, ha experimentado importantes modificaciones mediante la Ley de 14 de junio de 1976, vigente desde el 01 de enero de 1977 en materia de divorcio; la Ley de 18 de julio de 1979, respecto los derechos de la niñez; y, la Ley de 16 de diciembre de 1997, vigente desde el 01 de julio de 1998, relativa a filiación, patria potestad, adopción.
- En Francia, la Ley N° 75-617, de 11 de julio de 1975, reforma en materia de divorcio; Ley 87-570, de 22 de julio de 1987; la Ley 93-22, de 08 de enero de 1993, sobre estado civil familiar y derechos de la infancia; la Ley N° 96-604, de 05 de julio de 1996, sobre adopción; la Ley N° 97-897, de 1997 que modifica el código civil en materia de regímenes matrimoniales; la Ley N° 2002-93, de 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilas del estado; y, la Ley N° 2002-305, de 04 de marzo de 2002, relativa a autoridad parental y cuidado compartido.
- En Argentina, mediante la Ley N° 26.994, de fecha 01 de octubre de 2014, se aprueba el nuevo código civil y comercial de la República argentina, vigente –por disposición de la Ley N° 27.077, publicada el 19 de diciembre de 2014- desde el 01 de agosto de 2015, que reemplazó el código civil vigente desde el año 1871. Véase HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo, et al (Dir.), (2015), “Código Civil de la Nación Comentado – Tomo II Libro II”, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1º ed., Buenos Aires, p. X, en la Introducción al Libro II señalan: “Este reconocimiento legislativo es el resultado de varios hitos normativos que se han dado en los últimos años y que han posicionado a la Argentina en un lugar de vanguardia en el campo del derecho de familia. [...] En este segundo tomo, el lector encontrará la mayor cantidad de modificaciones que observa el nuevo texto civil y comercial, siendo en el campo de las relaciones de familia donde más cambios se introducen, en total consonancia con los nuevos aires legislativos y sociales sintetizados. En definitiva, es aquí donde se observa uno de los mayores esfuerzos en esta búsqueda constante y sonante por un derecho más humano; es decir, por un derecho de familia plural, inclusivo, solidario y responsable”.
- En Chile, con anterioridad al año 1989 se efectuaron algunas modificaciones aisladas, con posterioridad, se identifican una serie de reformas legales, cuya característica ha sido la falta de sistematización, lo que nos lleva a sostener que la actual regulación del derecho de familia en Chile es fragmentada: Ley 18.809, DO 09-06-89, deroga la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal; Ley N° 19.325, DO 27-08-94, de violencia intrafamiliar; Ley N° 19.335, DO 23-09-94, crea el régimen de participación en los gananciales y los bienes familiares; Ley N° 19.585, DO 26-10-98, ley de filiación –con vigencia 1 año después de su publicación en el DO-; Ley N° 19.611, DO 16-06-99, sobre igualdad jurídica entre hombres y mujeres –modifica Art. 1 y 19 N° 2 de la CPE; Ley N° 19.620, sobre adopción, DO 05-08-99 –con vigencia simultánea con la ley de filiación-; Ley N° 19.741, DO 17-05-04, modifica la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; Ley N° 19.947, DO 17-05-04, nueva ley de matrimonio civil; Ley N° 19.968, de tribunales de familia, DO 30-08-04 –con vigencia desde el 01 de octubre de 2005; Ley N° 19.741, DO 24-07-01 y ley N° 20.152, DO 09-01-07, ambas de modificación a la ley de abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; Ley N° 20.680, DO 21-06-13, sobre derechos y obligaciones entre padres e hijos; y, la Ley N° 20.830, DO 21.04.15, que crea el acuerdo de unión civil, con vigencia 6 meses después de su publicación en el DO.

⁵⁰ Véase, BARCIA LEHMANN, *Op. Cit.*, p.9; TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio (2014), “Principios, reglas y sanciones del derecho de las familias”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), Vargas Aravena, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, pp. 354 – 355; FAYOS GARDÓ, Antonio (2011), “Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil”,

como principios de esta rama del derecho civil, los de igualdad, libertad, solidaridad familiar, respeto recíproco, intimidad, protección del interés superior del niño y del cónyuge menos favorecido; y, búsqueda de la verdad biológica en materia de filiación, en un ámbito de relaciones en que prima la entrega desinteresada de un familiar por el otro y en el que afinidades y afectos tienen afán de prolongarse, lo que caracteriza a las reglas jurídicas que se aplican en el campo familiar, y las distingue de aquellas que rigen en el ámbito netamente patrimonial⁵¹. Los principios enunciados constituyen la base del actual sistema de derecho familiar, de ahí que se sostiene que éstos constituyen una forma de aplicación directa del derecho –más allá de una forma de integración del derecho de familia como vía supletoria frente a vacíos normativos-, por lo que no cabe la aplicación de normas jurídicas de carácter general contra principio⁵².

En este contexto de la familia y el derecho que la regula, se presentarán diversos conflictos jurídicos en las relaciones subyacentes, que no pueden ser afrontados con las mismas reglas que rigen para las materias eminentemente patrimoniales, ni con normas que proporcionen una solución única, pues es un ámbito en que deben conjugarse diversos criterios e intereses. Surge la necesidad de contar con una legislación que, dando cumplimiento a las bases normativas constitucionales, sean capaces de adecuarse al caso concreto para dar una solución eficaz al conflicto familiar, ROCA I TRIAS, sostiene como única posible manera, “aquella que utiliza cláusulas generales contenedoras de los principios que rigen este subsistema”⁵³, se trata de la técnica legislativa de cláusulas abiertas y conceptos jurídicos indeterminados, que frente a la cambiante estructura de base a la que van dirigidas las normas, “obliga al legislador tomar decisiones que pueden adaptarse a cada una de las formas que la familia toma, para evitar discriminaciones

en *Actualidad civil*, N°14, Sección A Fondo, quincena del 16 al 31 Jul. 2011, tomo 2, p.1566; MEDINA, Graciela (2015), “Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado”, en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, N°5, septiembre 2015, p.2.

⁵¹ Cfr., TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014), *Op. Cit.*, p. 355.

⁵² Véase, BARCIA LEHMANN, *Op. Cit.*, p.4.

⁵³ ROCA I TRIAS, Encarna, (2014), *Op. Cit.*, p.32.

y desprotección de derechos de los miembros de estos grupos...”⁵⁴. Técnica que permitiría superar la rigidez positiva y, que contribuye a que los operadores jurídicos cuenten con los mecanismos y herramientas para hacer efectivos los derechos de las personas dentro del núcleo familiar.

⁵⁴ *Ibid.* pp. 62 – 63. “Se trata de aquellos conceptos que no aparecen plenamente determinados en la propia legislación y que deben ser objeto de precisión por los organismos que deban aplicarlos”.

Capítulo Tercero

El conflicto familiar y sus consecuencias jurídicas: sanciones y reparaciones

La moderna noción de familia incluye todas las formas en que, dentro de la sociedad actual, ésta se conforma, superándose la idea de grupo –familia extensa-, para dar lugar a la familia nuclear y fragmentaria, reconocida como el núcleo fundante para la satisfacción de los derechos esenciales de las personas que la integran. Idea central, que como hemos revisado, está presente en los ordenamientos locales y en la normativa supranacional.

El derecho de familia regula las relaciones de sus miembros, sobre la base de los dos ejes en que ésta se estructura: las relaciones afectivas que la fundan; y, las relaciones paterno–filiales que dentro de ella se generan, sustancialmente, porque entre los fines de la familia se encuentra el de transmitir la cultura, educar y criar a los hijos, niños para los cuales su medio natural será la familia. En los conflictos que puedan presentarse en la interacción y coexistencia de sus miembros, es que corresponde al derecho arbitrar las herramientas jurídicas suficientes para dar una respuesta acorde con los principios que en la actualidad la inspiran y sustentan, teniendo presente que en el entramado de las relaciones familiares, también pueden provocarse daños.

La identificación de daños indemnizables en el ámbito familiar, pasó inadvertida bajo el imperio de los códigos civiles decimonónicos al inicio de su vigencia, ya que regularon una única jerarquía familiar, radicada en el padre-marido, que suprimía cualquier responsabilidad de orden civil, por los daños que pudieran sufrir algunos de los integrantes del grupo. Todavía más, bajo este enfoque, es posible concluir una cierta tolerancia a los perjuicios experimentados por la mujer, los hijos y cualquier miembro de la familia extensa en su persona en el ámbito doméstico, para los cuales no resultaban aplicables las reglas de responsabilidad civil general. Ahora bien, con carácter específico estas legislaciones si

contemplaban, en relación con el aspecto patrimonial que surge de las relaciones personales de familia, hipótesis concretas de reparación de daños materiales ocasionados entre sus miembros. Claro está, éstas últimas no significan un gran aporte para resolver el tema de la reparación de los daños extrapatrimoniales, es más, podemos apreciar que el legislador las incorpora en este ámbito, sólo por aplicación de las reglas generales por daños patrimoniales y, no tienen como objetivo establecer la procedencia de la responsabilidad civil en el derecho de familia⁵⁵.

En la evolución normativa, el personalismo jurídico⁵⁶ que trasciende también a la familia, ha significado que los ordenamientos jurídicos vayan insertando en sus sistemas disposiciones que posibiliten la reparación de daños personales producidos entre familiares.

En la actualidad, las consecuencias jurídicas de un conflicto familiar discurrirán por distintas vías, conforme tenga una solución particularmente contemplada en el ordenamiento, ya sea un remedio específico, con un fin eminentemente sancionatorio; o, la indemnización de los perjuicios provocados, teniendo como objetivo su reparación. En este último caso, las disposiciones determinan el tipo de daño resarcible -patrimonial o moral-; y, establecen las particulares exigencias para su procedencia, las que resultan aplicables sólo a las hipótesis que expresamente se regulan, no obstante que, como seguidamente veremos, existen legislaciones que contemplan, para esos casos, la remisión a las reglas generales de responsabilidad.

⁵⁵ Cfr. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014), *Op. Cit.*, pp. 357 – 358, relaciona el autor con la clásica distinción al interior del derecho de familia, entre los derechos de familia propiamente tales, de los derechos de familia patrimoniales.

⁵⁶ DUTTO, Ricardo (2007), *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, p. 33 señala, “esta revalorización de la persona humana y sus derechos encuadra en el nuevo “personalismo jurídico” con exigencia de protección de los derechos fundamentales de la persona, no sólo frente al poder público sino frente a los demás individuos y en todos los ámbitos, la vida cotidiana y la familia”. Respecto el personalismo jurídico, Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1993), “Protección de la Persona Humana”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *et al*, *Daños y protección a la persona humana*, La Rocca, 1ª ed., Buenos Aires, pp. 21- 25.

- Incumplimiento de deberes familiares para los cuales se determinan remedios específicos como sanción al infractor.

Los remedios específicos son aplicables para sancionar la conducta dañosa, con lo cual ésta no queda impune. El énfasis está puesto así en quien provoca el daño. El ejercicio de la acción para sancionar al culpable, por regla general, es de titularidad de la víctima y su repercusión concierne a ámbitos concretos de la relación familiar, en la que se encuentran vinculados el perjudicado y el causante del daño.

En concreto, las consecuencias de la acción dañosa en el seno familiar se manifiestan en el ámbito matrimonial, *v.gr.* en la separación judicial y el divorcio por causales en las legislaciones que mantienen la exigencia de cumplimiento de éstas⁵⁷ para su solicitud –ya sea, genéricas o específicas–, como es el caso chileno⁵⁸ que, para ambas instituciones exige violación grave de las obligaciones y deberes emanados del matrimonio o para con los hijos, que hagan intolerable la vida en común, desarrollando luego, a modo ejemplar, hipótesis particulares que traducen

⁵⁷ En España, la Ley Nº 15/2005, de 08 de julio, por la que se modifican el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, establece un nuevo sistema de divorcio basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges, desligado de la idea de culpa y cumplimiento de causales.

⁵⁸ Ley Nº 19947 Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil:

Art. 26 “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.”

Art. 54 “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º.- Tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de tránsito grave de los deberes del matrimonio;

3º.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4º.- Conducta homosexual;

5º.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

6º.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”

este supuesto genérico, para el caso del, denominado doctrinariamente, divorcio sanción; y, en el ámbito paterno-filial, en la privación de los derechos concedidos a los padres respecto del hijo⁵⁹.

Sanciones que también se extienden al orden sucesorio, con la pérdida de derechos por esta vía⁶⁰ y el establecimiento de causas de indignidad y

⁵⁹ CC español – Art. 111: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

- Art. 170: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

CCCat – Art. 235-14 “Eficacia limitada.

1. Los efectos de la declaración de filiación se limitan a la mera determinación de este estado, a petición de los hijos mayores de edad o emancipados o del representante legal de los menores de edad o incapacitados, en los siguientes casos:

a. Si el progenitor ha sido condenado por sentencia firme en un procedimiento penal por causa de las relaciones que han dado lugar a la filiación.

b. Si la filiación reclamada ha sido declarada judicialmente con la oposición del progenitor demandado.

c. Si el reconocimiento se ha hecho con mala fe o con abuso de derecho.

2. La determinación de la filiación en los casos a que se refiere el apartado 1 no produce ningún efecto civil a favor del progenitor, el cual está siempre obligado a velar por el hijo y a prestarle alimentos”.

- Art. 236-6 “Privación de la patria potestad. 1. Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista”.

CC chileno – Art. 203 “Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente.

El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes.

Sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que está privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante”.

- Art. 238 “Los derechos concedidos a los padres en los artículos anteriores no podrán reclamarse sobre el hijo que hayan abandonado”.

- Art. 239. “En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su inhabilidad moral hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; a menos que ésta haya sido después revocada”.

⁶⁰ CC chileno – Art. 994 “El cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido. Tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203.

desheredación⁶¹; la pérdida del derecho de alimentos⁶²; la revocación de las donaciones por causa de matrimonio⁶³; y, en el ámbito puramente pecuniario, la declaración judicial de extinción del régimen de comunidad de bienes⁶⁴ si fuere éste el régimen patrimonial que rigiera entre los cónyuges.

⁶¹ CC español – Art. 854 N°1 “Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170”.

- Art. 855 N°1 “Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes: 1.ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. 2.ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170”.

- Art. 756 N° 1 – 2 “Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo, el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo

⁶² CC español – Art. 152.4 “Cesará también la obligación de dar alimentos: 4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”.

CC chileno – Art. 324 (3º) “Quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición”.

⁶³ Artículo 1343 CC español: “Estas donaciones serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos.

En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron.

En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. Se estimará ingratitud además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio”.

Art. 172 CC chileno: “Art. 172. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la separación judicial por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad”.

⁶⁴ Artículo 1393 cc español: “También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad [...].

4º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas”.

Art. 232-36 CCCat: “2. El régimen de comunidad de bienes se extingue por resolución judicial, a petición de uno de los cónyuges, si se produce alguna de las siguientes circunstancias:

- Casos expresamente regulados que establecen la indemnización de perjuicios en el ámbito familiar

En el derecho español, el Art. 98 del código civil⁶⁵, hace procedente la indemnización a favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio fue declarado nulo, en caso de haber existido convivencia conyugal, teniendo en cuenta las circunstancias que guían la determinación judicial de la compensación tras la separación o el divorcio; el Art. 168⁶⁶ del mismo código, que contempla indemnización de daños y perjuicios por pérdida o deterioro de los bienes del hijo en la administración de sus bienes por los padres, efecto de la patria potestad. Indemnización que, anotamos desde ya, resulta procedente en caso que las pérdidas o deterioros provengan de dolo o culpa grave de los padres.

En la legislación chilena, también se ha dispuesto normativamente la indemnización de perjuicios como una medida particular, aplicable en determinados supuestos del contexto familiar: en el código civil, en caso de pasar la mujer a nuevas nupcias configurando el impedimento impediente, da lugar a la indemnización de perjuicios y costas provenientes de la incertidumbre de la paternidad, solidariamente en contra de la mujer y su nuevo cónyuge, conforme lo

b. Incumplimiento grave o reiterado por el otro cónyuge del deber de informarlo de sus actividades económicas.

c. Gestión patrimonial irregular o supervención de alguna circunstancia personal o patrimonial en el otro cónyuge que comprometa gravemente los intereses de quien solicita la extinción [...].

Art. 155 Inc. 2º CC chileno "El juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido.

También la decretará si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que imponen los artículos 131 y 134, o incurre en alguna causal de separación judicial, según los términos de la Ley de Matrimonio Civil [...]."

⁶⁵ Art. 98 CC español: "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97".

⁶⁶ Art. 168 CC español: "Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.

En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos".

prescrito por el inciso 3º, del artículo 130⁶⁷. El inciso final del Art. 141⁶⁸ del mismo código, hace procedente la indemnización de perjuicios en contra del cónyuge que ha obtenido fraudulentamente la declaración de un bien como familiar, con independencia de la sanción penal que pudiere corresponderle. La actuación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona del demandado, también es tenida en consideración por el legislador para determinar la indemnización de perjuicios por parte de aquel que ejerza una acción de filiación, según lo prescrito por el inciso 2º del Art. 197⁶⁹. La indemnización de perjuicios también se contempla en el Art. 328⁷⁰, respecto aquel que haya incurrido en dolo para obtener alimentos. Fuera del código civil, la ley N° 20.066, de violencia intrafamiliar, en su Art. 11⁷¹ establece la obligación del condenado de pagar los desembolsos y perjuicios patrimoniales ocasionados a la víctima con los actos de violencia intrafamiliar.

Otros ordenamientos en hipótesis más amplias, reconocen el daño que puede producirse entre familiares y contemplan su indemnización exigiendo gravedad en el resultado dañoso *v.gr.* Francia, Art. 266 del code civil⁷², modificado

⁶⁷ Art. 130: “Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial de conformidad a las reglas del Título VIII, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias.

Las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos serán decretados si así se solicita. Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido”.

⁶⁸ Art. 141 Inc. Final: “El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder”.

⁶⁹ Art. 197 Inc. 2º: “La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”.

⁷⁰ Art. 328: “En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo”.

⁷¹ Ley N° 20.066, Art. 11: “Desembolsos y perjuicios patrimoniales. La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez”.

⁷² Art. 266: “*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.*”

por la Ley 2004-439, con vigencia desde el 01 de enero de 2005, prescribe la configuración de consecuencias de especial gravedad que sufra una de los cónyuges por el hecho de la disolución del matrimonio; En Perú, Art. 351⁷³ de su código civil, contempla la reparación de daños morales con ocasión del divorcio, exigiendo que los hechos que determinen el divorcio comprometan gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. Otras legislaciones determinan que la indemnización del daño deberá regirse por el sistema general de responsabilidad, así, el Art. 1792 del código civil portugués⁷⁴, establece el deber del cónyuge culpable del divorcio de reparar los daños no patrimoniales ocasionados al cónyuge inocente; y, el Art. 587 del código civil y comercial argentino⁷⁵, en el eje paterno – filial, hace procedente la reparación del daño causado al hijo por falta de reconocimiento, reunidos los requisitos de la responsabilidad civil.

Destacamos, particularmente, las dos últimas legislaciones referidas pues nos permiten apreciar un reconocimiento expreso a la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil en las relaciones de familia, como consecuencia del daño provocado.

Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce".

Art. 266 "Sin perjuicio de la aplicación del Art. 270, se podrá conceder una indemnización por daños y perjuicios a uno de los cónyuges para reparar las consecuencias de especial gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, bien cuando fuera la parte demandada en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo matrimonial y sin que hubiese el mismo interpuesto ninguna demanda de divorcio, o bien cuando el divorcio fuese pronunciado atribuyendo exclusivamente las causas de culpabilidad a su cónyuge. Esta petición sólo podrá formularse en el procedimiento de divorcio", traducción por VALENZUELA DEL VALLE, Jimena, (2012), "Responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales y por el ejercicio abusivo del divorcio unilateral. Un estudio de su admisibilidad en Chile", en Revista de Derecho Universidad católica del Norte, Sección: Estudios, Año 19 – N° 1, n. 29, p. 249.

⁷³ Art. 351 "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral."

⁷⁴ Art. 1792 CC portugués, tras la reforma operada por la ley N°61/2008, dispone: "1. O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. 2. O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781 deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio".

Art. 1792 "1. El cónyuge lesionado tiene derecho a solicitar la reparación de los daños causados por el otro cónyuge, en los términos generales de la responsabilidad civil y en los tribunales comunes.

2. El cónyuge que solicite el divorcio con el fundamento de la letra b) del artículo 1781 debe reparar los daños no patrimoniales causados al otro cónyuge por la disolución del matrimonio; Esta demanda debe deducirse en la propia acción de divorcio." -traducción libre de la autora-

⁷⁵ Art. 587 ccycom argentino: "El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código".

Ante la falta de una norma expresa que haga procedente, en general, la responsabilidad civil en el ámbito familiar, la cuestión radica entonces, en determinar si, causado un daño entre familiares, fuera de los casos previstos concretamente en la normativa e, independiente o conjuntamente con los remedios específicos que pudieren ser aplicables como sanción al infractor, resultan aplicables las reglas generales de la responsabilidad civil para indemnizar el perjuicio ocasionado a la víctima.

MARTÍN-CASALS y RIBOT, han sostenido “[...] que las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar se apoyan en criterios muy endeble, tanto desde el punto de vista del Derecho de familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En la mayoría de los casos, obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro derecho de familia”⁷⁶. Advirtiendo los autores que este es un tema de moda, reconocemos su significativo aporte en la sistematización de grupos de casos de daños entre familiares, pero, habiendo efectuado el análisis de la evolución de ambas materias, consideramos que sí existen criterios suficientes para que, tutelando a la persona y su desarrollo, pueda tener cabida la reparación de los daños producidos en el contexto familiar, conforme las reglas de la responsabilidad civil.

⁷⁶ MARTIN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi, (2011), “Daños en el Derecho de Familia: Un Paso Adelante, Dos Atrás”, en *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. II, p. 503.

Capítulo Cuarto

Argumentos excluyentes de la responsabilidad civil en el ámbito familiar y su superación

Los argumentos que ha tenido presente la doctrina⁷⁷ y que, históricamente, habrían representado el límite para la aplicación de las normas de responsabilidad civil a los daños producidos en el ámbito intrafamiliar, se encuentran hoy superados. Como seguidamente pasamos a revisar, la evolución social de la familia y de su regulación legal, ha marcado el declive de los postulados tradicionales respecto la inmunidad entre cónyuges; la consideración del derecho de familia como un sistema cerrado; las reglas de moralidad implícitas en las relaciones domésticas, derivadas del modelo de familia incorporado en los códigos decimonónicos; la mantención de la armonía familiar en aras a un interés superior de ésta; y, el peligro de aumento excesivo de demandas por cuestiones triviales.

1. Inmunidad en las relaciones familiares

Para el autor italiano PATTI, la inmunidad que involucra la comunidad familiar es aquella que impide la aplicación de las reglas sobre responsabilidad civil en el caso que un acto ilícito cometido por un miembro de la familia, cause daño a otro familiar⁷⁸.

En el análisis de VARGAS ARAVENA⁷⁹, el autor distingue, la inmunidad en un sentido amplio -que denomina como derecho a la irresponsabilidad- siendo “aquella que permite la total exención del recurso a las normas de responsabilidad

⁷⁷ Véase un análisis extenso de cada argumento en RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, (2009), *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial Referencia al Ámbito de las Relaciones Paterno Filiales*, Aranzadi, 1º ed., Cizur Menor, pp. 33 ss.

⁷⁸ PATTI, Salvatore, (2014), “Familia e Inmunidad”, traducción al español de la conferencia impartida en la convención Persona y Comunidad Familiar (Salerno, 5 – 7 noviembre de 1982), publicada originalmente en Edizioni Scientifiche Italiani (ESI), Napoli, 1984, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), Vargas Aravena, David (Coord.), *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, pp. 1 – 2.

⁷⁹ VARGAS ARAVENA, David (2009), *Daños civiles en el matrimonio*, La ley, 1ª ed., Madrid, p.20.

civil, que hace aplicables a éstas por el hecho de que el daño se cause entre personas pertenecientes a una familia”; y, la inmunidad en sentido estricto, concibiéndola como un privilegio “que modifica el normal empleo de las citadas normas indemnizatorias, alterando las reglas en ellas previstas, amparados en el vínculo familiar que une a dañante y dañado, ya que no se trata de una exención total sino parcial, constituyendo una cierta ventaja para el autor del daño”⁸⁰. En esta disquisición, importante señalar que la naturaleza afectiva de la relación familiar y los principios de solidaridad e intimidad que sustentan su regulación, determinarán la configuración del daño indemnizable, el cual deberá revestir una cierta magnitud y provenir de una conducta significativa, resultando así excluidas las molestias cotidianas acontecidas en las relaciones domésticas entre los miembros de una familia, pudiendo esta circunstancia entenderse como un privilegio o inmunidad en sentido estricto, según la distinción efectuada por el profesor chileno.

La inmunidad que ahora nos aboca, es aquella que excluye la responsabilidad por los daños provocados entre miembros de la familia, sólo por tal característica y, en este alcance, concordamos con MARTIN-CASALS y RIBOT, quienes sostiene que, “si la inmunidad se define como “libertad[...] para dañar, amparados[...] en la relación familiar”, no cabe duda que en el derecho privado de las relaciones familiares hoy no existe semejante inmunidad”⁸¹.

En general, en los códigos civiles decimonónicos no se establecen reglas expresas que consagren la inmunidad referida, según RODRIGUEZ GUITIAN constituirían una regla de moralidad que se explicaría “desde la naturaleza propia de las relaciones familiares, de las que derivan vínculos de solidaridad y gratuidad, de manera que parece que el perjudicado por un daño causado por un miembro de

⁸⁰ Cfr. LEPIN MOLINA, Cristian, *Op. Cit.*, p. 422

⁸¹ MARTIN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi, *Op. Cit.*, p.525

su familia tiene un cierto deber de tolerarlo y aceptarlo y, por tanto de no interponer litigios que puedan romper la armonía doméstica”⁸².

En la reflexión italiana del siglo XX en torno al tema, RESIGNO, según da cuenta ZAMBRANO, desarrolla una doctrina que “sin ser insensible al destino de los derechos individuales, prefirió poner atención a la interferencia estatal en la vida del grupo, en garantía de ellos mismos”⁸³, en la que, la presencia de terceros – *v.gr.* el estado, la ley- se diluye frente a las comunidades menores y a la familia. Precisa que, la familia, entre “todas las estructuras sociales es ciertamente la menos penetrable en cuanto a los controles sobre la vida y en el orden interior; comunidad intermedia, marcada con la máxima inmunidad”⁸⁴. Para la autora referida, “Tales coordenadas propician la apertura en la malla social de los espacios libres del derecho, pequeños mundos en el cual el estado, la justicia, la ley o el reglamento no pueden entrar, en una hipótesis de “ningún derecho”[...] La ley parece detenerse ante la familia. Ésta se abre a la desregulación, a la bondad extrema respecto los mecanismos de mediación para componer las controversias; a la perpetuación de la lógica de la inmunidad y las exenciones a cambio de exigencias acentuadas en los aspectos privados de mayor intimidad. El objetivo es evitar la caída hacia una dimensión publicitaria de la estructura de la familia[...]”⁸⁵. La inmunidad, presente por tradición y costumbre en el derecho italiano, más que por disposición legal –la que no existe-, se sustenta en el contenido moral de los deberes emanados del matrimonio y en la facultad de corrección de los padres respecto los hijos, configurando una suerte de ley especial que regiría las relaciones domésticas, en las que no se aplican las normas comunes de protección a las personas y en las que no se reflejan las crisis y conflictos que pueden acontecer en su interior.

⁸² RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 37. En similar sentido, véase FERRER RIBA, Josep (2001), “Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños”, en *InDret*, Octubre, 04/2001, pp. 4 – 13, disponible en http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf, fecha consulta 10 de julio de 2017.

⁸³ ZAMBRANO, Virginia, (2014), “Responsabilidad Civil en el Entorno Familiar (“Proyectos para el Futuro: No Subestimar las Consecuencias del Amor””, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad Civil y Familia*, 1ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, p. 16

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ *Ibid.*, p. 17

La trascendente reforma introducida en el derecho de familia italiano, por la Ley N°151, de 19 de mayo de 1975, que modificó el código civil, contribuyó a superar la perspectiva comentada, que “por su sensibilidad igualitaria y antiautoritaria, determinará un cambio en la jerarquía axiológica interna del art. 2° de la Constitución⁸⁶, y la emergencia del tema del individualismo [...]”⁸⁷; Lo anterior, unido al reconocimiento de la importancia jurídica de los derechos subjetivos y deberes emanados de las relaciones familiares, llevan a que en la doctrina italiana se planteen los derechos relativos que pueden identificarse al interior de la familia y la categoría del interés legítimo insertas en las relaciones domésticas, en este sentido PATTI señala, “la inmunidad comienza a convertirse en un recuerdo del pasado y se puede percibir un derecho europeo de la familia caracterizado por la tolerancia y el equilibrio entre las exigencias del individuo y aquellas de la comunidad familiar, en un contexto de respeto y atención de las necesidades de los sujetos más débiles, y de las expectativas de la sociedad”⁸⁸.

En el sistema del *common law*, en cambio, originariamente y al alero de la jurisprudencia, estos “ámbitos de exención o atenuación de responsabilidad”, que nos refiere FERRER RIBA, dejaron fuera del sistema de reparación, los daños ocasionados en la relación familiar⁸⁹.

En efecto, en el derecho inglés, producto de la labor jurisprudencial, se forjaron reglas de inmunidad a favor de ciertas personas que provocaban daños a

⁸⁶ *Costituzione della Repubblica Italiana*. Art. 2 “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

⁸⁷ ZAMBRANO, Virginia, *Op. Cit.*, p. 20

⁸⁸ PATTI, Salvatore, (1997), “Cento Anni dal Codice Civile Tedesco: Il Diritto di Familia”, en *Riviste Diritto Civile*, I, p. 690, *apud* ZAMBRANO, Virginia, *Op. Cit.*, p. 20

⁸⁹ Un análisis detallado de los privilegios e inmunidades en el derecho civil codificado y en el *common law*, en FERRER RIBA, Josep, *Op. Cit.*, pp. 4 – 13.

otros miembros del grupo familiar, excepciones de relaciones familiares o de *domestic relations*, fundados en la *interpousal immunity*; y, en la *parental immunity*⁹⁰.

La primera, fundada en la doctrina *of the marital unity*, de raigambre bíblica, con sustrato en la posición que ocupaba el *paterfamilias* en el derecho romano, sustenta que, unidos en matrimonio, la personalidad jurídica de la mujer se funde con la de su marido, consecuentemente la titularidad de todos los derechos de la mujer reposan en el hombre, resultando así ésta vedada de ejercer cualquier acción por *torts* –daños en contra de su persona o de su propiedad- en contra de su marido, quien es su misma persona. La evolución de la institución da cuenta que en Estados Unidos de Norteamérica, ya en 1844 comienzan a plasmarse una serie de leyes denominadas *Married Women's Property Acts*, cuya finalidad fue, precisamente, asegurar a la mujer casada una identidad legal diferenciada de la de su marido. En Inglaterra, se dictan las *Married Women's Property Act*, en 1870 y 1882, leyes que también tuvieron como objeto, permitir que la mujer casada accionara judicialmente contra su marido por los daños que éste le hubiere ocasionado, los que en general se admitieron respecto de daños a la propiedad. Los daños de contenido personal no fueron completamente aceptados, por lo que se siguió afirmando la vigencia a su respecto de un régimen de inmunidad, fundamentada en la mantención de la armonía conyugal y la protección frente a eventuales fraudes concomitados por los cónyuges en contra de las compañías aseguradoras. La tercera fase en la evolución de esta inmunidad se produce con el devenir del siglo XX, dictándose en Inglaterra, en 1962, la *law reform (husband and wife) act*, que posibilitó todo tipo de acción por daños entre cónyuges. En Estados Unidos, sostenida jurisprudencia a partir de 1914 y la dictación en 1977 del *Restatement of Torts 2nd*, que reflejó, en definitiva, el criterio de rechazar la inmunidad entre el marido y la mujer.

⁹⁰ Véase, RODRIGUEZ GUITIAN (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, n.32, pp. 33 – 36; FERRER RIBA, Josep, *Op. Cit.*, pp. 6 – 8; Cfr. ALGARRA PRATS, Esther, (2013), "Incumplimiento de Deberes Conyugales y Responsabilidad Civil", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), "*La Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*", Dykinson, 1ª ed., Madrid, pp. 37 – 38; MARTIN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi, *Op. Cit.*, p. 527; VARGAS ARAVENA, David (2009), *Op. Cit.*, p. 19; LEPIN MOLINA, Cristian, *Op. Cit.*, pp. 421 – 423; PATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, pp. 1 – 13.

La *parental immunity*, si bien participa de la misma idea de inmunidad dentro de las relaciones domésticas, desarrollado por la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos de Norteamérica, tuvo su inicio con el caso *Hewlett v. George*, resuelto en Mississippi, en 1891, basado en el mantenimiento de la paz social y familiar; la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a sus hijos; y, el eventual perjuicio de los hermanos de la víctima, ante la disminución del patrimonio paterno, directrices que, en definitiva, cambian con el *Restatement of Torts 2nd*, de 1977, que rechaza cualquier situación de excepción del padre o madre para responder por los daños provocados a los hijos. Sólo apuntar que en Inglaterra esta idea de inmunidad parental no tuvo desarrollo, pues, la identidad del hijo se concibe separada de la de su padre o madre.

Podemos concluir que, por distintas vías, se produce un acercamiento entre el sistema del derecho civil continental y el derecho anglosajón, superándose en ambos la idea de inmunidad, vinculado con el modelo de familia patriarcal, al cual se opone el de la familia contemporánea, la cual “debe estar al servicio de la persona y constituir el ámbito en que la persona ejerce sus derechos fundamentales y en el que se asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros”⁹¹.

2. Especialidad del derecho de familia

Conforme la doctrina tradicional, la característica de especialidad del derecho de familia dentro del derecho civil, constituyó una de sus notas esenciales. Ésta excluiría la aplicación de sanciones distintas a las contenidas dentro de sus propias normas. Consecuentemente, en las hipótesis de conflicto entre los miembros de una familia, sólo procedería el empleo de las sanciones que el mismo derecho de familia establece para los casos que regula, *v.gr.* respecto los cónyuges,

⁹¹ MARTIN-CASALS, Miquel, RIBOT, Jordi, *Op. Cit.*, p.525.

la separación o el divorcio; respecto los hijos, la pérdida de la patria potestad; y, otros remedios conectados con estos por la propia normativa, por ejemplo, en el orden sucesorio.

Este sistema cerrado de regulación, se construye así por las características de la relación familiar, las que deben desarrollarse en un contexto de libertad y en la que las amenazas resarcitorias no pueden tener cabida. De ser procedente el remedio externo de la responsabilidad civil, desnaturalizaría además su función pues se presentaría como una sanción para el cónyuge o padre incumplidor⁹².

Siguiendo este argumento, encontramos la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 10 de noviembre de 2009⁹³ que, entre sus consideraciones señala, que el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicables en consecuencia las normas de la responsabilidad civil, permitiendo aplicar solo las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador. Agrega además en su reflexión, que el carácter ético de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, impediría la procedencia de la responsabilidad civil.

Según da cuenta la profesora argentina Úrsula BASSET, respecto los planteamientos anteriormente señalados, un cierto inconsciente colectivo habría llevado “a que la doctrina admitiera sin mayores reparos el denominado “principio de especialidad del Derecho de Familia”, que era tanto como decir que el Derecho de Familia era una rama del Derecho Civil, y sin embargo, era una rama muy particular del Derecho Civil, que bien que informada de las instituciones civiles, las aplicaba en conjugación con principios netamente propios que a su vez funcionaban

⁹² Véase, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel (2001), “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2001 N°2, pp. 179 ss.

⁹³ Causa rol N° 7738-2007, de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3249/2009, fecha de consulta: 05 de mayo de 2017.

como prisma hermenéutico de los demás institutos vigentes”⁹⁴.

Al respecto, dos cuestiones relevantes a considerar: una, de la que dan cuenta DIEZ-PICAZO y GULLÓN, la curiosidad que les representa que, dentro del conjunto del derecho civil, se constituya como parte especial un derecho de familia, utilizando una rúbrica que no existe como tal en él, ni en los códigos seguidores del modelo francés⁹⁵; y, sólo recordar que el derecho civil, es el derecho común y general de aplicación supletoria, por lo cual ante un vacío normativo, en una primera aproximación, corresponde a éste colmarlo.

Superando los anteriores postulados, para RODRIGUEZ GUITIAN, “La obvia especialidad de las normas del derecho de familia debe tenerse en cuenta no para excluir la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil a los ilícitos entre familiares, sino para modificar tales normas generales en atención a la naturaleza especial del matrimonio y de las relaciones paterno filiales”⁹⁶. Orientación que también siguen ROMERO COLOMA y MARIN GARCÍA de LEONARDO⁹⁷.

En esta nueva mirada, el autor argentino DUTTO reflexiona, “la especialidad otorgada al derecho de familia para nada obsta a la aplicación de los principios generales de la responsabilidad, sino al contrario. Los intereses axiológicamente superiores que el mismo protege se resguardan en tanto respondan civilmente quienes los lesionan, no obstante, el mensaje del respeto a la

⁹⁴ BASSET, Úrsula, (2013), “Responsabilidad endofamiliar: perspectivas y prospectivas”, en Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, t. I, pp. 12 – 14, *apud* LEPIN MOLINA, Cristian, *Op. Cit.*, n.47, p. 415.

⁹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p.31.

⁹⁶ Véase, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p.101

⁹⁷ Al respecto, Teresa Marín García de Leonardo ha sostenido, “Si el derecho de familia es especial, ello no debe ser óbice para excluir la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil a los ilícitos entre familiares, sino, en todo caso, para modificar tales normas generales en atención a la naturaleza del matrimonio y los deberes conyugales”, MARIN GARCIA DE LEONARDO, Teresa (2006), “Remedios indemnizatorios en el marco de las relaciones conyugales”, en Daños en el Derecho de Familia, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N° 17, *apud* ROMERO COLOMA, Aurelia María (2011), *Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización*, Reus, 1ª ed., Madrid, p. 28.

piedad familiar es un valladar que protege a la familia en cuanto a no alterar la situación de hecho”⁹⁸. En el mismo sentido VARGAS ARAVENA, sostiene “[...] los principios que inspiran las normas generales del derecho de daños, tales como *alterum non laedere*, de indemnidad e integridad del daño, reaccionan frente a la existencia de un perjuicio, independientemente del escenario en que ello suceda”⁹⁹.

En la jurisprudencia italiana, el análisis del fallo de la Corte Suprema de Casación, n. 18853/2011, de 15 de septiembre de 2011, efectuado por MIGUEZ NUÑEZ aporta, “[...] el derecho de familia no constituye hoy un sistema autónomo y cerrado; también éste se inspira y complementa con los principios generales del derecho, entre los cuales se comprende el resarcimiento de una lesión merecedora de tutela. De esta forma la sentencia confirma la compatibilidad de los institutos de derecho de familia con la tutela general de los derechos constitucionalmente garantizados”¹⁰⁰.

3. Contenido eminentemente moral de las normas de derecho de familia

Para la doctrina clásica, el contenido de los deberes emanados de las relaciones de familia, es eminentemente ético o moral. Así, el profesor chileno René RAMOS PAZOS sostenía que su cumplimiento quedaba reservado a los sentimientos individuales y decisiones íntimas de las parejas, no siendo posible que el derecho civil estableciera su cumplimiento forzado o una indemnización por su incumplimiento¹⁰¹. En el mismo sentido, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, para quien resulta impensado recurrir, para su cumplimiento, a las vías compulsivas, aunque

⁹⁸ DUTTO, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 33

⁹⁹ VARGAS ARAVENA, David (2009), *Op. Cit.*, p. 20.

¹⁰⁰ MÍGUEZ NUÑEZ, Rodrigo, (2012), “Jurisprudencia Italiana Comentada”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 19, diciembre 2012, pp. 201 – 202.

¹⁰¹ RAMOS PAZOS, René, *Op. Cit.*, p. 16.

sea a través de su utilización en forma indirecta¹⁰².

De este argumento, da cuenta en su razonamiento el Tribunal Supremo español en la, numerosas veces analizada, sentencia de 30 de julio de 1999¹⁰³ que, negándose al reclamo indemnizatorio deducido por el marido ante la infidelidad de la mujer, señala en su numeral tercero: “Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

Frente a las referidas reflexiones, puede sostenerse que, la incorporación de preceptos éticos en el orden legal, los configura derechamente como normas jurídicas que, por tanto, forman parte del sistema general¹⁰⁴. La característica que, en atención a su contenido, no pueda ser obtenido su cumplimiento compulsivamente, excluyendo consecuentemente la posibilidad de obtener su cumplimiento subsidiario por equivalencia, no le priva de su naturaleza en cuanto norma jurídica¹⁰⁵. Tanto es así que, es el mismo ordenamiento el que atribuye

¹⁰² FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *Op. Cit.*, pp. 179 ss.

¹⁰³ Rec. 190/1995, Sala 1ª de lo civil, Tribunal Supremo, disponible en www.laleydigital.laley.es, identificador la ley digital: 11101/1999, fecha de consulta: 25 de julio de 2017.

¹⁰⁴ Véase CASTAN TOBEÑAS, José (1987), *Derecho civil español, común y foral*, tomo 5, Volumen 1º, Reus, 11ª ed., Madrid, pp. 236 – 237, *apud* RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.* p. 102.

consecuencias jurídicas ante su infracción, como pudimos revisar al analizar los remedios propios regulados dentro del derecho de familia¹⁰⁶.

En el análisis jurisprudencial, valga tener en consideración la sentencia, de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 03 de abril de 2008¹⁰⁷ que, en su fundamento jurídico segundo, señala: “La garantía institucional del matrimonio ínsita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución Española el de contraer matrimonio (art. 32) [que] impone al legislador la necesidad de dotarla de contenido frente a otras instituciones de convivencia y fruto de ella es el establecimiento por el legislador de ese elenco de deberes, cuya garantía pasa necesariamente por su caracterización como auténticos deberes jurídicos”¹⁰⁸, para seguir reflexionando, “Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad. De hecho en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios, que es la opción que aquí se mantiene para las obligaciones derivadas del matrimonio. [...] También se ha mantenido que el Derecho de Familia es un sistema cerrado y completo, es decir, capaz y autosuficiente para resolver los conflictos que se produjeran en su seno a través de sus propias normas. Siendo ello así existiría una suerte de concurso entre las normas establecidas en los arts. 1902 y en el antiguo art. 82, a resolver por la especialidad del primero. Pues bien, al

¹⁰⁵ DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón; CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, (2014), “Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad”, en *Revista de Derecho de Familia*, N°3, vol. III – 2014, pp. 183 – 184.

¹⁰⁶ Véase, *supra* pp. 33 – 35.

¹⁰⁷ Rec. 83/2007, Sentencia N° 125/2008, Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de Cádiz, disponible en www.laleydigital.laley.es, identificador la ley digital: 93624/2008, fecha de consulta: 10 de julio de 2017.

¹⁰⁸ *Cfr.* MARTIN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi, *Op. Cit.*, p.518

margen de que el último precepto en la versión que amparaba esa tesis ha sido derogado, se trata de normas que tienen un fundamento y una finalidad diversa. En un caso se trata de resolver la crisis matrimonial mediante la suspensión o extinción del vínculo matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges. [...] Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que deba ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado entre el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor”¹⁰⁹.

4. Proliferación de demandas triviales

Un último tema que nos parece relevante plantear y que ha sido esgrimido, también, como una razón de la exclusión del derecho de daños a las relaciones familiares es la proliferación de demandas triviales que podrían plantearse ante los órganos jurisdiccionales, los que se verían superados en sus capacidades y distraídos de su función primordial, ante el planteamiento de numerosos conflictos irrelevantes, como son los que se dan habitualmente en el contexto de las relaciones domésticas, cuestión que podría alterar la paz familiar, protegida por el ordenamiento jurídico.

El argumento del aumento excesivo de las demandas ante tribunales, podría utilizarse, en general, respecto las acciones de responsabilidad civil, sin embargo, al encontrarse claramente perfilado el instituto y, determinados sus requisitos, no cualquier molestia acontencida en la vida en sociedad da lugar a una demanda por indemnización de perjuicios. En este ámbito la labor jurisprudencial ha jugado un rol trascendente, y así también lo hará en el desarrollo de la responsabilidad civil entre familiares, contribuyendo a delimitar los requisitos del

¹⁰⁹ Véase BARCELO DOMÉNECH, Javier, (2013), “El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, p.84.

daño indemnizable. Así, es como también se proyecta la actuación del magistrado en el sistema del *common law* inglés que, desde 1962, mediante la *law reform (husband and wife act)* posibilita todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges y, con “el fin de evitar el recurso a la justicia para airear menudencias de la vida matrimonial [...], atribuye al juez la potestad de suspender el ejercicio de la acción en caso de considerar que la continuación del proceso no producirá un beneficio sustancial a ninguna de las partes”¹¹⁰.

Respecto la posibilidad de ventilar situaciones nimias e íntimas ante tribunales, aumentando la beligerancia entre los miembros de la familia y, con ello, produciendo el quiebre de la armonía y estabilidad familiar, traemos las consideraciones expuestas por la autora Alma María RODRIGUEZ, para quien el argumento “parece presumir que los cónyuges y padres e hijos no pueden proteger su propia relación. Puesto que la mayoría de la gente desea salvaguardar su matrimonio y sus relaciones paterno-filiales, los propios familiares son mas competentes que los tribunales para discernir el efecto o la consecuencia que tendría un pleito en su vida doméstica”¹¹¹. Continuando la reflexión, en circunstancias normales y estables, la paz familiar no podría verse alterada por un daño exiguo, tolerable en una dinámica de confianza e intimidad doméstica. Ahora bien, si el daño es relevante para el familiar que lo sufre, la armonía ya se rompió y, para esa persona ése ya no será el baluarte a conservar, sino buscará la sanción al culpable y la reparación del perjuicio provocado.

Sintetizando las ideas expuestas, el derecho de familia no puede concebirse como un estanco de especialidad dentro de la legislación civil, estructurado con un sistema de especificidad, del que resulta excluida la aplicación de los principios y normas mas generales de la comunidad jurídica, v. gr. el principio del *alterum non laedere*, dando preeminencia a un hipotético interés general de la

¹¹⁰ BOSQUEZ HERNANDEZ, Gerardo (2010), “Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Nº 83, p. 2200.

¹¹¹ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, Op. Cit., pp. 87 – 88.

familia, por sobre los conflictos que pudieran surgir y los daños que pudieran experimentar alguno de los miembros del grupo familiar.

Como lo analiza ZAMBRANO en el ordenamiento italiano, “una vez superada la lógica separatista fundada sobre el dogma de la especialidad de un sistema familiar, cerrado y autorreferencial, disuelta la teoría tradicional de los estatus a favor de una consideración de la identidad de la persona en la elaboración de categorías innovadoras relacionadas con el daño, y desligado el Art. 2043 del cc¹¹² de las interpretaciones tradicionales, se origina lentamente, una progresiva permeabilidad de la ciudadela familiar a las instancias comunes del contrato y la responsabilidad civil. Todo esto se realizará en la legislación italiana gracias a una jurisprudencia que si bien al inicio actúa tímidamente y en forma esporádica, más recientemente parece asumir el conocimiento de la imposibilidad de mantener la esfera familiar inmune a la responsabilidad civil”¹¹³.

El reconocimiento de los derechos de las personas, su expansión e internacionalización, han significado el reposicionamiento de los individuos dentro de su grupo familiar. La familia, como hemos visto, se sitúa como el centro desde el cual se articula el cumplimiento de los derechos fundamentales de sus miembros y el seno en el cual alcanzan su mayor satisfacción y desarrollo. El enfoque cambia, y cabe plantearse, ante los eventos dañosos que pudieran configurarse en el ámbito familiar - fuera de aquellas situaciones excepcionales y concretas para las cuales el legislador ha previsto soluciones específicas -, la posibilidad de aplicar las reglas generales que prevé el ordenamiento jurídico para la reparación de un daño causado. Como ha sostenido MEDINA, “la evolución del derecho de familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto de la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar

¹¹² Art. 2043 CC italiano *infra* n. 184.

¹¹³ ZAMBRANO, Virginia, *Op. Cit.*, p.21.

que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima absolutamente de responder en virtud del vínculo familiar”¹¹⁴.

¹¹⁴ MEDINA, Graciela (2008), *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni editores, 1ª ed., Buenos Aires, p. 21.

Capítulo Quinto

Apertura del derecho de familia a la responsabilidad civil por daños

El proceso de conexión entre la responsabilidad civil y el derecho de familia, como lo apunta ALGARRA PRATS “dependiendo de la perspectiva con la que se enfoque el tema, se ve como una necesaria apertura del derecho de familia al derecho de daños o como una inevitable expansión del derecho de daños al derecho de familia”¹¹⁵. Ahora bien, siendo el derecho de familia, aquella área del derecho civil que presenta caracteres distintivos en atención a los vínculos que regula, se nos presenta como una rama del derecho civil que se construye sobre reglas y principios particulares, acorde la relación familiar y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que la componen, en que no cabe aplicar directamente las normas concebidas para las relaciones puramente patrimoniales entre individuos extraños. Consecuentemente, cualquier instituto del ámbito civil general, concebido para relaciones patrimoniales, deberá, necesariamente, seguir un proceso de adaptación para incluirse en un ámbito personal, como el de la familia, acorde su actual regulación. Sostenemos, entonces, que es desde la perspectiva del derecho de familia que debe observarse su incardinación con el estatuto jurídico de la responsabilidad civil. No se trata simplemente de una expansión del derecho de daños a un ámbito en que tradicionalmente no recibía aplicación, sino es el derecho de familia que se abre a incluir las reglas generales de responsabilidad, inclusión en la que deben respetarse los tópicos relativos a la familia y las personas que la integran.

La responsabilidad civil, es un tema que, al igual que la noción de familia, ha experimentado una transformación gradual en su teoría general que, como señalan HERRERA, CAMELO y PICASSO, comienza en los primeros años del s. XX, prolongándose durante toda esa centuria y los primeros años del s. XXI,

¹¹⁵ ALGARRA PRATS, Esther (2013), “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, p. 11.

“compleja evolución [que] puede esquematizarse como un tránsito desde un sistema centrado en la sanción de la conducta subjetivamente reprochable del agente hacia otro que pone el acento en el resarcimiento de todo perjuicio injustamente sufrido”¹¹⁶ y que se recoge en las modernas legislaciones, como en el código civil y comercial argentino, cuyas disposiciones precisamente estos autores comentan¹¹⁷. Siguiendo en la doctrina argentina, DUTTO, poniendo atención a lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones Civil de ese país, ya en los últimos años del siglo anterior, señalaba “se ha dicho con razón que la evolución de la responsabilidad civil ha sido tan copernicana como la de la familia: de una noción punitiva se ha pasado a una noción distributiva. Es con esta visión que en nuestros días no estamos dispuestos a soportar daños que sólo hace algunas décadas considerábamos fruto de la fatalidad”¹¹⁸.

Una visión panorámica actual de la responsabilidad civil incardinada con el derecho de familia, nos conduce a la siguiente reflexión: al centro del ordenamiento jurídico se encuentra la persona, la que, por lo general, es miembro de una familia, considerada ésta como un instrumento al servicio del individuo, comunidad que compone para su protección y la satisfacción de sus derechos esenciales¹¹⁹; persona que, en tanto experimenta un daño injusto, es una víctima, cuya lesión debe ser resarcida, con independencia que ese daño –capaz de generar

¹¹⁶ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo, et al, *Op. Cit.*, p.408

¹¹⁷ En particular análisis, el Art. 1708 del CCyCom argentino, que dispone: “Funciones de la Responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

¹¹⁸ Voto en disidencia de la doctora Lozano, CNCiv, Sala L, 10/11/97, LL, ejemplar del 22/1/99, Resumen Jurisprudencia, *apud* DUTTO, Ricardo, *Op. Cit.*, p.33.

¹¹⁹ Véase DUTTO, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 33., que sostiene “Esta revalorización de la persona humana y sus derechos encuadra en el nuevo “personalismo jurídico” –noción desarrollada por el autor peruano Fernández Sessarego- con exigencia de protección de los derechos fundamentales de la persona, no solo frente al poder público sino frente a los demás individuos y en todos los ámbitos, la vida cotidiana y la familia”; en similar sentido véase LEPIN MOLINA, Cristian, *Op. Cit.*, pp. 406 – 407, que señala: “Se encuadra esta interpretación [interpretación constitucional del art. 2059 del CC italiano] en la teoría de la personalización, en el sentido de que se ha tomado conciencia del carácter personal de los integrantes del grupo familiar [...], la teoría de la individualización, que según Michele Sesta representa una progresiva valorización de las posiciones individuales al interior del consorcio familiar y, por último, la teoría de la constitucionalización del Derecho de Familia, que supone por una parte tratar a la vida familiar a través de la matriz individual de los derechos humanos y, por otra, la introducción de los necesariamente amplios e imprecisos principios constitucionales y de derecho de los tratados”.

la correspondiente responsabilidad- haya sido producido por algún miembro de su grupo familiar.

En este contexto evolutivo, ZAMBRANO¹²⁰ da cuenta de cómo la reorganización de la jerarquía familiar y los principios en que ésta se funda se insertan a su vez en un proceso de transformación de la responsabilidad civil, contexto de cambio que, desde la perspectiva de la legislación italiana, se caracteriza: i. Por la madurez de la categoría de daño injusto, que incorpora el perjuicio de intereses legítimos, no limitándose sólo a las lesiones de derechos subjetivos; ii. Por una lectura de orientación constitucional a las normas que, en cada sistema, consagran la responsabilidad civil por el hecho ilícito o por daños, en relación con el daño extrapatrimonial por perjuicios causados por la lesión de derechos consagrados constitucionalmente; y, iii. -particularmente en la jurisprudencia italiana- por el replanteamiento del hecho jurídico del daño existencial.¹²¹

La ausencia de norma que haga aplicable, en términos generales, la responsabilidad civil en el ámbito familiar es la premisa que fija el desarrollo del tema, sin embargo, podemos agregar que tampoco existe norma que la exceptúe del ámbito familiar, en este sentido, DIEZ-PICAZO señala: “[...] que no ha existido nunca, una norma que otorgue la exoneración. Cuando se ha buscado, se ha hecho sobre la base de textos de la Biblia o de cosas parecidas. Ítem más. Cuando los códigos contienen algún tipo de referencia está a favor de la existencia del deber de indemnizar, como ocurre con el art. 20 del Código Penal y con las llamadas excusas

¹²⁰ Cfr. ZAMBRANO, Virginia, *Op. Cit.*, p.21

¹²¹ Véase, NEGRO, Antonello, (2014), “Il Danno alla Persona: Vecchi e Nuovi Modelli Risarcitori” en RUSSO, Paolo (a cura di), “*La Responsabilità Civile: I Danni Esistenziali*”, UTET Giuridica, 1° ed., San Mauro Torinese, p. 3 “A partire del 2003, il danno non patrimoniale tutelato dall’art. 2059 c.c. non è più limitato al danno morale, ma –in virtù di un’interpretazione costituzionalmente orientata di detta norma – comprende anche il danno biologico (quale lesione dell’interesse costituzionalmente garantito, all’integrità psichica e fisica della persona) ed il danno esistenziale”; p. 24 “La nascita del danno esistenziale ha comportato ulteriori e rilevanti cambiamenti. Tale danno è stato definito quale pregiudizio provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo scelte di vita diverse quando alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno [...]”.

absolutorias. Ello significa que alguna norma limitativa tendría que proceder de los principios generales de los sistemas indemnizatorios que nunca han sido bien estudiados”¹²².

Así, y considerando que, ni en el ordenamiento jurídico español, ni en el chileno existe precepto que excluya o condicione las normas de la responsabilidad civil a los daños producidos entre familiares, SAINZ-CANTERO y PEREZ, han advertido, entonces que el ejercicio necesario consiste en llevar a cabo un análisis de los presupuestos para su resarcibilidad, en el que es imprescindible considerar los principios que rigen el sistema de la responsabilidad civil, “Todo ello. A fin de no obviar ningún elemento al respecto, e identificar los fundamentos jurídicos para la reclamación de estos daños que, por sus particularidades, y dado que los principios del Derecho de Familia determinarán forzosamente en este ámbito la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad civil, vendrían a conformar un nuevo ámbito del Derecho de Daños”¹²³. Como concluyen las autoras “Es posible que como afirman MARTIN CASALS y RIBOT, la ampliación del papel de la responsabilidad civil en el ámbito familiar comprometa la autonomía del Derecho de Familia, pero seguramente es que resulta necesario, si no se quiere mantener a la familia como un ámbito cerrado a la justicia” y, agregamos, ignorando el progreso en la noción actual de familia y la consideración que de ella y sus miembros hace el ordenamiento jurídico, tanto a nivel legal como constitucional, en sistemas locales y supranacionales.

¹²² DIEZ-PICAZO, Luis, (2011), “Daños Civiles en el Matrimonio”, en Revista Otrosí Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, N°5, enero-marzo, p.14, *apud* LEPIN MOLINA, Cristian, *Op. Cit.*, p.425

¹²³ SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén, PÉREZ VALLEJO, Ana María, (2012), *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comarés, 1ª ed., Granada, pp. 11-12, las autoras indican la obligada consideración de los *Principles of European Tort Law* del *European Group on Tort Law*, que constituye el marco de referencia para la mejora y armonización de las normas de responsabilidad civil de los países miembros de la Unión Europea. Principios que no constituyen fuente de derecho, pero que representan un valioso referente de interpretación, habida cuenta de las remisiones que a ellos ha efectuado el Tribunal Supremo español y, agregamos que, por vía refleja podrían también servir para ilustrar a los sistemas jurídicos latinoamericanos de similar raíz. Véase, respecto la referencia a la conformación de un nuevo ámbito del derecho de daños, RODRIGUEZ GUTIÁN, Alma María, (2003), “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en *Revista de derecho patrimonial*, 2003-1, N° 10, p.74.

1. Estatuto de responsabilidad aplicable a la reparación del daño en el ámbito familiar

Como hemos analizado el derecho de familia se estructura sobre dos ejes fundamentales: las relaciones afectivas entre las personas que fundan la familia y, las relaciones paterno – filiales. Para estas últimas, atendida su naturaleza, no cabe la aplicación de las reglas de responsabilidad contractual, las que sí podrían tener cabida, para las primeras, si pensamos en que una de sus vías de constitución, tiene a su base el contrato de matrimonio. De ahí, que haya surgido cierta referencia en la reflexión jurisprudencial¹²⁴ y, haya tenido desarrollo en el análisis doctrinario, que la reparación del daño provocado por uno de los cónyuges al otro, resultante del incumplimiento de los deberes personales emanados del matrimonio, sea guiado por las reglas de la responsabilidad contractual, atendiendo al vínculo convencional previamente constituido entre las partes, en que existe una clara expectativa de respeto y consecución de los fines del matrimonio, precisamente, a través de la observancia de los deberes que de él emanan¹²⁵.

Para fundamentar la aplicación del estatuto contractual, VARGAS ARAVENA, sigue una clasificación de la responsabilidad civil, determinada por el

¹²⁴ En la reflexión jurisprudencial, que tangencialmente se ha referido a este punto, podemos citar la STS de 30 de julio de 1999 –véase *supra* n. 103–, ante la reclamación de daños patrimoniales y morales deducidos por el actor en contra de su ex cónyuge, por la infracción a los Arts. 67 y 68 del CC español, en relación con el Art. 1101 del mismo cuerpo legal, niega la indemnización de perjuicios reclamada, considerando, en su fundamento de derecho tercero que el incumplimiento del deber de fidelidad solo tiene como consecuencia la separación matrimonial (referido al Art. 86.1 del código civil español, antes de la reforma operada por la ley 15/2005, de 8 de julio), determinando “[que] no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”. Referencia al régimen de responsabilidad aplicable también se efectúa en la SAP de Madrid, de 10 de julio de 2007, en acción deducida en contra del cónyuge por la omisión en comunicar a su mujer que era portador del virus del sida, determinando la procedencia de la indemnización por daño moral y señalando en su fundamento jurídico tercero “[...] se ha de concluir en la existencia de culpa en la conducta del demandado, ya entendamos que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, a los efectos de los artículos 1104 y 1902 del Código Civil [...]”, si bien no continua desarrollando fundamentos respecto la aplicación de uno u otro régimen, enuncia su existencia.

¹²⁵ *Cfr.* VARGAS ARAVENA, David (2009), *Op. Cit.*, pp. 238 – 239, “[...] el camino adecuado para la correspondiente indemnización son las normas de los arts. 1101 y ss., que reglamentan la responsabilidad obligacional aplicable al supuesto que nos convoca, ya que la pretensión indemnizatoria es por un daño causado por violación de un deber jurídico vinculante entre dañador y dañado, dentro de la órbita de lo pactado, deber legal o de negocio jurídico de Derecho de familia, pero obligación jurídica preexistente, careciendo de justificación el recurso a las normas del art. 1902 y ss., aunque sea como última *ratio*”.

criterio de la existencia, o no, de un un vínculo obligacional previo anterior al hecho que genera la responsabilidad, cualquiera sea su fuente, distinguiendo así entre responsabilidad obligacional y extraobligacional¹²⁶. Criterio planteado anteriormente por CARRASCO PERERA, respecto el Art. 1101 del código civil español, determinando que es en su virtud, que deben seguirse “[...] las consecuencias indemnizatorias que surgen del incumplimiento de cualquier obligación, no importa cual sea su fuente. No es, por tanto, la norma que disciplina la responsabilidad contractual, sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se infringe estaba previamente constituida, por contrato, ley o cuasicontrato”¹²⁷. En el mismo sentido, podemos citar en Italia a OBERTO, quien señala que no es preciso asignar el atributo de contractual sólo a la responsabilidad que se derive de la infracción de una obligación que tenga su fuente en un contrato, pues ésta, conforme lo establecido por el Art. 1173 del código civil italiano, se deriva del incumplimiento de una obligación cualquiera sea su fuente. La responsabilidad contractual se proyecta así en el ámbito familiar en el sentido de deber legal de compensar el daño causado por el incumplimiento de una obligación conyugal o para con la descendencia¹²⁸.

Profundizando en esta última postura, podríamos concluir que cabría aplicar el estatuto de la responsabilidad civil contractual –apoyado en la existencia

¹²⁶ Véase VARGAS ARAVENA, David (2017), Contrapunto Responsabilidad Civil en el Derecho Familiar, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), *Boletín Actualidad Familiar*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, vol. 4 - mayo 2017, pp. 25 – 29. En particular y, respecto la normativa chilena señala: “[...] atendido que el Título XII del código civil, en el cual se encuentran ubicadas las disposiciones que regulan la llamada responsabilidad civil contractual, lleva por título “Del efecto de las obligaciones”, creemos que dicha normativa se debe aplicar siempre que entre las partes exista un vínculo obligacional preexistente, cualquiera sea la fuente de dicha obligación, ya que como hemos dicho, el legislador expresa que dicho estatuto regula el efecto de las obligaciones en general y no el efecto de los contratos en particular”.

¹²⁷ CARRASCO PERERA, Ángel (2004), “Artículo 1.101”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Revista de Derecho Privado - Comentarios al código civil y compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, pp. 377 – 378, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-228506, fecha de consulta: 21 de junio de 2017.

¹²⁸ Cfr., OBERTO, Giacomo (2006), Responsabilita' tra i partners e verso i terzi nella famiglia legittima e nella famiglia di fatto: la responsabilita' contrattuale, en *Incontro di studio sul tema: «Rapporti patrimoniali ed effettività delle tutele nella famiglia legittima e di fatto»*, organizado dal Consiglio Superiore della Magistratura – Nona Commissione, Tirocinio e Formazione Professionale, Roma 12–14 giugno 2006, disponible en https://www.personaedanno.it/dA/940c26c764/allegato/AA_017009_resource1_orig.pdf, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017.

de un vínculo obligacional previo entre dañante y víctima- en el caso de los daños causados por el incumplimiento de deberes familiares, en general, así también para aquellos que pudieren surgir en el ámbito paterno – filial, conclusión que descartamos.

La doctrina por la cual nos inclinamos, también registrada en la evolución jurisprudencial, basa en el estatuto extracontractual el régimen de la reparación de los daños generados entre familiares relativos al incumplimiento de los deberes emanados de esta relación. Entre sus exponentes¹²⁹, DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS que, particularmente respecto los daños originados por incumplimiento de los deberes emanados del matrimonio, plantean como innecesario justificar que la reparación deba regirse por las reglas de este régimen y no por las del Art. 1101 del código civil español, atendido a que “las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de derecho de familia, constitutivo de *status*, del que surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo”¹³⁰.

RODRIGUEZ GUITIAN, comentando la STS, de 30 de julio de 1999, sostiene que “[...] no deja de parecer dudoso que el matrimonio pueda calificarse como contrato. [...] La categoría técnica de contrato ha de reservarse para los

¹²⁹ Por todos, ROMERO COLOMA, Aurelia (2012), *Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a la indemnización*, Reus, 1ª edición, Madrid; MEDINA, Graciela (2008), *Op. Cit.*; DUTTO, Ricardo, *Op. Cit.*; HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, et al, *Op. Cit.*, p. 344, los autores sostienen que en el derecho de familia y, especialmente en el ámbito filial, prima la responsabilidad de carácter extracontractual, cuestión que es menester tener presente, no obstante, el actual sistema de responsabilidad en el código civil y comercial argentino, en el que se unifican ambos regímenes, manteniendo sólo algunas diferencias, las que perfilan, en específico, la responsabilidad civil en la materia que nos aboca; VIVAS TESON, Inmaculada (2011), “Daños en las relaciones familiares”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil – XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, Universidad de Murcia, pp. 333 – 342.

¹³⁰ DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón; CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2012), “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N° 28, p. 118. Véase, en el mismo sentido, DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón; CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, (2014), *Op. Cit.*, p. 186.

negocios jurídicos bilaterales de contenido patrimonial o económico y, por otra parte, en el matrimonio no hay intereses contrapuestos como en el contrato, sino que las voluntades marchan paralelas para la consecución de una finalidad”¹³¹. Para LEPIN MOLINA, aunque se considere al matrimonio como un contrato que genera un vínculo entre los contrayentes –con anterioridad a la producción del daño-, el contenido de ese vínculo viene determinado por la ley y no por la voluntad de las partes. La infracción, por tanto, a los deberes y obligaciones que emanan de ese vínculo, corresponde al incumplimiento de una obligación legal –no contractual- debiendo construirse el régimen de responsabilidad con los criterios típicos de la responsabilidad extracontractual¹³². En este mismo sentido, HERANE VIVES sostiene que “el incumplimiento de los deberes matrimoniales no es mas que un incumplimiento de deberes impuesto por la ley”¹³³, constituyendo, consecuentemente, hechos ilícitos que deben ser sancionados según las reglas de la responsabilidad extracontractual.

El régimen de la responsabilidad extracontractual es también, el estatuto aplicable a los daños que pudieran generarse en el ámbito filiativo. La filiación, una vez determinada, genera *status*¹³⁴ a favor del hijo, del cual derivan deberes y obligaciones para los padres, que encuentran su fuente en la ley. GETE ALONSO

¹³¹ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, n.124, p. 73.

¹³² Véase LEPIN MOLINA, Cristian (2014), “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 428. El autor, siguiendo los postulados del profesor BARROS BOURIE – nota al pie N° 72- , sostiene “A las obligaciones legales, al no tener su fuente en la convención, y su contenido no ser determinado por las partes, no le resultan aplicables las reglas de los contratos, que tienen por supuesto que la obligación emana de un acuerdo voluntario”.

¹³³ HERANE VIVES, Francisco (2007), “Reparación por Incumplimiento de los deberes matrimoniales”, en CORRAL TALCIANI, Hernán, RODRIGUEZ PINTO, María Sara (Coord.), *Estudios de Derecho Civil II – IV jornadas chilenas de derecho civil*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 185.

¹³⁴ En cuanto a la naturaleza de la filiación, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA *et al*, señalan “Establecida jurídicamente una filiación, en la actualidad, ésta confiere al hijo un *status familiae* con los progenitores así determinados, de manera que queda unido por parentesco de consanguinidad, matrimonial o no matrimonial, con los parientes de éstos, y tendrá abuelos, hermanos, tíos, etc., con las consecuencias jurídicas pertinentes [...]”, véase LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco; et al (2010), *Elementos de derecho civil IV - Familia*, Dykinson, 4ª edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Madrid, pp. 302 – 303.

Y CALERA y SOLE RESINA¹³⁵, señalan que, jurídicamente, la preocupación del legislador, efectuada la asignación oficial, se centra en establecer el contenido (derechos y deberes) que comporta, establece, entre sus efectos, la relación de parentesco –relación de filiación- y, la potestad a favor de los progenitores, lo que importa la asunción de las responsabilidades parentales que la ley asigna a aquéllos.

Tema en que MEDINA aporta, “[...] hay que tener en cuenta en primer lugar el derecho-deber constitucional de todo padre al cuidado y educación de los hijos, para posteriormente destacar el “reconocimiento” como un deber de los progenitores y no un mero acto de poder familiar”¹³⁶. PIZARRO WILSON, observa en similar conclusión, el tránsito desde el reconocimiento entendido como un acto voluntario y unilateral, hacia una obligación de reconocimiento que corrobora el derecho a la identidad de los hijos, el cual viene a sumarse a la reparación integral del daño como principio rector de la responsabilidad civil, que para esta materia obedece al régimen extracontractual¹³⁷.

En la reflexión jurisprudencial, importante citar la SAP de Valencia, de 02 de noviembre de 2004¹³⁸, que reviste una doble importancia pues, por una parte, determina la procedencia de la indemnización, y; por otra, guía la reparación por el régimen de la responsabilidad civil del Art. 1902 del código civil español, aplicando el estatuto extracontractual. Al efecto, señala: “al carecer nuestro ordenamiento jurídico de normas específicas que regulen el nacimiento de la responsabilidad en

¹³⁵ Véase GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen; SOLE RESINA, Judith (2013), “Capítulo 6 La filiación”, en GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.); SOLE RESINA, Judith (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Thomson Reuters, 1ª ed., Pamplona, pp. 309 y 363-364.

¹³⁶ MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p.9

¹³⁷ PIZARRO WILSON, Carlos (2014), “Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, en en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, pp. 289 a 305; Véase, *infra* pp. 189 – 190.

¹³⁸ Sentencia, Sección 7ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, disponible en www.laleydigital.laley.es, identificador la ley digital: 726/2005, fecha de consulta: 10 de julio de 2017.

estos supuestos, se comparte el criterio de la juzgadora de instancia, y que también recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999, cuando nos dice que la aplicación del art. 1902 puede originar una reparación del daño causado que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral y que los perjuicios que reclama el actor deben ser resarcidos al amparo de este precepto”.

En Chile, aunque en definitiva, no da lugar a la indemnización de perjuicios por falta de prueba, siendo precursora en el análisis que efectúa, podemos mencionar la sentencia dictada por el 10º juzgado civil de Santiago, con fecha 27 de diciembre de 2013¹³⁹ que, en sus considerandos décimo octavo y décimo noveno, se pronuncia sobre la procedencia de la responsabilidad civil en materia de familia, específicamente en la relación paterno filial, independientemente de las sanciones y reparaciones específicas en la materia, señalando, “es menester dejar en claro, que la falta de regulación especial en materia de familia, en materia de responsabilidad, fuerza a analizar los requisitos comunes para la procedencia de la responsabilidad extracontractual”.

En el año anterior, la ltma. Corte de Apelaciones de Talca en fallo de fecha 30 de agosto de 2012¹⁴⁰, sin haber otorgado, tampoco, la indemnización solicitada, en su considerando decimotercero, recurre a los Arts. 1437 y 2314 del código civil chileno, en lo referido al hecho, constitutivo de delito o cuasidelito, que ha inferido daño; y, al Art. 2329, respecto la reparación integral del daño, por quien concurre con su dolo o culpa a provocarlo. Claramente, la sentencia comentada conduce el régimen al de la responsabilidad aquiliana. Seguidamente, la sentencia, de fecha 06 de julio de 2015, dictada por el 14º Juzgado Civil de Santiago¹⁴¹, que acoge parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por daño moral

¹³⁹ Causa rol C-9243-2012, “Moller con Moller”, del 10º Juzgado Civil de Santiago, disponible en <http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>, fecha de consulta: 09 de agosto de 2017, mayor desarrollo, véase *infra* pp. 79 – 81.

¹⁴⁰ Causa rol N° 133-2012, de la ltma. Corte de Apelaciones de Talca, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/5033/2012 , fecha de consulta: 03 de agosto de 2017.

¹⁴¹ Causa rol N° C-18362-2011, “De la Huerta con Cabezas”, del 14º Juzgado Civil de Santiago, disponible en http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017.

impetrada por el cónyuge en contra de su ex mujer por ocultamiento de la verdadera paternidad de su hijo, en su considerando décimocuarto, refiere: “Que nuestro Código Civil otorga a los delitos y cuasidelitos la categoría de fuentes de las obligaciones en los artículos 1437, 2284 y 2314. La obligación por tanto, nace por la sola comisión del hecho ilícito y en consecuencia, porque la ley la establece, pero sólo en cuanto concurren los presupuestos de la responsabilidad extracontractual”. Sentencia que fue confirmada por la Itma. Corte de Santiago, por fallo de fecha 22 de marzo de 2016¹⁴².

En materia de resoluciones dictadas por el más alto tribunal de justicia en Chile, la Excma. Corte Suprema, se pronunció en el año 2014, en sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014¹⁴³, que concede indemnización de perjuicios a la mujer por los daños provocados durante la convivencia matrimonial por su ex marido, hechos de violencia que, además, dieron lugar al divorcio sanción, en su considerando sexto, que señala “[...] por cuanto la obligación de indemnizar que el fallo impone al demandado no se basa en el mero incumplimiento de los deberes que el matrimonio impone a los cónyuges, sino en la configuración de todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual [...]”, para luego citar en su considerando séptimo al autor HERANE VIVES, discutiendo sobre la aplicación del estatuto de la responsabilidad aquiliana.

Como corolario mencionar que la aplicación de uno u otro estatuto, para los ordenamientos que siguen la tradición bipartita de la responsabilidad civil, revestirá importancia en materia de prueba, graduación de la culpa y prescripción¹⁴⁴.

¹⁴² Causa rol N° 11.711-2015, de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-644182693, fecha de consulta: 03 de agosto de 2017.

¹⁴³ Causa rol N° 10.622-2014, “Pinto con Rojas”, de la Corte Suprema, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/9975/2014, fecha de consulta: 03 de agosto de 2017.

¹⁴⁴ En el sistema español resulta especialmente relevante por la diferencia en los plazos de prescripción extintiva establecidos para las respectivas acciones, conforme lo dispuesto en el Art. 1964.2° -modificado por la ley 42/2015 de 5 de octubre-, 5 años en materia de responsabilidad civil contractual; y, 1 año aplicable al estatuto de la responsabilidad aquiliana, según lo prescrito por el Art. 1968.2°, ambas normas del código civil español. El código civil chileno, establece un plazo de prescripción, en general, de 5 años respecto la acción para

2. Responsabilidad aquiliana por daños en el ámbito familiar

En el concepto de responsabilidad civil, los autores¹⁴⁵ determinan como esencial el daño, constituyendo el objeto de la acción de responsabilidad su reparación, fundamentado en el principio universal del *alterum non laedere*¹⁴⁶, consistente en el deber genérico de no causar daño a otro.

Sin embargo, como advierte el profesor BARROS BOURIE, este principio de derecho resulta “excesivamente general para definir por sí solo las condiciones de la responsabilidad”¹⁴⁷, considerando, además, que las disposiciones relativas a la responsabilidad aquiliana, contenidas en códigos civiles como el chileno¹⁴⁸ o el español¹⁴⁹, son de carácter genérico, resulta inevitable que sus aspectos específicos deban ser planteados y desarrollados, en buena medida, por la doctrina y la jurisprudencia, particularmente, si no han sido objeto de regulación mediante un estatuto especial¹⁵⁰ e, inciden en un ámbito del derecho civil regido por principios

perseguir la responsabilidad civil contractual – Art. 2515- y, de 4 años respecto la acción derivada de un ilícito civil – Art. 2332-.

¹⁴⁵ La responsabilidad civil, ha sido definida por el profesor Alessandri como “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1943), *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Ed. imprenta universitaria, 1ª ed., Santiago de Chile, p.11. Para DIEZ-PICAZO es “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”. DIEZ-PICAZO, Luis (1982), *Sistemas de derecho civil*, vol. II, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, *apud* ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y ZARRALUQUI NAVARRO, Elena (2015), *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Wolkers Kluwer, 1ª ed., Barcelona, p.15.; y, para los autores ZARRALUQUI y ZARRALUQUI es “aquella deuda u obligación, que nace para sí o para otro a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, cuya satisfacción se produce dentro del ordenamiento civil”, *ibidem*; En similar sentido, el profesor Enrique Barros, refiriendo al jurista austriaco Hans Kelsen, nos indica que “desde un punto de vista lógico la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona”, BARROS BOURIE, Enrique (2010), *Tratado de la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, p.15.

¹⁴⁶ “Digesto 1.1.10: “Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. (1) Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo. (2) La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto”, *apud* BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, n.3, p.15.

¹⁴⁷ BARROS BOURIEU, Enrique, *Op. Cit.*, p. 15

¹⁴⁸ Art. 2329 CC chileno “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

¹⁴⁹ Art. 1902 CC español “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

sustantivos, *v.gr.* el derecho de familia. Al respecto y, como señala PANTALEÓN PRIETO, no existe una norma jurídica expresa que determine la prohibición absoluta de no dañar a otro, por lo cual aquel deber genérico debe ser entendido como una “fórmula condensadora de las normas de responsabilidad extracontractual comunes a la generalidad de los ordenamientos jurídicos civilizados”¹⁵¹.

El derecho a la reparación del daño sufrido, es uno de los principios que informan las relaciones jurídicas entre privados en un estado de derecho, constituyendo una máxima de justicia general, por tal razón, contenido entre las disposiciones constitucionales que estructuran el sistema jurídico de un estado democrático, sosteniéndose así que “se trata de un principio de tal rango jurídico que puede llegar a trascender el propio texto constitucional, en el sentido de no ser necesaria su mención expresa para que haya que entenderlo incluido en él”¹⁵². Situación en la que se encuentra el texto constitucional español y chileno que no contienen mención expresa de este derecho.

Reconocido el derecho a la reparación, surge “la principal cuestión que debe resolver el estatuto jurídico de la responsabilidad civil, consistente en determinar los criterios, condiciones o requisitos según los cuales las consecuencias del daño sufrido por una persona deben radicarse en el patrimonio de otra”¹⁵³. Tarea general, a la que, de ser pertinente, debe sumarse la determinación, en específico, respecto la reparación del daño provocado en las relaciones familiares.

El autor italiano Michele SESTA, alude a la posición central de la persona

¹⁵⁰ *Vgr.* en Chile: Ley de tránsito N° 18.290, de 1984; Ley sobre bases generales del medio ambiente, N° 19.300, de 1994; Código aeronáutico, Ley N° 18.916, de 1990; Ley de seguridad nuclear N° 18.302, de 1984; Ley de protección al consumidor, N° 19.496, de 1997; En España: Ley 30/1995, Ley sobre responsabilidad y seguro en la circulación de vehículos a motor; Ley Orgánica 1/982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor; a la intimidad personal y a la propia imagen.

¹⁵¹ PANTALEON PRIETO, Fernando (2000), “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de la administración pública)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid – AFDUAM*, N° 4, n. 16, p. 174.

¹⁵² REGLERO CAMPOS, Fernando (2002), “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 1ª ed. Cizur Menor, p.75.

¹⁵³ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.* – resumen-, p.1

en relación al daño aquiliano y a la disciplina jurídica de las relaciones familiares, que dan cuenta de la atención de los ordenamientos jurídicos a los derechos individuales, antes sacrificados en aras de los intereses superiores del grupo y de la potestad familiar. Cita la sentencia de la Corte Suprema italiana, de fecha 10 de mayo de 2005, n.9801, que señala: “en el sistema delimitado por el legislador de 1975, el modelo de familia/institución, en el que estaba anclado el código civil de 1942, se puede tener superado por la familia-comunidad, cuyos intereses no se sitúan ya en un plano superior, sino identificados con los propios, solidarios, de sus componentes. [...] Como consecuencia de este profundo cambio queda reconocida la resarcibilidad del daño endofamiliar, con la salvedad de que la penetración de las normas de la responsabilidad civil en las relaciones familiares no es incondicional, sino que pasa necesariamente por la ponderación de la cláusula general de la ilicitud del daño”¹⁵⁴. La doctrina italiana identifica la referida sentencia, como un momento crucial, a partir del cual la jurisprudencia ha afirmado constantemente la admisibilidad de la responsabilidad civil endofamiliar, rechazando la idea de incomunicabilidad entre los remedios del derecho de familia y la responsabilidad civil, concluyendo que es posible la acumulación de la tutela aquiliana con aquella propia del derecho de familia en consideración de que la familia es el lugar de realización de sus miembros, señalando al efecto “*riconoscimento e tutela prima ancora che come coniuge, come persona in adesione al disposto dell’art. 2 Cost.*”¹⁵⁵. En el mismo sentido, lo resuelto por la Corte Suprema de Casación Italiana, en fallo de 15 de septiembre de 2011, n. 18853¹⁵⁶.

Entre otras decisiones de trascendencia, que anteriormente, marcan el inicio de la doctrina jurisprudencial, a que nos referimos en el párrafo anterior, se indican la sentencia del Tribunal de Casación, de 26 de mayo de 1995¹⁵⁷. Al

¹⁵⁴ SESTA, Michele, (2013), “Infracción de los Deberes Familiares y Responsabilidad: La Experiencia Italiana”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), “*La responsabilidad civil en las relaciones familiares*”, Dykinson, Madrid, p. 411 (traducido por Gabriel Macanás Vicente, Becario de Investigación de Derecho Civil en la Universidad de Murcia).

¹⁵⁵ DI MARZIO, Mauro, *Op. Cit.*, p. 442

¹⁵⁶ Véase, *infra* n.275; MÍGUEZ NUÑEZ, Rodrigo, *Op. Cit.*, pp. 195 – 202.

respecto, CHINDEMI y CECCHINI señalan *“un primo punto di rottura rispetto alle tesi "negazioniste" si verifica nel 1995 ad opera della cassazione la cuales sancì per la prima volta che, la mera violazione dell' obbligo di fedeltà coniugale, che abbia cagionato la intolleranza della convivenza e quindi l' addebito della separazione, se non caratterizzata da modalità vessatorie, non è fonte di responsabilità ex art. 2043 cc, potente solo dar diritto al coniuge incolpevole al mantenimento”*¹⁵⁸. DI MARZIO, añade, con posterioridad, la sentencia del Tribunal de Brescia, de 14 de octubre de 2006, en la que se lee *“[...] e dovendo, dall'altro lato, escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di familia, dovendosi, invece predicare una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di familia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinente statuizioni i natura patrimoniale, sia quale fatto generatore di responsabilità aquiliana”*.¹⁵⁹

En el análisis doctrinario italiano, la aplicación de la disciplina aquiliana en el ámbito endofamiliar parece ser concluyente, hoy para el derecho la familia es una comunidad de iguales, cada uno dotado de su propia individualidad, espacio en el que, de generarse un conflicto jurídico, considera la actuación del juez para su resolución, más aún, teniendo presente las modificaciones introducidas en el código civil italiano por la l. de 4 de abril 2001, n. 154, que incorpora los arts. 342 bis y 342 ter¹⁶⁰, modificaciones que, al decir de DI MARZIO, *“[...] se l'ordinamento*

¹⁵⁷ Cfr. SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén, PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.*, p.7.

¹⁵⁸ CHINDEMI, Domenico, CECCHINI, Giorgia, (2011), *Danni endofamiliari, casi, questi, soluzioni*, Alatalex editore, 1ª ed., Montecatini Terme, p.32.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 444, *Trib. Brescia 14 ottobre 2006, Responsabilità Civile e Previdenza, 2007, 81; Giurisprudenza di Merito, 2007, 984, véase infra n.241.*

¹⁶⁰ *Articolo 342-bis Ordini di protezione contro gli abusi familiari. “Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter”*

Articolo 342-ter Contenuto degli ordini di protezione. “Con il decreto di cui all'articolo 342-bis il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone

spressamente prevede che il giudice debba entrare in familia, viene a cadere ogni possibilità di ipotizzare che la disciplina aquiliana non debba operare in ámbito familiare per ragioni di opportunità¹⁶¹”.

En materia de decisiones jurisprudenciales dentro del sistema español, la trascendencia de la sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 30 de junio de 2009¹⁶², cuya ponente fue la Magistrada Excm. Sra. Doña Encarna Roca i Trias, ha sido destacada en doctrina¹⁶³, para identificarla como aquella que marca un punto de inflexión en la materia, puesto que una década después de los fallos de 22

all'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro.

Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattamenti; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante.

Con il medesimo decreto il giudice, nei casi di cui ai precedenti commi, stabilisce la durata dell'ordine di protezione, che decorre dal giorno dell'avvenuta esecuzione dello stesso. Questa non può essere superiore a un anno a può essere prorogata, su istanza di parte, soltanto se ricorrano gravi motivi per il tempo strettamente necessario.

Con il medesimo decreto il giudice determina le modalità di attuazione. Ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione, lo stesso giudice provvede con decreto ad emanare i provvedimenti più opportuni per l'attuazione, ivi compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario”.

¹⁶¹ DI MARZIO, Mauro, (2014), “Danni esistenziali endofamiliari”, en RUSSO, Paolo (a cura di), “La Responsabilità Civile: I Danni Esistenziali”, UTET Giuridica, 1º ed., San Mauro Torinese, p. 439.

¹⁶² Sentencia num. 512/2009, Sección 1ª, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: RJ\2009\5490, fecha de consulta: 13 de agosto de 2017.

¹⁶³ Entre otros: SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén; PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.*, pp. 7-10; LOPEZ DE LA CRUZ, Laura, (2010), “El Resarcimiento del Daño Moral ocasionado por el Incumplimiento de los deberes conyugales” en *InDret*, octubre 4/2010, pp. 31 – 32, disponible en www.indret.com, fecha consulta: 29 de enero de 2018; BOSQUEZ HERNÁNDEZ, Gerardo, *Op. Cit.*, pp. 885 – 904; MARTIN-CASALS, Miquel, RIBOT, Jordi, *Op. Cit.*, p. 518 – 523; RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, (2009), “Indemnización del Daño Moral al Progenitor por la Privación de la Relación Personal con el Hijo (a propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, en *ADC* tomo LXII, fasc. IV, p. 1829 ss.; GONZALEZ BEILFUSS, Cristina y NAVARRO MICHEL, Mónica, (2010), “Sustracción Internacional de Menores y Responsabilidad Civil”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 109, Nº3, pp. 805 – 834; BARCELO DOMÉNECH, Javier, *Op. Cit.*, p.110 – 114.

de julio¹⁶⁴; y, de 30 de julio de 1999¹⁶⁵, reconoce el daño provocado al padre privado injustamente de la relación con su hijo, ordenando su reparación por parte de la madre quien impidió la relación, oponiéndose además a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre; y, habiéndose fundado la pretensión del recurrente en el Art. 1902 del código civil español, efectúa el análisis de cada uno de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual para el caso concreto de conflicto familiar¹⁶⁶.

En el derecho argentino, la jurisprudencia, que ya lleva camino conociendo casos de responsabilidad civil por daños entre familiares, ha debido tener en consideración la entrada en vigencia de su nuevo Código Civil y Comercial, el cual en su normativa ha suprimido el divorcio por culpa¹⁶⁷, sustituyéndolo por un divorcio fundado en la voluntad de uno o ambos cónyuges –Art. 437¹⁶⁸- y, ha consagrado el deber de fidelidad como un deber de carácter moral – Art. 431¹⁶⁹-. En este contexto, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación de General Pico, La

¹⁶⁴ Rec. 12/1995, Sala 1ª de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.laleydigital.laley.es, identificador la ley: 11277/1999, fecha de consulta: 13 de agosto de 2017 -cuya problemática sustancial es similar a la STS de 30 de julio del mismo año- el marido tras la ruptura matrimonial e impugnada la filiación, deduce demanda de indemnización de perjuicios morales ex Art. 1902, por el daño sufrido por el ocultamiento de la verdadera paternidad de hijo, por parte de su mujer, siendo el hijo producto de una relación extramarital y, reembolso de la sumas pagadas por concepto de alimentos al que creía su hijo. El Tribunal Supremo concluyó que al no haber dolo por parte de la mujer, no podía accederse a las pretensiones del marido.

¹⁶⁵ Véase, *supra* n.103.

¹⁶⁶ Respecto este fallo, MARTIN-CASALS y RIBOT, *Op. Cit.*, p. 520, refieren que las autoras GONZALEZ BEILFUSS y NAVARRO MICHEL, concluyen que “mediante esta sentencia, la propia autora habría contribuido a dismantlar el edificio del derecho de familia frente a la influencia de la responsabilidad civil”, comentarios que les “suscitan un punto de perplejidad. Sin duda, estamos ante la primera ocasión en que la Sala Primera tiene que pronunciarse sobre una pretensión de este tipo. Mas lo que que algunos de estos cometarios nos parezcan algo exagerados es, por un lado, que la imposición de una indemnización en este supuesto no parece tan sorprendente como pudiera parecer y, por otro lado, que ni del texto, ni del fondo de la sentencia se deducen las conclusiones de orden más general y que la doctrina sí extrae respecto al tema de la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito regulado por el Derecho de familia”.

¹⁶⁷ Similar a lo acontecido en la legislación española con la reforma al derecho de familia efectuada por la Ley 15/2005, de 08 de julio, por la que se derogaron las causas de separación y divorcio, entre las que encontraban el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.

¹⁶⁸ Artículo 437 “Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicial- mente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.”

¹⁶⁹ Artículo 431 “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el *deber moral de fidelidad*. Deben prestarse asistencia mutua.” (énfasis añadido)

Pampa, en autos caratulados “T C/ C S/ Divorcio Vincular”, Expte. No 5701/15 r.C.A.¹⁷⁰, ha dictado la sentencia, de fecha 14 de diciembre de 2016 que, contrariando la intención del legislador de considerar al deber de fidelidad como un deber de contenido moral, ha dado lugar a la demanda de responsabilidad civil por daños morales causados por incumplimiento del deber de fidelidad por parte de la mujer que produjo stress postraumático grave y depresión con intento de suicidio en el marido. El tribunal de primera instancia declara el divorcio, pero rechaza la indemnización de perjuicios. Las partes apelan y llegado el conocimiento al tribunal de Alzada, éste señala que, habiendo entrado en vigencia el nuevo Código, debe aplicar esta normativa. En definitiva, la Cámara de Apelación, da lugar a la indemnización por daño moral, fundándose en el Art. 1717 del CC y Com. Argentino, que dispone “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”; y, en el Art. 1738¹⁷¹ del mismo cuerpo legal.

De interés, el reconocimiento a los derechos que denomina como personalísimos con independencia del ámbito en que éstos se vean vulnerados; y, el alcance que los magistrados integrantes de la Sala, otorgan al deber moral de fidelidad conforme la disposición constitucional del Art. 19 de la Constitución Federal Argentina, que contiene el principio general del *alterum non laedere* y, la interpretación del Art. 431 del CCyC conforme ese reconocimiento constitucional y la finalidad de la ley.

Así en el numeral 6, de los fundamentos de su voto, el Dr. Horacio A. CONSTANTINO, indica: “[...] se podría afirmar que, por el solo hecho de contraer matrimonio o de integrar una unión convivencial, de ser hijo o de ser padre, nadie pierde o resigna sus derechos personalísimos como resultarían ser —entre otros— la preservación de la salud, el honor o la intimidad. Incluso no podemos preterir ensamblar o adicionar a lo predicho y a fin de admitir su procedencia lo pautado por

¹⁷⁰ Disponible en <http://elmercurio.com/legal/movil>, fecha de consulta: 11 de agosto de 2017

¹⁷¹ Véase *infra* p. 119.

su gemelado art. 1737° del actual cuerpo legal al especificar o ponderar que “...Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva...” [...] Los cónyuges no son llevados al juicio como tales, sino en su condición de afrentado y de victimario; todo ello sin importar si medió -o no- una sentencia de disolución conyugal. [...] Los principios generales de la responsabilidad conducen a la misma conclusión. “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” y “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico...” (arts. 1717 y 1737 CCCN). Por otra parte, la indemnización del daño “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, (...) de “sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738 CCCN).”

Por su parte, el Doctor Rodolfo F. RODRIGUEZ, en la fundamentación de su voto sostiene “Esta concepción [refiriéndose a aquella que sostiene que el daño solo puede definirse, en sentido jurídico, a partir de la lesión de intereses humanos] que centra la protección jurídica en la lesión a un interés, según nuestro parecer, permite ampliar las fronteras del daño y es perfectamente compatible con el fenómeno de la atipicidad del acto ilícito civil, que impera en el actual Derecho de Daños. Esta concepción, a mi criterio, es receptada en el nuevo Código Civil y Comercial a través del art. 1.737, así un daño es injusto en la medida que se origine en la lesión de intereses que merecen tutela jurídica siempre y cuando sean relevantes, es decir, son aquellos valores que la sociedad recepta como merecedores de respeto y cuidado, siendo que efectivamente el art. 431 del CCyC tutela el deber moral de fidelidad. El art. 2 del CCyC permite interpretar este “deber moral” conforme a la finalidad de la ley, pero no referida a la puntual intención del legislador la cual ha de quedar en desuso con el paso del tiempo, sino cabe referirse en cambio a la razón que la justifica o el interés que se busca resguardar, debiendo perdurar en el tiempo, tal cual lo hicieron los principios constitucionales, el Dr. Ricardo LORENZETTI señala al respecto: “Se trata entonces de que el elemento a

considerar no es solo el contexto de sanción de la norma, sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional. [...] Entonces volviendo al tema de la antijuridicidad se advierte que en el contexto actual del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha querido proteger a la víctima de un daño injusto, y por ello se prioriza el principio constitucional consagrado en el art. 19 de la C.N. de no dañar, que alcanza sin que otra norma del plexo infraconstitucional obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero, por lo cual este deber de no dañar no puede estar fuera del marco de la legislación de familia [...]"

El fallo comentado, por su reciente dictación, bajo la vigencia del nuevo código civil y comercial, ha sido calificada, por una de las mismas autoras citadas en la sentencia como “un caso líder que hace jurisprudencia y resuelve la situación planteada de una manera justa y equitativa, teniendo en cuenta los principios generales del derecho, respetando los derechos fundamentales, y transmitiendo a la sociedad un claro mensaje sobre la necesidad de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes morales derivados del matrimonio”¹⁷². Con trascendencia además en la doctrina chilena que ya ha comenzado la reflexión en torno a su interpretación en un sistema en que “existe el divorcio (y la separación judicial) por falta imputable y el deber de fidelidad no sólo está consagrado legalmente como jurídico, sino que su incumplimiento, el adulterio, está declarado como una “grave infracción” a dicho deber (Art. 132 del Código Civil)”.¹⁷³

De lo expuesto, podemos concluir que, dentro del sistema jurídico italiano, ya se ha sentado una doctrina sistemática en tono al daño endofamiliar, contribuyendo a la tarea de perfilar los requisitos de procedencia para la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En otros

¹⁷² Véase, MEDINA, Graciela, (2017), “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año 19, N° 5, mayo 2017, pp. 67- 86

¹⁷³ CORRAL TALCIANI, Hernán, (2017), “Responsabilidad Civil por Adulterio: una Mirada al otro lado de la Cordillera”, en *El mercurio legal*, 07 de junio de 2017, disponible en <http://elmercurio.com/legal/movil>, fecha de consulta: 11 de agosto de 2017.

ordenamientos jurídicos, como el español o el argentino, la apertura del derecho de familia al derecho de daños, se encuentra en plena construcción, como señala VARGAS ARAVENA, “con una tendencia clara de no excluir la aplicación de las normas de responsabilidad por los daños causados entre familiares”¹⁷⁴; y, finalmente, sistemas en que incipientemente se empieza a analizar el tema, cual es el caso chileno, como pasamos a analizar.

Los conflictos en el ámbito familiar que han dado lugar a la conexión entre el derecho de familia y el derecho de daños, sólo en la última década, han comenzado a plantearse ante los tribunales chilenos. Si bien no han sido numerosas las situaciones ventiladas –no mas de una decena-, la jurisprudencia chilena manifestó una primera reacción adversa a la procedencia de la indemnización de los daños provocados entre familiares, particularmente, respecto aquellos que pudieren derivarse del incumplimiento de deberes de carácter personal entre cónyuges o en la relación paterno-filial, para luego ir avanzando, al igual que la jurisprudencia de ordenamientos europeos, en alcanzar soluciones diversas, de la mano del reconocimiento de los derechos inherentes al individuo, miembro del grupo familiar y la premisa del deber de reparar los daños que afecten a esas prerrogativas, con independencia de quien los provoque y el ámbito en que se concreten.

Planteado el tema, los tribunales chilenos, en un inicio, resolvieron conforme la doctrina tradicional, que veía en el derecho de familia un ámbito de especialidad dentro del derecho civil, al cual, por sus características, no era procedente aplicar las reglas generales de la responsabilidad civil, debiendo regir, a su respecto, las sanciones particulares determinadas por la ley. Considerando, además, el contenido eminentemente ético de las normas del derecho de familia, que impedía vislumbrar un cumplimiento compulsivo, o por equivalencia, de cualquier tipo de deber emanado de las relaciones familiares. En esta línea discurre

¹⁷⁴ VARGAS ARAVENA, David (2009), *Op. Cit.*, p. 145.

la ya referida sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 10 de noviembre de 2009¹⁷⁵.

Tres años más tarde, partiendo con el desarrollo de la tesis de la procedencia de las reglas de la responsabilidad por los daños causados entre familiares, encontramos la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 30 de agosto de 2012, dictada en causa rol N° 133-2012¹⁷⁶ que, confirmando la sentencia de 1° instancia, concede indemnización de perjuicios en contra del cónyuge, por los daños materiales y morales, provocados por el contagio del virus del papiloma humano, portado por el marido tras repetidas infidelidades, debiendo someterse la mujer a una histerectomía total, truncando su vida a los 43 años de edad. Entre las consideraciones del fallo, se alude expresamente a la doctrina comparada, citando a los autores españoles ROCA I TRIAS, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, para sostener que el derecho ha vuelto su mirada a la protección de los derechos individuales, siendo la familia un instrumento al servicio del individuo, concluyendo, en el considerando séptimo, que no se vislumbra, dentro del ordenamiento jurídico chileno, ninguna razón para impedir *a priori* una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, indicando que de la misma opinión participan la doctrina y jurisprudencia italiana. Doctrinas española e italiana que, siguiendo a la escuela exegética francesa, inspirada en el

¹⁷⁵ Véase *supra* n.93, Considerando Cuarto: “[...] Que, siguiendo la doctrina nacional, se observa que la concepción clásica del Derecho de Familia se ha mantenido -en su esencia- inalterable a pesar del paso de los años: Así por ejemplo, don Arturo Alessandri expresaba: a) "los derechos privados se pueden clasificar en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros se caracterizan por tener por contenido una utilidad económica; y los segundos, por no contener una inmediata utilidad económica, ni ser, por ello, valubles en dinero, como los derechos de la personalidad y los de familia". b) Que, a continuación el mismo autor, teniendo presente las diferencias de causas y finalidades que persiguen y generan los derechos de familia y los patrimoniales, agrega lo siguiente: "Los derechos de familia se basan en el afecto de los individuos; no persiguen finalidades económicas sino puramente morales. Ciertamente es que numerosos derechos de familia tienen derivaciones patrimoniales pero ese no es su objetivo primordial". c) Que, finalmente Alessandri, expresa lo siguiente: "En las sanciones, o sea en la manera como se ponen en ejercicio cuando son desconocidos o menoscabados, los derechos patrimoniales se hacen efectivos por la fuerza pública, y en último caso dan derecho para exigir una indemnización de perjuicios. Los derechos de familia, y esta es la opinión de la teoría moderna y los tribunales aceptan, no pueden cumplirse forzosamente. Para su incumplimiento hay otras sanciones establecidas por la ley para cada caso particular"; y, Considerando Noveno: "Es decir, el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por ende no corresponde -en un caso como el de autos- solicitar ni mucho menos conceder la reparación del daño moral [...]”.

¹⁷⁶ Véase *supra* n.140.

código civil francés, considera a los derechos y deberes conyugales como auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente –esto en respuesta al argumento del contenido ético de las normas del derecho de familia-.

En su considerando undécimo, añade, que lo anterior “[...] no significa que todo daño sufrido en el matrimonio dé origen, por su sola existencia, a la procedencia de una reparación, sino que deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad civil. [...] En consecuencia, se exige una conducta antijurídica, factor de atribución, dolo o culpa, un nexo causal y, la existencia del daño”.

Otras decisiones gravitantes, han sido las pronunciadas en causa por demanda de divorcio por culpa e indemnización de perjuicios, seguida ante el Tribunal de Familia de La Serena, rol C-372-2009, caratulada “Pinto Carmona con Rojas Nuñez”, cuya sentencia, de fecha 21 de diciembre de 2009, dio lugar al divorcio y determinó la indemnización de perjuicios a favor de la mujer, por el daño psicológico y físico provocado por el marido. Confirmada por la Ittma. Corte de Apelaciones de La Serena, en causa rol IC N° 507-2013, deduciéndose en su contra recurso de casación ante la Excma. Corte Suprema, causa N° 10.622-2014.

En la decisión de la Ittma. Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 03 de abril de 2014¹⁷⁷, importante nos parece destacar su considerando undécimo en el que da cuenta de la necesidad de ir acotando el tema de la indemnización de perjuicios en sede familiar, reconociendo que en el ordenamiento jurídico chileno no existe norma expresa “[...] lo que no obsta a que se dé en justicia lo que corresponda de acuerdo con los principios generales del Derecho”, para lo cual recurre a la doctrina extranjera –argentina- de los autores FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y MEDINA, concluyendo al tenor de lo sostenido por la última autora, la inexistencia de prerrogativa familiar alguna que permita que un miembro de la

¹⁷⁷ Causa rol N° 507-2013, Ittma. Corte de Apelaciones de La Serena, disponible en www.legalpublishing.cl, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/883/2014, fecha de consulta: 05 de mayo de 2017.

familia cause daño culposa o dolosamente a otro y se exima de responder basado precisamente en virtud de ese vínculo familiar.

La sentencia de la Corte Suprema, dictada en la causa ya referida, con fecha 30 de diciembre de 2014¹⁷⁸, en su considerando séptimo señala: “Que en mérito de lo expuesto, más allá de las disquisiciones doctrinarias sobre la procedencia de la reparación por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, en la especie se ha determinado la responsabilidad civil del demandado como consecuencia de acreditarse el deterioro emocional o psicológico que le ha causado a la actora fruto de sus conductas antijurídicas que han motivado el divorcio por culpa decretado respecto de las partes. Cabe precisar que el daño que se indemniza no es el que ocasiona el divorcio en sí mismo, sino el menoscabo que proviene directamente del o los actos culpables generadores de responsabilidad extracontractual que los tribunales del grado tuvieron por legalmente establecidos en el proceso. En este sentido, refiriéndose a la reparación del daño causado con ocasión del divorcio, el autor Francisco Herane Vives, sostiene que: “(...) en principio, no se vislumbra ninguna buena razón para impedir, *a priori*, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Ahora bien, lo anterior no significa que todo daño sufrido por el divorcio de origen, por su sola existencia, a la procedencia de una reparación, sino que deben configurarse los presupuestos exigidos por la responsabilidad extracontractual: una conducta antijurídica, factor de atribución: dolo o culpa, un nexo causal y, por supuesto, un daño [...] En esta misma línea argumentativa, clarificadoras resultan las conclusiones del profesor Gonzalo Severín Fuster, en cuanto afirma que: “(...) no será admisible una indemnización de perjuicios entre los cónyuges por los hechos constitutivos de divorcio sanción sino cuando se trate de ofensas o atentados a la vida o la integridad física y síquica. Con esto lo que hacemos es dejar abierta la posibilidad de obtener una reparación en los casos en que ha existido algún tipo de violencia intrafamiliar, a la vez que cerramos, por ejemplo, para el adulterio, el

¹⁷⁸ Véase, *supra* n.143.

alcoholismo, la conducta homosexual, etc. Desde luego, si con ocasión de algunos de estos hechos se produce un hecho ilícito, entonces la responsabilidad civil es ampliamente aplicable".

Siguiendo esta última línea de argumentos, podemos mencionar la sentencia ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 21 de agosto de 2014¹⁷⁹, que confirma la sentencia apelada de 1ª instancia concediendo indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de la agresión sufrida por la mujer, provocada por su ex marido.

En materia de daños producidos en la relación paterno – filial, han sido aún más escasos los pronunciamientos de los tribunales chilenos, por esta circunstancia resulta relevante referir la sentencia del 10º Juzgado Civil de Santiago, dictada con fecha 27 de diciembre de 2013, en causa rol Nº C-9243-2010, caratulada “Moller con Moller”¹⁸⁰, demanda de indemnización de perjuicios deducida por una mujer en contra de su padre, cuya filiación había sido determinada judicialmente en rebeldía del progenitor tres años antes, por los daños a su derecho a la identidad, al desarrollo de su personalidad y por la pérdida de chances experimentada en sus años de vida. El fallo, en definitiva, negó lugar a la demanda por la falta de prueba, por parte de la actora, del elemento de la imputabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual. Ahora bien, independientemente del destino de la acción, el tribunal se pronuncia, en los fundamentos de su decisión, acerca de la procedencia de la responsabilidad civil por los daños provocados en el ámbito familiar, particularmente en la relación de esta hija con su padre y, ante la ausencia de regulación, atiende nuevamente a la doctrina española, concluyendo que la tesis tradicional que se apoyaba en la especialidad del derecho de familia, para favorecer una suerte de inmunidad entre sus miembros, que sólo permite la aplicación de los remedios de este ámbito, se encuentra superada. En el sentido

¹⁷⁹ Causa rol Nº 9125-2013, de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, “Moraga Ruiz con Cazes Oviedo”, disponible en www.legalpublishing.cl, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/9975/2014, fecha de consulta: 04 de agosto de 2017.

¹⁸⁰ Véase, *supra* n.139.

indicado en sus considerandos, señala: “Décimo sexto: [...] Del estudio del tema se ha analizado que este se encuentra tratado en la jurisprudencia extranjera principalmente por los daños por divorcio o por ruptura unilateral y abusiva de las relaciones de convivencia de hecho, pero el tema es muy poco tratado en lo que dice relación a los perjuicios causados en el desarrollo de las relaciones entre padres e hijos. La autora Alma María Rodríguez Guitan en su libro Responsabilidad Civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones Paterno Filiales, refiere como punto de partida la ausencia de disposiciones legales en el Código Civil que hagan expresamente aplicables las normas de la responsabilidad extracontractual a los daños causados en la relaciones de familia, misma ausencia de normativa que presenta nuestro Código Civil al tratar las relaciones paterno filiales en los artículos 222 y siguientes del Código Civil y 2314 y siguientes del mismo cuerpo legal al tratar los delitos y cuasidelitos civiles.

Decimo Séptimo: Que si, conforme lo anterior, llegásemos a la conclusión que la responsabilidad extracontractual no ha sido creada para ser aplicada en las relaciones de familia y que los daños ocasionados en esta área solo deben ser sancionados con las reparaciones específicas de esta área del derecho, esta sentenciadora comparte el criterio de la autora citada en el sentido de que *“existirá, en consecuencia, una suerte de inmunidad de los miembros de la familia en cuanto a las reglas generales de la responsabilidad civil”*.

Decimo Octavo: Que de lo anterior, esta juez, inclinara su opinión a la procedencia de la responsabilidad en materia de familia, específicamente al caso que nos convoca, en la relación paterno filial independiente de las sanciones y reparaciones específicas de la materia, como lo es en este caso la privación de derechos del padre cuyo reconocimiento ha sido generado en contra de su voluntad-

Decimo Noveno: que sin perjuicio de lo anterior, es menester dejar en claro, que la falta de regulación especial en materia de familia, en materia de responsabilidad, fuerza a analizar los requisitos comunes para la procedencia de la responsabilidad extracontractual y no confundir con una sanción a la falta de afecto a amor paternal, lo que no resulta factible. Es decir, lo que resulta indemnizable es el perjuicio ocasionado por la pérdida de la chance u oportunidad de haber cambiado su

posición social a la del demandado y haber accedido a estudios y a otras opciones que su estatus social y económico no pudo acceder.-

Vigésimo: Que zanjado lo anterior, es necesario, ahora analizar los elementos de la responsabilidad extracontractual para efectos de determinar la procedencia de acceder o no a las pretensiones de la actora”.

En síntesis, ya se registran pronunciamientos de tribunales chilenos, los cuales, claramente, desde hace no más de cinco años, incorporan los actuales principios del derecho de familia en sus fallos, superando la visión tradicional y comenzando a dar cuenta de la procedencia de las reglas de la responsabilidad civil para reparar los daños producidos a algún miembro de la familia por otro familiar. Sin embargo, aun no es posible concluir una doctrina sólidamente afianzada. Hasta el momento, de las sentencias analizadas, podemos evidenciar: 1º) que, para la aplicación de las normas de la responsabilidad deben cumplirse, de base, los requisitos generales de procedencia del instituto –el que centran en el ámbito extracontractual-; 2º) lo que se repara es el daño provocado y no, el simple incumplimiento del deber familiar, pudiendo éste tener contemplada una sanción específica en el derecho de familia, la que, por cierto, es procedente, atendido a que persigue otro objetivo y no, la indemnización por la lesión experimentada; y, 3º) no se pronuncian expresamente respecto exigir una especial gravedad en la conducta del causante del daño, para dar lugar a la indemnización.

Capítulo Sexto

Reglas de la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito familiar

Como señala BARCELÓ¹⁸¹, el problema ahora se sitúa en determinar qué casos dan lugar a responsabilidad civil y si estos daños, para su reparación, a falta de normas específicas, deben someterse a las reglas comunes de responsabilidad en su integridad o, existen razones que aconsejen modificar su aplicación acorde a la naturaleza del conflicto familiar, las características de la familia y las reglas jurídicas que la regulan.

Nos inclinamos por la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil, adaptando ciertos de sus aspectos a los principios del derecho de familia. Atendido el escenario en que se provoca el daño, no podemos dejar de considerar que el ordenamiento consagra reglas particulares para la relación entre familiares, pues promueve la conservación de la familia, su paz y armonía. Como señala VARGAS ARAVENA, lo que hoy se plantea, en definitiva, es “[...] la extensión del derecho de daños al derecho de familia a través de la prolongación y desarrollo de determinados temas particulares”¹⁸².

1. Sistema atípico de responsabilidad por culpa

Las codificaciones iluminadas por el Código Civil francés, como la española¹⁸³, la italiana¹⁸⁴ y, la chilena¹⁸⁵, se estructuran sobre una fórmula general,

¹⁸¹ BARCELÓ DOMENECH, Javier, (2013) “El Criterio de Imputación en la Responsabilidad Civil en el Ámbito Familiar”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, pp. 82 – 83.

¹⁸² VARGAS ARAVENA, David (2009), *Op. Cit.*, p. 20

¹⁸³ Véase, *supra* n. 149.

¹⁸⁴ *Titolo IX Dei fatti illeciti. Articolo 2043 Risarcimento per Fatto Illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*

¹⁸⁵ Véase, *supra* n. 148.

constituyendo un sistema atípico de responsabilidad por culpa, “de carácter abierto en que los daños resarcibles y los supuestos comprendidos en la norma aparecen en una cláusula general abierta”¹⁸⁶. Sostiene RODRIGUEZ GUITIAN, refiriéndose al Art. 1902 del código civil español que ésta “es una norma de redacción abierta, sin una lista taxativa de supuestos indemnizables, con conceptos igualmente abiertos; por consiguiente, admite tanto la inclusión de los daños entre familiares dentro de su tenor literal como la posible modificación de sus principios generales en el ámbito familiar”¹⁸⁷.

En el extremo opuesto, aquellos sistemas calificados como típicos, en que el legislador establece expresamente los derechos tutelados, cuya lesión importará su consecuente reparación, los supuestos de daños resarcibles corresponden a una labor realizada previamente por el legislador, en la que ninguna injerencia tendrá el juez, *vgr.* la regulación civil alemana, que en el párrafo 823¹⁸⁸ del BGB, menciona expresamente la vida humana, la integridad física, la salud, la libertad y la propiedad como objetos exclusivos de protección¹⁸⁹.

Al respecto, la autora italiana Giovanna VISINTINI, profundizando en la fundamental diferencia entre ambos sistemas, sostiene que en aquellas legislaciones que han codificado una cláusula general, ésta se entiende como una disciplina genérica que reenvía al operador jurídico para la integración de la directiva legal y la consecuente aplicación al caso concreto. De ahí la trascendencia de la labor interpretativa de los jueces para ir incorporando aquellos intereses legítimos

¹⁸⁶ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, p.304.

¹⁸⁷ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Op. Cit.*, p.101.

¹⁸⁸ Párrafo 823 *BGB* “Quien dolosa o negligentemente lesiona de forma antijurídica la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado frente a ésta a indemnizar el daño causado que de ello resulte” –traducción libre de la autora-

¹⁸⁹ Respecto a la taxatividad de los derechos enunciados en el Art. 823 del *BGB* y la referencia a “cualquier otro derecho de otra persona”, entendida como una posible extensión de la tipicidad característica del sistema alemán a una atipicidad al menos potencial, véase VISINTINI, Giovanna (2005), *Trattato Breve Della Responsabilità Civile*, CEDAM, 3ª ed., Padova, pp. 421 ss.

dignos de protección y, por lo tanto, exigible su reparación, vía responsabilidad aquiliana¹⁹⁰.

Será, entonces, tarea de la jurisprudencia y la doctrina¹⁹¹ determinar los intereses legítimos y relevantes cuya lesión acarreará responsabilidad extracontractual, acorde la protección que de éstos pueda desprenderse del ordenamiento jurídico. Deberá ser, también por esta vía, determinado el daño indemnizable, su extensión y su forma de resarcimiento, aun cuando sería interesante y, muchas veces, clarificador contar con normas legales expresas que fijaran directrices en la materia.

MARTIN CASALS, ha señalado que el sistema que proponen los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil¹⁹², se aproxima al criterio abierto de aquellos en que existe una cláusula general de responsabilidad por culpa¹⁹³. Reconocemos la flexibilidad de la fórmula legal propuesta, que aunque carece de carácter vinculante, vislumbra una proyección transversal, destacando la posibilidad que otorga de adaptarse a diversos contextos, entre ellos el propio de las relaciones familiares.

La configuración del ilícito atípico en un sistema de cláusula general, es de suma relevancia en el estudio que emprendemos, pues si, con el objeto de adaptar las reglas de la responsabilidad civil al ámbito familiar, se determinan exigencias que limiten el daño resarcible o, tipifiquen conductas a su respecto, se

¹⁹⁰ VISINTINI, Giovanna, *Op. Cit.*, pp. 422 - 423

¹⁹¹ Véase, MARTIN CASALS, Miquel (2005), “Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *InDret* 2/2005, p.7. disponible en www.indret.com, fecha consulta: 29 de enero de 2018. Refiriéndose a las legislaciones que optan por una cláusula general de responsabilidad por culpa, “dejan a la jurisprudencia y a la doctrina la tarea de desarrollar las reglas y los criterios necesarios para señalar qué supuestos generan responsabilidad”.

¹⁹² Respecto *Principles of European Tort Law* del *European Group on Tort Law*, véase *supra* n.123.

¹⁹³ Véase, MARTIN CASALS, Miquel, *Op. Cit.*, p.7; Sainz-Cantero Caparrós, M^a Belén; Pérez Vallejo, Ana M^a, *Op. Cit.*, p.15, el art. 2:101 de los principios, define el daño resarcible como “perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”.

estaría desnaturalizando el sistema de responsabilidad en general, por el cual el legislador ha optado, contribuyendo a configurar el sistema opuesto, es decir, de tipicidad del ilícito civil¹⁹⁴.

El derecho de la responsabilidad civil extracontractual, conduce al legislador al punto de determinar el equilibrio entre la libertad de unos individuos, que incurren en hechos voluntarios con el debido discernimiento y la lesión a los intereses y derechos de otros, estableciendo las razones jurídicas que permiten trasladar las consecuencias del daño sufrido por un individuo a otro, surgiendo para este último la obligación de indemnizar. Consecuentemente, existiendo un interés jurídicamente protegido que se haya lesionado, imputable subjetivamente, a título de dolo o culpa a un responsable; y, objetivamente a la conducta que lo ha causado, se configura la responsabilidad aquiliana.

Para contribuir a desentrañar las reglas que pudieren aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de las relaciones de familia, forzoso es preguntarnos, si más allá de los requisitos generales que hemos enunciado, es necesario exigir otras características específicas en la conducta del miembro de la familia que provoca el daño o, en su imputabilidad subjetiva o, en relación con el daño indemnizable. Con el objeto de perfilar algunas respuestas, seguidamente revisaremos ciertos aspectos de la responsabilidad extracontractual, que nos parecen relevantes para su adecuado tratamiento en el ámbito familiar.

2. La conducta desplegada: acción u omisión

Como señala BARROS BOURIE, “la responsabilidad civil tiene siempre por antecedente un daño atribuible a la conducta libre del demandado”¹⁹⁵. Esta nace como consecuencia de un hecho voluntario libre, recordando que, en un análisis

¹⁹⁴ Cfr. Sainz-Cantero Caparrós, M^a Belén; Pérez Vallejo, Ana M^a, *Op. Cit.*, pp. 56 – 58.

¹⁹⁵ BARROS BOURIEU, Enrique, *Op. Cit.* p. 63.

iustilosophico, la libertad sustenta la responsabilidad. Además, el autor del daño debe contar con discernimiento suficiente. Dos son así los elementos de la conducta como requisito de la responsabilidad extracontractual: un hecho voluntario libre y, la capacidad.

Atendida la trascendencia que presenta en el ámbito familiar la conducta que pudiere generar un daño, nos detendremos brevemente en el análisis del hecho voluntario, el cual se descompone en dos dimensiones, una externa o material –la conducta del individuo- y, una interna o subjetiva, referida a la voluntariedad del acto. A su vez, la conducta del individuo, puede traducirse en una acción – comportamiento positivo- o, en una omisión –comportamiento negativo-. Así, ordenamientos como el español, en el Art. 1902 de su código civil, expresamente considera la acción u omisión para, cumplidos los demás supuestos, generar la obligación de reparar. Lo mismo en el código civil y comercial argentino que en su Art. 1717 prescribe “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”; y, en el Art. 1985 del código civil peruano, que señala: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño [...]”. En otras legislaciones, como la chilena y la italiana, se alude al hecho en general, en el que podemos incorporar ambos comportamientos como supuestos de conducta.

Teniendo en consideración que la regla en materia de responsabilidad civil se sienta sobre la base de una conducta desplegada, es decir una acción, incurrir en responsabilidad por omisión, constituye la excepción, en el entendido que no existe una prescripción normativa que imponga un deber genérico de asegurar el bienestar de los demás, salvo la existencia de una norma jurídica que contenga un mandato específico de actuar en beneficio de otro.

Para comprender el alcance de la omisión como constitutivo del hecho voluntario generador de responsabilidad, primeramente, nos parece relevante lo expuesto por DIEZ-PICAZO, respecto el “[...] estrecho nexo de unión entre la

omisión como causa del daño y la negligencia como fundamento de la responsabilidad, si no se olvida que negligencia es precisamente omisión de cuidado y de precaución”.¹⁹⁶ Sigue señalando el autor que, “En las omisiones, el comportamiento negativo debe ser entendido al mismo tiempo como causa y como negligencia”.¹⁹⁷ Una forma de omisión es la que se configura en la negligencia¹⁹⁸, así el individuo desplegando una acción, no toma las precauciones exigidas dentro del estándar promedio de comportamiento esperado y, provoca un daño. Desde este análisis general, la conducta dañosa en el ámbito familiar también se configura por omisión en caso de negligencia.

De interés, además, es detenernos en aquello que la doctrina ha denominado omisión propiamente tal¹⁹⁹ y, dentro de ella, por revestir la mayor relevancia para nuestro análisis, la culpa por omisión de construcción judicial, que se configura en circunstancias de un especial deber de protección a la víctima, como el que existe en la relación paterno-filial.

Sobre el tema, el profesor Luis DIEZ-PICAZO, siguiendo al autor en derecho penal S. MIR PUIG, explica que “el tipo de comisión por omisión presenta la misma estructura que el tipo de omisión pura (ausencia de acción y capacidad de realizarla), pero se complementa con elementos particulares que son los necesarios para la imputación objetiva del hecho, como son la posición de garante, la condición del resultado y la posibilidad de evitarlo. De ellos, el más significativo es la

¹⁹⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Los fundamentos ...*, *Op. Cit.*, p.116

¹⁹⁷ *Ibid*, p. 295

¹⁹⁸ Según HERRERA, CAMELO y PICASSO, “la negligencia consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño”, HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo, et al, *Op. Cit.*, p.429.

¹⁹⁹ Conforme lo expuesto por el profesor Enrique Barros, la omisión propiamente tal, se configura en la medida que exista –en principio- una regla expresa que determine un deber de actuar, el que no se cumple, provocando consecuentemente un daño indemnizable. Dentro de esta idea, encontramos tres hipótesis: a) la omisión dolosa – casos en que el legislador determina específicamente el deber de actuar e intencionadamente aquel que debe desplegar la acción no la efectúa, existiendo intención positiva de dañar a aquel a cuyo respecto debe actuar, configurando dolo directo-; b) la culpa infraccional por omisión – en el caso que no se ejecuta un acto ordenado en la ley, configurándose la negligencia, por el solo hecho de no dar cumplimiento al mandato legal; y, c) la culpa por omisión. *Cfr.* BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, pp. 126 – 131.

denominada posición de garante, que se da cuando al sujeto corresponde una específica protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro”²⁰⁰, concluyendo que, en materia civil la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber de obrar, independientemente si se utilice o no la fórmula de la denominada posición de garante²⁰¹.

En este análisis quedan, entonces, comprendidas aquellas situaciones en que existe una vinculación entre la víctima y quien provoca el daño, que es aquel que debe cuidar de ella. La relación en que se encuentran, en cuyo contexto se provoca el daño, impone una especial consideración de protección y respeto por los intereses de quien lo sufre, pues éste tiene, a su respecto, una concreta expectativa de cuidado. De ahí que esta hipótesis de responsabilidad por omisión pueda configurarse en el ámbito familiar, particularmente en relación con los hijos que sustentan una expectativa de protección respecto de sus padres, la cual como uno de los efectos de la filiación, se encuentra regulada en los ordenamientos jurídicos.

3. Configuración de la antijuridicidad en el ilícito civil

Varias de las normas que consagran la responsabilidad aquiliana en ordenamientos jurídicos de derecho continental, parten del ilícito civil. Entre estos, el Art. 2314 del código civil chileno, establece “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. En similar sentido el Art. 483, del código civil de Portugal, con el que inicia la subsección I, responsabilidad por hechos ilícitos, en su numeral 1, señala que el que con dolo o

²⁰⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999), *Derecho de daños*, Civitas, 1ª ed., Madrid, p. 289.

²⁰¹ Importante conclusión que debe ser tenida en consideración en ordenamientos como el español, que incluye expresamente como conducta la acción y la omisión; o, el chileno, que aunque sin especificar comprende en el hecho voluntario de quien actúa ambos comportamientos. A diferencia de regulaciones civiles como la del código civil portugués que, determinando expresamente los requisitos de la omisión para generar responsabilidad, en su Art. 486 referido precisamente a las omisiones, dispone: “*As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o omitido.*”

culpa viole ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al lesionado por los daños resultantes de la violación²⁰²; y, el código civil italiano, en su Art. 1173²⁰³, indica como una de las fuentes de las obligaciones al hecho ilícito, que luego desarrolla en los Arts. 2043²⁰⁴ y ss. Disposiciones todas inspiradas sustantivamente en el Art. 1382 del Code de Napoleón de 1804, que en su versión original disponía: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*²⁰⁵, contenida en el Capítulo II titulado De los Delitos y Cuasidelitos²⁰⁶.

Puede desprenderse, entonces, como elemento necesario, la antijuridicidad. Sin embargo, los textos legales no son de ayuda para clarificar en cual de los requisitos de la responsabilidad debe ésta concurrir. Con tal objeto, recurrimos a los acertados planteamientos de autores como Fernando PANTALEÓN y Luis DIEZ-PICAZO²⁰⁷, los cuales nos llevan a concluir que no debe ser exigido el requisito de ilicitud en la conducta desplegada a la que objetivamente puede imputarse el daño, pues la responsabilidad civil extracontractual puede surgir de un despliegue que en sí no es antijurídico. La ilicitud exigida, queda referida, de una parte, a la falta de la diligencia requerida como estándar común del comportamiento de las personas que viven en sociedad y, de otra, al daño mismo,

²⁰² SECCÃO V Responsabilidade civil SUBSECCÃO I Responsabilidade por factos ilícitos ARTIGO 483. Princípio geral. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilícitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

²⁰³ Articolo 1173 *Fonti Delle Obligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.*

²⁰⁴ Véase *supra* n. 184.

²⁰⁵ Cualquier acto del hombre, que causa daño a otro le obliga por cuya culpa sucedió a repararlo - traducción libre de la autora-.

²⁰⁶ Conforme la versión vigente desde el año 2016 del Code Civil -modificado por el Art. 2 de la Ordenanza N° 2016-131, de 10 de febrero de 2016- la Responsabilidad Extracontractual en General, se encuentra tratada en el Capítulo I, del subtítulo II, Título III, Libro III. Art. 1240, disposición redactada en los mismos términos que su versión original. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, fecha consulta 05 de abril de 2017.

²⁰⁷ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Op. Cit.*, pp. 167 ss.; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999), *Op. Cit.*, pp. 287 – 297.

que una vez producido, debe ser indemnizado, a través de función reparadora de la responsabilidad civil, es decir, un daño que la persona perjudicada, conforme las reglas de atribución fijadas por el ordenamiento jurídico, no tiene por qué soportar o tolerar y que, por consiguiente deviene indemnizable y tacha de antijurídica o ilícita la conducta que lo ha provocado.

El daño tiene una base fáctica, una extensión material, se origina en una conducta humana, que lo genera en una relación causal, una cadena de causas y efectos que se rige por las leyes de la física, denominado doctrinariamente *imputatio facti*. Ahora bien, de esa conducta humana, nacerá la consecuente responsabilidad, en la medida que produzca un daño antijurídico e imputable, la *imputatio iuris*, guiada por la causalidad jurídica, consistente en “un juicio de imputación en virtud del cual el intérprete —siguiendo criterios predefinidos por la ley— eleva una o algunas de las condiciones de un resultado a la categoría de causa”²⁰⁸. La imputabilidad se proyecta así en un análisis objetivo, respecto la conducta; y, uno, subjetivo, relativo a la intención del sujeto responsable. Por su parte, la teoría de la relación causal en esta materia, cumple una doble función, pues permite determinar quien resulta responsable de un determinado daño; y, qué consecuencias deben ser reparadas por el responsable.

Resulta preciso para la determinación del daño resarcible en el ámbito familiar, perfilar a qué apunta la conducta dañosa para que se constituya como ilícita. La antijuridicidad implica un juicio de valor sobre la conducta o, sobre el resultado que provoca, cuestión transversal a los ordenamientos jurídicos y que ha generado diversas posturas doctrinarias, sin embargo, teniendo en consideración las reflexiones que anteriormente planteamos, la conducta dañosa en familia, debe apreciarse como contraria a derecho, desde que se produce el resultado contra *ius*, es decir, la lesión a cualquier derecho subjetivo o a cualquier interés jurídicamente protegido, no en atención a la conducta, ni menos a una hipotética determinada

²⁰⁸ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo, et al, *Op. Cit.* p.431

conducta. Conclusión, que consideramos, es respetuosa del sistema, por cuanto no compromete su atipicidad característica.

4. Estándar de diligencia

Según da cuenta Alma RODRÍGUEZ, la diligencia, en términos dogmáticos y jurídicos, ha ido adquiriendo un significado más preciso, consistiendo en “la complicada actividad que una persona tiene que desarrollar en una situación jurídica determinada, esto es, el modelo de conducta que ha de adoptar”²⁰⁹.

En general, en materia de responsabilidad extracontractual, el estándar de cuidado es la culpa leve, pues configurado bajo el prisma de un sistema subjetivo, en que la responsabilidad se atribuye por dolo o culpa, se ha señalado “que la noción de culpa invoca naturalmente la idea de cuidado ordinario, pues atiende a lo que razonablemente podemos esperar de los demás en nuestras relaciones recíprocas”²¹⁰. Lo cual no significa que el nivel de cuidado exigible sea siempre el mismo, ya que el hombre prudente lo determinará considerando las circunstancias del caso. La culpa, aparece como un juicio normativo que se aprecia, en abstracto, conforme un patrón objetivo de comparación. En este sentido, DIEZ-PICAZO ha sostenido como unánimemente admitido que, en la responsabilidad civil extracontractual, el modelo de diligencia es abstracto, basado en la diligencia media, “de manera que no sea exigible una diligencia extraordinaria, que pueda referirse a personas con extraordinarias capacidades o dotes o que pueda suponer extraordinarios niveles de esfuerzo o sacrificio”²¹¹.

Respecto las relaciones de familia, la doctrina se ha abocado a examinar el canon de diligencia, con el objeto de determinar cuál es el modelo de conducta

²⁰⁹ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, pp. 135 - 136

²¹⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, resumen p. 16

²¹¹ Véase, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Fundamentos...*, *Op. Cit.*, pp. 269 -270.

que debe adoptar quien cumple con un deber en este ámbito, siendo variadas las conclusiones al respecto.

Para MEDINA, en el sistema argentino, la conducta exigible debe valorarse conforme el Art. 1725²¹², el que exige mayor diligencia cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, disposición que prescribe, además, que las condiciones particulares de las partes deben ser tenidas en cuenta cuando existe una confianza especial entre ellas. Al respecto, podríamos esbozar que, siendo el ámbito familiar aquel en que existe una relación de confianza especial entre sus miembros, en el que corresponde conducirse con prudencia en el cumplimiento de los deberes impuestos a sus integrantes, podría ser exigible incluso un mayor grado de diligencia. Sin embargo, por exceso, también estaríamos apartándonos del estándar general y, más aún, exigiendo una esmerada diligencia en las relaciones domésticas y afectivas más espontáneas del ser humano, a las que resulta inherente una actuación con mayor relajamiento, desprovista de una extrema rigurosidad.

Para RODRIGUEZ GUITIÁN, el modelo exigible, sería aquel derivado del modo habitual de comportamiento de una persona en relación con sus propios intereses, denominado doctrinariamente, diligencia *quam in suis*, canon privilegiado que permite limitar la imputabilidad subjetiva al dolo o culpa grave. La autora encuentra su fundamento en los comportamientos cotidianos que se siguen en el ámbito familiar, tanto en el matrimonio, como en la relación paterno-filial, última en que cabe además a los padres una discrecionalidad en la crianza y educación de sus hijos. Canon de diligencia que califica como más laxo y restringido al ámbito doméstico. Para complementar su postura, analiza la STS de 17 de julio de 2007, que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, aunque fuera del ámbito familiar, nos parece relevante por dos aspectos: la consideración del criterio del riesgo general de la vida, que justifica la no reparación de los daños producidos en

²¹² Véase *infra* n. 235.

las relaciones familiares domésticas; y, el recurso a los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil (PETL), respecto el estándar de responsabilidad de una persona razonable, el cual permite su adaptación a la categoría de persona que el responsable representa, conforme diversos factores que se indican. Criterios que la sentencia referida señala, “pueden tomarse como punto de referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 del código civil español”. Argumento, este último, sorprendente a juicio de la autora, pues estos principios no forman parte del ordenamiento jurídico español,²¹³ ni tienen carácter vinculante, cuestión de la que ya hemos dado cuenta anteriormente²¹⁴.

En cuanto a la relación paterno-filial, consideramos relevante, en el tema del estándar de diligencia exigible, el examen que la autora efectúa de la opinión de DÍEZ PICAZO y GULLÓN, quienes interpretan el Art. 154²¹⁵ del CC español, sosteniendo que el deber de velar que en él se contiene, revela la exigencia de un canon que lleva a los padres a responder en caso de culpa leve o levísima, agravando el modelo, estableciendo una especial diligencia, en la esfera personal de la relación paterno-filial²¹⁶.

²¹³ En particular, la referencia es al Art. 4:102 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, el cual conforme la traducción al castellano efectuada por MARTIN CASALS, transcrita por RODRIGUEZ GUITIAN, n. 276, señala: “(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”, véase RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, pp. 139 – 148.

²¹⁴ Véase, *supra* p. 84.

²¹⁵ Art. 154 cc español: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:
1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.
Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

²¹⁶ Véase, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 138; DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 265; SAINZ-CANTERO CAPARROS, M^a Belén; PEREZ VALLEJO, Ana M^a, *Op. Cit.*, p. 112.

BARCELO DOMENECH, sobre la base de los Arts. 1902 y 1104²¹⁷ del CC español, propone utilizar el modelo del buen padre de familia, adaptado a las circunstancias del caso. Para el autor, la responsabilidad nacerá en el ámbito familiar, sea que el daño se provoque maliciosa o negligentemente y, ante la falta de norma expresa, la negligencia en el ámbito extracontractual, debe entenderse en la forma señalada por el Art. 1104²¹⁸. La diligencia exigible en responsabilidad civil extracontractual es la del buen padre de familia, partiéndose de un ideal abstracto²¹⁹ que debe ser adaptado a las circunstancias concretas del caso. Seguidamente, la pregunta que plantea el autor es, si ese modelo conduce a una diligencia equivalente a la culpa grave. La relación de proximidad y confianza habida en el seno familiar no servirían como argumento para sostener que así sea. Por el contrario, atender a esos factores podría llevarnos a concluir la exigencia de una mayor intensidad de la diligencia, posibilidad que ya hemos descartado.

A diferencia de legislaciones como la española, chilena o italiana, en el ordenamiento alemán, el *BGB* contiene normas expresas respecto el estándar de diligencia exigido, en general, en las obligaciones emanadas de las relaciones de familia. El párrafo 1359, aplicable a la relación matrimonial y el párrafo 1664, relativo al estándar en la relación paterno-filial, fijan el modelo de diligencia subjetivo de aquel que se pone en los propios negocios –*quam in suis*-²²⁰. Estándar que no

²¹⁷ Art. 1104 CC español: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

²¹⁸ Véase, BARCELO DOMENECH, *Op. Cit.*, p. 121.

²¹⁹ Al respecto, DIEZ-PICAZO concluye que el modelo de diligencia del Art. 1104, pensado para las obligaciones contractuales, es aplicable a la responsabilidad extracontractual, señalando “La diligencia que debe ser tenida en cuenta es la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable, de acuerdo con un tipo medio”, véase, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Fundamentos...*, *Op. Cit.*, pp. 269 -270.

²²⁰ § 1359 “*Umfang der Sorgfaltspflicht. Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen*”. La disposición transcrita se encuentra disponible en su versión vigente en <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, fecha consulta 09-01-18, su traducción al castellano en versión de la autora es la siguiente:

§ 1359 “Alcance de la debida diligencia. En el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación conyugal, los cónyuges solo serán responsables recíprocamente de la diligencia que emplean en sus propios asuntos” – traducción libre de la autora.

resulta aplicable en sistemas subjetivos de responsabilidad, contruidos sobre una cláusula general del ilícito civil. En este punto, consideramos que forzar la mirada al sistema alemán, desnaturalizaría las reglas propias pues, no obstante, encontrarnos en un ámbito doméstico, no consideramos que pueda ello revelar la tolerancia máxima que conllevan responder sólo por culpa grave o dolo, relajando el cuidado del hombre promedio.

5. La gravedad de la conducta

De la regulación de determinados remedios específicos, contemplados en el derecho de familia para sancionar al infractor de un deber, se desprende la exigencia de gravedad en la conducta del ofensor, comportamiento que, para ciertas hipótesis además requiere que sea efectuado con reiteración. Como ejemplo, podemos citar en la legislación chilena, la ley de matrimonio civil, ley N° 19.947 que, en sus Arts. 26 y 54, relativos a la separación judicial y al divorcio sanción – denominado así por la doctrina-, prescriben, para su solicitud, una conducta de envergadura en el cónyuge culpable, pues su falta debe constituir una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio entre los cónyuges, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Entre las conductas que, a vía ejemplar indica la última de estas disposiciones, requiere también su reiteración –Art. 54, inc. 2º, N°2-.

Proyectada esta exigencia, en general, al ámbito familiar, menester es

§ 1664 “*Beschränkte Haftung der Eltern*”

(1) *Die Eltern haben bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.*

(2) *Sind für einen Schaden beide Eltern verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner*”. La disposición transcrita se encuentra disponible en su versión vigente en <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, fecha consulta 02-01-18, su traducción al castellano en versión de la autora es la siguiente:

§ 1664 Responsabilidad limitada de los padres

(1) En el ejercicio de la responsabilidad parental, los padres serán responsables únicamente de la diligencia que emplean en sus propios asuntos.

(2) Si ambos padres son responsables de cualquier daño, serán solidariamente responsables” – traducción libre de la autora.

preguntarse si tal característica de gravedad en la conducta, resulta aplicable al familiar que provoca el daño, para hacer procedente la reparación.

Para los autores DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, parece imprescindible determinar –como ha sido sostenido por la jurisprudencia italiana- que el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de deberes conyugales, solo surja por incumplimientos graves o reiterados, “en orden a evitar una proliferación de demandas basadas en incumplimientos nimios [...]”²²¹. Argumento al que RODRIGUEZ GUITIAN, aporta “[...] la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento que, por su intrínseca gravedad o por su reiteración, sea capaz no sólo de romper el equilibrio de a relación familiar sino también de dañar derechos fundamentales del familiar dañado”²²². Consecuentemente para la autora, la procedencia de la reparación del daño en el ámbito familiar exige, entonces, una “gravedad intrínseca” en el comportamiento del hechor y el daño a un derecho fundamental. El incumplimiento de un deber conyugal o paterno–filial, no es por sí solo indemnizable, no porque no constituyan deberes jurídicos sino “porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente la paz familiar y daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos”, unidad familiar a la que podría reconocerse su fractura, sólo para dar protección a otros intereses prioritarios en el ordenamiento jurídico, como la vulneración con dolo o culpa grave de los derechos fundamentales de las personas. En una orientación similar, LOPEZ DE LA CRUZ, concluye que no todo daño moral sufrido por uno de los cónyuges corresponde sea resarcido, pues existen ciertos comportamientos que no pueden ser exigidos, al menos, jurídicamente. Así, según esta autora “La clave está en que el incumplimiento de un deber matrimonial provoque la lesión de un derecho fundamental, causando un determinado daño”²²³.

²²¹ DE VERDA Y BEAMONTE, Ramón, CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2014), *Op. Cit.*, p.187.

²²² RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, *Op. Cit.*, p. 89

²²³ LOPEZ DE LA CRUZ, Laura, *Op. Cit.*, p. 33

Por otra parte, FAYOS GARDÓ, efectuando un análisis de los *Tort Law* y las relaciones familiares en Estados Unidos y en España, sostiene que no puede dejarse desatendida a una parte que sufre un daño severo, para promover una supuesta armonía conyugal, concluyendo que “solo las situaciones en que intervenga una conducta indignante (atroz) deberían ser compensadas y no debe serlo la conducta que es simplemente insultante u ofensiva”²²⁴.

Concordamos con la mayoría de los autores referidos en un argumento que nos parece central, la paz familiar, que propicia y busca mantener el ordenamiento jurídico, sólo puede ser fracturada producto de una conducta que revista gravedad, a la cual resulte imputable objetivamente la lesión sufrida, la que de contenido personal, incidirá en un daño a los derechos fundamentales, pero que, entendemos, no podría limitarse únicamente a este supuesto, por el carácter atípico del sistema reparatorio, en las legislaciones que así lo han configurado.

El desarrollo de la institución familiar, como centro de satisfacción de los derechos e intereses de sus miembros, contemplada transversalmente en los sistemas jurídicos, no puede verse amenazada por los conflictos domésticos cotidianos. Esta característica de gravedad, deberá ser ponderada por el juez en su labor de determinación de la conducta dañosa. Respecto su reiteración, tal como se trata en legislación chilena, constituye una hipótesis a vía ejemplar, que podrá servir de directriz al juez, pero que bien podría no presentarse. En otras palabras, una conducta única, que revista la gravedad suficiente, puede dar lugar a su configuración como dañosa.

El argumento relativo a que, con esta exigencia se detienen una multiplicidad de pleitos entre familiares, se convierte así en una consecuencia, deseable por lo demás.

²²⁴ FAYOS GARDÓ, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 1564 - 1565. El autor alude al *Tort of intentional infliction of emotional distress*, utilizado en Estados Unidos para fundamentar demandas civiles de un cónyuge al otro por daño moral, el que, conforme la sección 46 del 2nd *Restatement of Torts*, debe incluir tres elementos: (a) conducta extrema o indignante que (b) intencionadamente o por imprudencia (c) causa un daño emocional grave.

6. Criterios de imputación subjetiva

Referirnos a los criterios de imputación subjetiva, consiste en analizar las razones por las que el ordenamiento jurídico considera justo o, económicamente eficiente, que el ha provocado el daño, lo repare, estableciendo las reglas que determinan que el daño sea soportado por un sujeto distinto del que lo sufre²²⁵.

La determinación del criterio de imputación subjetiva, se presenta como una de las peculiaridades de la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar, proveniente de las características propias del derecho de familia²²⁶.

Las opiniones doctrinarias, se encuentran lejos de seguir un único camino. Por una parte, se justifica la exigencia de dolo o culpa grave, para establecer un límite a la excesiva judicialización y, para mantener la paz familiar, pues de dar cabida a una multiplicidad de acciones judiciales basadas en las molestias comunes y corrientes de la vida en familia, se fracturaría la armonía familiar, que, constituye uno de los objetivos del derecho de familia. Aunque MEDINA, desvirtúa este argumento, señalando que, “el mantenimiento de la paz social, se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aunque tenga un vínculo matrimonial respecto de otro ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esa calidad por ser miembro de una familia”.²²⁷ Al respecto, advierte además BARCELÓ DOMÉNECH, “[...] el peligro (si tal peligro realmente existe) de avalancha de litigios familiares no se debe evitar con el recurso al dolo y la culpa grave”²²⁸.

²²⁵ Véase, SAINZ-CANTERO CAPARROS, M^a Belén y PEREZ VALLEJO, Ana M^a, *Op. Cit.*, p. 87-88.

²²⁶ Véase, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p.129.

²²⁷ MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p.5.

²²⁸ BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Op. Cit.* p. 117.

Como otro argumento, para considerar este criterio reforzado de culpabilidad, se agrega, que las disposiciones legales que en los ordenamientos contemplan la indemnización de perjuicios en forma expresa²²⁹, recurren al dolo o la culpa grave, como criterio subjetivo de imputación²³⁰, si el legislador ha determinado ese criterio de imputabilidad en las hipótesis que ha reglado, debe entenderse que aquel es el que corresponde aplicar para cualquier situación en el ámbito familiar, una suerte de extensión por analogía. A lo que, DE VERDA Y BEAMONTE y CAPARRO MATAMOROS, responden concluyendo que las normas expresamente reguladas, constituyen una excepción, siendo dudoso el poder extraer una regla general de estándar de culpabilidad reforzada sólo de algunas disposiciones que se definen por el legislador para hipótesis determinadas, las cuales, debemos agregar, se refieren, particularmente, a daños de contenido patrimonial.

Respecto las distintas posturas que se esgrimen, relativas al fundamento de la resarcibilidad de los daños que se producen en la familia, SAINZ-CANTERO y PEREZ VALLEJO señalan que, realmente, en ellas subyacen las discusiones que apuntan a la antijuridicidad del daño reparable y, el principio de la atipicidad del

²²⁹ Para ROCA I TRIAS, "La conclusión es que en el Código rige el principio de la tipicidad, de modo que se prevén determinados daños que tienen específicamente establecida la forma de resarcimiento. Y entonces quedan pendientes aquellos que no se han tipificado." Véase, ROCA I TRIAS, Encarna (2000), "La Responsabilidad en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, p. 562.

²³⁰ Vgr., en el CC español:

Art. 168 "Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años. En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos".

Art. 1390 "Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges, hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto".

En el código civil chileno:

Art. 197 (2º) "La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado"

Art. 328 "En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo"

Art. 1771 (1º) "Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlas el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos".

ilícito civil, el que sólo se respeta por completo, cuando se defiende que el contenido del daño *contra ius* en familia se integra por el disvalor del resultado, es decir, por la lesión de un interés que no sea contrario al ordenamiento jurídico, siendo su naturaleza predominantemente objetiva y, por tanto, que es irrelevante que el agente lo haya producido por dolo o culpa, de otra manera se optaría por la tipicidad de los daños familiares. A juicio de la autoras, la valoración no debería comprometer nunca la atipicidad del ilícito civil²³¹.

En el ámbito particular de los deberes conyugales, ROMERO COLOMA, justifica el resarcimiento del daño producido por su incumplimiento, considerando que éstos constituyen auténticos deberes jurídicos, añadiendo, “[...] Desde este prisma es como hay que delimitar los daños entre cónyuges, teniendo en cuenta que el marco del matrimonio –o de la pareja de hecho- obliga a un comportamiento leal, honesto, respetuoso, y que ese comportamiento, en un plano de igualdad ha de ser mutuo, recíproco, y de ahí el contenido de los artículos 66, 67 y 68 de nuestro Código Civil”²³², para estos casos, la obligación de reparar no debe requerir ni la lesión de un derecho fundamental o de la personalidad del cónyuge dañado, ni una gravedad intrínseca o reiterada, fruto de un comportamiento doloso imputable al autor del daño, como se infiere de la tesis de RODRIGUEZ GUITIAN, la que expresamente, no comparte, toda vez que la disposición que consagra el marco de la responsabilidad civil extracontractual –Art. 1902 CC español-, no contempla mención alguna al elemento dolo, como requisito para su procedencia²³³. En similar línea de reflexión, MEDINA²³⁴, basándose en las disposiciones del actual código civil y comercial argentino, considera que los deberes emanados del matrimonio, “son deberes jurídicos que generan derechos recíprocos entre los cónyuges y que su violación, de causar daño, debe ser indemnizada conforme las normas de la

²³¹ SAINZ-CANTERO CAPARROS, M^a Belén, PEREZ VALLEJOS, Ana M^a, *Op. Cit.*, p. 41.

²³² ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Op. Cit.*, p.16.

²³³ *Ibid.*, p. 18

²³⁴ MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, pp. 1 – 16.

responsabilidad civil”, concuerda con RODRIGUEZ GUITIAN respecto que su naturaleza personalísima, dentro de la esfera personal de cada cónyuge, impide su imposición coactiva directa por parte del estado, constituyendo obligaciones legales sin carácter patrimonial, lo cual, sin embargo, no le priva de perseguir la reparación por el daño producido en caso que su transgresión lo produzca. Sin embargo, sostiene que “aún en un sistema de divorcio incausado, es posible reclamar la reparación de los daños producidos por conductas antijurídicas que pongan fin al matrimonio”, debiendo para ello probar también los otros elementos de la responsabilidad: culpa o dolo, daño y su relación de causalidad con la conducta imputable subjetivamente, sin exigir una conducta especialmente grave ni un resultado que lesione particularmente alguno de los derechos fundamentales del cónyuge afectado, aunque sí concluye que “el respeto de la dignidad y personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia [...] constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a un deber familiar”. La valoración, para determinar si las conductas desarrolladas durante el matrimonio son susceptibles de reparación, debe efectuarse conforme el Art. 1725²³⁵ del CCyCom argentino, el que no contempla exigencia de dolo o culpa grave en la imputación al autor del daño, sino más bien, la autora identifica con un estándar superior de diligencia²³⁶.

En la doctrina italiana, CHINDEMI y CECCHINI, sostienen que para constituir el ilícito endofamiliar, debe considerarse, no la simple violación del deber familiar, sino la conducta particularmente grave y reprochable, caracterizada principalmente por la presencia del elemento de imputación subjetiva del dolo, que determinará la injusticia del daño. La violación de un deber familiar puede producir un daño no patrimonial, que se traduce en la lesión de la existencia del sujeto

²³⁵ Art.1725 “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración n de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes”.

²³⁶ Véase *supra* p. 92.

dañado, pero para justificar el resarcimiento, es necesario según la regla enunciada a partir de las sentencias de casación N° 8827 y 8828²³⁷, de 2003, que el daño incida en un bien o interés constitucionalmente tutelado²³⁸. DI MARZIO, analiza la sentencia dictada por el tribunal de Venecia, con fecha 03 de julio de 2006, la cual resolviendo sobre la reparación del daño no patrimonial entre cónyuges por incumplimiento del deber de fidelidad, contempla una reflexión similar, en torno a que el recurso a la responsabilidad civil se habilita frente a la conducta dolosa o de culpa grave y, vinculado a la lesión de una situación subjetiva digna de protección en el ámbito familiar²³⁹. Relevante, nos parece, tener en consideración que, la base normativa para reclamar la reparación del daño no patrimonial, se encuentra en el Art. 2059 del CC italiano²⁴⁰, que contempla su resarcimiento, sólo en los casos determinados por la ley. Hipótesis que se verifica en caso de provocar daño a un derecho constitucionalmente tutelado, el cual, por su relevancia requerirá, como precisan los autores referidos, una conducta grave del sujeto, que no podría ser imputada a un simple descuido, de ahí la construcción doctrinaria y jurisprudencial que exige dolo o culpa grave.

En la jurisprudencia italiana, el Tribunal de Brescia, en sentencia de 14 de octubre de 2006²⁴¹, la cual ya ha sido referida anteriormente, orienta su decisión en el sentido indicado, señalando: *“Certo non ogni violazione di obbligo coniugale comporta il diritto al risarcimento del danno ma solo quella posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrínseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona e che, pertanto, comporta una grave lesione dell’esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana ossia quella lesione che in un certo senso va a toccare proprio l’in sé della persona e non aspetti*

²³⁷ Cass. Civ., sez III, 31 maggio 2003, n. 8827 – n. 8828.

²³⁸ Véase, CHINDEMI, Domenico, CECCHINI, Giorgia, *Op. Cit.*, pp. 54 – 55.

²³⁹ *Cfr.*, DI MARZIO, Mauro, *Op. Cit.* p. 445 – 447.

²⁴⁰ *Articolo 2059 “Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.”*

²⁴¹ *Trib. Brescia 14 ottobre 2006, Responsabilità Civile e Previdenza, 2007, 81; Giurisprudenza di Merito, 2007, 984 en DI MARZIO, Mauro, Op. Cit., pp. 444 – 445.*

marginali della stesa: il tutto ovviamente all'interno di un bilanciamento delle posizioni dei coniugi volto ad accordare tutela all'interesse costituzionalmente prevalente". Así, el derecho al resarcimiento del daño, nace por una conducta de gravedad intrínseca, como un acto de agresión a los derechos fundamentales de la persona, que provoque una lesión a su realización como tal.

En la evolución de las decisiones de los tribunales españoles, importante tener presente la STS de 22 de julio de 1999²⁴². En particular, su fundamento de derecho sexto, que señala: "Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del art. 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la Sra. María Carmen C. S. [...]". Este razonamiento del Tribunal Supremo, interpretado a *contrario sensu*, como ha sido analizado en doctrina, supone como requisito de procedencia de la indemnización de perjuicios fundada en el Art. 1902 del CC español, la actuación dolosa de quien provoca el daño. Cabe cuestionar en torno a qué fundamentos se excluye la conducta negligente para la aplicación del Art. 1902²⁴³.

Este criterio se mantuvo en diversos fallos *vgr.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de noviembre de 2004 –que, apreciando dolo en la conducta, condena al resarcimiento de los daños-; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de julio de 2005; sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 13 de diciembre de 2006; sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 2 de enero de 2007 –que también condena a la indemnización de perjuicios al comprobar la conducta dolosa-; la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 16 de febrero de 2007; la sentencia de la Audiencia Provincial de

²⁴² Véase, *supra* n. 164.

²⁴³ *Cfr.* BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Op. Cit.* p.89.

Valencia, de 5 de septiembre de 2007, de la Audiencia Provincial de Segovia, de 11 de diciembre de 2007; de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de octubre de 2008; de la Audiencia Provincial de León, de 30 de enero de 2009; de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de febrero de 2009; de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de noviembre de 2009; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 8 de noviembre de 2010²⁴⁴.

Con posterioridad, se indican la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de enero de 2007 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 03 de abril de 2008²⁴⁵, principalmente ésta última, como aquella que marca un camino distinto en cuanto a la exigencia de dolo para la reparación del daño causado, señalando en su fundamento jurídico segundo: “Un paso más adelante es el que da la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18a) en su sentencia de 16/enero/2007. Es así que, desmarcándose del requisito del dolo exigido por el Tribunal Supremo, la referida resolución califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica [...] La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil , por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. [...] pero no lo es menos que el art. 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de la responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo”.

²⁴⁴ Véase, *Ibid*, pp. 93 – 102.

²⁴⁵ Véase *supra* n. 107.

En el sistema alemán, en base al parágrafo 826 del *BGB*²⁴⁶, que contempla la indemnización por la provocación intencional de daños que atenten contra las buenas costumbres, el Tribunal Supremo²⁴⁷, excepcionalmente ha aceptado la procedencia de indemnización en caso de adulterio, exigiendo esa intención calificada –dolosa– de causar daño al cónyuge. Argumento que se justifica en un sistema de responsabilidad civil tipificado, en el que sólo nacerá la obligación de indemnizar en caso de lesión de los derechos subjetivos individualizados, lo cual, hace admisible recurrir al dolo para subsumir la situación a otra hipótesis legal y, por esa vía, alcanzar la reparación del daño provocado. Razonamiento del todo alejado en un sistema que ha optado por la atipicidad del ilícito.

En síntesis, consideramos que la exigencia de un criterio de imputabilidad subjetiva reforzada, basada en el dolo²⁴⁸ o la culpa grave de quien actúa, significaría incluir un requisito extraordinario para proceder a la reparación del daño en el ámbito del derecho de familia, que no se encuentra exigido en las cláusulas generales de responsabilidad que gobiernan la materia *vgr.* Art. 1902 CC español, Art. 2314 CC chileno, el cual, además, daría lugar a un cierto privilegio que disminuiría la diligencia exigible en las relaciones de familia. Sentido en el cual, también se ha pronunciado la actual jurisprudencia, resolviendo que tanto una conducta dolosa como negligente pueden dar lugar a la indemnización de perjuicios en el ámbito familiar²⁴⁹.

²⁴⁶ § 826 “*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*”

²⁴⁷ Véase, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 131

²⁴⁸ En que además surgen dificultades relativas a la configuración de la intencionalidad requerida: basta el conocimiento, unido a la intención de incumplir el deber o, precisa, además, la intención positiva de dañar. Circunstancias que serán especialmente relevantes respecto la infracción a los deberes emanados del matrimonio, contexto en el cual TAPIA RODRIGUEZ, se pregunta: “¿acaso las personas son adúlteras con el propósito deliberado de generar daño a su cónyuge?”, TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2016), “Contra la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales”, en LEPIN MOLINA, Cristian; GOMEZ DELA TORRE VARGAS, Maricruz (Coord.), *Estudios de Derecho Familiar I – Jornadas Nacionales de Derecho Familiar*, Thomson Reuters, 1º ed. Santiago de Chile, p. 173.

²⁴⁹ Véase, *supra* p. 104.

7. El daño indemnizable

El daño, se sitúa como elemento central de la responsabilidad extracontractual, es el fundamento inmediato de la obligación de reparar, pues podría existir aun una conducta –acción u omisión- negligente, la cual de no concretar un daño, no originará responsabilidad. Además, el daño en sí, constituye el objeto de la reparación misma, la víctima debe ser restituida al estado anterior, es el daño íntegro el que debe ser indemnizado por el agente provocador, siendo su ámbito el de la “justicia correctiva que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden que ha sido alterado por el daño”²⁵⁰.

En el desarrollo de las actividades cotidianas en sociedad, se producen daños. Lo importante es tener presente que, no todos ellos serán tenidos en consideración por el legislador para generar responsabilidad. Revestirán consecuencias jurídicas, aquellos que el ordenamiento considere, en razón de su magnitud y trascendencia, surge así la noción del daño indemnizable. Siguiendo lo planteado por BARROS BOURIE, “En definitiva, cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son daños en sentido jurídico y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad”²⁵¹. Y, como apunta DIEZ-PICAZO, “[...] es manifiesto que existen daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer”²⁵².

En todo ordenamiento jurídico que tenga un fin de justicia esencial, existe un deber genérico de no provocar daño a otro, naciendo consecuentemente el deber de repararlo si éste se ha concretizado, pero no sería posible pensar que se imponga un deber de indemnizar cualquiera sea el daño que se produce, con

²⁵⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999), *Op. Cit.*, p. 215.

²⁵¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 222.

²⁵² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Fundamentos ...*, p.300.

independencia de su magnitud, pues nos situaría ello en un escenario en que prácticamente resultaría imposible para los individuos relacionarse en la vida social que, como sabemos, conlleva un riesgo aceptable de experimentar disgustos y lesiones cotidianamente, de ahí surge distinguir la conducta exigible dentro de la vida en sociedad de aquella que constituye una conducta dañosa indemnizable.

En general, la ley, en las disposiciones contenidas en códigos decimonónicos, no conceptualiza el daño, habiendo sido la doctrina la encargada de construir su definición, en el que se incluye un sentido restringido, circunscrito a la lesión de un derecho subjetivo²⁵³; y, un sentido amplio, el cual se remontaría a las Siete Partidas, siendo entendido como “todo detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda [patrimonio] o la persona”²⁵⁴. Consecuentemente, no solo la lesión a derechos subjetivos es resarcible, sino todo daño provocado a intereses legítimos²⁵⁵ y relevantes, sean éstos patrimoniales o no, constituyéndose como bienes dignos de tutela jurídica.

El interés, se presenta, “como la situación de un sujeto respecto de un bien, en particular como la relación existente entre el sujeto que ostenta un fin o experimenta una necesidad, y el bien que es medio adecuado para alcanzar dicho fin o satisfacer dicha necesidad. El daño, supone la frustración de esa posibilidad de satisfacción de una necesidad o de alcanzar un fin, afectando al bien que constituye el medio que lo permite”²⁵⁶.

Siguen la misma orientación de amplia inteligencia, códigos de reciente

²⁵³ Según señalan los autores chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, “para que el interés de un particular sea respetado o satisfecho es necesario que esté directamente protegido por el ordenamiento jurídico, es decir, que constituya un derecho subjetivo”. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2011), *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, tomo II, Ed. jurídica de Chile, 8° ed., Santiago de Chile, p. 324.

²⁵⁴ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.* p. 220

²⁵⁵ Se ha definido interés legítimo como “un interés individual estrechamente vinculado a un interés general o público y protegido por el ordenamiento sólo mediante la tutela jurídica de este último interés”. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 324.

²⁵⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén y PEREZ VALLEJO, Ana M^a, *Op. Cit.*, p. 28.

redacción, como el código civil y comercial argentino que, en su Art. 1737, relativo al concepto de daño, dispone: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

En orden a establecer un límite respecto los intereses cautelados, la doctrina exige que el interés sea legítimo, es decir, no contrario a derecho o, como lo señala la disposición legal argentina, un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, aunque no se encuentre expresamente contenido en la ley; y, significativo, esto quiere decir, que deben ser excluidas todas aquellas molestias que se causan las personas cotidianamente en su vida normal en sociedad, existe un mínimo de tolerancia que debe existir para desarrollar la vida. El interés legítimo y significativo es un bien jurídico, cuya lesión determina su reparación.

Con mayor profundidad incluso, el catedrático Luis DIEZ-PICAZO, advierte que, en el derecho español, no es posible reducir la antijuridicidad del daño sólo a las lesiones producidas a derechos subjetivos y, menos aún, considerar -a estos efectos- dentro de los derechos subjetivos, sólo a aquellos denominados derechos subjetivos absolutos²⁵⁷, como los derechos de la personalidad y los derechos sobre las cosas, no existe una concepción así de restrictiva del daño.²⁵⁸

De lo expuesto, en torno a los requisitos del daño indemnizable, concluimos que no todo daño dará lugar a la obligación de responder, sino aquel que sea jurídicamente relevante y, lo es, “aquel valorado jurídicamente como injusto e imputable al responsable”²⁵⁹.

En el examen de los caracteres para delimitar el daño indemnizable, el sistema italiano incorpora, además, que éste sea injusto. Exigencia contemplada

²⁵⁷ Véase, parágrafo 823 *BGB* Alemán.

²⁵⁸ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999), *Op. Cit.* pp. 291 – 292

²⁵⁹ SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén, PEREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.* p. 22.

en el Art. 2043 del código civil al prescribir que, cualquier hecho doloso o negligente que causa a otro un daño injusto, obliga a quien lo ha cometido a resarcirlo²⁶⁰. Con el objeto de comprender su alcance, DIEZ-PICAZO, refiere al autor italiano Guido ALPA, quien indica, “la jurisprudencia interpreta la idea del daño injusto en el sentido de *non iure* y *contra ius*. Ha de ser *non iure* porque el daño se infiere sin que el que lo ocasiona tenga derecho a ello. Ha de ser *contra ius* porque se actúa de manera que se lesiona un derecho ajeno”²⁶¹.

El daño indemnizable revestirá, también, una configuración particular en al ámbito familiar, sabemos que, conforme los requisitos generales, sólo un daño de magnitud suficiente²⁶² es aquel que da lugar a la obligación de reparar, pues las molestias comunes originadas en la convivencia social, no son consideradas por el ordenamiento jurídico para reaccionar originando la obligación de indemnizar.

En cuanto a las relaciones familiares y, no obstante, lo sostenido por alguna aislada corriente doctrinal²⁶³, el solo incumplimiento de deberes no puede generar, por sí, responsabilidad, porque el fundamento de la reparación es el daño producido, del cual no existe certeza. Tampoco podría presumirse que por la sola infracción a un deber se produzca, como necesaria consecuencia, un daño. Sostenido así también por la jurisprudencia, no podría caber responsabilidad por constatar la falta de amor que desemboca, por ejemplo, en una infidelidad²⁶⁴; o, la falta de cariño de un padre hacia su hijo que no vela por su cuidado y crianza²⁶⁵.

²⁶⁰ Véase *supra* n.184.

²⁶¹ ALPA, Guido (1994), *Istituzioni de Diritto Privato*, UTET, Torino, p.1128, *apud* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999), *Op. Cit.*, pp. 295 - 297

²⁶² Véase, BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, pp. 219 ss., para quien el daño indemnizable debe ser de magnitud suficiente o anormal.

²⁶³ Véase, VALENZUELA DEL VALLE, Jimena, *Op. Cit.* pp. 248 – 249.

²⁶⁴ Véase, *supra* n. 107, SAP Cádiz, de 03 de abril de 2008, fundamento jurídico segundo N.2 “En definitiva no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno”.

²⁶⁵ *Cfr.* SALVADOR CORDECH, Pablo (ed.) (2016), *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños*, 5ª edición, disponible en www.indret.com, fecha consulta: 27 de noviembre de 2017, p. 41 “En nuestro derecho,

La determinación del daño indemnizable en el ámbito de la familia, a falta de disposición expresa, debe ser integrada a la luz de los principios que guían las soluciones aplicables al conflicto familiar y, las normas existentes en los ordenamientos jurídicos. HERNANDEZ PAULSEN identifica, en este sentido, los requisitos que debe reunir el detrimento provocado para dar lugar a la indemnización²⁶⁶, que no son otros que aquellos que deben registrarse para constituir el daño como requisito de la responsabilidad civil extracontractual y, que podemos sintetizar en: a) lesión de un interés jurídicamente protegido; b) magnitud suficiente o anormal; y, c) directo. La magnitud relevante, se apreciaría en aquellas infracciones que implican una conducta grave, eventos significativos, que fuerzan al derecho a reaccionar imponiendo la obligación de indemnizar el daño que provoquen, debiendo ser toleradas aquellas perturbaciones propias de la vida de relación.

Respecto la configuración de los requisitos del daño indemnizable, la doctrina se divide, mientras para una corriente²⁶⁷ basta el cumplimiento de las reglas de responsabilidad, producido el menoscabo a un interés legítimo, unido al dolo o culpa de quien lo provoca en una relación de causalidad, surge la obligación de reparar. Otros autores²⁶⁸, como el referido en el párrafo anterior, ponen su atención en la significación o anormalidad del daño para que pueda acarrear la

nadie tiene derecho a ser amado, es decir, nadie puede ejercitar una pretensión judicial –una pretensión indemnizatoria, en nuestro caso- porque otra persona se niega a quererle, a amarle [...]"

²⁶⁶ HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel (2016), "Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización", en *Revista chilena de Derecho Privado*, N° 27 – diciembre 2016, pp. 119 – 127.

²⁶⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Op. Cit.*, p. 18; MEDINA, Graciela (2017), *Op. Cit.* p. 3; SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2008), "Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio", en GUZMAN BRITO, Alejandro (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III – Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago, p. 113; HERANE VIVES, Francisco, *Op. Cit.* p. 183 - 184; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2012), *Op. Cit.*, p. 118; y DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2014), *Op. Cit.*, p. 186.

²⁶⁸ *Cfr.*, RODRIGUEZ GUITIÁN, Alma María (2009), *Responsabilidad Civil ...*, *Op. Cit.*, p. 89 - 90; LOPEZ DE LA CRUZ, Laura, *Op. Cit.*, p. 32; FERRER RIBA, Josep, *Op. Cit.*, p. 15; ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 540; PARRA SEPULVEDA, Darío (2017), "Configuración del perjuicio indemnizable en los casos de responsabilidad civil en las relaciones de familia", en ACUÑA SAN MARTIN, Marcela, DEL PICO RUBIO, Jorge (Edit.), *Op. Cit.*, p. 391.

consecuente responsabilidad, circunstancia que, en lo que respecta al daño moral, es presumible de configurar cuando se lesiona un derecho fundamental del integrante de la familia²⁶⁹; o, se provoca un menoscabo a los derechos de la personalidad del cónyuge o de los hijos²⁷⁰; o, se causan daños a derechos o intereses del otro cónyuge, conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y el respeto de sus reglas²⁷¹, por lo cual no basta la producción de un daño, sino éste debe revestir la relevancia para que el ordenamiento jurídico reaccione, pasando por sobre los principios de solidaridad y paz familiar que orientan el derecho de familia²⁷². Por la vía de exigir una anomalía en el daño para hacerlo indemnizable, además, se lograría limitar el excesivo recurso a la vía jurisdiccional que, sobrecargaría la labor del aparato judicial, evitando un sinnúmero de requerimientos por molestias exiguas que ocurren en la relación doméstica de los familiares.

En Italia, la jurisprudencia ha trazado el camino, para resolver, cuándo una violación de deberes matrimoniales podrá dar lugar, además de los remedios previstos por el derecho de familia, a un daño injusto que justifique el resarcimiento según las normas de la responsabilidad extracontractual, así la orientación de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, contenida en la sentencia de 11 de noviembre de 2008, ha fijado los principios sobre el daño no patrimonial, el cual es

²⁶⁹ Interesante el análisis efectuado por LOPEZ DE LA CRUZ, en el que aclara, no pretende aplicar la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales – teoría de la *Drittwirkung*-, sino, se refiere al comportamiento ilícito del cónyuge que lesiona un derecho fundamental del otro, véase LOPEZ DE LA CRUZ, Laura, *Op. Cit.*, p. 33. Respecto la constitucionalización del derecho de familia, *Cfr.* TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio (2016), “Constitucionalización del derecho de familia[s]”, en *Revista de Derecho de Familia*, Nº 3, Vol. III, Año 2016, pp. 31 – 33.

²⁷⁰ *Cfr.* MARTIN CASALS, Miquel, RIBOT, Jordi, *Op. Cit.*, pp. 509 – 511, 535 – 538, 551 – 553; siguiendo a LOPEZ DE LA CRUZ, *Op. Cit.*, p. 35; y, en el mismo sentido, FAYOS GARDÓ, Antonio, *Op. Cit.*, p. 1566, señala “La indemnización por los daños morales ocasionados por la infracción de los deberes conyugales no puede suponer un obstáculo al principio de libertad personal constitucionalmente consagrado y protegido en nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, el resarcimiento del daño moral sólo deberá ser concedido cuando se lesionen derechos fundamentales o aquellos principios básicos que identifican el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico: así los derechos a la igualdad, a la libertad, a la intimidad, o la solidaridad”.

²⁷¹ Véase, BOSQUEZ HERNANDEZ, Gerardo, *Op. Cit.*, p. 904; FERRER RIBA, Josep, *Op. Cit.*, p. 15.

²⁷² Respecto la importancia de conciliar las directrices del derecho de familia con el derecho de daños, véase RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 133

“[...] resarcible sólo en aquellas situaciones previstas por la ley, es decir, según una interpretación constitucionalmente orientada²⁷³ del art. 2059 del código civil²⁷⁴, cuando [entre otras hipótesis], el hecho ilícito haya vulnerado en modo grave derechos inviolables de la persona, como aquellos objeto de tutela constitucional; en tal caso la víctima tendrá derecho al resarcimiento del daño derivado de la lesión de los intereses que, si bien no se encuentran determinados *ex ante* por la ley, serán analizados caso a caso por el juez”²⁷⁵. Sobre la base de esta directriz, la Corte Suprema, intenta evitar la proliferación de derechos inviolables que persigan la tutela de intereses no relevantes, que pudieran desembocar en una protección sin limitación respecto el daño no patrimonial²⁷⁶.

MIGUEZ NUÑEZ, alude además a las condiciones determinadas por la Corte de Casación para indemnizar el daño moral: “a) que el interés lesionado tenga relevancia constitucional; b) que la lesión del interés sea grave, en el sentido que la ofensa supere un límite mínimo de tolerabilidad, como impone el deber de solidaridad del art. 2 de la Constitución y c) que el daño no sea fútil, esto es, que tenga una consistencia capaz de considerarse jurídicamente relevante”²⁷⁷. De importancia tener en consideración que, procediendo el resarcimiento del daño no patrimonial, sólo en los casos determinados por la ley, se construye la reparación del daño moral, recurriendo a los derechos esenciales constitucionalmente tutelados, con independencia que los menoscabos se produzcan o no en el ámbito familiar.

Para el mismo sistema, en el eje de la relación paterno-filial, ZAMBRANO sostiene que “La infracción de los deberes de los padres resulta ser idónea para

²⁷³ C.Fr. CENDON, Paolo, *Op. Cit.*, pp. 24 - 26

²⁷⁴ Véase, *supra* n. 240.

²⁷⁵ *Cass. civ., sez. I*, 15 de septiembre de 2011/ N° 18853, comentada por MIGUEZ NUÑEZ, Rodrigo, *Op. Cit.*, p. 198.

²⁷⁶ Véase, CHINDEMI, Domenico, CECCHINI, Giorgia, *Op. Cit.* p.51

²⁷⁷ *Ibidem*

determinar un daño injusto, en cuanto tal conducta es perjudicial para los intereses constitucionales de los hijos”²⁷⁸. En el mismo sentido, la autora cita a FACCI, quien señala “[...] no es el simple hecho del incumplimiento del deber que nace de una relación de filiación que representa el daño injusto, [sino] es la lesión de un interés sucesivo en el caso en cuestión, en la violación de los derechos fundamentales de la persona, inherentes, y en particular, a la calidad de hijo menor de edad”²⁷⁹.

Los hijos, miembros de una familia, en tanto menores de edad –niños y adolescentes – son reconocidos y, protegidos por el ordenamiento jurídico, cautelando su interés superior, interés que se erige como principio base en el derecho de familia e infancia, tanto a nivel de normativas locales como internacionales, para ROCA I TRIAS, el contenido de ese interés superior “[...] solamente puede ligarse con sus derechos fundamentales, de los que es titular por razón de nacimiento. Ese es el único contenido posible y así debe ser aplicado por los operadores jurídicos”²⁸⁰. Así entendido, entonces, la infracción al interés superior del hijo, por parte de aquellos que en mérito de la relación paterna, deben cumplirlo y protegerlo, configura una conducta grave que, de provocar daño, entrará en la órbita de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. Conducta grave con especial significación pues, como ya hemos referido, el daño a un derecho fundamental de un miembro de la familia, califica la procedencia de reparación. Para lo cual, al decir de MARIN GARCIA DE LEONARDO, en definitiva, habrá que determinar las incidencias negativas en el desarrollo normal de la personalidad del hijo²⁸¹.

²⁷⁸ ZAMBRANO, Virginia, *Op. Cit.*, p.42

²⁷⁹ FACCI, Giovanni (2008), “La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri coniugali”, en SESTA, Michele, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, editorial UTET, 1º ed., Torino, p. 205.

²⁸⁰ ROCA I TRIAS, Encarna (1999), *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas ediciones, 1ª ed., Madrid, p. 217.

²⁸¹ MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa (2011), “Resarcimiento de daños en las relaciones paterno-filiales”, en *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, Nº 52, p. 47.

7.1. Daños relevantes en el ámbito familiar: daño continuo, daño permanente, daño moral

El derecho clásico de la responsabilidad civil se perfila sobre la base de un daño inmediato, causado por personas determinadas, lo que SALVADOR CORDECH denomina daños puntuales, sin embargo, el desarrollo de los conocimientos forja el estudio de situaciones más complejas en que ciertas conductas presentan consecuencias dañinas a largo plazo, de lo cual surgen nuevas categorías de daños²⁸².

La realidad familiar, que prolonga una relación de contenido eminentemente personal entre sus miembros, será cuna de múltiples interacciones en que los daños producidos, no necesariamente, provendrán de un único hecho con consecuencia instantánea, ni presentarán un contenido unitario, sino mas bien, ciertos daños tendrán una especial relevancia en este ámbito, por la proyección de sus consecuencias.

Atendiendo a la aparición de sus efectos y la duración de éstos, los daños han sido clasificados en coetáneos o, diferidos al hecho que los genera. Distinguiéndose en este último caso, entre daños continuados o, permanentes. Distinción que será importante a efectos de determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios²⁸³.

Para el profesor chileno Ramón DOMINGUEZ AGUILA, por daño continuo “habrá de entenderse aquellos que, aunque ya existe el hecho originario, se producen día a día”, el que no debe ser confundido con el daño permanente, en que “existe el hecho productor y un daño que se produjo con él o luego de él, pero que no desaparecerá en el tiempo”²⁸⁴.

²⁸² Cfr. SALVADOR CORDECH, Pablo (Ed.), *Op. Cit.*, pp. 247 ss.

²⁸³ Véase, *infra* p. 125 ss., prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

²⁸⁴ DOMINGUEZ AGUILA, Ramón (2001), “Comentarios de Jurisprudencia. Prescripción en materia de

Distinción que ha sido abordada por el Tribunal Supremo español en la STS, de 14 de julio de 2010²⁸⁵ –que, a su vez se funda en anterior jurisprudencia de la misma sala²⁸⁶–, perfilando entre daño continuado o de producción sucesiva e ininterrumpida; y, daño permanente o duradero, entendiendo este último como “aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado”.

Desde el punto de vista de su contenido, los daños se clasifican en materiales o patrimoniales²⁸⁷; y, personales o no patrimoniales, distinción que ha sido reconocida en ciertas legislaciones²⁸⁸. Clasificación que da lugar al análisis del daño moral, los factores a tener en cuenta para su valoración; y, el contenido de su reparación que, en definitiva, se traducirá en una satisfacción a la víctima, al no poder lograr la reparación en natura²⁸⁹.

responsabilidad extracontractual. Momento de inicio del cómputo Art. 2332 código civil. Perpetración del acto. Distinción entre hecho ilícito y daño. Daños continuados”, en *Revista de derecho universidad de Concepción*, N° 210, Año LXIX (jul – dic, 2001), p. 341.

²⁸⁵ Sentencia de fecha 14 de julio de 2010, del Tribunal Supremo, disponible en www.westlaw.es, identificador Aranzadi on line RJ\2010\5152, fecha de consulta: 10 de enero de 2018, véase fundamento de derecho quinto.

²⁸⁶ Véase, MARTI FERRER, Carina (2017), “La filiación: posturas jurisprudenciales actuales”, disponible en www.vlex.com, identificador vLex: 694930557, fecha de consulta: 27 de diciembre de 2017.

²⁸⁷ Según Pablo Salvador, daños materiales, “son los causados a los bienes sobre los cuales el demandante tiene un derecho de propiedad en sentido amplio”, SALVADOR CORDECH, Pablo (Ed.), *Op. Cit.*, p.244; Hernán Corral, indica “El daño es patrimonial cuando consiste en una pérdida pecuniaria, en un detrimento del patrimonio”, CORRAL TALCIANI, Hernán, (2004), *Op. Cit.*, p. 148. Dentro de este tipo de daños, alguna doctrina incluye el daño por pérdida de oportunidad o chance, entendiendo que la chance en sí tiene un valor económico, apreciable en dinero, daño en que “se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una posibilidad de evitarlo”, TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio (2002), “Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena”, en *Revista de derecho - Escuela de postgrado*, Universidad de Chile, N°2, diciembre 2012, p.251. La pérdida de oportunidad, no obstante, carecer de tratamiento sistemático en la doctrina y jurisprudencia chilenas, ha comenzado a plantearse en las demandas indemnizatorias en el ámbito familiar, particularmente, en aquellas deducidas en el eje paterno-filial, vgr. causa rol C-9243-2012 “Moller con Moller”, 10° Juzgado Civil de Santiago, véase *supra* n. 139.

²⁸⁸ Art. 2059 código civil italiano, “*danni non patrimoniali*”, véase *supra* n.240; Art. 1741 del CCyCom Argentino, que regula la Indemnización de las Consecuencias No Patrimoniales.

²⁸⁹ Véase, *supra* n.107, SAP Cádiz, de 03 de abril de 2008, fundamento jurídico tercero N. 4 “Se trata de daños que afectan a bienes insustituibles o de difícil sustitución, ya que no tienen mercado”.

En relación con el daño moral, no obstante, ser considerado expresamente en algunas disposiciones legales²⁹⁰, no ha sido conceptualizado normativamente, sino su alcance se ha venido construyendo por la doctrina y la jurisprudencia.

Tradicionalmente, el daño moral ha sido concebido como “el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”²⁹¹. En el mismo sentido la Corte Suprema chilena, en fallo de fecha 10 de agosto de 1971, ha señalado “debe entenderse que el daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos”²⁹².

La jurisprudencia española ha entendido por “daño moral, en su integración negativa, toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad [...]. En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por antología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta de la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes: 1) toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima [...]; 2)

²⁹⁰ *Vgr.*, Art. 9 apartado 3º de la Ley Orgánica 1/982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor; a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen; Art. 1984 código civil peruano.

²⁹¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.* p. 231, refiriendo a Alessandri, quien señala sigue en este concepto a los hermanos Mazoud.

²⁹² Revista Derecho y Jurisprudencia, t. LXVIII, sec. 4a, p.168, *apud Ibidem*.

puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada [...]”²⁹³

En el concepto dado, se incluye el denominado doctrinariamente *pretium doloris*, el que ha sido definido como “dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado”²⁹⁴, a la que DIEZ-PICAZO denomina daño moral en sentido estricto; el que, en un sentido extenso, comprende también, entre otras categorías posibles, las lesiones a los derechos de la personalidad, el daño a la vida de relación, el daño a la salud y el daño existencial²⁹⁵. Otros autores distinguen, dentro de los daños personales, los daños corporales; los daños morales; y, los perjuicios económicos que derivan de los daños corporales mismos²⁹⁶.

El daño moral en sentido amplio, “consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial”²⁹⁷. En la jurisprudencia chilena, como un avance en el sentido indicado, podemos mencionar la sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de mayo de 1981, que señala “Consideración aparte merece el daño moral, de índole netamente subjetiva, cuyo fundamento se encuentra en la naturaleza misma del ser humano,

²⁹³ Sentencia N° 139/2001, de fecha 22 de febrero de 2001, Sala 1ª de lo Civil, Tribunal Supremo, disponible en www.vlex.com, identificador vLex: 18335958, fecha consulta 29 de enero de 2018, véase fundamento de derecho sexto.

²⁹⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Fundamentos...*, *Op. Cit.*, p.312.

²⁹⁵ Estos tres últimos analizados en profundidad en la doctrina italiana, véase CENDON Paolo (Dir), *Il Danno Esistenziali*, UTET Giuridica, Milan, 2014.

²⁹⁶ SALVADOR CORDECH, Pablo (Ed.), *Op. Cit.*, p. 244

²⁹⁷ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, et al, *Op. Cit.* p. 453.

de manera que puede tener origen en cualquier acción u omisión capaz de lesionar las facultades espirituales del hombre, sus afectos o condiciones sociales o morales [...]”²⁹⁸.

Particularmente, y respecto los daños en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, habida cuenta de la moderna extensión del daño moral en armonía con el alcance genérico del Art. 1902 del Código Civil español, DIEZ-PICAZO²⁹⁹ aporta al análisis, estructurando un esquema de los posibles daños, aparecidos en sentencias de tribunales, que traducen variadas hipótesis que pueden ser de aplicación general en otros ordenamientos jurídicos que comparten similares sistemas de responsabilidad: 1) muerte de la persona; 2) lesiones corporales; 3) enfermedades; 4) daños relacionados con la procreación; 5) lesión de los derechos pertenecientes a la esfera espiritual de la persona; y, 6) daños materiales – derivados de los anteriores-. A los que podría añadirse aquello que la doctrina y jurisprudencia francesa han denominado *préjudice d’agrément*, traducido como la pérdida de los placeres de la vida³⁰⁰.

En el campo normativo, de relevancia, el Art. 1738 del código civil y comercial argentino que, regulando la extensión de la indemnización, reconoce varios de los daños a que hemos aludido, señalando: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”; y, el Art. 1985 del código civil peruano que, respecto el contenido de la indemnización por daños, incluye el lucro cesante, el

²⁹⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXVIII, sec. 2ª, p. 67, *apud* CORRAL TALCIANI, Hernán (2004), *Op. Cit.*, p. 170.

²⁹⁹ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011), *Fundamentos, Op. Cit.*, pp. 323 – 327.

³⁰⁰ Véase, CORRAL TALCIANI, Hernán (2004), *Op. Cit.*, p. 158.

daño a la persona y el daño moral.

Dentro de éstos, especial consideración nos merece la lesión de los derechos pertenecientes a la esfera espiritual de la persona y, en general, los daños producidos a los derechos de la personalidad, pues en consonancia con la evolución del tratamiento jurídico de la persona dentro de la familia, ese tipo de lesiones inmateriales son las que fundamentarán en muchos casos la responsabilidad extracontractual en este ámbito.

7.2. Lesión a los derechos de la personalidad. Referencia a la constitucionalización del derecho de daños

En relación con los intereses legítimos y su inclusión dentro de los bienes tutelados, nos encontramos con los derechos de la personalidad tutelados constitucionalmente. En particular, nos parece relevante analizar aquellos que BARROS BOURIE denomina derechos de la personalidad moral y que asocia al valor de la dignidad humana, teniendo en consideración que los códigos civiles que datan del siglo XIX, no contemplaron entre sus normas referencia expresa a los derechos de la personalidad como bienes objeto de protección jurídica, limitándose sólo a reconocer los atributos de la personalidad. Su consideración, sin embargo, es innegable en la evolución del tratamiento de los daños resarcibles. A mayor abundamiento, en los modernos códigos civiles ya se introduce su reconocimiento expreso y la consecuente responsabilidad civil extracontractual por su lesión³⁰¹.

³⁰¹ Código civil peruano - Art. 1984 "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia"

- Art. 1985 "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

CCyCom Argentino, Art. 1738 "Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

El reconocimiento, a nivel constitucional, que de alguno de los derechos de la personalidad moral se efectúe, no puede catalogar de innecesaria su regulación dentro del orden civil. Es más, precisamente, por encontrarse consagrados en la norma fundante del orden jurídico, constituyen un interés legítimo que debe ser considerado en la regulación sustantiva. La circunstancia de que algunos de ellos, desde la órbita constitucional, cuenten con un procedimiento de urgencia frente a su perturbación, a través del recurso de protección, no impide el recurso al estatuto de la responsabilidad aquiliana para conseguir su total reparación.

Al efecto, preciso es mencionar la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno, de fecha 29 de junio de 2000³⁰², respecto el alcance del Art. 15 de la Constitución Española y el reconocimiento del derecho a la reparación del daño, en su fundamento jurídico 8: “La protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado”. En el mismo sentido lo advierte PANTALEÓN PRIETO³⁰³.

El normal desarrollo de la persona y los derechos de la personalidad en general, más allá de la protección específica, como la de los derechos a los que se refiere en España la Ley Orgánica, de 02 de mayo de 1982: derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, merecen la misma protección civil, la cual, conforme lo señala el Magistrado del Tribunal Supremo español, Jaime

³⁰² Sentencia N°181/2000, de Pleno del Tribunal Constitucional español, disponible en www.laleydigital.leley.es, identificador la ley: 134400/2000, fecha de consulta: 20 de febrero de 2017, pronunciada respecto varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto el baremo anexo a la Ley 30/1995, Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

³⁰³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Op. Cit.*, n.6, p. 169.

SANTOS BRIZ, “ofrece diversas derivaciones según la finalidad que la pretensión persiga. A estas variedades se ha referido la jurisprudencia, comprendidas todas en el amplio ámbito del artículo 1902 del Código Civil. Así la sentencia citada de 7 de febrero de 1962 – sentencia del Tribunal Supremo- (...) aplicable a los demás derechos de la personalidad, dice que la infracción otorga al ofendido no solo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños (acción de indemnización), sino también la facultad de hacer cesar si es posible el acto ilícito (acción de eliminación), y de hacer suprimir el medio con que el mismo se haya realizado y pueda ser divulgado (acción preventiva de lesión futura)”³⁰⁴.

El derecho a la reparación del daño, constituye un principio general de justicia, que se proyecta desde la base del ordenamiento jurídico, sea que haya recibido una consagración expresa en el texto constitucional o, pueda inferirse de él, como sucede en el caso de la Constitución Española³⁰⁵ y de la Constitución Política Chilena³⁰⁶.

Particularmente, el contenido y alcance de la reparación del daño causado, es relevante al efectuar el análisis de las lesiones a los denominados derechos de la personalidad, esenciales del individuo, los que pueden encontrarse en la norma suprema de cada estados, individualmente consagrados o, desprendidos del valor central de la dignidad humana; o bien, en disposiciones de derechos humanos de alcance internacional, contenidos en tratados internacionales

³⁰⁴ SANTOS BRIZ, Jaime (2007), “Art. 1902 capítulo II de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en ALBALADEJO GARCIA, Manuel; DIAZ ALABART, Silvia (Dir.), en *Revista de derecho privado - Comentarios al código civil*, tomo XXIV, Edersa, Madrid, p.57, disponible en www.vlex.com, identificador vlex: VLEX-266397, fecha de consulta: 20 de enero de 2018.

³⁰⁵ Constitución Española. Art.1.1 “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.
Art. 15 “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

³⁰⁶ Constitución Política de Chile. Art. 1º Inc. 1. “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.
Art. 6 Inc. 2, Inc. 3. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.
La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

que, al ser ratificados, se incorporan al ordenamiento jurídico interno³⁰⁷.

Ahora bien, traducidos o no, en disposiciones constitucionales expresas, como derechos fundamentales, las prerrogativas esenciales de la persona humana, son protegidas en las diversas ramas en que se articula el ordenamiento jurídico, siendo el ámbito civil en que se proyecta la función de justicia conmutativa, a través de la reparación del daño, mediante su indemnización y el retorno de la igualdad perdida producto de la lesión provocada.

A mayor abundamiento, tengamos en consideración, nuevamente, la sentencia 181/2000, de 29 de junio, del Tribunal Constitucional español³⁰⁸, en orden a la doctrina general que aporta respecto la protección constitucional del resarcimiento por los daños a los bienes de la personalidad, la que no se limita sólo al reconocimiento de los derechos subjetivos en ellos fundamentados, sino que se proyecta al régimen legal de la reparación que a esos daños se hubiesen ocasionado.

Valga comentar entonces que, el desarrollo del régimen, mediante el cual se articulará la reparación del daño; el sistema de responsabilidad aplicable; y, las reglas para el resarcimiento, serán aquellas establecidas por el legislador y, atendido su fundamento de justicia correctiva, no puede ser otro, que el de la responsabilidad civil extracontractual.

La trascendencia de los derechos de la personalidad en el ámbito del derecho civil resulta indiscutible, no obstante, que su reconocimiento se contemple en el orden constitucional³⁰⁹ y, que la idea de su reparación se presente, como en

³⁰⁷ Vgr. Art. 5 Inc. 2º de la Constitución Política Chilena; y, Art. 10.2 de la Constitución Española.

³⁰⁸ Véase *supra* n. 302.

³⁰⁹ Art. 1º Inc. 4º Constitución Política de la República de Chile “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

el sistema chileno, también de la mano de una disposición constitucional, Art. 6 de la Constitución Política de la República³¹⁰, ante la ausencia –por ahora- de una norma de rango legal expresa en materia civil. De relevancia y siguiendo a CORRAL TALCIANI, tener presente que, la disposición constitucional referida “distingue lo que son las sanciones (derecho sancionatorio penal o administrativo) de las responsabilidades, que no podrán ser, si se trata de un particular, más que responsabilidades civiles”³¹¹.

Entendiendo que las normas constitucionales tienen carácter programático y general, es el derecho civil, el llamado a colmar, entre otros aspectos, la materia de la responsabilidad civil extracontractual por los daños provocados a los derechos de la personalidad. Se consolida así la tendencia imperante que entiende que la persona y los bienes y derechos de la personalidad son también objeto esencial del mismo (derecho civil) y que por tanto debe dedicarse especial interés a ella (la persona) con igual propiedad que las otras ramas del Derecho señaladas (refiriéndose al Derecho Constitucional y al Derecho Penal)³¹².

Ahora bien, dentro de éste ámbito, es a la función reparatoria de la responsabilidad civil extracontractual, entendida como una compensación satisfactoria, guiada por el principio de la reparación integral del daño, la que se posiciona como una garantía genérica de plenitud personal, como ha sido sostenido en Chile por Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, siguiendo al autor español LÓPEZ JACOISTE. La comprensión moderna de la responsabilidad civil le da un nuevo contenido, otorgando a la víctima, por esta vía, la tutela de su persona en su dignidad y derechos. A mayor abundamiento, es precisamente por la vía de la

³¹⁰ Art. 6 Inc. 2 – 3 Constitución Política de la República de Chile “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

³¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Op. Cit.*, p. 74

³¹² DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2011), “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, en *Estudios de derecho civil*, vol. 4, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 645.

responsabilidad civil extracontractual, a través de la cual se concreta la reparación de los daños no patrimoniales, provocados en la esfera de los derechos de la personalidad, función que se constata existe, no obstante, la ausencia de regulación civil especial.

Esta forma de entender el contenido de la responsabilidad civil, ya consolidada en otras latitudes, comienza recién en los últimos decenios a posicionarse en la doctrina y jurisprudencia chilenas. En este sentido, la misma profesora, refiriendo un fallo de la Excm. Corte Suprema, de fecha 20 de octubre de 1994, aporta, "la idea de daño moral reparable se une en el derecho actual a la tendencia de hacer el derecho civil el asiento de la consideración de la persona, como el primer valor que ha de perseguir la regla jurídica" lo que implica, agrega, "ampliar su concepto, para abarcar todo atentado a diversos intereses, como la integridad corporal, la salud, el honor, la esfera de la intimidad, la integridad y estabilidad psíquica, etc. La protección de estos atributos a que se refiere dicho autor están reconocidos y garantizados en nuestra Carta Fundamental cuando prescribe que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (art. 1º) y cuando en su artículo 19 asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de la persona, concepciones todas que también tienen aceptación en Convenciones Internacionales ratificadas por Chile"³¹³.

En síntesis, no podríamos sostener, por una parte, que el derecho a la reparación del daño o, por otra, los derechos de la personalidad, existen en la medida en que sean positivizados en una norma constitucional, muy por el contrario, al formar parte esencial del fin de justicia –el primero-, e inmanentes a la dignidad y naturaleza humana, los segundos, existen aun sin contar con un texto expreso que los especifique, comprobándose que en la consideración de los variados aspectos de la persona, éstos evolucionan, perfilándose hasta alcanzar una individualidad en el concierto jurídico, de la que pudieron carecer en un pasado más o menos reciente.

³¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCI, N° 3, 194, sección 1ª, pp. 100 y ss., *apud Ibídem*.

Ahora bien, que su desarrollo se produzca de la mano de reconocimientos constitucionales, no significa que su régimen completo y el detalle de sus variados aspectos se agoten en sede constitucional, de relevancia es el aporte desde el derecho civil, que articula y regula el sistema de reparación de los daños que puedan causarse a esos derechos esenciales. No concordamos con la idea que cree ver una constitucionalización del derecho privado, en particular en la materia que nos aboca, pues consideramos que si bien los derechos de la personalidad han sido materia de reconocimiento en disposiciones constitucionales o en la inteligencia y alcance de éstas, el ámbito propio de regulación de la reparación de los daños producidos, tanto a éstos, como a otros derechos e intereses legítimos, es propio de la responsabilidad civil. Materia sustantiva, de rango legal, en la que también es deseable que exista un reconocimiento de estos derechos esenciales.

8. Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual

La realidad de la vida familiar, es un dato fundamental a considerar en el examen teórico que puede efectuarse. Su prolongación temporal, unida a la afectividad que, en muchos casos, vincula a una pluralidad de parientes, nos pone de cara al examen de otras circunstancias respecto los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual por daños en el ámbito intrafamiliar. Difícil será encontrar situaciones que configuren un único hecho, que genere un daño instantáneo. El daño, hemos referido con anterioridad, puede presentarse diferido al hecho que lo genera y, en este último caso, dar lugar a daños continuados, permanentes, nuevos o agravados, cuyas particularidades trascenderán, *vgr.* en la determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción³¹⁴ de la acción de indemnización de perjuicios³¹⁵.

³¹⁴ Véase, DOMINGUEZ AGUILA, Ramón, *Op. Cit.*, p. 341. Respecto el plazo de prescripción del daño permanente debe computarse desde la producción del daño y no puede entenderse renovado por cada día que transcurra, ya que si así fuese no habría prescripción. En relación al cómputo de prescripción del daño continuado, atendido a que su perpetración se extiende en el tiempo, no termina sino cuando cesa el hecho ilícito, es decir, cuando cesa la producción del daño.

Teniendo en consideración lo resuelto por la STS de 14 de julio de 2010³¹⁶, respecto el daño continuado, “el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual no comienza a correr hasta la producción del definitivo resultado si no es posible distinguir etapas diferentes o hechos diferenciados”³¹⁷. En cambio, conforme lo señalado en su fundamento de derecho quinto, para el caso de daño permanente o duradero, “el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción”.

En la jurisprudencia chilena, la sentencia dictada con fecha 21 de agosto de 2014³¹⁸, por la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, resolviendo apelación en causa relativa a indemnización de perjuicios provenientes de actos de violencia intrafamiliar, en su considerando cuarto, ha señalado: “Que el artículo 2332 del Código Civil, refiriéndose a las acciones indemnizatorias por delito y cuasidelito civil dispone que prescriben "en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto" y la doctrina y la jurisprudencia nacional se han uniformado en orden a que, dado que sin daño no hay ilícito civil, por "perpetración del acto" debe entenderse el acto dañoso, de lo que se sigue que la prescripción se cuenta desde la producción del daño. Ello ha llevado a la doctrina a entender, que "si se trata de un conjunto de actos complejos que causan daño, el plazo se cuenta desde que

³¹⁵ Cfr. MANRIQUEZ OYANADER, Jaime (2015), “¿Cómo reinterpretar la forma de computar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual derivada de daños en materia de familia desde el estudio del ilícito civil?”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 8, vol. IV -2015.

³¹⁶ Véase, *supra* n. 285.

³¹⁷ *Ibid*, fundamento de derecho segundo.

³¹⁸ Véase *supra* n. 179.

cesa el ilícito" y que en el caso de un ilícito que se mantiene en el tiempo y que produce consiguientemente un daño continuado, la prescripción "no podrá contarse sino desde que ese hecho haya cesado pues la perpetración del acto no es en tal caso instantánea y que se agote en un momento"; y, el máximo tribunal chileno, en sentencia de fecha 24 de noviembre de 2016³¹⁹, pronunciándose sobre recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que acogió la demanda de indemnización de perjuicios por daño moral, en el contexto de actos de violencia intrafamiliar, en su considerando séptimo ha concluido "Que sobre esta materia el artículo 2332 del Código Civil prescribe que "las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto". En relación con este plazo, cuando el hecho dañoso no se revela con ocasión de la comisión del hecho ilícito, se ha planteado un problema en cuanto a la determinación del momento inicial en que debe efectuarse el cómputo del plazo, ya que en estos casos la víctima nada puede demandar una vez ocurrido el delito o cuasidelito, lo que sólo será posible una vez que se manifieste el daño. [...] En relación con este problema, la doctrina ha estimado que "si el daño es contemporáneo al hecho que genera la responsabilidad, concurren simultáneamente todos los elementos que la condicionan; si es posterior, sólo desde entonces habrá lugar a la acción indemnizatoria, porque la sola ilicitud de la conducta no da lugar a la responsabilidad civil. Por eso, la prescripción sólo puede correr desde que la acción está disponible". Lo expuesto lleva a concluir que lo acertado es contar el plazo de prescripción desde la fecha de perpetración del acto ilícito, a menos que el daño surja con posterioridad".

Otro tema práctico de la cotidianidad familiar, que enunciábamos, es la unión de afectividad que vincula a sus miembros, efectivamente pueden producirse daños de un cónyuge a otro en la esfera de sus derechos esenciales constante matrimonio, sin embargo, la víctima no se atreve a iniciar la acción judicial por

³¹⁹ Causa rol N° 45802-2016, "Fuentes con Palma", de la Corte Suprema, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7757/2016, fecha de consulta: 27 de diciembre de 2017.

consideración a los otros integrantes de la familia, hijos, padres, hermanos, sino hasta después de la ruptura; o, daños que se configuran de uno de los progenitores hacia el hijo, quien se encuentre bajo su patria potestad. Teniendo en consideración el brevísimo plazo de prescripción determinado en la legislación española, relevante ha sido para la doctrina examinar la suspensión del plazo de prescripción en casos como los descritos, de lo contrario, podrían verse esfumadas la reparación a la víctima, no obstante, reconocer que sí tiene derecho a ser indemnizada por su familiar.

Ni el código civil español, ni el código civil chileno cuentan con una disposición que haga aplicable la suspensión del plazo de prescripción extintiva de la acción de indemnización de perjuicios entre familiares, mientras se mantenga el matrimonio, la convivencia estable en pareja o la patria potestad, como si se encuentra expresamente previsto en otras legislaciones como la

catalana³²⁰, francesa³²¹, italiana³²², portuguesa³²³ o alemana³²⁴. Por ello, la doctrina

³²⁰ Art. 121.16 CCCat “Suspensión por razones personales o familiares. La prescripción también se suspende:

- a. En las pretensiones de las que sean titulares personas menores de edad o con discapacidad mientras no dispongan de representación legal o mientras no hayan nombrado a un apoderado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 222-2.1, en el ámbito de sus funciones.
- b. En las pretensiones entre cónyuges, mientras dura el matrimonio, hasta la separación legal o de hecho.
- c. En las pretensiones entre los miembros de una pareja estable, mientras se mantiene la convivencia.
- d. En las pretensiones entre el padre o la madre y los hijos en potestad, hasta que ésta se extingue por cualquier causa.
- e. En las pretensiones entre la persona que ejerce los cargos de tutor, curador, administrador patrimonial, defensor judicial o acogedor y la persona menor o que tenga la capacidad judicialmente modificada, mientras se mantiene la función correspondiente.
- f. En las pretensiones entre la persona protegida y el apoderado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 222-2.1, en el ámbito de sus funciones.”

³²¹ Code civil, Article 2235 “Elle ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts.”

Article 2236 “Elle ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu’entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité.”

La disposición transcrita se encuentra disponible en su versión vigente en https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=80BC8135689B8EED0BBCF49394AB49C1.tplgfr37s_1?idSectionTA=LEGISCTA000019017102&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180102, fecha consulta 02 de enero de 2018, su traducción al castellano en versión de la autora es la siguiente:

Art. 2235 “No se ejecuta o se suspende contra los menores no emancipados y los mayores en tutela, excepto por las acciones en pago o en la repetición de salarios, atrasos de anualidad, pensión alimenticia, alquileres, rentas, gastos de alquiler, intereses de las sumas prestadas y, en general, las acciones en pago de todo lo que se paga en años o en plazos periódicos más cortos.”

Art. 2236 “No se ejecuta o se suspende entre los cónyuges, así como entre compañeros vinculados por un pacto de solidaridad civil.”

³²²Articolo 2941 N°1, N°2 codice civile: “sospensione per rapporti tra le parti. La prescrizione rimane sospesa:

- 1) tra i coniugi;
- 2) tra chi esercita la potestà di cui all’articolo 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte [...]”.

Traducción libre de la autora: Art. 2941 “Suspensión para las relaciones entre las partes. La prescripción permanece suspendida:

- 1) entre cónyuges;
- 2) entre quien ejerce la facultad a que se refiere el artículo 316 o las facultades inherentes a ella y las personas que están sujetas a ella [...]”

³²³ Artigo 318 a), b) código civil: “Causas bilaterais da suspensão A prescrição não começa nem corre:

- a. Entre os cônjuges, ainda que separados judicialmente de pessoas e bens;
- b. Entre quem exerça o poder paternal e as pessoas a ele sujeitas, entre o tutor e o tutelado ou entre o curador e o curatelado [...]”.

Traducción libre de la autora: Art. 318 “Causas bilaterales de la suspensión La prescripción no comienza ni corre:

- a. Entre los cónyuges, aunque separados judicialmente de personas y bienes;
- b. Entre quien ejerza la patria potestad y las personas a él sujetas, entre el tutor o curador y el pupilo [...]”

³²⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 207 “Hemmung der Verjährung aus familiären und ähnlichen Gründen.

(1) Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das Gleiche gilt für Ansprüche zwischen

1. Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht,

2. dem Kind und

- a) seinen Eltern oder
- b) dem Ehegatten oder Lebenspartner eines Elternteils bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes [...]”

ha intentado interpretar las disposiciones existentes, el Art. 1969³²⁵ del código civil español; y, el Art. 2332³²⁶ del código civil chileno, de manera de dar cabida a la suspensión, en protección de los intereses del familiar dañado y su posibilidad de obtener su reparación. En este sentido, RODRIGUEZ GUITIAN³²⁷ comenta la corriente doctrinaria que sigue una interpretación objetivista de la citada disposición del código civil español, a la que califica de ser “un tanto forzada”, según la cual, “el plazo de prescripción ha de computarse solo desde el momento en que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse en una perspectiva objetiva, teórica, con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular”, así, y sólo una vez concluida la relación familiar o extinguida la potestad, resulta objetivamente razonable el ejercicio de la acción para perseguir la responsabilidad, momento que determina el inicio del cómputo del plazo de la prescripción extintiva³²⁸.

La doctrina chilena, apoyada en algunos fundamentos contenidos en las escasísimas sentencias de tribunales superiores en la materia, en relación con el Art. 2332 del código civil, va construyendo una corriente moderna de interpretación

La disposición transcrita se encuentra disponible en su versión vigente en <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, fecha consulta 02 de enero de 2018, su traducción al castellano en versión de la autora es la siguiente:

“Suspensión de la prescripción por razones familiares y otras similares.

(1) La limitación de reclamos entre cónyuges se suspende mientras el matrimonio continúe. Lo mismo se aplica a las reclamaciones entre:

1. convivientes civiles durante el tiempo que exista una convivencia civil,

2. el niño, y

a) sus padres o

b) el cónyuge o conviviente civil de uno de los padres, hasta que el niño cumpla los 21 años [...].”

³²⁵ Art. 1969 “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.”

³²⁶ Art. 2332 “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.”

³²⁷ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.* p. 74

³²⁸ *Ibid.* p. 75, nota al pie N° 127, doctrina mayoritaria que, la autora refiere, también es sustentada por DIEZ PICAZO y, por UREÑA MARTÍNEZ, con alguna variante, incorporando la perspectiva moral que hace, en definitiva, no ser razonable el ejercicio de un derecho cuando existe un nexo familiar; RIVERO HERNANDEZ en una opinión diversa, fundándose en los derechos fundamentales de las personas y, en una interpretación del Art. 1969 del cc, conforme el Art. 24 de la CE, en una “valoración racional y personal” de la posibilidad efectiva de ejercitar la acción.

del Art. 2524³²⁹ del mismo cuerpo legal, por la que hace aplicable la figura de la suspensión de la prescripción extintiva a las acciones entre familiares. Partiendo de la base que, sólo una vez producido el daño³³⁰, puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, recurre a un análisis dogmático para explicar el sentido y alcance de los términos “actos o contratos” utilizada por el legislador en la disposición citada - que según la doctrina tradicional determina el plazo de prescripción establecido en el Art. 2332 como uno especial de corto tiempo, no siéndole aplicable, en consecuencia, la suspensión-. En su revisión, y, como ha sido sostenido por la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 12 de enero de 1988, concluye que la citada frase no puede referirse a los ilícitos civiles, por cuanto el legislador chileno con dichos términos “se refiere normalmente a los hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos o a los acuerdos de voluntades destinados al mismo objeto”³³¹, consecuentemente, la prescripción del Art. 2332, se rige por las reglas de la prescripción ordinaria, aplicándosele el Art. 2520; y, los numerales 1º y 2º del Art. 2509 que respectivamente disponen, “La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1º y 2º del artículo 2509. Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente”; y, “Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes: 1º Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría; 2º La mujer casada en sociedad

³²⁹ Art. 2524 “Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla.”

³³⁰ Véase, MANRIQUEZ OYANADER, Jaime, *Op. Cit.*, p. 38, el autor, en relación con el sentido y alcance que debe darse al Art. 2332 del código civil chileno, citando la sentencia de fecha 21-08-14, dictada en la causa rol N° 9125-2013, por la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago, señala “[...] la doctrina y la jurisprudencia nacional se han uniformado en orden a que, dado que sin daño no hay ilícito civil, por perpetración del acto debe entenderse el acto dañoso, de lo que se sigue que la prescripción se cuenta desde la producción del daño”. CORRAL TALCIANI, Hernán (2004), *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 350, en este sentido y respecto el cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción cuando el hecho dañoso tiene una prolongación en el tiempo, refiriendo a ABELIUK, estima “que la prescripción debe correr desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño”.

³³¹ VALENZUELA DEL VALLE, Ximena, *Op. Cit.*, p. 265.

conyugal mientras dure ésta”.³³²

En el plano de la relación paterno-filial, la circunstancia que el hijo dañado se encuentre sometido a la patria potestad del o los supuesto responsables³³³, podría complicar el ejercicio de la acción, pues para aquello –en el caso que pretenda dirigirse en contra de ambos progenitores- deberá contar con un defensor judicial. En el caso chileno, otorgado judicialmente previa venia del tribunal respecto su actuación como litigante en contra de sus padres, conforme lo dispuesto por el Art. 263³³⁴ del código civil, disposición cuyo alcance deber ser complementado con lo prescrito por el Art. 19³³⁵ de la ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia. En cuanto a la legitimación para su solicitud, la disposición en comento menciona ampliamente a cualquier persona que tenga interés en ello, a lo que, por aplicación de los principios vigentes en materia de tribunales de familia, el rector del interés superior del niño y el de actuación de oficio, consideramos deben

³³² Entre los autores y, particularmente, respecto los cónyuges, el análisis continua con el problema de determinar si les es aplicable o no el límite de los 10 años de la suspensión, contenido en el inc. 2° del Art. 2520, en relación con la disposición contenida en el inciso final del Art. 2509 “La prescripción se suspende siempre entre cónyuges”, norma que se encuentra en el párrafo de la “prescripción con que se adquieren las cosas”, pero a cuyo primer inciso se remite el Art. 2520, remisión normativa a la que ya hemos hecho mención. En aras a la seguridad y paz jurídica y el carácter excepcional de la suspensión, entre otros fundamentos, OYANADER MANRIQUEZ, es partidario de aplicar la limitación temporal de la suspensión de la prescripción entre cónyuges, dando preeminencia en su aplicación a la primera de las disposiciones referidas. *Cfr.* OYANADER MANRIQUEZ, Jaime, *Op. Cit.* pp. 42 – 43.

³³³ *Ibid.* p. 82, para RODRIGUEZ GUITIAN, esta circunstancia se erige como una barrera institucional concreta impuesta por el código civil español para los daños ocurridos en las relaciones de familia.; la representación de los menores perjudicados, también es un problema en la materia que identifican SAINZ-CANTERO CAPARROS y PEREZ VALLEJO, al respecto, véase SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén y PEREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.*, p.3.

³³⁴ Art. 263. Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis.

³³⁵ Ley N° 19.968 Art. 19 “Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello”.

ser agregados, el mismo niño víctima del ilícito civil y el juez de familia. En España, resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 163, 299-1 y 300 del código civil³³⁶, los que sucintamente determinan el nombramiento de un defensor judicial, a favor del niño que quiere accionar contra sus padres, teniendo interés opuesto al de éstos. Compartimos, en todo caso con RODRIGUEZ GUITIAN, lo complicado que puede resultar algún caso en que hijo dañado quisiera accionar tan solo contra uno de sus padres, pues en tal caso, su representación, por ley, corresponde al otro, encontrándonos así con posibles hipótesis en que uno de los padres deba dirigirse contra su cónyuge o conviviente.

No obstante la disposición expresa que comentamos, entendemos que se trata de una situación en que debe ser tenido en consideración el interés superior del hijo lesionado, en consonancia con las prerrogativas reconocidas a los niños y, su derecho a participar y ser oído conforme su autonomía progresiva.

³³⁶ Art. 163. "Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

Art 299.1 "Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado".

Art. 300. "En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo".

PARTE II

LA FILIACIÓN, EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LOS DAÑOS EN EL AMBITO FAMILIAR

Capítulo Primero

La relación paterno – filial y los derechos esenciales de los hijos

Uno de los ejes estructurantes de la familia es el de la relación paterno – filial, de ahí que constituya uno de los centros de regulación del derecho de familia. Relación vertical que genera uno de los institutos de mayor trascendencia para el derecho, la filiación y, como sus efectos, una serie de prerrogativas y deberes que se proyectan entre los dos polos ligados. Al efecto, LACRUZ refiriéndose a la relación jurídica de filiación -paternidad / maternidad- alude al conjunto de derechos, deberes y funciones que vinculan a padres e hijos “en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla”³³⁷. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, “En puridad no existe familia en el sentido moderno de la palabra si no existe procreación y filiación. La familia se agrupa necesariamente en torno a la filiación”³³⁸.

Por su parte GETE ALONSO Y CALERA y SOLÈ RESINA³³⁹, sostienen, “[...] la filiación es una cualidad muy importante de toda persona, a la que no se puede sustraer, no sólo porque todo humano deriva de alguien [...], sino porque interviene decisivamente en la identificación de la persona”, en cuyo régimen legal, como señala GARCÍA VICENTE, podemos también apreciar “un fuerte componente de interés público, puesto que la identidad de la persona no es solo un valor que enlaza con su propia dignidad (que [...] configura aunque con distintos matices, la

³³⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, et al, *Op. Cit.*, p. 299.

³³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, en el prólogo de ROCA I TRIAS, Encarna (1999), *Op. Cit.*, p. 23.

³³⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.); SOLE RESINA, Judith (coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 308.

existencia de un derecho a conocer el propio origen), sino que también es decisivo en la organización social [...]”³⁴⁰

Los efectos de la filiación y los derechos y deberes que de ellos surgen, revestirán incluso mayor relevancia durante el período de la niñez y adolescencia de los hijos, por razones de orden psicológico, social y jurídico, pues nos encontramos frente a una persona en formación, premisa que tiene su reconocimiento tanto a nivel local, como internacional. Así, los ordenamientos jurídicos internos, regulan la filiación en sus diversos aspectos, ocupándose de los diversos derechos – deberes que como sus efectos derivan, en vistas al mayor desarrollo del hijo; y, en el ámbito supranacional, con su declaración como sujetos de derecho, de la que se desprenden una serie de prerrogativas que le son inherentes, contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante CIDN³⁴¹.

Como hemos tenido oportunidad de revisar, el fenómeno familiar en la actualidad es heterogéneo, sin embargo, su noción central es concluyente, núcleo afectivo que busca potenciar el mayor desarrollo de sus miembros y la satisfacción de los derechos inherentes a cada una de las personas que la integran. Evolución que da cuenta de la posición de la persona en el contexto familiar. Desde este prisma, será aún más relevante el rol que corresponda a padres y madres respecto de sus hijos, quienes deben velar por su cuidado y crianza respetando los derechos

³⁴⁰ GARCÍA VICENTE, José Ramón (2011), “La filiación”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASA, Matilde (dir.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. V, Las relaciones paterno – filiales, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, p. 43.

³⁴¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 20 de noviembre de 1989, ratificada por Chile con fecha 13 de agosto de 1990, vigente desde el 27 de septiembre de 1990; y, ratificada por España con fecha 30 de noviembre de 1990, vigente desde el 05 de enero de 1991. Es el tratado de derechos humanos más amplia y rápidamente ratificado en la historia, actualmente sólo Estados Unidos tiene pendiente su ratificación, habiendo concurrido a su firma, información disponible en https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html, fecha consulta 13 de febrero de 2018; GOMEZ DE LA TORRE lo refiere como: “[...] el primer código universal obligatorio que regula los derechos del niño. Se enmarca en los tratados de derechos humanos que incorporan derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos. En la noción de derechos humanos se encuentra la idea de que todas las personas, incluidos los niños gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber del Estado promover y garantizar su efectiva protección”, véase GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *El sistema filiativo chileno*, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 29

que les son esenciales, en sintonía con un derecho de familia estructurado sobre la base de los derechos fundamentales de las personas³⁴². Para ROCA I TRIAS, “[...] la protección de la familia tiene una nueva proyección, cuando se trata de asegurar la plenitud de los derechos fundamentales a aquellos miembros de la sociedad que por sus condiciones de madurez no pueden actuar de forma consciente y responsable en la gestión de sus derechos fundamentales”³⁴³, lo cual lleva a que el derecho de familia se desplace hacia los niños.

Menester resulta tener presente algunas consideraciones respecto el miembro de la familia a cuyo respecto hemos iniciado referencia: en la actualidad la integración en una familia es un hecho voluntario, sin embargo, esta premisa no se cumple en relación con los niños, no es posible para ellos decidir autónomamente el integrar o no una familia³⁴⁴. Como refiere FERRER I RIBA “[...] la relación entre los padres y sus hijos sujetos a potestad es una relación entre partes desiguales, no formada consensualmente (...), caracterizada típicamente por la dependencia de los segundos respecto de los primeros (aspecto que conlleva, para los hijos, una particular vulnerabilidad) y por el carácter excepcional y costoso de los mecanismos de salida de la relación, pues aunque el derecho de familia contempla la intervención externa de la administración o de los tribunales para corregir situaciones de incumplimiento de los deberes parentales, estos remedios solo operan en caso de riesgo elevado y de abuso o abandono de funciones persistente y grave”³⁴⁵.

La familia constituye el medio natural de existencia de un niño³⁴⁶, reconociéndose la prerrogativa de vivir y desarrollarse en su seno, en vistas a la

³⁴² Véase, ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p.53

³⁴³ ROCA I TRIAS, Encarna (1999), *Op. Cit.*, p. 2013

³⁴⁴ Véase, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén y PEREZ VALLEJO, Ana M^a, *Op. Cit.*, p.7.

³⁴⁵ FERRER I RIBA, Josep, *Op. Cit.*, pp. 16 – 17.

³⁴⁶ Al respecto, sostiene DIEZ-PICAZO: “[...] los fines últimos que el ordenamiento asigna a la familia están constituidos por los necesarios auxilios que los miembros de la familia deben prestarse [...] y de la función de socialización de los nuevos individuos del grupo”, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, en el prólogo de ROCA I TRIAS, Encarna (1999), *Op. Cit.*, p. 23., Véase *supra* p. 20 – 21.

satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales³⁴⁷ y, ante su privación, la restitución de ese derecho a vivir en familia, a través de los mecanismos contemplados por los ordenamientos jurídicos. En este sentido el considerando cuarto de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 01 de septiembre de 2004³⁴⁸, refiriéndose a las normas contenidas en el Título IX del Libro I del código civil chileno “de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, al señalar: “Subyace a la norma jurídica la consideración, *prima facie*, de que son los padres los que están en mejor situación para adoptar las decisiones que permitan asegurar la mayor realización espiritual y material posible del menor, así como asegurar[le] el ejercicio de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

La potestad de los padres respecto sus hijos menores o mayores incapacitados, se concibe como una función que éstos deben ejercer en su beneficio, considerando su interés superior y no como un derecho, de ahí que el interés superior del niño, proclamado por el Art. 3 de la CIDN³⁴⁹, es una cuestión mixta, en que participan los padres y los poderes públicos, en subsidio de los primeros, con el objetivo de lograr la efectividad de los derechos fundamentales. Así ROCA I TRIAS sostiene, “[...] la vía normal para asegurar la protección del interés del menor tiene lugar a través de las familias”³⁵⁰.

³⁴⁷ Preámbulo de la CIDN “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”; y, en similares términos en el Preámbulo del Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, véase *supra* n.33.

³⁴⁸Causa rol 4105-2004, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, disponible en <http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/>, fecha de consulta: 14 de febrero de 2018.

³⁴⁹ Art. 3 CIDN: “1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

³⁵⁰ ROCA I TRIAS, Encarna (1999), *Op. Cit.*, p. 243.

En cuanto a la definición del interés superior del niño, tener presente la STS 320/2011, de 12 de mayo, cuya magistrado ponente fue la Excm. D^a Encarnación Roca i Trías, que en su fundamento de derecho quinto, señala “el interés eminente del menor consiste en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad”³⁵¹; y, más recientemente, la sentencia del mismo tribunal, de fecha 29 de noviembre de 2017³⁵², que a su respecto indica “[el interés superior del niño] no aparece definido, precisándose su configuración pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de su padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”.

En la jurisprudencia chilena, tener en consideración la ya referida sentencia de la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 01 de septiembre de 2004³⁵³, que en su considerando quinto señala: “[...] el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a

³⁵¹ Sentencia num. 320/2011, Sala 1^a de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-280758303, fecha de consulta 14 de febrero de 2018. Fallo referido por ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p.70.

³⁵² Sentencia num. 651/2017, Sección 1^a, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: RJ\2017\5131, fecha de consulta 21 de febrero de 2018.

³⁵³ Véase *supra* n.347.

asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”. En cuanto a sus caracteres y a su extensa noción que lo perfila como principio, como norma de interpretación y, como directriz política legislativa, destacamos la sentencia pronunciada por el más alto tribunal chileno, con fecha 06 de junio de 2016³⁵⁴, que en su considerando décimo concluye: “Que históricamente el concepto de interés superior del niño puede situarse como un hito dentro del avance progresivo global del reconocimiento jurídico a la protección general a los derechos humanos, focalizados, en la especie, de manera concreta, al ámbito del individuo en proceso de desarrollo hacia la adultez”, continuando su reflexión respecto este interés preeminente en su considerando decimotercero que señala: “se ha añadido por la doctrina, su carácter de principio como garantía, pues actúa como vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos, de manera que bajo este prisma, [la] decisión que concierna a la categoría de niñez protegida, debe estar dirigida, bajo la intención de garantizar la satisfacción integral de sus derechos en su conjunto, deber que no se limita al ámbito legislativo, como tradicionalmente el sistema internacional lo entendió, sino que se extiende a todas las autoridades, instituciones públicas y privadas, el entorno familiar del niño y especialmente, al órgano jurisdiccional en la toma de sus decisiones”.

Para GOMEZ DE LA TORRE, desde un punto de vista práctico, el interés del niño proyectado en materia de filiación, comprende: “Permitirle [al niño] la indagación de su filiación (mediante las acciones de filiación), cuando ésta no esté determinada, pues se vincula a su derecho a la identidad personal, uno de cuyos atributos esenciales es tener un nombre y conocer a sus padres; garantizarle los derechos que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser

³⁵⁴ Causa rol N° 32128-2015, de la Excm. Corte Suprema, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX- 641761057, fecha de consulta 05 de julio de 2017.

respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres; permitirle manifestar su opinión y tomarla en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, en todas las instancias judiciales o extrajudiciales en que tenga interés el niño; permitirle permanecer con el padre que mejor asegure su bienestar físico y espiritual y al mismo tiempo facilite su vinculación con el otro padre, en caso de separación, nulidad o divorcio de los padres; velar porque se proteja su interés, para lo cual debe ser escuchado y tomado en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, en caso de separación, nulidad o divorcio, tanto en los acuerdos regulatorios como en la mediación, en la que los cónyuges decidan sobre el cuidado personal, régimen comunicacional, alimentos y patria potestad de los hijos”³⁵⁵.

El respeto por los derechos esenciales del hijo adquiere una especial proyección en las diversas formas familiares que reconoce nuestra sociedad actual, entre éstas, aquellas que se forjan al alero de nuevas técnicas conforme los avances de la biomedicina, que posibilita el nacimiento de un niño desligado del vínculo sexual de sus padres, estableciendo, en estos casos, una ruptura entre reproducción y sexualidad. ROCA I TRIAS, siguiendo a Margaret BRINIG destaca que “los adultos no solo contratan entre ellos el tipo de familia en la que van a crecer sus hijos, sino sus decisiones y acciones afectarán profundamente a una parte silenciosa de la familia, que queda constituida por los propios hijos”³⁵⁶, hijos cuya tutela en la satisfacción de las prerrogativas inherentes a las personas les debe ser asegurada, con independencia del tipo de familia en que nazcan y la filiación que tengan determinada.

³⁵⁵ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *Op. Cit.*, p. 47.

³⁵⁶ ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 123.

1. Filiación y divergencia entre vínculo genético y jurídico.

Brevemente, nos referiremos al concepto doctrinal de filiación, tarea a la que se han abocado multiplicidad de autores en cada una de las numerosas obras relativas al derecho de familia, de entre las cuales, revisaremos algunas que nos servirán para contextualizar nuestro análisis. Así, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, indican: “Se denomina filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”³⁵⁷. Para COURT MURASSO, “la filiación es un hecho natural, una relación biológica que une a procreantes y procreados, relación que pasa a ser jurídica, en cuanto se encuentra reconocida y regulada por el derecho”³⁵⁸; y, ZANNONI señala: “el término filiación – del latín *filius*- sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”³⁵⁹.

De las definiciones aportadas, podemos concluir que el acento para constituir la filiación está puesto, primeramente, en los vínculos de sangre. ALBALADEJO GARCÍA, al respecto enfatiza “[...] el estado jurídico de filiación se basa pues, en el vínculo natural de sangre[...] y debe ligar, en principio, a todo generante con todo generado”³⁶⁰. LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA et al, lo expresan señalando, “Del hecho de que toda persona deba la existencia a su procreación o generación por un hombre y una mujer deriva su filiación (biológica) respecto de sus progenitores, y también su filiación jurídica, expresión, para el Derecho, en línea de principio, de aquella relación biológica”³⁶¹. Primeramente,

³⁵⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 227

³⁵⁸ COURT MURASSO, Eduardo (2010), *Curso de derecho de familia. La filiación por naturaleza*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p.1.

³⁵⁹ ZANNONI, Eduardo (1998), *Derecho de familia*, tomo II, Editorial Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, p. 283.

³⁶⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1996), *Curso de derecho civil, derecho de familia*, tomo IV, Bosch, 7º ed., Barcelona, p. 214.

³⁶¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, et al, *Op. Cit.*, p. 299

entonces, la filiación se sustenta en el hecho biológico, a lo que DIEZ-PICAZO y GULLÓN aportan “Esa inicial realidad biológica es recogida y regulada *a posteriori* por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos [...]. Puede por tanto decirse que la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos”³⁶². Determinación legal que opera “con efecto directo y decisivo en la atribución del estado civil, régimen de apellidos, cuidado personal, nacionalidad, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, etc.”³⁶³, aspectos entre los cuales cabe destacar aquellos que constituyen elementos de la identidad del individuo, como el nombre y la nacionalidad.

Alcanzamos así una cuestión vital en el tema que nos aboca, “si bien la procreación es el hecho biológico (que puede realizarse por una relación sexual o por técnicas de reproducción asistida) y el presupuesto fundamental en la constitución de la filiación, puede darse procreación sin filiación en la medida que exista una discordancia entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico. Mientras el hecho de la procreación no trascienda jurídicamente, no hay relación paterno/materno filial [...]. Inversamente, puede haber filiación sin procreación”³⁶⁴. Así, la filiación no necesariamente derivará del hecho biológico de la procreación, al decir de DIEZ-PICAZO y GULLÓN “una cosa es ser padre y otra cosa ser progenitor. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor”³⁶⁵. Es así como los principios de voluntariedad y responsabilidad podrán ser también determinantes en la filiación.

La filiación jurídica es mucho más amplia que el simple dato biológico, integrada por elementos afectivos, volitivos, sociales y formales, la valoración que

³⁶² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 227

³⁶³ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *Op. Cit.*, p. 13.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 16 – 17.

³⁶⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 229.

de estos elementos efectúe el ordenamiento jurídico en coherencia con el antecedente biológico ha dado lugar a dos sistemas diversos: la concepción realista, regida por el principio de veracidad, reconociendo que la relación jurídica de filiación no se basa puramente en la conexión biológica, facilita mecanismos para tener acceso a ese origen biológico; y, la concepción formalista, que dejando de lado la realidad biológica, prioriza otros valores como la seguridad jurídica y la paz familiar. La admisión rígida de uno u otro sistema sería injusta y parcial, de ahí que los sistemas jurídicos modernos busquen combinar ambas concepciones³⁶⁶.

La falta de correspondencia entre la filiación biológica y la jurídica no es extraña a los ordenamientos jurídicos y se trasunta, por ejemplo, en los plazos de caducidad para deducir acciones de filiación; en la prueba del estado civil de hijo a través de la posesión notoria; en la filiación adoptiva; y, en la procreación mediante técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) con donación de material genético³⁶⁷. Si nos detenemos en el examen de estos dos últimos supuestos, comprobamos como la adopción, prescinde del sustrato biológico, el que es sustituido por el acto jurídico que la constituye; y, la segunda, disocia “los elementos genético, biológico y volitivo”³⁶⁸, teniendo a la voluntad como elemento decisivo de la filiación jurídica, dando lugar a una serie de hipótesis que avanzan de la mano del progreso de la biomedicina y en las que intervienen no tan solo aquellos que buscan devenir padre o madre, sino también el aportante e, incluso, una posible tercera interviniente, la gestante, en el caso de la maternidad por subrogación como técnica de reproducción humana que además del aporte del material genético, agrega el anidamiento y desarrollo de los óvulos fecundados en el útero de una mujer distinta a la que tiene la intención de convertirse en madre y, a la donante del gameto femenino.

³⁶⁶ Véase, LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, et al, *Op. Cit.*, pp. 299 – 300; y, en similares términos, -siguiendo a RIVERO HERNANDEZ-, SANCHEZ CALERO, Francisco, *Op. Cit.*, p. 45.

³⁶⁷ Véase, *Infra*. n. 663.

³⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2013), “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 133.

Respecto la última hipótesis planteada, GOMEZ DE LA TORRE señala, “con las nuevas técnicas, las cuestiones de fondo ya no van unidas al conocimiento de una “causalidad biológica”, sino a establecer la filiación del nacido respecto a persona determinada con independencia de su causalidad”³⁶⁹. Como apuntan LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA et al, “se diseñan así unas filiaciones puramente civiles en las que, aun contrapuestas a las biológicas o “por naturaleza”, sus protagonistas desempeñan el rol de padre/madre e hijo y atienden a los intereses jurídicamente protegidos de igual modo que en aquéllas”³⁷⁰.

Ahora bien, con independencia de la fuente constitutiva de la filiación³⁷¹, la procreación genética –en la filiación biológica-, el acto jurídico –en la filiación

³⁶⁹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *Op. Cit.*, p. 15.

³⁷⁰ *Ibidem*

³⁷¹ Respecto la clasificación legal de la filiación, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, *et al*, distinguen: “a) La filiación por naturaleza es la que tiene una base biológica, y la ley considera en principio que el padre/madre es progenitor(a) del hijo (sin perjuicio de que, por la razón que fuere, no lo sea en realidad). Es el prototipo de filiación, y a ella se hace referencia cuando se habla de filiación, sin más [...]. Dentro de la filiación por naturaleza se distinguen la matrimonial y la no matrimonial; b) La filiación por adopción prescinde, por principio, de la base biológica: el acto jurídico sustituye a hecho natural, con clara disociación entre los conceptos de padre o madre y el de progenitores. La filiación por adopción es puramente formal, social, donde lo no biológico y lo funcional tienen un papel eminente que desplaza al natural”. Referido a la subclasificación de la filiación por naturaleza señalan: “La filiación matrimonial y no matrimonial, igualadas en sus efectos, se distinguen por provenir la primera de unos procreantes unidos entre sí por deberes (el de fidelidad ante todo), constituyendo necesariamente, una unidad familiar; y por el régimen de su respectiva determinación, tanto positiva (compárense arts. 115 y ss y 120 y ss. [código civil español]), como negativa (acciones de impugnación). [...] Hijo no matrimonial es aquél entre cuyos progenitores no media matrimonio en el momento de la concepción o luego”, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA *et al*, *Op. Cit.*, p. 304.

La clasificación de la filiación que desarrollan GETE-ALONSO Y CALERA y SOLE RESINA, incorpora dentro de la filiación por naturaleza “la filiación generada a través de las técnicas de reproducción asistida, ya sea en vida de los padres, ya sea *post mortem*, no es una tercera categoría de filiación sino que se reconduce a la filiación por naturaleza (arts. 235-8 y 235-13 CCCat) y se califica como matrimonial o no matrimonial según que los padres estén o no casados entre sí en el momento en que interviene la técnica de reproducción. La filiación que se obtiene mediante el uso de estas técnicas debe ser calificada como filiación por naturaleza porque lo que varía en ella es el modo en que tiene lugar la fecundación (no deriva de la realización del acto sexual), no el hecho, en sí, de la generación”, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; SOLE RESINA, Judith (2014), *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, pp. 19 – 20.

En materia de clasificación de la filiación, la doctrina chilena incorpora dentro de la filiación por naturaleza otra distinción, calificándola como determinada o, no determinada, según si se encuentra legalmente establecida, o no, la paternidad o la maternidad o ambas. A su vez, la primera de éstas -filiación determinada- se divide en: matrimonial, no matrimonial y, por fecundación mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, véase RAMOS PAZOS, René (2010), *Derecho de Familia*, tomo II, Ed. jurídica de Chile, 7ª ed., Santiago de Chile, p. 378.

Por último, la profesora chilena Maricruz GOMEZ DE LA TORRE, refiriéndose a las fuentes de la filiación distingue entre: filiación biológica o por naturaleza, filiación por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; y, filiación adoptiva. Para la autora, las dos primeras pueden, a su vez, clasificarse en determinada o no determinada, *Cfr.* GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *Op. Cit.*, pp. 53 – 54.

adoptiva- o, la voluntad de asumir la filiación – en la concepción mediante el uso de técnicas de reproducción heterólogas³⁷²; y, de la vía de su determinación, el reconocimiento a la igualdad de derechos de todos los hijos, consagra en las legislaciones concretos deberes que corresponden a los padres, los que deberán cumplir acorde los principios fundamentales reconocidos a los niños: cautelando su interés superior, de conformidad con su autonomía progresiva, según su grado de madurez, facilitando su participación y, respetando su derecho a ser oído en todas las instancias que puedan afectarle.

2. La determinación de la filiación y ciertos aspectos particulares en casos de falta de correspondencia filiación legal - filiación biológica

Como señalan GETE-ALONSO Y CALERA y SOLÈ RESINA, “Jurídicamente, la preocupación del legislador a la hora de regular la relación de filiación, no se centra tanto en definir que sea, lo que se da por supuesto, cuanto en establecer los mecanismos o vías a través de las que se identifica legalmente la relación de filiación y, una vez determinada, es decir efectuada la asignación oficial, en establecer el contenido (derechos y deberes) que comporta”³⁷³. Para DIEZ-PICAZO y GULLÓN “Los problemas jurídicos básicos que la relación de filiación plantea son los relativos al modo de su establecimiento o de fijación, determinando en cada caso quien es el padre o la madre y el hijo, y a la asignación de un determinado contenido jurídico de derechos y obligaciones a la relación en cuestión”³⁷⁴.

Respecto la filiación derivada de las TRHA, la doctrina diferencia la homóloga de la heteróloga. La primera utiliza el material genético de quienes se someten a estas técnicas; y, la segunda utiliza material genético de terceros. Constituyendo esta última un tercer tipo filial con base en la voluntad procreacional. En este sentido, véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Op. Cit.*, pp.132 – 133; GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2013), “El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 224.

³⁷² “Cuando las células que se emplearon no pertenezcan a los padres”, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLE RESINA, Judith (2014), *Op. Cit.*, p. 20.

³⁷³ *Ibid.*, pp. 17 – 18.

A este respecto, revisaremos, la regulación contenida, principalmente, en las legislaciones española y chilena, las que, fundadas en los mismos principios jurídicos universales, otorgan similar tratamiento a la filiación y su determinación.

Dentro del actual derecho de familia, el sistema filial se fundamenta en imperativos constitucionales y, en principios proclamados por instrumentos internacionales de derechos humanos que se incorporan en la normativa nacional. Así, podemos señalar como principios rectores en materia de filiación:

- El principio de igualdad o equiparación entre todo tipo de filiación. Las discriminaciones arbitrarias, en tanto no justificables, establecidas entre las personas en razón de su nacimiento, constituyen un atentado contra este principio. Su fundamento constitucional en España, se encuentra en los Arts. 14³⁷⁵ y 39³⁷⁶ de la CE; y, en Chile, en los Arts. 1º³⁷⁷ y 19 N°2³⁷⁸ de la carta fundamental chilena. Enmarcando las disposiciones del ámbito legal que reconocen expresamente la igualdad de los hijos, con especial trascendencia en materia de efectos de la filiación³⁷⁹.

³⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 227.

³⁷⁵ Art. 14 CE “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³⁷⁶ Art. 39 CE “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

³⁷⁷ Art. 1º Constitución chilena: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

³⁷⁸ Art. 19 Constitución chilena “2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

³⁷⁹ Art. 108 CC español: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Art. 235.2.1. CC catalán “Toda filiación produce los mismos efectos civiles, sin perjuicio de los efectos específicos de la filiación adoptiva”.

Art. 33 CC chileno “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”.

- El principio del interés superior del niño o *favor filii*, proclamado en la CIDN e incorporado a nivel legal en la legislación española³⁸⁰ y, chilena³⁸¹, constituye principio rector que se proyecta transversalmente e implica la primacía del interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo.
- El principio de la verdad biológica en la atribución de la paternidad, que se traduce en la libre investigación de la paternidad y la maternidad. Con base constitucional en el ordenamiento español, en virtud del Art. 39.2³⁸² de la CE, prescripción suprema de la cual carece el sistema chileno que, sin embargo, desarrolla en el ámbito legal³⁸³. Optando –aunque no como regla absoluta- por un sistema, principalmente, basado en la concepción realista, el que reconociendo “que la filiación jurídica no es una mera relación biológica, facilita mecanismos para llegar a ella”³⁸⁴, privilegiándose la verdad biológica por sobre la verdad formal, con la

³⁸⁰ Art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio: “Interés superior del menor.

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...].”

Art. 154 CC español: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental [...].”

³⁸¹ Art. 222 CC chileno “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Art. 1, Ley N° 19.620 “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

Y, en materia procedimental, el Art. 16 de la Ley N° 19.968: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

³⁸² Art. 39.2 CE “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

³⁸³ Art. 195 CC chileno: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen”.

En el orden legal español, Art. 767.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

³⁸⁴ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2001), *Las acciones de filiación en el código de familia catalán*, Atelier, 1ª ed., Barcelona, p. 49; Cfr. ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, pp. 124 – 125.

finalidad de conocer, con la mayor certeza posible, el origen biológico, el cual constituye uno de los elementos de la identidad personal. En este sentido, como sostiene GOMEZ DE LA TORRE, “Para que una persona logre desarrollar su personalidad necesita conocer su identidad, es decir, conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quienes constituyen su familia”³⁸⁵, sustratos que conforman el derecho a la identidad personal en materia de filiación.

La determinación de la filiación por naturaleza “es el establecimiento de la misma a través de la constatación legal de los elementos que la constituyen”³⁸⁶. Admite su clasificación en judicial y extrajudicial, dependiendo si ha habido a su respecto el ejercicio de una acción de filiación o no. Existe consenso doctrinario en torno a que el medio de determinación no es título constitutivo de filiación, sino sólo declarativo³⁸⁷, de ahí el efecto retroactivo de la filiación legalmente determinada (art. 112 CC español y art. 181 CC chileno).

Abocándonos a la maternidad³⁸⁸ como uno de los elementos que constituyen esta especie de filiación, su determinación, en la medida que la madre no haya ocultado su embarazo y alumbramiento, cuenta con el grado de certeza que, precisamente, se desprenden de aquellos hechos. La maternidad se vincula con la gestación y, a su conclusión, con el hecho del parto, sea que la concepción haya ocurrido de forma natural o se hayan empleado técnicas de reproducción humana asistida. Lo que debe comprobarse entonces son dos circunstancias: el parto y la identidad del hijo -que el hijo nacido sea producto de ese parto (art. 139 CC español; art. 183 cc chileno).

³⁸⁵ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *Op. Cit.*, p. 49.

³⁸⁶ COURT MURASSO, Eduardo (2000), *Nueva ley de filiación*, Ed. jurídica conosur, 2ª ed., Santiago de Chile, p. 30.

³⁸⁷ Véase LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA et al, *Op. Cit.*, p. 306; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SOLE RESINA, Judith (2014), *Op. Cit.*, p.21; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.) y SOLE RESINA, Judith (Coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 312; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Op. Cit.*, p. 230; COURT MURASSO, Eduardo (2000), *Op. Cit.*, p. 131; RAMOS PAZOS, René, *Op. Cit.*, p.382.

³⁸⁸ “La maternidad es el hecho que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto del parto”, COURT MURASSO, Eduardo (2000), *Op. Cit.*, p. 35.

Dos cuestiones de importancia respecto la maternidad:

- La imposibilidad de la madre de silenciar u ocultar su identidad en el comprobante médico del parto, regla aplicable en la actualidad tanto en el sistema español³⁸⁹, como en el derecho chileno³⁹⁰; y,
- La consideración del parto como hecho fundante en su determinación, con las consecuencias jurídicas que de ello derivan en el caso de utilización de TRHA, particularmente en la gestación por subrogación³⁹¹. Jurídicamente no se

³⁸⁹ Véase *infra* n. 427, STS, de 21 de septiembre de 1999, que derogó por inconstitucionalidad sobrevenida el Art. 47.1 LRC y el Art. 182 RRC, respecto la facultad otorgada a la madre para que no figurara su identidad en el registro clínico de la maternidad (referida a la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil, derogada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil).

Teniendo, debidamente en consideración, lo dispuesto por el art. 120.5 del cc español: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: “Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”; y, los arts. 44 y ss. de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, especialmente, lo previsto en su numeral 3º “3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico- ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación”.

³⁹⁰ Art. 183 CC chileno “la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del registro civil; en relación con el art. 31 N°4 de la ley sobre registro civil: “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: 4º los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia del nombre y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz”; y, Art. 121 del DFL 2.128 de 1930, que aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil: “Para proceder a inscribir un nacimiento, el Oficial Civil exigirá se le compruebe la efectividad del hecho, sea por medio de certificado del médico o partera que lo hubiere presenciado o por declaración de dos testigos conocidos”, la última de las vías en la actualidad es residual pues procedería sólo en los casos en que no exista atención médica del parto y, en tal caso, la maternidad queda determinada por el reconocimiento que efectúe la madre.

³⁹¹ Técnica de reproducción humana asistida “mediante la cual se implanta un óvulo fecundado *in vitro*, que puede ser propio o donado, dentro del útero de una gestante que presta su cuerpo para la gestación, renunciando a la maternidad y entregando el recién nacido a los que suscriben el contrato, que pueden ser una persona o pareja, soltera o casados, de igual o de diferente sexo, y que pueden aportar o no sus gametos, y que puede realizarse de forma gratuita u onerosa”, RAMÓN FERNANDEZ, Francisca (2014), “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”, en Revista sobre la infancia y la adolescencia, N°6, marzo-2014, p. 38. Al respecto en España, conforme lo dispuesto por el art. 10.1, “será nulo de pleno derecho el contrato en que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”; y, en Chile, a falta de norma expresa, sustentado en que se fundaría en un servicio inescindible de la persona, la indisponibilidad del estado civil, la intransferibilidad de su objeto o su imposibilidad moral (art. 1461 cc chileno), se ha concluido que tal acuerdo contractual adolecería de nulidad absoluta, *Cfr.* CORRAL TALCIANI, Hernán (2013), “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian

considera relevante el origen genético del recién nacido: madre es quien da a luz, la gestante que lleva el parto a término, y no quien aportó los óvulos³⁹². A mayor abundamiento, en el sistema español, conforme lo dispuesto por el art. 10.2 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

En cuanto a la paternidad, entendida ésta como “el hecho de haber sido procreado el hijo por el padre que se pretende”³⁹³, distingue para efectos de su determinación, si existe o no matrimonio entre los padres. Tratándose de la filiación matrimonial, rigen las presunciones –simplemente legales- establecidas por el legislador en relación con el marido de la madre, a partir de la fecha de celebración del matrimonio y de su disolución o de la fecha de divorcio entre los padres³⁹⁴, la cual se fundamenta en el principio de normalidad y en la aplicación de la máxima romana *pater it est quem nuptias demonstrant*, que llega hasta nuestros días.

En atención a los supuestos contemplados en los sistemas normativos, la doctrina distingue la filiación matrimonial de origen, de la filiación matrimonial adquirida³⁹⁵, según si la concepción o el nacimiento del hijo se produjeron una vez

(Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 170.

³⁹² Cuestión distinta es el caso en que una vez determinada la maternidad, la madre genética que decidió someterse a la TRHA con utilización de gestación por subrogación, deduzca acción de impugnación y reconocimiento del hijo, fundamentado en su voluntad procreacional. En este sentido, ante el vacío legal en el sistema chileno, en aplicación del principio del interés superior del niño y su derecho a la identidad, y los principios rectores del derecho de familia, la reciente sentencia de fecha 08 de enero de 2018, causa rol N° C-7246-2017, del 2° Juzgado de Familia de Santiago de Chile, disponible en <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>, fecha de consulta 09 de mayo de 2018. Se trata de una abuela que anida en su vientre a sus nietas por problemas de infertilidad de su hija, quien conjuntamente con su pareja aportan el material genético, efectuándose la inseminación in vitro, para luego implantar los óvulos fecundados en el útero de la gestante. La sentencia da lugar a la acción de impugnación y reclamación deducida por la aportante de los óvulos, ordenando la práctica de nuevas inscripciones de nacimiento en que se la consigne como madre de las dos niñas nacidas.

³⁹³ COURT MURASSO, Eduardo (2000), *Op. Cit.*, p. 38.

³⁹⁴ Véase Art. 116 CC español; Art. 184 CC chileno.

³⁹⁵ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *Op. Cit.*, pp. 102 – 103, filiación matrimonial adquirida “[...] cuando el hijo nació antes del matrimonio de sus padres, pero fue reconocido por éstos, antes o en el acto del matrimonio o en instrumento posterior”.

contraído el matrimonio de los padres o con anterioridad. Último caso en que no corresponde la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial, la que puede ser determinada extrajudicialmente, por reconocimiento formal o, judicialmente por sentencia judicial en juicio de filiación³⁹⁶, constituyendo éstas las vías por las que se determina la paternidad no matrimonial, a las que en el ordenamiento jurídico español, corresponde agregar la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; y, la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la ley de registro civil, conforme el art. 120 N°1 y N°3 del cc español.

La filiación adoptiva se determina al constituirse judicialmente entre quienes cumplen los requisitos que establece la ley –Art. 176.1 CC español; Ley de Adopción N°19.620 Chile-. “De ahí que, como regla general es una filiación legal, en el sentido que no se fundamenta en relación previa biológica de generación directa”³⁹⁷.

Respecto la filiación de las personas nacidas mediante el uso de TRHA heterólogas, el Art. 7° de la ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, señala que se regulará por las leyes civiles, salvo las especificaciones que establece en los tres artículos siguientes. El Art. 8° de la ley en comento, regula la determinación legal de la filiación en el caso que nos aboca, al efecto su numeral 1° dispone “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. El numeral 2° queda referido a la determinación de la paternidad no matrimonial; y, el numeral 3°, excluye la posibilidad de llegar a determinar la filiación en el donante del material genético³⁹⁸.

³⁹⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 234 - 244.

³⁹⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.); SOLE RESINA, Judith (coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 311.

³⁹⁸ Art. 8 ley 14/2006: “2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no

La legislación chilena vigente sólo cuenta con una disposición referida a la determinación de la filiación producida mediante el uso de TRHA, las que deberán seguir las reglas generales, vedando el ejercicio de toda acción que persiga impugnarla por parte de quienes se sometieron a su utilización; y, por parte de quienes pudieron haber intervenido como donantes, aunque no hace referencia expresa a este último supuesto. La disposición corresponde al Art. 182³⁹⁹ del CC chileno, criticada en doctrina por su vaguedad e imprecisión⁴⁰⁰, hace indispensable una pronta regulación en el sistema chileno, mediante una ley especial que enmarque los supuesto posibles, en un enfoque que considere los derechos esenciales de las personas nacidas mediante el uso de estas técnicas.

El *status* filial y los efectos que de él derivan, guiados por los principios rectores en materia de filiación, reconocen a todos los hijos los mismos derechos, otorgándoles igual protección en el ejercicio de éstos. En general, el contenido de la filiación determinada importa⁴⁰¹: a) el establecimiento de la relación de parentesco; b) la potestad en favor de los progenitores, sobre los hijos menores o, los mayores de edad incapacitados –potestad prorrogada o rehabilitada-; c) los apellidos del padre, madre o ambos; d) los derechos sucesorios establecidos por la ley; y e) los derechos de alimentos legales o forzosos⁴⁰². En suma, involucra una

casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad. 3.La revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.

³⁹⁹ Art. 182. “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

⁴⁰⁰ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán (1999), “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del código civil”, p. 10, disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>, fecha consulta 09 de mayo de 2018.

⁴⁰¹ Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.); SOLE RESINA, Judith (coord.) (2013), *Op. Cit.*, pp. 363 – 364.

⁴⁰² El sistema chileno, entre los efectos de la filiación, distingue aquellos de contenido personal (denominado doctrinariamente autoridad parental); de aquellos con orientación patrimonial (patria potestad). Los primeros, referidos al “conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre la persona de sus hijos”, regulados en el Título IX, Arts. 222 y ss del cc chileno-; y, la patria potestad, entendida como, el “conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados, normada en el Título X, Arts. 243 y ss del CC chileno-, Cfr., COURT MURASSO, Eduardo (2000), *Op. Cit.*, p. 126; RAMOS PAZOS, René, *Op. Cit.*, pp. 458 – 485.

serie de derechos y deberes que, tratándose de hijos menores, deben ser cumplidos, en vistas a su interés superior⁴⁰³.

Determinada la filiación surge el parentesco que liga jurídicamente a los miembros de la familia y posiciona al individuo dentro de ese particular contexto, identificándose en él, configurándose además los efectos que determinarán otros aspectos concurrentes en la identidad: el nombre, los apellidos, la nacionalidad. Ahora bien, en esta conformación única de la persona merece consideración tanto la filiación biológica como la jurídica, las que como hemos evidenciado no siempre coinciden, frente a lo cual los ordenamientos jurídicos acogen el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad. En este sentido, como sostiene LATHROP GOMEZ, la identidad del sujeto “abarca mucho más: en primer término, conocer los orígenes, no sólo biológicos sino también familiares, étnicos, sociales y religiosos que identifican y definen a un individuo como tal; y, en segundo lugar, la posibilidad de exigir que dichas características sean respetadas en la proyección social de la persona [...]”⁴⁰⁴

Todos los elementos mencionados constituyen al individuo, contribuyendo a formar su identidad, la que permitirá su proyección social y, en fin, lograr el libre desarrollo de su personalidad, existiendo así una íntima conexión entre la filiación y la identidad de la persona.

⁴⁰³ Respecto la responsabilidad de los padres en el ejercicio de estos deberes y el estándar de diligencia exigible, véase *supra*, p. 93.

⁴⁰⁴ LATHROP GOMEZ, Fabiola (2016), “Notas sobre una relectura del derecho a la identidad en contextos de filiación a la luz del desarrollo jurisprudencial chileno”, en LEPIN MOLINA, Cristian y GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coord.), *Estudios de derecho familiar I, jornadas nacionales de derecho familiar* – Facultad de derecho Universidad de Chile, Legalpublishing, 1ª ed. Santiago de Chile, p. 221.

Capítulo Segundo

Identidad personal y derecho

En una primera aproximación al estudio de la identidad personal, debemos apuntar a que éste es un concepto reciente en el pensamiento académico, en el que el mundo occidental ha centrado su reflexión sólo desde la segunda mitad del siglo XX, adquiriendo importancia a partir de la segunda guerra mundial, en que, unido al auge de la psicología, se convierte en “uno de los aspectos básicos del estudio de la persona, su desarrollo y salud mental”⁴⁰⁵.

El psicoanalista estadounidense de origen alemán Erik ERIKSON, en el marco de su teoría psicosocial sobre desarrollo de la personalidad, define la identidad como “la habilidad para experimentarse a uno mismo como algo que tiene continuidad y consonancia y de actuar en consecuencia”⁴⁰⁶. Recogiendo esta idea ADROHER BIOSCA y BERASTEGUI PEDRO-VIEJO, señalan “El ser humano tiene una necesidad fundamental, que debe ser protegida, de ser consciente de uno mismo como ser único, separado y distinto de los demás, en una experiencia de continuidad con el pasado, desde un presente con sentido y con una perspectiva de futuro, a través de los diversos cambios personales, físicos, psicológicos y contextuales [...]. Esto que conocemos como identidad, se construye evolutivamente en tensión dinámica entre las características centrales de la persona, que la constituyen como ser único, y la influencia del contexto relacional y social, de la mirada que, desde muy temprano, los otros han depositado sobre ella”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ GOMEZ BENGOCHEA, Blanca (2007), *Derecho a la identidad y filiación*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, p. 28 – 29.

⁴⁰⁶ ERIKSON, Erik (1964), *Insight and responsibility*, Norton, New York, p. 42, *apud ibidem*.

⁴⁰⁷ ADROHER BIOSCA, Salomé y BERASTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana (2000), “La adopción internacional: una nueva migración”, en *Revista Migraciones*, N°8, p. 255 - 256.

El jurista peruano FERNANDEZ SESSAREGO, entiende la identidad personal como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”, la cual se despliega en el tiempo, forjándose en el pasado, desde el momento de la concepción, traspasándose al presente y proyectándose en el futuro, presentándose de tal manera como una realidad fluida, integrada por elementos estáticos y dinámicos, los que en su totalidad permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad que, en su fase estática, se conforma por los signos distintivos de la persona, por regla general, invariables y, los primeros visibles desde el mundo exterior; y, en su sentido dinámico, queda configurada por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, cambiante, y modificable por las vivencias experimentadas a lo largo de la vida⁴⁰⁸.

Sobre esta base, continua en la actualidad el desarrollo del concepto de identidad, incorporando ciertos aspectos básicos que se señalan como esenciales: el concepto de uno mismo; el conocimiento del propio lugar en el entorno social; la conciencia de ser uno mismo y el mismo a través del tiempo; el sentimiento de uno mismo como ser valioso; y el sentimiento de ser capaz de dirigirse a uno mismo. Plantea esto una aproximación más amplia a la identidad, entendiéndola como “la integración coherente y estable en su dinamismo de las múltiples identidades o fuentes de identidad de toda persona: personal, social, física, genealógica, racial o étnica”⁴⁰⁹.

Entre los factores que contribuyen al desarrollo de la identidad, se encuentran: la calidad de las relaciones del niño con su familia y con las personas con quienes se vincula, principalmente, en su etapa más temprana de desarrollo, el conocimiento y comprensión de su pasado y su genealogía; y, la actitud de la

⁴⁰⁸ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992), *Derecho a la identidad Personal*, Astrea, 1ª ed., Buenos Aires, pp. 55, 113 – 114; en el mismo sentido JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María (2016), *Fecundación asistida e identidad personal*, Astrea, 1ª ed., Buenos Aires, pp. 32 y ss.; GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 94.

⁴⁰⁹ TRISELIOTIS, John (2000), “*Identity formation and the adopted person revisited*”, en KATZ, Ilan y TREACHER, Amal (eds.), *The dynamics of adoption: social and personal perspectives*, Jessica Kingsley Publishers, London, p. 90, *apud* GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 32.

comunidad en la que vive el niño hacia él. La relación con sus padres, el conocimiento de su origen y el reconocimiento social de esa realidad cumplen así un rol fundamental en la formación de la identidad. Cuestión de trascendencia en el desarrollo de toda persona, en constante evolución en un proceso de autodefinición, a través de dos mecanismos básicos: la diferenciación de uno mismo; y, la identificación con otros, los que presentan una dimensión valorativa y emocional, de ahí que la identidad esté “formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todas las demás. Un autoconcepto global que caracteriza a la persona en todos los ámbitos de su desarrollo como tal (físico, intelectual, afectivo, sexual, relacional...) y que no solo está formado por la autopercepción del sujeto en un momento dado, sino que es el resultado de las relaciones únicas y las experiencias que esa persona ha tenido durante su crecimiento, que serán absolutamente personales, y distintas incluso en el caso de dos individuos pertenecientes a una misma familia”⁴¹⁰.

La identidad, formada en un proceso de constante evolución, debe compatibilizar su dinamismo propio con la estabilidad que le permita ir incorporando las nuevas experiencia personales a las antiguas en un escenario de continuidad, posibilitando su proyección en el futuro, desde la niñez hasta la vejez, ciclo vital, dentro del cual la adolescencia se presenta como un período de relevancia por los cambios, expectativas y nuevas experiencias que se potencian en esta etapa de la vida, y en el que, nuevamente, destaca el rol de estabilidad que aporta el medio familiar.

Las proyecciones de la identidad y el interés por conocer el propio origen “se presenta como una natural manifestación en ciertas fases del desarrollo de la personalidad (primera juventud) y como una exigencia de su afirmación [...]. Aquella necesidad psíquica y vital y estos datos referenciales confusos o inexactos

⁴¹⁰ RICHARDS, B. (1994), “*What is identity?*”, en GABER, I. y ALDRIDGE, J., *Culture, identity and transracial adoption, in the best interest of the child*, Free asociation books ltd., London, pp. 78 – 79, *apud ibíd.*, pp. 29 – 30.

son causa de graves problemas personales, psiquiátricos incluso, en la formación y desarrollo de la personalidad del individuo que conoce de forma natural o adivina que su origen biológico no coincide con su filiación jurídica [...]”⁴¹¹

La identidad constituye así uno de los centros neurálgicos del desarrollo de la persona, misma que el ordenamiento jurídico sitúa como su núcleo de atención, por lo que nada extraño resulta, la proclamación que de él se haya efectuado en diversos instrumentos de derechos humanos de alcance supranacional y su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales, como un derecho inherente a las personas. Profundizando en el análisis de los elementos que configuran la identidad personal, RIVERO HERNANDEZ, refiriéndose al conocimiento del propio origen, señala “la protección de la identidad ontológica y jurídica de la persona se sitúa al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida y por encima incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto que *prius* lógico e imprescindible de los mismos”⁴¹².

1. El derecho a la identidad y su reconocimiento

Como plantea DE LORENZI, “Si la filosofía⁴¹³ da sustento a la identidad personal y la psicología la explica, el derecho tiene por función garantizarla, resguardando el espacio de libertad necesario para que cada individuo pueda desarrollar libremente su personalidad”⁴¹⁴, función de tutela de los intereses

⁴¹¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (1997), “¿*Mater Semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, en *Anuario de derecho civil*, Año 1997 N°1, pp. 24 – 25.

⁴¹² *Ibid.*, p. 23.

⁴¹³ La filosofía existencial es el movimiento filosófico que sustenta la reflexión sobre el sentido de la existencia humana, *Cfr.* FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992), *Op. Cit.*, p. 10.

⁴¹⁴ DE LORENZI, Mariana (2016), “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?”, en *Revista de derecho, empresa y sociedad*, N° 8, enero – julio 2016, p. 106.

existenciales de cada persona con el fin de garantizar ese desarrollo en armonía con la libertad de los demás y el interés social⁴¹⁵.

El derecho a la identidad personal, según FERNANDEZ SESSAREGO, debe ser entendido “como el derecho a ser “uno mismo”, el derecho a que no se atribuya a la persona, de parte de terceros, actitudes, conductas o ideas no verdaderas”⁴¹⁶, de manera que quien se sienta agraviado en lo que a su identidad personal se refiere, pueda solicitar, según sea el caso, la cesación de los hechos lesivos y el pago de los daños, si los hubiere. El autor peruano, refiere a DOGLIOTTI, para quien el derecho a la identidad personal reclama “la exigencia de ser conocido socialmente como uno mismo, en la perspectiva de una cumplida representación de la personalidad individual en todos sus aspectos e implicaciones, en sus calidades y atribuciones”⁴¹⁷. Conforme señala GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, doctrinariamente el derecho a la identidad se concibe como un “derecho personalísimo, del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad, es lo que distingue de los demás. Se relaciona con los atributos de ser único e irreplicable, frente al mundo social que rodea al individuo. Ser uno mismo y no otro”⁴¹⁸; y, HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, analizando el derecho a la identidad del niño -pero no por ello restringido el concepto sólo a su respecto- unido al cumplimiento de las cautelas para preservar la identificación de los recién nacidos, lo plantea como el “derecho a la afirmación de su propia individualidad, a ser para los demás igual a sí mismo porque tiene un interés jurídicamente protegido a la afirmación social de su propia verdad, y a que no sean alterados los elementos integrantes de su identidad, como derecho fundamental de la persona”⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Cfr., FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992), *Op. Cit.*, p. 11

⁴¹⁶ Véase, *ibid*, p. 81, p. 95.

⁴¹⁷ DOGLIOTTI, Massimo (1981), “Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità”, en *Il diritto alla identità personale*, CEDAM, Padova, p.66, *apud Ibid* p. 110.

⁴¹⁸ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014), “La importancia de la identidad. Significado de la verdad en materia de filiación”, en *Revista de Derecho de Familia*, Vol II - 2014, p.42.

Para un análisis más acabado del derecho a la identidad en el plano jurídico, menester resulta efectuar una revisión jurisprudencial y normativa. La primera, por ser precursora en la configuración de sus elementos y contenido; y, la segunda, por el paulatino reconocimiento de este derecho en diversos cuerpos normativos, nacionales e internacionales; y, por la relevancia de su sustento a nivel constitucional.

Como denominador común en los ordenamientos español y chileno, el derecho a la identidad, no obstante, constituir un sustrato esencial para el desarrollo de la persona, no tiene reconocimiento constitucional como un derecho autónomo, ni se recoge por la codificación civil interna como un derecho subjetivo⁴²⁰, así y como aporta FERNANDEZ SESSAREGO, “A falta de un determinado derecho subjetivo contenido en una norma específica, no cabe otra solución jurídica que acudir a una norma constitucional de carácter general como es la de tutela integral y unitaria de la persona”⁴²¹.

El tribunal constitucional chileno, en los últimos años, ha reconocido sostenidamente el derecho a la identidad⁴²², ligado a la dignidad humana, contenida

⁴¹⁹ HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores (2005), “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, en *Revista de derecho privado*, N° 7-8, julio – agosto 2005, p. 25.

⁴²⁰ Aun cuando cierta doctrina cuestione que éste se perfile como un simple derecho subjetivo, viendo en el derecho a la identidad una figura jurídica más compleja, lo que se ha traducido en referirlo como una situación o posición jurídica subjetiva, cuestión que, en definitiva se vincula con la naturaleza de los derechos de la personalidad, atendida la dificultad, en principio, de encasillar esta figura en el marco de los derechos subjetivos, categoría jurídica elaborada fundamentalmente en el ámbito del derecho patrimonial y para los poderes jurídicos de esta clase, véase QUESADA GONZALEZ, María Corona (1994), “El derecho (¿constitucional? A conocer el propio origen biológico”, en *ADC*, N° 2-1994, pp. 248 – 249; LACRUZ BERDEJO, José Luis (1983), *Elementos del derecho civil*, tomo I, vol. 2º, Barcelona, P. 34, *apud ibidem*.

⁴²¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992), *Op. Cit.*, p. 76.

⁴²² Véase, Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, causa rol N° 3364-17-INA, considerando decimotercero; sentencia de fecha 28 de julio de 2016, causa rol N° 2955-16-INA, numeral 13 del voto en contra de la ministra Sra. Marisol PEÑA TORRES, Sr. Gonzalo GARCÍA PINO, Sr. Juan José ROMERO GUZMÁN y Sr. Nelson POZO SILVA; sentencia de fecha 06 de agosto de 2015, causa rol N° 2690-14-INA, considerando vigesimoprimero y numeral 8 del apartado II del voto en contra de los ministros Sr. Hernán VODANOVIC SCHNAKE y Sra. Marisol PEÑA TORRES; sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013, causa rol N° 2192-12-INA, numerales 19 y 20, de los fundamentos expuestos particularmente por los ministros Sr. Francisco FERNÁNDEZ FREDES, Carlos CARMONA SANTANDER y Domingo HERNÁNDEZ EMPARANZA; sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009, causa rol N° 1340-09-INA, considerando noveno y décimo; y,

en el Art. 1º de la Constitución chilena, sosteniendo que aun cuando la carta fundamental no reconoce expresamente en su texto este derecho, habida cuenta de su protección en diversos tratados internacionales ratificados por Chile, debe entenderse incluido entre esos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, a los que se refiere el Art. 5º de la Constitución⁴²³, que se erigen como límites a la soberanía, de los cuales las personas son titulares por el hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para gozar de su protección. El derecho a la identidad personal así, es un derecho implícito en la Constitución política chilena, que se vincula estrechamente con el valor de la dignidad humana.

Particularmente, destacamos la reflexión aportada por la sentencia pronunciada con fecha 13 de mayo de 2008, en causa rol N° 834-07-INA que en su considerando decimoquinto, indica: “El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio- la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales- pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”; y, la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009, dictada en causa rol N°1340-09, considerando décimo, al señalar “[Que] en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana- implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y,

sentencia de fecha 13 de mayo de 2008, causa rol N°834-07-INA, considerando decimoquinto, vigesimosegundo y trigésimo primero; todas disponibles en www.tribunalconstitucional.cl, fecha de consulta 21 de febrero de 2018.

⁴²³ Véase *supra* n. 15.

en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

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

Siguiendo con el reconocimiento del derecho a la identidad en las decisiones de los tribunales superiores de justicia, en Chile, el aporte del voto en contra en la sentencia de fecha 18 de mayo de 2016⁴²⁴, que en su numeral 8°, calificándolo como un derecho fundamental, se refiere a los aspectos que comprende, indica al efecto, “[...] resguarda su derecho a la identidad, desde que este derecho fundamental no sólo se refiere al conocimiento de los orígenes de una persona, sino que también posee un aspecto dinámico, que significa que las personas se van haciendo o construyendo su identidad con las experiencias de vida, con el lugar en que ha crecido y la educación que ha recibido, entre otros muchos aspectos, de manera que puede sostenerse que un niño de seis años, ciertamente,

⁴²⁴ Causa rol N°35.532-2015, “Balero con Bustamante y otra”, de la Corte Suprema, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3295/2016, fecha de consulta 20 de febrero de 2018.

ya ha ido forjando algunos rasgos de su identidad, y, entre ellos, está el ser hijo de una persona determinada”; y, la consideración al conocimiento del origen, implícito en la propia identidad, en consonancia con la regulación jurídica vigente en la comunidad de las naciones, conforme refiere el considerando 5º, de la sentencia de fecha 09 de marzo de 2016⁴²⁵.

En España, la labor jurisprudencial ha verificado la sustitución de los tradicionales principios por nuevos procesos que se proyectan en filiación y en la investigación de la paternidad, que ha transitado “del principio de verdad formal al de verdad material en aras del derecho de la personalidad consagrado en las leyes constitucionales”, como lo expresa el considerando de derecho primero de la STS, de fecha 15 de marzo de 1989⁴²⁶.

Destacar, en esta materia, la trascendencia de la STS, de fecha 21 de septiembre de 1999⁴²⁷, que reconoce el derecho de las personas a conocer su herencia genética y que, con anterioridad a la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴²⁸, había declarado la inconstitucionalidad del artículo 47 I de la Ley de Registro Civil, de 08 de junio de 1957; y, los artículos 167 y 187 del Reglamento del Registro Civil de 14 de junio de 1958, que permitían a la madre negarse a firmar el parte facultativo, posibilitando la ocultación de su maternidad, lo cual entendía como un atentado contra el principio de la libre investigación de la paternidad –Art. 39.2 CE- y, contra el de igualdad,– Art. 14 CE-, que además erosionaba gravemente

⁴²⁵ Causa rol N° 10.160-2015, “Manzo con Manso”, de la Corte Suprema, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/1674/2016, fecha de consulta 20 de febrero de 2018.

⁴²⁶ Sentencia de 15 de marzo de 1989, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: RJ\1989\2054, fecha de consulta 21 de febrero de 2018.

⁴²⁷ Sentencia num. 776/1999, Sala 1ª de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-17746236, fecha de consulta 15 de febrero de 2018.

⁴²⁸ A mayor abundamiento, el preámbulo de la ley se inicia señalando: “La importancia del Registro Civil demanda la adopción de un nuevo modelo que se ajuste tanto a los valores consagrados en la Constitución de 1978 como a la realidad actual de la sociedad española”, a lo que añade “La Constitución de 1978 sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Y ese inequívoco reconocimiento de la dignidad y la igualdad ha supuesto el progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio”. Conforme la disposición final décima la norma entra en vigor de forma completa el 30 de junio de 2018, con las excepciones que en la misma se indican.

el Art. 10 de la Constitución española, al afectar a la dignidad tanto de la madre como del hijo.

En la jurisprudencia italiana, el Tribunal de Roma, en sentencia de fecha 20 de mayo de 2008, ha resuelto que el derecho a la identidad personal *“È la proiezione del sé nel sociale, in altre parole, il diritto del singolo individuo ad essere descritto e rappresentato così com’è, senza alcun stravolgimento della sua personalità”*⁴²⁹. En décadas anteriores y, destacada en doctrina su relevancia por ser una decisión pionera en el reconocimiento de este derecho, de importancia es referir la sentencia de la Corte de Casación italiana, de fecha 22 de junio de 1985⁴³⁰, la cual lo define en los siguientes términos: *“l’interesse della persona fisica o giuridica a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di coacervo di valori (intellettuali, politici, religiosi, professionali) rilevante nella rappresentazione che si essa viene data nella vita di relazione nonché correlativamente ad insorgere contro comportamento altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l’onore o la reputazione ovvero ledere il nome o l’immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo alla stregua dei principi fissati dall’art. 2 Cost. in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti ed in oltre tutelabile in applicazione analógica della disciplina dettata dall’art. 7 c.c. con riguardo al diritto al nome, con la conseguente esperibilità contro i suddetti comportamenti di azione inhibitoria e di resarcimento del danno, nonché possibilità di ottenere, ai sensi del comma 2 del citato art. 7, la pubblicazione della sentenza che accolga la domanda ovvero se si tratti di lesione verificatasi a mezzo della stampa anche la pubblicazione di una rettifica”*.

FERNANDEZ SESSAREGO, deteniéndose en el análisis de la sentencia del más alto tribunal italiano del año 1985, la cual califica como determinante en el

⁴²⁹ Trib. Roma, sez I, 20 maggio 2008, véase BUCCI, Elisa (2014), *“Diritti della personalità”*, en RUSSO, Paolo (cura), La responsabilità civile. I danni esistenziali, UTET Giuridica, San Mauro Torinese, 1ª ed., p. 456.

⁴³⁰ Cass. 22 giugno 1985, n.3769, 1985, I, 221, véase *ibid.*, p. 476.

proceso de desarrollo jurisprudencial de la nueva situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal⁴³¹, concluye, siguiendo a Vincenzo ZENO – ZENCOVICH, que ésta ha contribuido a poner de relieve tres notas características del derecho que nos aboca: precisa la naturaleza omnicomprendiva de la personalidad del sujeto, de ahí que la identidad abarca todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad; la objetividad de la identidad personal, entendida como la correspondencia entre los comportamientos externos relevantes del sujeto y la representación de la personalidad; y, su exterioridad, referida al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad, característica consustancial al derecho en cuanto la intersubjetividad que le es propia⁴³².

En el sistema argentino, la Corte Suprema, en sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2007, ha resuelto que el derecho a la identidad “es un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”, a partir de lo cual, señala CIRUZZI, “establece que los derechos humanos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana y cataloga al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre los intereses jurídicos de otros –que pueden ser los padres, terceros o el estado-. Esa superioridad fue instituida justamente a favor del desarrollo de la personalidad y protección a la dignidad del menor como ser humano”⁴³³.

En el ámbito internacional, el reconocimiento expreso del derecho a la identidad es relativamente reciente, menos de tres décadas, y se encuentra

⁴³¹ Poniendo de relieve que “el desarrollo del concepto del derecho de identidad, en tanto un derecho con fisonomía propia; con entidad suficiente para diferenciarse de otros derechos ya reconocidos, como el derecho al nombre, a la integridad, al honor, a la intimidad, a la reputación, a la imagen, etc., se lo debemos básicamente a la creación de la jurisprudencia y doctrina italiana”, VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Op. Cit.*, p. 67

⁴³² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992), *Op. Cit.*, pp. 100 – 103.

⁴³³ CIRUZZI, María (2013), “El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al código civil y comercial”, en www.microjuris.com, identificador: MJ-DOC-6226-AR, pp. 1 – 2.

contenido en el Art. 8º de la CIDN⁴³⁴, que dispone: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; 2. 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”.

Aun cuando podría representarse su falta de conceptualización, su consagración explícita es de la mayor trascendencia, pues de ello deriva su incorporación en el derecho interno de cada estado, vía ratificación del tratado y, porque, en cumplimiento de las disposiciones de la misma convención⁴³⁵, los estados se comprometen a dar efectividad a las prerrogativas contempladas en la misma, lo cual, entre otras medidas, se traduce en la correspondiente armonización de la normativa nacional con los principios que en ella se proclaman. Además de convertirse en instrumento de referencia para la integración e interpretación de los derechos locales en materia de infancia, *v.gr.*, en España, el art. 3º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio. Pero aún más, pues la norma transcrita refiere los elementos de la identidad: la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia, de relevancia para el análisis dogmático, en general, del derecho a la identidad personal, y de su especialización en materia de filiación, en el derecho a conocer los orígenes biológicos, como más adelante veremos.

En el desarrollo que hace la CIDN del derecho en estudio, importante también es la disposición contenida en su Art. 7º: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un

⁴³⁴ Véase, *supra* n. 341.

⁴³⁵ Art. 44 CIDN: “1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: [...]”.

nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. Los elementos de la identidad a que hemos hecho alusión, se constituyen también en derechos inherentes a los niños.

Merece detalle la mención al derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, “en la medida de lo posible”. Para algunos autores, referido a las posibilidades fácticas⁴³⁶ –inexistencia de impedimentos prácticos, *v.gr.*, encontrarse fallecidos ambos padres- y, para otros, relativo a un sentido jurídico⁴³⁷ –en tanto la ley lo permita-. Variedad de interpretaciones para lo que puede entenderse como una limitación al derecho a la identidad, que resta en su construcción, e incluso, a juicio de alguna doctrina lo torna en “un reconocimiento puramente formal, más bien vacío y demasiado respetuoso con la diversidad”⁴³⁸. CORRAL TALCIANI, en cambio, entiende que la norma consagra claramente el derecho del niño a conocer a sus padres, el cual trasciende a todo el articulado, sosteniendo que “la frase no puede prestarse para una interpretación tan elástica que termine por privar de todo sentido el reconocimiento solemne de un derecho”, no resultando viable interpretar que fuere posible al estado determinar obstáculos legales o administrativos al

⁴³⁶ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán (2010), “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, en *Ius et praxis*, Año 16, N°2, p.66; DE LORENZI, Mariana, *Op. Cit.*, p. 110, apreciación que lleva a la autora a sostener que el derecho a conocer a los progenitores, consagrado en la CIDN no es absoluto, el que quedaría limitado por cuestiones fácticas, pero nunca jurídicas.

⁴³⁷ Así lo sostiene GOMEZ BENGOCHEA, teniendo en consideración los antecedentes que llevaron a la redacción del texto final de la disposición. En efecto, señala que la norma originalmente propuesta fue objeto de observaciones en el sentido de incluir refuerzos a la protección de la identidad, especialmente en materia de filiación y origen biológico, propuesta a la que reaccionaron la República Democrática Alemana, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los Estados Unidos de Norteamérica, estados que en sus legislaciones contemplaban la posibilidad de adopciones secretas, en las que el adoptado no tenía derecho a conocer a sus padres, manifestando que, por este motivo, el derecho a conocer a sus padres no podía aplicarse en todos los lugares. La discusión dio lugar al nombramiento de una comisión redactora para que propusiera un texto que incorporara todos los aportes efectuados en el grupo de trabajo, el que concluyó con la redacción final contenida en la CIDN, Cfr. GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 51 - 52

⁴³⁸ En este sentido, Blanca GOMEZ BENGOCHEA, quien cita además a Alegría BORRAS RODRÍGUEZ, véase *Ibid.*, p. 53.

ejercicio de este derecho⁴³⁹. En la reflexión en torno a la expresión utilizada, BARCIA LEHMAN y RIVEROS FERRADA, añaden que ésta “reconoce las limitaciones de las convenciones y tratados internacionales, que establece un derecho de mínimos, que posteriormente la doctrina se encarga de desarrollar conforme a la evolución del Derecho”⁴⁴⁰. Coincidimos con las opiniones de la doctrina chilena, en orden a conseguir una aplicación progresiva de los derechos consagrados en la CIDN y, en particular, el reconocimiento autónomo del derecho a la identidad, con elementos y contornos sustantivos, que desaparecen de seguir la idea que la disposición solo añade un mero reconocimiento formal.

Respecto otros instrumentos internacionales que implícitamente reconocen el derecho a la identidad, resguardando los elementos que lo integran, podemos citar, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 18, señala “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 24.2-3, “2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”; y el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, aunque referido al respeto a la vida privada y familiar, en la interpretación que de su sentido y alcance ha realizado el TEDH, ha considerado comprendido el derecho a la identidad.

En efecto, respecto el último de los instrumentos internacionales referido, el TEDH, en su sentencia de fecha 06 de febrero de 2001⁴⁴¹, caso “Bensaid contra

⁴³⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2011), *Op. Cit.*, p. 66.

⁴⁴⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina (2013), “El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 203.

⁴⁴¹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 44599/1998, de fecha 06 de febrero de 2001, caso “Bensaid contra Reino Unido”, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line TEDH\2001\82, fecha de consulta 25 de febrero de 2018, apartado 47.

Reino Unido”, resolvió que el Art. 8 protege el derecho a la identidad y el desarrollo personal: *“Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by article 8. Mental health must also be regarded as a crucial part. of private life associated with the aspect of moral integrity. Article 8 protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. The preservation of mental stability is in that context an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life”*.

Con posterioridad, el derecho a la identidad y su proyección en el derecho a conocer los orígenes, han sido reconocidos, sostenidamente, por este tribunal internacional desde el año 2006⁴⁴², tanto en materia de filiación por naturaleza como en adopción, superando la postura adoptada en decisión de su Gran Sala, en el año 2003, en el caso “Odièvre contra Francia”⁴⁴³.

En el análisis de los ordenamientos jurídicos internos, a nivel constitucional es posible constatar la existencia de normas supremas que expresamente reconocen el derecho a la identidad o alguna de sus vertientes. En este ámbito, e incluso catalogándolo como un derecho fundamental autónomo y con

⁴⁴² Cfr. las sentencias del mismo tribunal: “Jäggi contra Suiza”, de 13 de julio de 2006; “Phinikaridou contra Chipre” de 20 de diciembre de 2007; “Grónmark contra Finlandia”, de 06 de julio de 2010; “Blacklund contra Finlandia”, de 10 de julio de 2010; y, “Godelli contra Italia”, de 25 de septiembre de 2012.

⁴⁴³ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 13 de febrero de 2003, caso “Odièvre contra Francia”, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line TEDH\2003\08, fecha de consulta 24 de julio de 2017, por la cual –aun reconociendo el derecho a la identidad– resolvió la inexistencia de violación al art. 8º del Convenio, considerando que la figura del parto anónimo en el derecho francés se encuentra dentro del margen de acción con que cuenta el estado para regular el cumplimiento de los derechos reconocidos, manteniendo un equilibrio entre el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad de la madre. Las observaciones a esta decisión, comienzan en los mismos fundamentos de los votos de disidencia y han sido profusamente analizados además en doctrina, cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2003), “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 13/272003, en el caso *Odièvre c/ France*”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (Dir), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, 1ª ed., Madrid., pp. 511- 530; y, RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2003), “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 13 de febrero de 2003)”, en *Actualidad Civil*, Nº 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, tomo 2, pp. 593 – 626.

contenido propio, *vgr.* la Constitución Política del Perú, de 1993, en su Art. 2.1.⁴⁴⁴, lo consagra entre los derechos fundamentales de la persona; y, el texto constitucional portugués, lo incorpora en el Art. 26⁴⁴⁵ entre los derechos, libertades y garantías, reconocidas en el Título II.

Las constituciones de España, Italia, Alemania, Chile y Argentina, no cuentan con una disposición que explícitamente consagre el derecho a la identidad, sin embargo, las tres primeras, sí contemplan el reconocimiento expreso de manifestaciones del mismo, como la determinación de la filiación y la libre investigación de la paternidad; la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Argentina y Chile tampoco contemplan constitucionalmente la protección de alguna de sus expresiones, sin embargo, se colige su reconocimiento implícito, basado en el caso argentino, en la consagración de los derechos fundamentales no enumerados; y, en Chile, en el valor inmanente de la dignidad de las personas –que incluso trasciende al ordenamiento constitucional–, con el cual se vincula íntimamente la identidad de las personas.

En el ordenamiento jurídico español, RIVERO HERNANDEZ, lo funda constitucionalmente, basado en las siguientes disposiciones de la Constitución española⁴⁴⁶: Art. 10.1 “que hace de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad el eje y fundamento”⁴⁴⁷ del ordenamiento jurídico y social español; Art. 14, que prohíbe toda discriminación injustificada en razón de nacimiento; Art. 15, que consagra el derecho a la integridad moral de la persona, que se verá seriamente afectado en caso de ser

⁴⁴⁴ Art. 2. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

⁴⁴⁵ *Artigo 26 “(Outros direitos pessoais) 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.*

⁴⁴⁶ La doctrina española, en general, se manifiesta en el mismo sentido, véase GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, pp. 64 – 70; DE LORENZI, Mariana, *Op. Cit.*, p. 109; HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, pp. 23 – 24; QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, pp. 245 – 255;

⁴⁴⁷ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2003), *Op. Cit.*, p.616.

negada la posibilidad de conocer su origen; y, el Art. 39.2, que proclama la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

En el sistema italiano, encuentra su fundamento en el Art. 30⁴⁴⁸ de la Constitución de 1947, que proclama que la ley establecerá las reglas de determinación de la paternidad; y, en el Art. 3⁴⁴⁹, que asume un rol central en la progresiva afirmación y realización de la persona y en el concepto de igualdad⁴⁵⁰. En su reflexión, BUCCI, lo encuadra así en el derecho de la personalidad, en un enfoque centrado en la persona, que constituye el elemento fundamental para entender este derecho que se proyecta en variados ámbitos: el derecho a ser individualizado con un nombre; la pertenencia a una determinada familia y a un contexto cultural y geográfico; el derecho a la propia imagen, al honor y la tutela de la esfera privada⁴⁵¹.

Conforme señala CORONA QUESADA, en Alemania la doctrina mayoritaria, sustenta que la ley fundamental lo incluye en lo que ha denominado derecho general de la personalidad, el cual se ha ido construyendo por la jurisprudencia emanada del tribunal supremo federal alemán, “como una cláusula abierta partiendo de los Arts. 1-1 y 2-1 GG⁴⁵², donde se declara intangible la

⁴⁴⁸ Art. 30 “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità”.

⁴⁴⁹ Art. 3 “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e social. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

⁴⁵⁰ Cfr. BUCCI, Elisa, *Op. Cit.*, pp. 456 – 457; DOGLIOTTI, Massimo (1982), “I diritti della personalità: questioni e prospettive”, en *Rassegna di diritto civile*, p. 672, *apud* QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, p. 250, n. 53; FERNANDEZ SESSAREGO (1992), Carlos, *Op. Cit.*, pp. 93 – 94.

⁴⁵¹ Cfr. BUCCI, Elisa, *Op. Cit.*, p. 457.

⁴⁵² Ley Fundamental de la república Federal de Alemania. Art. 1 “Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. 1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

dignidad del hombre (Art. I-1 GG) y se reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad dentro del marco del orden constitucional, de la ley moral y del respeto debido a los derechos de los demás (Art. 2-1 GG)⁴⁵³, análisis efectuado respecto uno de los elementos de la identidad personal y su proyección en el derecho a conocer el origen biológico que, por tratarse de valores universales inherentes al ser humano, es aplicable también como fundamento del derecho a la identidad en general.

En Chile, a nivel constitucional, encuentra su fundamento en el Art. 1 de la Constitución Política⁴⁵⁴, que proclama la dignidad humana y el principio de igualdad. En este sentido, BARCIA LEHMANN y RIVEROS FERRADA sostienen, “La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece”⁴⁵⁵.

En el ordenamiento jurídico argentino, se ha sostenido que el derecho a la identidad, forma parte de los denominados derechos implícitos o no enumerados, de acuerdo al Art. 33 de la Constitución Nacional⁴⁵⁶ que, en este caso entendemos se articula de la mano del Art. 31 de la misma norma suprema, en atención al reconocimiento del derecho a la identidad contenido en instrumentos internacionales, ratificados por Argentina⁴⁵⁷.

Art. 2 “Libertad de acción y de la persona. 1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.
Texto traducido, actualizado hasta octubre de 2010, por Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>, fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.

⁴⁵³ QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, p. 241

⁴⁵⁴ Art.1 “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

⁴⁵⁵ BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, pp. 193 – 194.

⁴⁵⁶ *Cfr.* JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María, *Op. Cit.*, pp. 47 – 49.

⁴⁵⁷ Constitución de la nación argentina: Art. 33 “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

La interrogante que se plantea ante estas consagraciones implícitas, es desentrañar si el derecho a la identidad se constituye como un derecho fundamental dentro de cada sistema. Cuestión de importancia en la relación de este derecho y su manifestación en materia de filiación, con otros derechos reconocidos expresamente como derechos fundamentales, *v.gr.* la intimidad, el honor, con los que pudiere entrar en colisión. De considerarse como un derecho fundamental esa relación será de coexistencia, de no ser así, la protección del primero quedará subordinada a ellos⁴⁵⁸.

La doctrina mayoritaria⁴⁵⁹ se encuentra conteste en reconocer el derecho a la identidad personal como una prerrogativa esencial, inherente al ser humano, en consideración de su sustrato, de vital trascendencia para el desarrollo de la persona, incluyéndolo dentro de los derechos fundamentales. En este análisis, el autor italiano Massimo DOGLIOTTI considera incoherente el fraccionamiento de la noción de personalidad, de naturaleza única e indivisible, en manifestaciones concretas del mismo, debiendo todas entenderse referidas a particulares aspectos de un fenómeno general, comprendidas en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo y la garantía de desarrollo de la personalidad, como

Art. 31 “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

⁴⁵⁸ Véase, GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 50, n. 68.

⁴⁵⁹ Véase, FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1992), *Op. Cit.*, p. 113; VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001), “Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación”, en SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Lexisnexis, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 67; RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2003), *Op. Cit.*, p. 617; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2004), *Op. Cit.*, p. 529; QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, pp. 300 – 302; CORRAL TALCIANI, Hernán (2010), *Op. Cit.*, p. 59; JALIL, Julián (2012), “Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente” en *Revista Derecho de Familia y Persona*, octubre – 2012, p. 79; ROMERO COLOMA, Aurelia María (2012), *Op. Cit.*, p. 63; CIRUZZI, María, *Op. Cit.*, p. 1; GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 67; HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, p. 67; GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014), *Op. Cit.*, p. 42; BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, p. 194; KRASNOW, Adriana (2017), “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el código civil y comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, en *Revista de derecho privado*, universidad externado de Colombia N° 32, enero – junio de 2017, p. 186; JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María, *Op. Cit.*, pp. 45 – 46; RIVERO DE ARHANCET, Mabel (2014), “Daños vinculados a la filiación extramatrimonial”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David, *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 247.

primer y eficaz elemento de protección del individuo⁴⁶⁰. El derecho a la identidad y su manifestación en el derecho a conocer el origen biológico, se comprenden como derechos fundamentales. Otro de los argumentos considerados por la doctrina para determinar su naturaleza, es su intrínseca vinculación con la dignidad humana, valor ético objetivo, inmanente a la persona, del que derivan otros valores que se encarnan en los derechos fundamentales que se proyectan en su esfera de relación más íntima y reconocen a la persona como es en su propia identidad. Así, y aun cuando no figure como un derecho fundamental autónomo, dentro de la tipología de derechos esenciales contemplada en la carta *magna*, no significa que el bien jurídico que constituye el objeto del derecho a la identidad, quede al margen de su protección⁴⁶¹. En este sentido VELOSO VALENZUELA, señala “En efecto, la protección de la dignidad de la persona, permite tutelar cualquier interés existencial que emana de la propia persona humana, aun en el caso de que no exista una norma expresa y típica que aluda al referido derecho a la identidad. Se trata de lo que algunos autores definen como los Derechos constitucionales implícitos”⁴⁶².

Respecto la naturaleza del derecho a la identidad, importante nos parece considerar la orientación dada por el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, en su opinión del año 2007⁴⁶³, sobre el alcance del derecho a la identidad que, aunque sin efecto vinculante, puede servir de orientación en su configuración. En el apartado V, indica: “12. El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención

⁴⁶⁰ DOGLIOTTI, Massimo (1982), “I diritti della personalità: questioni e prospettive”, en *Rassegna di diritto civile*, p. 672, *apud* QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, p. 250, n. 53

⁴⁶¹ *Cfr.* HERNADEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, p. 67.

⁴⁶² VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Op. Cit.*, p. 67.

⁴⁶³ Comité Jurídico Interamericano – Organización Estados Americanos, 71 período ordinario de sesiones, 10 de agosto de 2007, opinión sobre el Alcance del Derecho a la Identidad, N° 12 – 13, disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf, fecha de consulta 23 de febrero de 2018.

Americana sobre Derechos Humanos; 13. El nombre, la nacionalidad, los vínculos familiares y el registro no hacen nacer el derecho a la identidad, derecho que preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados”.

Como corolario, coincidimos con la posición doctrinal que configura el derecho a la identidad como un derecho de la personalidad, inherente a la persona, esencial en su libre desarrollo y, fundamental que, aun careciendo de consagración singular expresa en el texto constitucional, tiene su raíz implícita en los principios y valores base del ordenamiento jurídico, proclamados en las leyes fundamentales de cada estado⁴⁶⁴.

El reconocimiento del derecho a la identidad en el plano simplemente legal se ha efectuado incluso en ordenamientos que no cuentan con su incorporación explícita a nivel constitucional, vinculado a normas de garantías de la infancia⁴⁶⁵, lo cual constituye otra notable trascendencia de la CIDN. Las legislaciones civiles también otorgan regulación a sus elementos o aspectos de los

⁴⁶⁴ En este punto, sólo una reflexión en torno a la vinculación entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales, dice al respecto GARCIA RUBIO, en un plano “derechos fundamentales y derechos de la personalidad no serían derechos diferentes con objetos parcialmente coincidentes, sino los mismos derechos que disfrutarían de distintos mecanismos de protección: constitucional y civil, pero también penal, laboral o administrativo [...]. Junto a ese plano secante, existirían otros dos en los que ambas figuras no coincidirían. Al ya aludido y problemático de los derechos de la personalidad que, como el nombre [o, la identidad], no gozan de la protección expresa de la Constitución como derechos fundamentales, habría que añadir otro más: el de los derechos fundamentales que no pueden ser considerados derechos de la personalidad, en el sentido que a esta expresión le vienen dando los civilistas, porque no se trata de derechos inherentes a las personas; por ejemplo, el derecho de asociación, de sindicación, de tutela judicial, etc.”, GARCÍA RUBIO, María Paz (2013), “Los derechos de la personalidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.); SOLE RESINA, Judith (coord.) (2013), *Op. Cit.*, tomo I, p. 607.

⁴⁶⁵ Vgr. Art. 23 Ley N°7739, de 11 de diciembre de 1997, Código de la niñez y la adolescencia de Costa Rica; Art. 14, Decreto N°78, de 11 de septiembre de 1996, Código de la Niñez y Juventud de Guatemala; Capítulo VI, Título II de la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes de México, de 28 de abril de 2000, *cf.* GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 62 n. 98. En el plano de iniciativas legales, en actual tramitación en Chile, el proyecto de ley (boletín 10.315-18), iniciado por mensaje N°950-363, de SE la Presidenta de la República, con fecha 21 de septiembre de 2015, en el párrafo 2° de los derechos y garantías, se propone “Art. 19. Identidad. Todo niño tiene derecho, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y una lengua de origen; a conocer la identidad de sus padres y/o madres; a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley; a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género [...]”

mismos, especialmente en materia identificatoria⁴⁶⁶ y, claro, en la filiación⁴⁶⁷, su determinación y la libre investigación de la paternidad; y, en normas mas modernas, incluso previendo las reglas de la responsabilidad civil ante su lesión⁴⁶⁸.

2. Elementos de la identidad personal y su proyección en la filiación

La identidad personal se manifiesta a través de diversos elementos que, por su trascendencia, cuentan con la debida regulación y protección dentro de los sistemas jurídicos. La nacionalidad, el nombre –los apellidos- y, la filiación, son todos aspectos que configuran la identidad del sujeto y contribuyen a su identificación, los cuales se desarrollan en diversas normas jurídicas. Sin embargo, como lo ha señalado el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, en su opinión sobre el alcance del derecho a la identidad, ya referido anteriormente⁴⁶⁹, “El derecho a la identidad no puede confundirse con uno sólo de sus elementos. En este sentido tal derecho no puede reducirse a uno u otro de los derechos que incluye. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no el único. El derecho a la identidad tampoco puede reducirse a la simple sumatoria de ciertos derechos que incluye la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto muchos elementos vienen dados, por ejemplo, por la legislación interna, tan necesaria en este caso para dar expresión a los rasgos y aspectos particulares y propios de cada Estado y sus poblaciones así como para hacer efectivos los derechos a los que está jurídicamente vinculado y obligado”.

⁴⁶⁶ Vgr., en España, la ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil; en Chile, la ley N°4.808 sobre Registro Civil de 1930, texto refundido por DFL N° 1, de 2000, y el DFL N° 2.128, de 1930, que aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil.

⁴⁶⁷ Vgr., arts. 108 y ss. del CC español; Arts. 179 y ss. del CC chileno.

⁴⁶⁸ CCyCom argentino: “Art. 52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”; y, Art. 587, véase *supra* n.75.

⁴⁶⁹ Véase *supra* n. 463, Comité Jurídico Interamericano – Organización Estados Americanos, 71 período ordinario de sesiones, 10 de agosto de 2007, opinión sobre el Alcance del Derecho a la Identidad, N° 14.1 – 14.2.

El complejo sustrato de la identidad personal, se proyecta en un triple enfoque: físico –caracteres físicos-; existencial –proyecto de vida personal-; y, biológico –en la que se incluyen la identidad genética y la identidad filiatoria, conformada la primera por “el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, mediante el cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona. La segunda es un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres”⁴⁷⁰.

La proyección del derecho a la identidad en relación con la filiación comprende⁴⁷¹:

- la identificación e inscripción del recién nacido, que se entrelaza con el nombre como elemento de la identidad;
- la determinación legal de la paternidad y maternidad;
- el acceso a los datos del origen biológico y la investigación de la paternidad y maternidad biológica, o derecho a conocer el origen biológico.

3. El derecho a conocer el origen biológico

Dentro de las manifestaciones del derecho a la identidad en materia de filiación, existe una que ha ido consolidándose con fisonomía propia, dando lugar a la configuración de un derecho autónomo, el derecho a conocer el origen biológico, que, como especificación de éste, se sustenta en los mismos principios y valores constitucionales, considerado también, mayoritariamente por la doctrina⁴⁷², como

⁴⁷⁰ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014), *Op. Cit.*, p. 43.

⁴⁷¹ *Cfr. Ibidem*; GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 105; ZANNONI, Eduardo y CHIERI, Primarosa (2001), *Prueba del ADN*, Astrea, 2ª ed., Buenos Aires *apud* KRASNOW, Adriana *Op. Cit.*, p. 184.

⁴⁷² Véase, QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, pp. 237. ss; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2003), *Op. Cit.*, p. 522; DE LORENZI, Mariana, *Op. Cit.*, pp. 106 – 107; RIVERO HERNANDEZ, Francisco (1997), *Op. Cit.*, p. 21; RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2003), *Op. Cit.*, p. 617; GARCÍA VICENTE, José Ramón (2004), “Los principios del derecho en las acciones de filiación”, en *Aranzadi civil* 2004, pp. 2151 ss.; HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, *Op. Cit.*, pp. 19. ss.; BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, p. 194; BUSTOS MORENO, Yolanda (2013), “El resarcimiento del daño causado por la falta

un derecho de la personalidad, implícitamente reconocido en el texto constitucional, en el caso español, italiano, chileno o argentino, que no cuentan con una consagración expresa. Como afirma RIVERO HERNANDEZ, “Ese origen biológico y la herencia genética [...], constituyen la base caracterológica a partir de la cual se cimenta y construye la personalidad del individuo, que se abre luego a otras influencias y se desarrolla en todos los sentidos, [proporcionando] los datos mínimos e imprescindibles para conocer la estructura primera, profunda y causal de la personalidad del individuo, los datos y elementos que contribuyen a su inicial formación y a veces a su propia deformación”⁴⁷³.

En consonancia con la actual regulación del derecho de familia y los principios que lo inspiran, el de la búsqueda de la verdad biológica, se constituye en el eje central de este derecho, que se proyecta transversalmente en materia de filiación, sea por naturaleza, por adopción o, mediante la utilización de TRHA heterólogas; y, tenga por fuente la genética, el acto jurídico o, la voluntad.

Es que, como hemos tenido ocasión de revisar, la filiación jurídica no siempre coincide con la filiación biológica y, en la tensión existente dentro de los sistemas jurídicos entre formalismo y realismo, teniendo como centro a la persona y los derechos que le son inherentes, ha cedido hacia el segundo, estableciendo la posibilidad de investigar el verdadero origen, como un *príus* esencial para conformar y entender su propia identidad individual, base de su desarrollo existencial.

Así como el pertenecer a una determinada familia, forma parte de la identidad personal –la cual puede no ser la biológica, *v.gr.*, en la adopción–, es preciso comprender que el tener acceso a los datos genéticos y conocer el origen

de reconocimiento en la filiación no matrimonial”, en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed. Madrid, p. 136.

En contra, para quien los derechos reconocidos relativos a “que la prole conozca su propio origen biológico” no son absolutos sino se supedita a “la medida de lo posible”, *cfr.* DURAN RIVACOBBA, Ramón (2010), “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, en *Ius et Praxis*, N°1, Año 16, pp. 3 y ss.

⁴⁷³ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (1997), *Op. Cit.*, p. 21.

biológico y la identidad de los progenitores, constituye también una parte relevante de la historia de la persona, que comienza a construirse desde el momento de su concepción y que, conforma también su identidad -v.gr. en el reconocimiento de hijo por quien no es su padre biológico o en la concepción vía técnica de reproducción humana con donante de gametos-⁴⁷⁴. Lo que le permitirá desarrollar el cariz social y relacional que, en definitiva la completa. Y es que la identidad, en constante formación, se nutre desde el inicio de la vida y se proyecta en la serie de relaciones que forjamos a lo largo de ella, de ahí su faz dinámica que, unida a los elementos de la identificación del individuo –faz estática- forman la compleja y dinámica estructura del derecho a la identidad⁴⁷⁵.

Se trata de una vertiente del derecho a la identidad, imprescindible para el desarrollo vital que no necesariamente tiene por objeto llegar a constituir vínculo jurídico de filiación, sino se satisface en el conocimiento del origen biológico, sin pretender el establecimiento de lazos jurídicos ni la impugnación de la filiación existente, la que se conserva sin variación, si es que la hubiere. Como señala DE LORENZI, “descubrir el propio sustrato biológico es una circunstancia autónoma y dissociable de la filiación”⁴⁷⁶.

Premisa que ha tenido un desarrollo jurisprudencial, desprendido de normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que hemos revisado; y, de normas de rango constitucional⁴⁷⁷ y, legal.

Se atribuye al Tribunal Constitucional alemán, la primigenia construcción

⁴⁷⁴ En este sentido, DE LORENZI sostiene respecto al derecho a la identidad “puede ser traducido en la admisión de la libre investigación de la paternidad por naturaleza, el derecho del adoptado a conocer a sus progenitores y el derecho de las personas nacidas por reproducción asistida a conocer a sus donantes y/o gestantes”, DE LORENZI, Mariana, *Op. Cit.*, p. 111.

⁴⁷⁵ Véase *supra.*, p. 155.

⁴⁷⁶ DE LORENZI, Mariana, *Op. Cit.*, p. 105.

⁴⁷⁷ Como una novedad en el reconocimiento constitucional, con un alcance local y limitado, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), de 1994, en su Art. 12 N°2, establece que “Todas las personas, en la provincia, gozan entre otros, de los siguientes derechos: 2. A conocer la identidad de origen”.

del derecho a conocer el origen biológico, fundado en el derecho del desarrollo a la personalidad y en la dignidad humana⁴⁷⁸, a través de dos sentencias dictadas en la década de los ochenta del siglo XX. La sentencia de fecha 18 de enero de 1988 que, confirmando la decisión de los tribunales inferiores, considera que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer, a través de su madre el nombre del padre, lo que implica posponer el derecho a la intimidad de la madre dando preferencia al derecho a la personalidad del hijo de conocer su verdadera filiación; y, la sentencia, de fecha 31 de enero de 1989, que declaró inconstitucionales las normas relativas a la impugnación de la filiación matrimonial por parte del hijo, por constituir límites que sólo, por la vía de la excepción, hacen procedente aclarar los orígenes genéticos de un hijo mayor de edad⁴⁷⁹. En fallos más recientes del mismo tribunal, el dictado con fecha 06 de mayo de 1997, ha señalado “ni mediante el derecho del niño a conocer su origen, protegido por la constitución federal alemana, se ha dado una respuesta precisa a la pregunta de si el hijo extramatrimonial tiene derecho a que su madre le revele el nombre de su padre”⁴⁸⁰. La decisión atañe al tema de la obligación de la madre a revelar la identidad del padre, sin embargo, en lo que nos interesa, reconoce expresamente la vertiente del derecho a la identidad.

El Tribunal constitucional español, en sentencia de fecha 17 de enero de 1994⁴⁸¹, en su fundamento jurídico 3, refiriéndose al contenido del Art 39 de la CE, señala, “La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”; y, en su sentencia de pleno, de 17 de junio de 1999⁴⁸²,

⁴⁷⁸ Véase, QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, pp. 243 – 244; BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, p. 191; BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 136.

⁴⁷⁹ Véase, QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, pp. 243 – 244.

⁴⁸⁰ *Cfr.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2003), *Op. Cit.*, p. 523.

⁴⁸¹ Sentencia num. 7/1994, Sala 1ª, del Tribunal Constitucional español, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX- 15355933, fecha de consulta 25 de febrero de 2018.

⁴⁸² Sentencia num. 116/1999, Pleno, del Tribunal Constitucional español, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX- 15354630, fecha de consulta 25 de febrero de 2018.

pronunciándose sobre la inconstitucionalidad de la ley N° 35/1998, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, en su fundamento jurídico 15, indica, “Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución”⁴⁸³.

Los máximos tribunales de justicia, también han consolidado sus decisiones en torno al reconocimiento del derecho a conocer el origen, en este sentido la ya mencionada sentencia de fecha 09 de marzo de 2016, de la Corte Suprema chilena⁴⁸⁴; a la que en la revisión de jurisprudencia española, podemos agregar, la STS, de 25 de abril de 1991⁴⁸⁵, que justifica la realización de la prueba de investigación de la paternidad “en el carácter prioritario y fundamental del interés protegido, que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación [...]”; la SAP de Cáceres, de 29 de marzo de 2001⁴⁸⁶, que configura el interés de los hijos de conocer quién es su padre como un

⁴⁸³ No obstante, en el análisis de esta sentencia, en opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, compartida por HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, “el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclusivamente, como un medio para determinar la relación -paterno filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual y parece conciliarse mal con el tenor del artículo 7 de dicho Convenio, conforme al cual aquél, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”, DE VERDA Y BEAMONTE, Ramón (2005), “Libertad de procreación y libertad de investigación”, en *Diario la ley*, N° 6161, p. 2, *apud* HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, *Op. Cit.*, p. 24.

⁴⁸⁴ Véase *supra* n. 425.

⁴⁸⁵ Sentencia de fecha 25 de abril de 1991, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo español, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: RJ\1991\3030, fecha de consulta 26 de febrero de 2018.

⁴⁸⁶ Sentencia num. 94/2001, Sección 1ª, Audiencia Provincial de Cáceres, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: AC\2002\60, fecha de consulta 26 de febrero de 2018.

derecho natural, necesario para la determinación genética, que además puede ser vital para preservar la salud; y, las sentencias, de fecha 15 de marzo de 1989 y 21 de septiembre de 1999, del Tribunal Supremo español⁴⁸⁷. En este orden de ideas, también se ha pronunciado la Suprema Corte de Buenos Aires, manifestando en su sentencia, de fecha 25 de marzo de 2009⁴⁸⁸, “el esclarecimiento de la verdad sobre la identidad de origen de un individuo, más aun en caso de un niño, es y debe ser objeto que interese por igual al menor, a su madre, a su padre y a la sociedad toda [...]. El derecho a preservar la identidad personal comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona”.

Su reconocimiento también se ha afianzado en las decisiones del tribunal europeo de derechos humanos: sentencia de fecha 07 de febrero de 2002, caso “Mikulic contra Croacia”⁴⁸⁹; sentencia de fecha 13 de febrero de 2003, caso “Odièvre contra Francia”⁴⁹⁰, señalando en su apartado 29, “El Tribunal recuerda a este respecto, que el artículo 8 protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal y el de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior [...]. La protección de la estabilidad mental es una condición previa ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada. Dentro de este desarrollo figuran el establecimiento de los detalles de su identidad de ser humano y el interés vital, protegido por el Convenio, en obtener informaciones necesarias para el

⁴⁸⁷ Véase *supra* n. 426, 427.

⁴⁸⁸ SCBA, 25/3/09, “R.M.E. c/ M.G.R.”, en JUNYENT BAS SANDOVAL, Beatriz María, *Op. Cit.*, pp. 63 – 64.

⁴⁸⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos núm. 53176/1999, de fecha 07 de febrero de 2002, caso “Mikulic contra Croacia”, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line JUR\2002\7819, fecha de consulta 25 de febrero de 2018, apartados 54 y 64.

“54. El Tribunal entiende que el respeto a la vida privada exige que todos puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a tal información es de gran importancia por sus implicaciones formativas para su personalidad.

64. En opinión del Tribunal, las personas en la situación de la demandante tienen un interés vital, protegido por el Convenio, de recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal”.

⁴⁹⁰ Véase *supra* n. 443.

descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el de la identidad de sus progenitores. El nacimiento, y singularmente las circunstancias de éste, depende de la vida privada del niño, luego adulto, garantizada por el artículo 8 del Convenio que, por tanto, se aplica en el presente caso”; y, más recientemente, sentencia de fecha 25 de septiembre de 2012, pronunciada en el caso “Godelli contra Italia”⁴⁹¹, en que refiere que el derecho a conocer la ascendencia “se encuentra en el campo de aplicación de “vida privada”, que engloba aspectos importantes de la identidad personal, entre los que la identidad de los progenitores es una parte [...]. El artículo 8 protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal y a establecer y desarrollar vínculos con sus semejantes y con el mundo exterior. A este desarrollo contribuyen el establecimiento de detalles de su identidad como ser humano y el interés vital, protegido por el Convenio, a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad en relación a un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo la identidad de sus progenitores”⁴⁹².

En convenios internacionales, ha sido reconocido expresamente en el ámbito de la adopción, en el Art. 30 del Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional⁴⁹³, que dispone “1. Las autoridades competentes de un Estado Contratante se asegurarán de que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente, la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico del niño; 2. Se asegurarán de que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información con el asesoramiento adecuado y en la medida que sea autorizado por la ley de ese Estado”⁴⁹⁴; y, a nivel regional, como complemento del

⁴⁹¹ Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos, caso “Godelli contra Italia”, apartados 45 – 46, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line TEDH\2012\84, fecha de consulta 24 de julio de 2017;

⁴⁹² En similar sentido, las sentencias del mismo tribunal, véase *supra* n. 442.

⁴⁹³ Adoptado con fecha 29 de mayo de 1993, por la Décimo Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ratificado por Chile, y promulgado, mediante Decreto N° 1215, DO. 04 de octubre de 1999; y, por España mediante instrumento de ratificación de fecha 30 de junio de 1995, BOE N°182, de 01 de agosto de 1995.

⁴⁹⁴ Respecto el alcance de esta disposición, véase *infra* p. 263.

instrumento anterior, en el Art. 22.5. del Convenio europeo de adopción de menores⁴⁹⁵, que señala “Art. 22. Acceso a la información y modalidades de su transmisión. 5. Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva”.

En el ámbito legal, destacar la legislación alemana que, tras las decisiones del tribunal constitucional, incorporó en el *BGB*, el parágrafo 1598 a⁴⁹⁶, consagrando una acción – distinta a las acciones de filiación- destinada a que los integrantes de una familia puedan conocer el origen biológico de sus miembros sin afectar la filiación jurídicamente constituida⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado por España, mediante instrumento de ratificación de fecha 16 de julio de 2010, BOE N°167, de 13 de julio de 2011.

⁴⁹⁶ § 1598a “*Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung* (1) *Zur Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes können*

1. *der Vater jeweils von Mutter und Kind,*
2. *die Mutter jeweils von Vater und Kind und*
3. *das Kind jeweils von beiden Elternteilen*

verlangen, dass diese in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe dulden. Die Probe muss nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft entnommen werden.

(2) *Auf Antrag eines Klärungsberechtigten hat das Familiengericht eine nicht erteilte Einwilligung zu ersetzen und die Duldung einer Probeentnahme anzuordnen.*

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

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

BARCIA LEHMANN y RIVEROS FERRADA, aproximando su traducción, señalan “(1) La disposición otorga al padre, a la madre y al hijo un derecho para exigir a los otros miembros de la familia la participación en la investigación de la filiación y de la examinación de pruebas de carácter biológico. Los legitimados activos y pasivos de esta acción son: padre, madre e hijo. (2) En el caso que uno de ellos se niegue a prestar su anuencia para la aclaración del origen biológico, el tribunal de familia suplirá dicha autorización. (3) Con todo, en el caso que la acción implique una lesión o detrimento en el interés superior del niño, se suspenderá el procedimiento. (4) Quien acceda a participar en el proceso puede exigir un informe con el resultado de la investigación”, véase BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, n. 52 – 55, pp.218 – 219.

⁴⁹⁷ En los ordenamientos jurídico español y chileno, carentes de una disposición que consagre una acción dirigida a conocer el origen biológico con independencia de la filiación jurídica, la doctrina se plantea en torno la posibilidad de ejercer una acción en tal sentido, incardinado con los fundamentos constitucionales o legales, de los que implícitamente se desprende el derecho a conocer el origen biológico. En España, HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, encuadra la posible acción a deducir, en el Art. 180.4 del cc español, dentro de las acciones de filiación, atendido a que esta acción, al igual que las de filiación tiene por objeto la protección del derecho fundamental de la identidad personal; En el sistema chileno, BARCIA LEHMANN y RIVEROS FERRADA, la sitúan fuera del campo de las acciones de filiación reguladas en el cc chileno, pues su objeto difiere de éstas,

En la legislación española, la doctrina ha visto su desarrollo en el Art. 180 del CC español que, referida a la adopción, en su N° 4, prescribe “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción” y, en su N° 6°, contempla el derecho de las personas adoptadas de conocer los datos sobre sus orígenes biológicos⁴⁹⁸; En el ordenamiento catalán, se recoge en el Art. 235.49 del CCCat⁴⁹⁹, referido al derecho a la información sobre el propio origen, también en materia de adopción, señalando en su N°2, “El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva”, posibilitando en el numeral 4° el conocimiento de los datos biogenéticos de los progenitores, en interés de la salud del adoptado, a solicitud incluso de los adoptantes mientras el hijo es menor de edad; y, en Chile, en el título VIII del libro I del CC chileno, particularmente, en el Art. 195, que posibilita la investigación de la paternidad o maternidad⁵⁰⁰.

desprendiéndola, derechamente, de los fundamentos constitucionales que le dan sustento, sugiriendo de *lege ferenda* la incorporación de una acción de este tipo en el Libro I del cc chileno. Cfr. HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, p. 33; BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, pp. 219 - 220, respectivamente.

⁴⁹⁸ Véase DE LORENZI, Mariana, *Op. Cit.*, p. 111; HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, p. 32.; BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 136.

⁴⁹⁹ Véase *infra* n. 674.

⁵⁰⁰ Véase, VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Op. Cit.*, p. 69.

Capítulo Tercero

Daños al derecho a la identidad del hijo en materia de filiación

La filiación constituye un elemento de la identidad en su enfoque biológico. Consecuentemente, la determinación de la filiación y el derecho a conocer el origen biológico se enlazan al derecho esencial de la identidad personal, “siendo muchas veces difícil desligar la protección de la identidad en general de la que se hace de esta[s] manifestación[es] concreta[s] de la misma”⁵⁰¹. Ahora bien, “por ser un componente de la identidad de las personas de tanta importancia da lugar a multitud de conflictos”, siendo su elemento más discutido tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno⁵⁰². Básicamente, el interés jurídico protegido en el derecho a preservar la identidad, se despliega en:

- la afirmación social de la propia verdad, que se traduce en el derecho a ser para los demás igual a sí mismo; y,
- la obligación de los demás de respetar la identidad personal, proyectado en el derecho a que no sean tergiversados o alterados los elementos de la identidad⁵⁰³.

Interés inherente a toda persona independientemente de su edad, no obstante, que el derecho a la identidad se consagre expresamente en instrumentos internacionales relativos a los derechos esenciales de los niños.

Habiéndose constatado la íntima relación entre el derecho a la identidad y la filiación, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA et al, indican “la defensa de la propia filiación es una manifestación de la protección de la persona misma (su

⁵⁰¹ GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, pp. 49 – 50.

⁵⁰² *Ibid*, p. 102.

⁵⁰³ *Cfr.* HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, p. 26; HERRERO TEJEDOR (1998), *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1ª ed., pp. 183 – 187, *apud* HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, *Op. Cit.*, p. 24; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (2007), *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, pp. 29, 60, 264, *apud* BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, p. 197.

negación puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, materiales y morales)”⁵⁰⁴. De esta intrínseca vinculación, da cuenta también ROMERO COLOMA, al destacar el aspecto referido a los daños morales que sufren los menores de edad que descubren que la persona que tenían por padre y que pensaban de buena fe que lo era, no lo es, señala la autora “el menor (o menores) ha sufrido un daño, y, también, por qué no decirlo un engaño, ya que a sabiendas, por su propia madre se le ha ocultado la paternidad verdadera, la paternidad biológica”⁵⁰⁵.

Dentro de los daños que la doctrina ha evidenciado pueden ser provocados por los padres a los hijos en el contexto familiar⁵⁰⁶, el análisis de los daños a la identidad del hijo producidos en materia de filiación, resulta de especial interés pues conjuga las reglas de la responsabilidad civil, adecuadas a los principios del derecho de familia, en armonía con proposiciones específicas de la filiación - principio de la veracidad biológica; derecho a la libre investigación de la paternidad y la maternidad; derecho a establecer vínculos de filiación-, las cuales se incardinan con la dignidad humana, como valor fundante del sistema jurídico y, se vinculan con principios –igualdad; no discriminación; tutela judicial efectiva- y derechos inherentes a las personas – derecho a la identidad; derecho a conocer el origen biológico-, generando una proyección transversal desde el individuo, a la familia en la que se inserta y, a la sociedad en que se desarrolla, situando a la persona al centro de esta articulación jurídica. Compartimos así el aforismo clásico que nos propone GONZALEZ BENGOCHEA “*hominum causa, omne ius constitutum est* (el Derecho es tal si pone como fundamento al hombre)”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, et al, *Op. Cit.*, p. 303.

⁵⁰⁵ ROMERO COLOMA, Aurelia, *Op. Cit.*, p. 63.

⁵⁰⁶ SAINZ- CANTERO CAPARROS y PEREZ VALLEJO, señalan “Respecto a los daños que se producen a los hijos, se separan los daños relacionados con la concepción del hijo, los derivados de su no reconocimiento, y los que se producen en el desarrollo de las relaciones paterno filiales y de los derechos-deberes que conforman su contenido”, SAINZ- CANTERO CAPARROS, M^a Belén y PEREZ VALLEJO, Ana M^a, *Op. Cit.*, p. 24.

⁵⁰⁷ GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 23.

Producido el daño, la indemnización de perjuicios constituye el mecanismo de tutela ex – post de los derechos de la personalidad y, en particular del derecho a la identidad, como medio de reparación, asumiéndose que el perjuicio resarcible es, normalmente, de índole extrapatrimonial o moral, siendo el estatuto general aplicable el de la responsabilidad extracontractual⁵⁰⁸. En este sentido también se orientan los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil que, en su Art. 2:102⁵⁰⁹, posiciona a la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad, en la cúspide de los intereses merecedores de protección.

La lesión a los derechos de la personalidad⁵¹⁰, ocurrida en el contexto familiar, no hace variar el mecanismo de tutela, aunque, como hemos venido sosteniendo, el estatuto de la responsabilidad civil debe aplicarse en consonancia con las reglas y principios del derecho de familia. En este análisis, la afectación de

⁵⁰⁸ En el sistema español, GARCÍA RUBIO se cuestiona si, como norma supletoria en materia de responsabilidad, debe recurrirse a la regla general de los Arts. 1902 y ss. cc. o, por especialidad, corresponde aplicar las normas de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, las cuales prefiere, en consideración que los derechos de la personalidad deben ser protegidos contra cualquier ofensa ilícita, sin que sea necesario el concurso de la culpa del ofensor, *cf. Ibid.*, p. 626. En un sentido similar ROVIRA SUEIRO, señala que “el tradicional régimen de responsabilidad civil derivada del daño producido a los derechos de la personalidad articulado sobre la base de los arts. 1902 y concordantes CC se ha visto desplazado por el establecido en la LO 1/1982, de 5 de mayo, desarrollo del art. 18 CE”, ROVIRA SUEIRO, María E. (2002), “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, p. 411. Respecto la vulneración al derecho a la identidad, en tanto derecho de la personalidad, creemos debe aplicarse las reglas generales de la responsabilidad aquiliana, toda vez que perseguimos su configuración como un derecho autónomo e independiente, la normativa especial ha sido otorgada en específico para otros derechos de la personalidad, con los cuales, claro está, presenta una raíz común, pero de los cuales se diferencia, tanto y en cuanto ellos también se han delimitado con contornos precisos. Más aún, en la referencia a KOZIOL, aportada por GARCÍA RUBIO, en torno a los comentarios al Art. 2:102 de los Principios europeos de la responsabilidad civil, señala que respecto otros derechos de la personalidad distintos a los que el precepto indica, que no tienen contornos tan claros, no gozan de la misma posición, correspondiendo considerar el interés de los demás, encontrándose en esta situación el derecho al honor o a la reputación, lo que pareciera confirmar que no correspondería regir los daños al derecho a la identidad por las reglas dadas para otros específicos derechos de la personalidad. Véase KOZIOL, Helmut (2005), “Comentario al capítulo 2” en Martin Casals (Coord.), *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*. Texto y comentario, Thomson – Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, p. 68, *apud* GARCÍA RUBIO, María Paz., *Op. Cit.*, p. 627.

⁵⁰⁹ En el análisis de los Principios, MARTIN CASALS, señala: “Bajo el epígrafe “intereses protegidos” añade el art. 2:102 PETL que “el alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza” y que “su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad”. En el nivel superior de esa jerarquía se coloca la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad, que gozan de la protección más amplia o intensa”, MARTIN CASALS, Miquel, *Op. Cit.*, p. 8.

⁵¹⁰ Véase, *supra* pp. 119 - 124.

un derecho fundamental, reviste la gravedad suficiente en cuanto al daño provocado y, a la conducta del autor, para dar lugar a la obligación de repararlo. Es más, para una parte de la doctrina la lesión de un derecho fundamental es presupuesto para la procedencia de la indemnización de perjuicios en familia⁵¹¹.

Nos centraremos en examinar determinados supuestos que podrían configurar posibles daños al derecho a la identidad en el contexto de la filiación por naturaleza, filiación adoptiva o, en aquella a que da lugar el uso de TRHA con donantes, lesiones algunas emanadas directamente de la transgresión a este derecho fundamental; y, otras generadas de su incardinación con la infracción de deberes parentales.

1. Omisión del reconocimiento paterno del hijo no matrimonial

En la determinación legal de la filiación por naturaleza no matrimonial, desempeña un rol central el reconocimiento⁵¹², acto jurídico unilateral de declaración de ciencia –en tanto manifiesta algo que es–, centrado en la voluntariedad, al que la ley atribuye ese preciso efecto jurídico, el que se basa en el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con otra persona y en la creencia que el hijo nacido de ellas es propio, en la lógica de correspondencia entre realidad material y realidad formal, que la ley da por entendido⁵¹³. Declaración que puede ser efectuada tanto por vía paterna, como materna o, ambas, pero que atendidas las circunstancias que sirven a la determinación de la maternidad⁵¹⁴, será mucho más frecuente respecto la paternidad.

⁵¹¹ En este sentido, RODRIGUEZ GUITIÁN y LOPEZ DE LA CRUZ, véase, *supra* p. 96.

⁵¹² Véase, art. 120 CC español; Art. 235-12 CCCat; Art. 186 – 187 CC chileno.

⁵¹³ *Cfr.* VAQUERO PINTO, María José (2011), “La filiación extramatrimonial”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASA, Matilde (Dir.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. V - Las relaciones paterno – filiales, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, pp. 279 – 281.

⁵¹⁴ Véase Art. 120 N°5 CC español; Art. 183 CC chileno.

Centraremos nuestra atención en la hipótesis en que, existiendo filiación biológica, el progenitor en forma voluntaria, no la determina jurídicamente mediante el reconocimiento, debiendo ser ésta provocada por la vía judicial y, los perjuicios que por esta circunstancia pudieren causarse al hijo, hasta la dictación de la sentencia firme en el juicio de filiación que así lo declare.

Compartiendo la doctrina que sostiene la existencia del deber jurídico de los padres de reconocer a sus hijos⁵¹⁵, ubicamos esta hipótesis en el campo de la infracción de los deberes paterno-filiales, constituyendo la conducta omisiva el elemento objetivo de imputabilidad de la responsabilidad que puede nacer, para reparar el daño ocasionado al hijo.

El deber de los padres de reconocer a sus hijos, según señala BUSTOS MORENO, encuentra su fundamento constitucional en el art. 14 de la CE, que consagra el principio de igualdad ante la ley, el que guiado por la directriz del art. 39.2 CE, asegura la protección integral de los hijos, y posibilita la investigación de la paternidad, lo cual lleva a concluir que “todo aquel que haya engendrado a un hijo, en principio, debe hacerse cargo de su existencia y necesidades”⁵¹⁶, asistencia y protección reconocida en la disposición siguiente, art. 39.3 CE. En el sistema chileno, la raíz del deber en comento, deriva del Art. 1º de la Constitución Política, en cuanto consagra el valor de la dignidad humana y el principio de igualdad ante la ley, debiendo el estado estar a su servicio.

En el ámbito legal, su reconocimiento, vendría dado por la normativa relativa a la libre investigación de la paternidad y la maternidad, que contempla la posibilidad de imponer judicialmente la paternidad o maternidad, a través de las

⁵¹⁵ Véase, BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 137; JUNYENT BAS de SANDOVAL, Beatriz, *Op. Cit.* pp. 65 - 74; MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p. 16; VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001), “Acciones de filiación”, en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Lexisnexis, 1ª ed, Santiago de Chile, p.220; PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, pp. 291- 294; RAMOS CABANELLAS, Beatriz (2014), “Daños originados en las relaciones de familia: situación en Uruguay”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), Vargas Aravena, David (Coord.), *Responsabilidad Civil y Familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 261; RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Op. Cit.*, p. 226.

⁵¹⁶ BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p.133.

acciones de filiación, con el fin de reforzar la responsabilidad de los progenitores – en el entendido que, en principio, es padre jurídicamente quien resulta serlo biológicamente-, constituyéndose en un principio basal del actual derecho de la filiación, que se proyecta en la protección del descendiente y la asunción de los derechos y deberes que emanan de la potestad parental, una vez cumplido el deber⁵¹⁷. En este sentido, el tribunal constitucional español, en su sentencia de fecha 17 de enero de 1994⁵¹⁸, ha sostenido “la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el Art. 39 CE y, por ende, la actuación de los tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores, venciendo las resistencias injustificadas de aquellos”.

Como aporte en el reconocimiento expreso de este deber, nos permitimos citar la legislación uruguaya que, en los arts. 28 y 30 del código de la niñez y adolescencia⁵¹⁹, dispone “Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos” (art. 28), prescripción que se reitera en materia de capacidad en el inciso 1º del art. 30 referido.

En la idea de existencia de deberes de los progenitores, antes de ser constituida formalmente la relación de filiación jurídica –como sería el deber de reconocimiento del hijo- y, siendo precursores en esta reflexión, la doctrina y jurisprudencia italiana, han construido la obligación jurídica de mantenimiento de los hijos, atendiendo sólo al vínculo genético, con independencia del reconocimiento, basados en los arts. 2 y 3 de la Constitución Italiana, que entre los principios fundamentales reconoce la dignidad de las personas y su igualdad ante la ley,

⁵¹⁷ *Cfr.*, BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, pp. 133 – 134.

⁵¹⁸ Sentencia N° 7/1994, Sala 1ª del Tribunal Constitucional español, 17 de enero de 1994, recurso de amparo N° 1407/1992, Fundamento jurídico 9º, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-15355933, fecha de consulta 25 de febrero de 2018.

⁵¹⁹ Ley N°17.823, D.O. 14 de septiembre de 2004.

garantizando sus derechos inviolables; y, en los arts. 261 y 147 del CC italiano⁵²⁰. Deber que ha sido reconocido por la corte de casación, por el tribunal constitucional italiano y los tribunales ordinarios. CHINDEMI y CECCHINI, aluden al efecto a la sentencia del tribunal de casación italiano, de fecha 28 de junio de 1994, señalando “*L’obbligo dei genitori di mantenere i figli sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda*”⁵²¹.

El análisis doctrinario que se hace del reconocimiento de un hijo como acto jurídico, lo califica, entre otras características, como voluntario y unilateral, lo que de ninguna manera cabe asociar con que sea éste discrecional⁵²². Si bien el reconocimiento es un acto libre, pues sólo lo hace quien quiere, no queda entregado sólo al libre albedrío de quien reconoce, teniendo facultad para realizarlo o no, pues, de omitirlo, existen los mecanismos jurídicos para provocarlo forzosamente, a través de su declaración judicial, imponiéndose el deber a quien no lo ha cumplido voluntariamente. Consecuentemente, si el hijo tiene el derecho a obtener el emplazamiento en su *status familiae* respecto del padre o madre que no lo ha reconocido espontáneamente, es porque estos tienen el deber jurídico de reconocerlo⁵²³. Para ALBALADEJO GARCÍA, en este sentido, no cabe duda que padre y madre, en principio, están obligados a reconocer a su hijo⁵²⁴. Reforzando esta idea, JUNYENT BAS DE SANDOVAL agrega “si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto voluntario unilateral, ello no implica afirmar que dicho reconocimiento constituye una mera facultad del progenitor que el derecho autoriza

⁵²⁰ CC italiano, art. 261: “*Diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento. Il riconoscimento comporta da parte del genitore l’assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi*”. art. 147: “*Doveri verso i figli. Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*”.

⁵²¹ CHINDEMI, Domenico e CECCHINI, Giorgia, *Op. Cit.*, p. 220

⁵²² Véase, *supra* p. 63; RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 180; BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 139.

⁵²³ Véase, MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia, (1993) “Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesión del derecho a la identidad. Resarcimiento del daño”, en *jurisprudencia argentina*, n. 5829, 1993-II, p. 903, *apud* BUSTOS MORENO YOLANDA, *Op. Cit.*, p. 140.

⁵²⁴ Véase, ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 221.

a realizar o no; muy por el contrario, el hijo tiene un derecho expreso a ser reconocido por su progenitor, quien no está facultado a omitir tal conducta (Art. 254 cc) y su omisión constituye un actuar ilícito”⁵²⁵. En el mismo sentido SAINZ-CANTERO CAPARROS y PEREZ VALLEJO, el reconocimiento de un hijo, cuando se tiene indicios razonables de que lo es, se configura como una obligación jurídica y no como una facultad o derecho potestativo⁵²⁶.

El aporte de la jurisprudencia en la configuración del deber de reconocimiento de los hijos, ha sido relevante. Así, por ejemplo, la jurisprudencia argentina en fallo de fecha 23 de diciembre de 2010⁵²⁷, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de la capital federal, ha resuelto: “La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación. De acuerdo con ello, el acto de reconocimiento de la paternidad debe ser realizado por propio progenitor, sin que ninguna otra persona pueda, ante su negativa, hacerle asumir la paternidad extrajudicialmente. Sin embargo, en el contexto de nuestro derecho positivo, el hijo tiene el derecho de ser reconocido por su progenitor. Por lo que el acto de reconocimiento de un hijo es un derecho-deber. Si bien el padre es el único que extrajudicialmente puede efectuar el reconocimiento del hijo extramatrimonial -de ahí el carácter voluntario-, no menos cierto es que existe una correlativa obligación por parte de él, en el sentido de que el emplazamiento no puede quedar sujeto a su exclusiva voluntad, pues ante su negativa, podrá ser demandado judicialmente para obtenerse el emplazamiento forzosamente, mediante una sentencia judicial que así lo declare”.

La misma sentencia que comentamos, en su apartado VI, se pronuncia expresamente respecto la obligación resarcitoria ante el daño a la identidad

⁵²⁵ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María, *Op. Cit.*, p. 70.

⁵²⁶ Véase, SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén y PEREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.*, p. 131.

⁵²⁷ “L., A. N. c/ F., M. H. s/ filiación”, de la Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Argentina, Apartado IV, disponible en <http://institutoninezyadolescenciacam.blogspot.cl/2011/04/filiacion-ii.html>, fecha de consulta 03 de marzo de 2018.

personal que se configura en el hijo por la omisión del deber de reconocimiento, señalando: “El derecho o bien que se vulnera con la falta de reconocimiento es el derecho a la personalidad, concretamente hay una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil y más concretamente, el estado de familia –en el caso, el de hijo. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como es el derecho a la identidad y el estado de familia, puede producir daño material o moral. Si bien no existe una norma expresa, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido aceptando que la omisión del reconocimiento voluntario del hijo por parte del progenitor importa un obrar antijurídico, susceptible de producir un daño y, como consecuencia de ello, el hijo podría solicitar un resarcimiento por tal circunstancia. La viabilidad del resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre haya sabido o debido saber de la paternidad que se le atribuye. Dicho de otro modo, no debe prosperar la acción de daños y perjuicios cuando el progenitor impugna su paternidad. Su obrar debe ser doloso o, al menos culposo, para que pueda imputársele una conducta antijurídica, a los fines del reclamo de daños y perjuicios”.

También en Argentina, importante es destacar la sentencia del tribunal de la 1º Instancia Civil y Comercial de San Isidro, E.D 128-333, de fecha 09 de marzo de 1988 que, resolviendo respecto el daño por el no reconocimiento voluntario de hijos, fue el primer fallo dictado en el país de responsabilidad por daños derivados del derecho de familia, considerada por eso como *leading case* en la materia. Al respecto, y sin existir en la época, disposición expresa en el código civil, acogió favorablemente la pretensión basándose en los derechos implícitos contenidos en el art 33⁵²⁸ de la Constitución Nacional, reconociendo el derecho constitucional implícito del hijo a conocer su identidad biológica, constituyendo la falta de reconocimiento del hijo, un comportamiento antijurídico que le ocasiona un daño moral⁵²⁹. Cabe mencionar que, en la actualidad el código civil y comercial argentino, ha recogido expresamente esta hipótesis de resarcimiento de daños por

⁵²⁸ Véase, *supra* n. 457.

⁵²⁹ *Cfr.*, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Op. Cit.*, p. 176 – 177; MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p. 9; JALIL, Julian, *Op. Cit.*, p. 77.

parte del padre en su Art. 587⁵³⁰, que dispone “El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código”.

Más recientemente, y continuando la reflexión en el mismo sentido, la sentencia de fecha 26 de octubre de 2016, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil argentina⁵³¹, resolvió la procedencia de la indemnización de los perjuicios sufridos por un hijo ante la falta de reconocimiento del padre. En su apartado IV la resolución indica “En efecto, el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación –y para tenerla, debió haber sido reconocido–, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino. El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse. En particular, la omisión del demandado de haber reconocido a su hijo constituye un acto antijurídico en los términos del art. 1066 del Código Civil y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia, noción que ha sido reafirmada en la actualidad por el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación. Prestigiosa doctrina ha afirmado que “...el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad, obliga a reparar (...) Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa (...)”.

El derecho francés, reconoció expresamente en el código civil reclamaciones indemnizatorias en favor de la madre, cuando el padre omitía el

⁵³⁰ Véase, *supra* p. 38.

⁵³¹ Expte n° 61.585/10 – Juzg. 12- “C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación”, de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Poder Judicial de la Nación Argentina, disponible en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/909/000071909.pdf>, fecha de consulta 05 de abril de 2018.

reconocimiento voluntario del hijo, en su Art. 340-5, el que remitía a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, Arts. 1382 y 1383, disposición que fue derogada con la reforma introducida por la Ordenanza n.759-2005, de fecha 04 de julio de 2005. En la actualidad, rige el Art. 331 del *Code* que prescinde de la referencia explícita a los daños producidos por el desconocimiento de la paternidad, por lo cual ante pretensiones de los hijos, opera el régimen común de la responsabilidad civil, guiado por los mismos Arts. 1382⁵³² y 1383 del *Code*, manteniendo, en la práctica, similar resultado⁵³³; En el sistema italiano, las decisiones judiciales que se pronuncian ante pretensiones resarcitorias por falta de reconocimiento, se han fundado en el Art. 2 de la Constitución italiana, incorporando el daño producido en la categoría genérica de daño no patrimonial, regulado por el Art. 2059⁵³⁴ del código civil, que será resarcido tanto y en cuanto se subsuma en los casos que la ley determina, como lo son aquellos perjuicios causados por la lesión de derechos consagrados constitucionalmente, en la llamada interpretación constitucional de la referida disposición⁵³⁵. En doctrina, CHINDEMI y CECCHINI, analizando el tema de los deberes de los progenitores, señalan “*Nel momento in cui si configura un obbligo di tenere una determinata condotta, non si vede come possa escludersi che la consapevole violazione dello stesso obbligo configuri una condotta antiggiuridica e possa quindi porsi all’origine, sussistendo tutti gli altri presupposti di legge e quindi gli elementi costitutivi della fattispecie delineata dall’art. 2043 cc, di un obbligo risarcitorio*”⁵³⁶.

En Chile, si bien hasta la fecha no existen resoluciones que hayan dado lugar a las pretensiones resarcitorias de hijos contra sus padres por los daños causados ante su negativa de reconocimiento, en la última década se han

⁵³² Véase, *supra* n. 205.

⁵³³ Cfr. BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, n. 5, p. 131; RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 176.

⁵³⁴ Art. 2059, “*Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”.

⁵³⁵ Cfr. BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, n. 6, p. 131.

⁵³⁶ CHINDEMI, Domenico y CECCHINI, Giorgia, *Op. Cit.*, p.220.

comenzado a deducir acciones en este sentido, las que han dado lugar a una incipiente reflexión por parte de los tribunales, *v.gr.*, la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013, del 10º juzgado civil de Santiago⁵³⁷. Adscribiéndose a la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito familiar y, particularmente, en las relaciones paterno – filiales, el fallo analiza el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, originada en el daño ocasionado a la hija –hoy mayor de edad- por la falta de reconocimiento voluntario de su padre biológico. La sentencia, en definitiva, rechaza la pretensión de la actora por no haber ésta logrado acreditar la culpa del que fuera declarado forzosamente su padre, vía judicial. Consideramos que el fallo habría significado un mayor aporte de haber consignado expresamente el bien o interés jurídico tutelado que en el caso resulta lesionado – no obstante que la demandante expresamente lo señala-, el derecho a la identidad, que puede traducirse en concretos daños de diversas especies, como el daño moral o la pérdida de chance. Al efecto, sin identificar en su razonamiento el bien jurídico dañado, en el considerando décimo noveno refiere el perjuicio ocasionado con la pérdida de chance u, oportunidad de haber cambiado su posición social a la del demandado, habiendo con ello podido acceder a estudios y otras opciones a las que por su *status* social no pudo alcanzar, como el único daño indemnizable proveniente de la falta de reconocimiento, circunscribiendo la materia a sólo una especie de daño posible de ser resarcido.

El bien jurídico, en ciernes, es el derecho a la identidad y su proyección en el derecho a conocer el origen biológico, en este caso, la búsqueda de la debida correspondencia entre la verdad material y la verdad formal; y, el interés legítimo de contar con emplazamiento legal de hijo, viéndose privado de acceder al correspondiente *status* familiar⁵³⁸, del que derivan los deberes parentales⁵³⁹.

⁵³⁷ Véase *supra* n. 139; pp. 79 – 81.

⁵³⁸ Véase, MEDINA, Graciela (2008), *Op. Cit.*, p. 123.

⁵³⁹ Debe ser tenido en consideración que el emplazamiento derivado de sentencia judicial en juicio de filiación, priva al padre respecto de quien se ha determinado forzosamente la filiación contra su opción, de los derechos que otorga la potestad paterna, no obstante su deber de cumplir todas las obligaciones paternales, véase Art. 203 cc chileno, Art. 111 N°2 CC español.

En síntesis y como señala JUNYENT BAS DE SANDOVAL, “la falta de reconocimiento de un hijo por parte de su progenitor, sabiendo o debiendo saber que se trataba de un hijo propio, motoriza la obligación resarcitoria, por causar un daño injusto a la identidad personal del hijo no reconocido”⁵⁴⁰.

En la figura que analizamos, presupuesto requerido es que el padre biológico tenga o haya tenido conocimiento, al menos fáctico, del nacimiento del hijo, el que alcanzará trascendencia jurídica en el momento en que se obtenga sentencia favorable a la acción de reclamación de filiación deducida en su contra. Así lo ha considerado la jurisprudencia italiana, en la sentencia del Tribunal de Venecia, de fecha 18 de abril de 2006⁵⁴¹, señalando “*In sostanza, occorre verificare se il genitore fosse stato o meno consapevole della sua paternità*”. Claro está que el desconocimiento de la paternidad excluye el elemento de imputabilidad subjetiva de la posible responsabilidad civil, fundamento por el cual PIZARRO WILSON lo considera como una causal de exoneración de la indemnización ya que la total ignorancia al respecto, elimina cualquier reproche a su conducta omisiva, de ahí que sean relevantes otras circunstancias a considerar, que puedan revelar o descartar ese desconocimiento, como la posesión de estado, el comportamiento del demandado durante la sustanciación del proceso y, especialmente su contribución o renuencia a la práctica de pruebas biológicas⁵⁴². En definitiva, contará con la debida información, si antes no la hubiere tenido, al serle notificada la demanda de reclamación de paternidad, ante su omisión de reconocimiento voluntario del hijo.

Es vital, entonces, la trascendencia del juicio de filiación en la posterior demanda que persiga el resarcimiento del daño. La actitud que asuma el progenitor en la sustanciación de la causa de filiación, será relevante en la configuración de

⁵⁴⁰ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María, *Op. Cit.*, p. 71

⁵⁴¹ *Trib. Venezia, 18 aprile 2006*, n.897, en CHINDEMI, Domenico y CECCHINI, Giorgia, *Op. Cit.*, p. 221.

⁵⁴² Véase, PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 303.

los criterios de que puede servirse el sentenciador para fijar la cuantía de la indemnización en el juicio por el cual se pretenda hacer efectiva la responsabilidad por el daño ocasionado al hijo ante la falta de reconocimiento. Por otra parte, la sentencia firme que recaiga en ese procedimiento⁵⁴³, determinará el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para la indemnización de los perjuicios sufridos –conforme las reglas del art. 1968-2 del CC español y art. 2332 del CC chileno- pues sólo podrán éstos demandarse desde que haya operado la determinación de la filiación, en este caso judicialmente, teniéndose certeza de que la paternidad jurídica será inatacable; y, consecuentemente, de quien con su conducta provocó el daño⁵⁴⁴. De ahí la manifestación de la doctrina en torno a la necesidad de la declaración judicial de la filiación⁵⁴⁵. Aun cuando en el sistema chileno podemos teorizar acerca la posibilidad que demandado que sea el progenitor, allanándose a la pretensión, reconozca al hijo⁵⁴⁶, con lo cual la paternidad devendrá determinada por reconocimiento y no, por resolución judicial, estimamos procedente la eventual responsabilidad civil. En este caso el plazo de prescripción de la acción para su reclamo, debería computarse desde la fecha del “reconocimiento judicial”, que consta en el acta del tribunal. En la sustanciación de la causa será relevante la prueba de la demandante en torno al efectivo conocimiento de su paternidad por parte del progenitor, pues cabría la posibilidad que éste solo hubiera accedido a él precisamente con ocasión del inicio del juicio de filiación.

⁵⁴³ Véase art. 764.2 LEC España; art. 220 CC chileno.

⁵⁴⁴ Véase *supra* pp. 126 – 127; RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Op. Cit.*, p. 242; PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 305, aun cuando disentimos con el autor respecto que sea la regla general contenida en el Art. 1969 del CC español la aplicable para iniciar el cómputo del plazo de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios por el daño causado por la falta de reconocimiento del padre.

⁵⁴⁵ Véase, BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 140; SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén y PEREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.*, p. 131.

⁵⁴⁶ Hipótesis contemplada en el art. 199 bis del CC chileno, caso en el cual el tribunal deberá levantar acta de este “reconocimiento judicial” y ordenar su inscripción en el servicio de registro civil e identificación, sin llegar a pronunciar sentencia de determinación de la filiación.

En este supuesto, cabe analizar también la situación de la madre que ha reconocido al hijo, planteándose variadas interrogantes al respecto: su deber de darle a conocer la identidad del progenitor; el deber de deducir la acción en representación del hijo menor de edad; y, su eventual contribución al daño material padecido por el hijo, en razón de su negligencia o tardanza en deducir la correspondiente acción de reclamación de la paternidad.

El respeto al derecho a conocer el origen biológico, como elemento sustancial de la identidad personal, incardinado con el interés superior del niño, como principio rector de las relaciones paterno – filiales, claramente nos conducen a que, en el plano fáctico, la madre debe proporcionar al hijo los antecedentes relativos a su progenitor. Tema en que se ven enfrentados dos derechos esenciales: el derecho a la intimidad y privacidad de la madre, por una parte y, el derecho a la identidad del niño. Pugna en que se estima prima el derecho del hijo de conocer quién es su padre. En este sentido también resuelto por el tribunal constitucional alemán, en su sentencia de 06 de mayo de 1997⁵⁴⁷; y, en que merece ser considerada la sentencia de pleno del tribunal constitucional español, de fecha 17 de octubre de 2012⁵⁴⁸, cuya ponente fue la magistrada doña Encarnación Roca i Trías, que señala: “El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor [...]. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente”. RIVERO DE ARHANCET, es del parecer que el ocultar al hijo quien es su padre, convierte al hijo en víctima de la voluntad de su madre de relacionarse sexualmente y concebir un hijo, debiendo prevalecer el derecho a la identidad del hijo producto de esa relación, sobre la intimidad de la madre⁵⁴⁹. Para esta autora

⁵⁴⁷ Véase, *supra* p. 179.

⁵⁴⁸ Sentencia N° 185/2012, Pleno del Tribunal Constitucional español, 17 de octubre de 2012, cuestión de inconstitucionalidad N° 8912/2006, Fundamento jurídico 4º, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-414517682, fecha de consulta 07 de marzo de 2018.

⁵⁴⁹ RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Op. Cit.*, p. 243 y 246

uruguaya, la persistencia de la madre en la negativa a revelar la identidad del padre biológico, genera responsabilidad para la madre, abriéndose la posibilidad que el hijo reclame en su contra por los daños que ello le ocasione⁵⁵⁰. En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, refiriendo a MINYERSKY anuncia la misma conclusión⁵⁵¹.

En doctrina, se alude a la legislación comparada de países como Noruega o Dinamarca en que la revelación del nombre del padre, por parte de la madre, constituye una obligación jurídica, “cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de una sanción pecuniaria”⁵⁵².

En legislaciones como la española, la catalana o la chilena, acorde las características del reconocimiento, como un acto jurídico voluntario –pero no discrecional- y personalísimo, se configura como unilateral, en el sentido que constituye filiación sólo entre aquel que reconoce y su hijo. Al efecto, el Art. 122 del CC español; el Art. 235-9.2 del CCCat; y 187 del CC chileno, prescriben, en general, que cuando uno solo de los progenitores efectúa el reconocimiento, no podrá manifestar, ni será obligado a expresar, la identidad de quien o en quien tuvo al hijo.

La segunda de las interrogantes planteadas, esto si existe un deber de la madre de deducir la acción de reclamación de paternidad en representación de su hijo menor de edad, ha sido abordada en doctrina en dos diversos sentidos. Para RODRIGUEZ GUITIAN, no existiría tal deber jurídico, ni podría deducirse de los deberes emanados de la potestad parental, *v.gr.* deber de velar, representar a los

⁵⁵⁰ *Ibid*, p. 247

⁵⁵¹ “[...] alguna vez alguien propició la procedencia de la acción de daños y perjuicios iniciada por el hijo contra la madre que, conociéndola, no revela la verdadera identidad del progenitor”, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2003), *Op. Cit.*, p.523.

⁵⁵² QUESADA GONZALEZ, María Corona, *Op. Cit.*, p. 270. Respecto la referencia al deber de la madre de informar a las autoridades quien es o puede ser el padre de su hijo, y su tratamiento en la legislación de Dinamarca, véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2003), *Op. Cit.*, p.523. En una apreciación general de la existencia del deber en las legislaciones indicadas, véase BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, p. 204.

hijos; además que, con la omisión de la madre en deducir la acción, no se priva al hijo de su derecho de reclamar la paternidad, pues tratándose de una acción de naturaleza imprescriptible, en virtud del Art. 133 del CC español, puede ser deducida directamente por el hijo en el momento que lo considere oportuno⁵⁵³. En el otro extremo, los autores argentinos SAMBRIZZI⁵⁵⁴ y MEDINA, consideran la existencia de un deber jurídico de la madre en deducir la acción de filiación correspondiente en contra del padre, fundamentándose en la prevalencia del derecho a la identidad del hijo; y, en las disposiciones del actual código civil y comercial argentino que, en su art. 1708 contempla la función preventiva de la responsabilidad civil, considerando propio que la madre evite al hijo el daño por falta de reconocimiento paterno, dentro de un sistema en que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado, cuál sería la situación de la madre, ante la negativa de reconocimiento del padre⁵⁵⁵.

Finalmente, respecto la responsabilidad que podría caber a la madre por deducir tardíamente la acción de reclamación y con eso contribuir o aumentar el perjuicio que experimenta el hijo, las opiniones doctrinales también se dividen, RODRIGUEZ GUITIAN sostiene que el daño se produce por la falta de reconocimiento del padre biológico y no por el no ejercicio de una acción en tiempo oportuno, toda vez además que no se priva al hijo del derecho al ejercicio de la acción, la cual podrá deducir en cualquier tiempo, agregando que no sería razonable que, en definitiva, se viera beneficiado el padre –causante del daño- por un hecho de la madre, en lo que vendría a ser una compensación de culpas que, para la autora es inexistente, toda vez que la madre no tiene del deber jurídico de deducir la acción.

⁵⁵³ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Op. Cit.*, p. 187 - 188

⁵⁵⁴ Véase, SAMBRIZZI, Eduardo (2001), *Daños en el derecho de familia*, La ley, 1º ed., Buenos Aires, pp. 186-190 y 284, *apud ibidem*

⁵⁵⁵ Véase, MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p. 9

En la otra vereda, PIZARRO WILSON sostiene que la madre si puede ser responsable por la demora en incoar la acción de filiación, con lo cual se entiende que ha contribuido al daño causado al hijo, derivando la obligación de reparar. Esta postura es de la opinión, por una parte, que al hijo no le corresponde soportar una menor indemnización por el hecho de la tardanza de su madre en ejercer la acción; y, por otra, que nadie está obligado a pagar más perjuicios que los causados con su conducta, por lo que al padre le corresponde indemnizar los perjuicios por él causados y la madre, los propios derivados de su negligencia en ejercer la acción. Para el autor chileno, ambos actos son negligentes y han contribuido al resultado dañoso, por lo cual el hijo debiera demandar al padre por la falta de reconocimiento y, a la madre por la tardanza en exigir dicho reconocimiento⁵⁵⁶, en definitiva, el ejercicio tardío de la acción influiría en el *quantum* indemnizatorio, disminuyendo el monto de la reparación a asumir por el padre. En este sentido, el fallo de fecha 09 de marzo de 1988, del tribunal argentino de la 1º Instancia Civil y Comercial de San Isidro⁵⁵⁷, que ya hemos destacado por ser pionero en determinar la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares y, particularmente, paterno – filiales, considera la concurrencia de la responsabilidad de la madre en el daño moral experimentado por la hija. Criterio que, en general, ha sido continuado por la jurisprudencia de ese país, según da cuenta la doctrina, que ha calificado la conducta omisiva de la madre como una concausa en la producción del daño provocado al hijo, determinándola como un factor que contribuye a su agravamiento, máxime cuando se ocultó al hijo la identidad del padre⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Véase, PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 304

⁵⁵⁷ ED 128-333, de la 1º Instancia Civil y Comercial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, *apud* PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 304: “6º. [...] que no es el padre el único responsable del daño sufrido por la menor, considero que si la madre hubiera efectuado el reclamo pertinente al poco tiempo del nacimiento o luego de una prudente espera del prometido reconocimiento, le hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral al que me he referido: por lo pronto el experimentado en su vida de relación”.

⁵⁵⁸ JALIL, Julián, *Op. Cit.*, p. 82, refiriendo las sentencias de la Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial de Mercedes, sala I, B.P.D. c/ S.H.D., s/filiación, de fecha 17 de abril de 2012; y, la sentencia de la Cámara Nacional Civil, sala G. I.G. c/ Z.M., s/ daños y perjuicios, de fecha 19 de septiembre de 2011.

1.1. Análisis de los elementos para configurar la responsabilidad civil

a) *La conducta desplegada*

El hecho generador de la responsabilidad es la omisión del reconocimiento voluntario del hijo no matrimonial, cuya filiación ha sido determinada por sentencia firme, incumpliendo con ello un deber, pues, como hemos tenido oportunidad de revisar, ya que aun cuando el reconocimiento de un hijo, es un acto jurídico voluntario y unilateral, no por eso constituye un derecho potestativo del padre, cuyo ejercicio sea discrecional.

Siguiendo a DIEZ-PICAZO, en la primera parte de este trabajo, mencionamos que la responsabilidad por omisión es excepcional y será fuente de responsabilidad en el ámbito civil si existe un especial deber de obrar, aun cuando no se utilice la fórmula de la posición de garante⁵⁵⁹. En este caso y sosteniendo la existencia del deber legal de los progenitores de reconocer a sus hijos, se configura la necesidad jurídica de actuar y, consecuentemente, da lugar a responsabilidad ante su omisión⁵⁶⁰.

Por vincularse con una infracción al derecho a la identidad personal, especialmente, al origen biológico y la libre investigación de la paternidad, estamos en presencia de lesiones a los derechos esenciales de las personas, revistiendo con ello a la conducta desplegada de la gravedad suficiente para originar la responsabilidad civil, exigida en el contexto familiar, según la reflexión planteada en torno a la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en este ámbito⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Véase, *supra* pp. 87 – 88.

⁵⁶⁰ En este sentido la omisión se define como “el voluntario no hacer algo que se esperaba por el ordenamiento jurídico que el sujeto hiciese”, véase SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén y PEREZ VALLEJO, Ana María, Op. Cit., pp. 130 – 131.

⁵⁶¹ Véase, *supra* p. 96.

b) *Criterio de imputación subjetiva*

Si bien para la doctrina es unánime que nos encontramos frente a una responsabilidad subjetiva, constituyendo la culpabilidad un elemento de la responsabilidad, al igual que en el examen general de sus reglas para la aplicación en el ámbito familiar, las opiniones se dividen en cuanto a los factores de atribución exigidos: para un sector requisito es el dolo o la culpa grave⁵⁶², requiriéndose intencionalidad o una negligencia cualificada, la que en este caso se ve configurada por tratarse de la afectación a un derecho inherente al hijo, vinculado con la dignidad de las personas; para la otra visión, basta la imputación a título de culpa⁵⁶³, siendo el estándar de diligencia exigido aquel del hombre medio, la culpa leve.

Entre los antecedentes que toma en cuenta la primera postura aludida, se encuentra el proyecto de reforma del código civil y comercial argentino de 1998 que, proponía aceptar la responsabilidad en el ámbito de las relaciones de familia, en caso de obrar con dolo o culpa grave⁵⁶⁴. La disposición, en definitiva, no llegó a integrar el código civil y comercial del mencionado ordenamiento, la que actualmente cuenta con una disposición expresa que contempla la procedencia de la indemnización en la hipótesis que comentamos, la que se rige por las reglas generales de responsabilidad, sin exigir un elemento de imputación cualificado⁵⁶⁵.

La exigencia de dolo significaría además que el demandante deba probar la intencionalidad del progenitor en provocar el daño, siendo que, muchas veces, la falta de reconocimiento no tiene como base la voluntad deliberada de ocasionar el

⁵⁶² RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Op. Cit.*, p. 181; BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 142.

⁵⁶³ MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p. 9; JALIL, Julián, *Op. Cit.*, p. 79; PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 291

⁵⁶⁴ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 131.

⁵⁶⁵ Art. 587 CCyCom argentino, véase *supra* p. 38.

perjuicio, sino el eludir el cumplimiento de los deberes y obligaciones emanadas de la relación paterno-filial que con el reconocimiento se constituiría jurídicamente.

En cuanto al estándar de diligencia, creemos que no corresponde exigir un modelo de conducta privilegiado de menor cuidado – cuya falta constituye la culpa grave- sino el general, del buen padre de familia adaptado a las circunstancias del caso.

Así, para un hombre o mujer, en su actuar promedio, esperable, resulta previsible que de mantener relaciones sexuales pueda generar descendencia, de ahí que le sea exigible observar la conducta de un hombre razonable, concluimos que el criterio de imputación subjetiva es el de la culpa leve.

Luego, surgirán las circunstancias concretas, que incluso podrían exonerar al hombre de responsabilidad, *v.gr.* porque no tuvo conocimiento del embarazo de la mujer y del nacimiento de la criatura.

Como hemos mencionado, la conducta del demandado en el juicio de filiación, será un componente relevante para configurar el elemento de la imputabilidad, así su contribución a la sustanciación del juicio, su rebeldía en éste o, su negativa a someterse a las pruebas biológicas, declarada que sea su paternidad por sentencia firme, podrán contribuir a configurar su intencionalidad o negligencia en la falta de reconocimiento⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ Véase, BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, pp. 143 – 144; PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 292.

c) *Daño indemnizable*

El daño constituye el elemento central de la responsabilidad civil, el que debe ser íntegramente reparado.

Los daños experimentados por el hijo por la falta de reconocimiento voluntario de su padre, se proyectan tanto en el ámbito patrimonial, como en el no patrimonial, así también sostenido por LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, et al⁵⁶⁷. Aun cuando el daño extrapatrimonial fue el primero en ser considerado por la jurisprudencia y la doctrina, atendida la naturaleza de la problemática, que se vincula básicamente con aspectos psicológicos del individuo.

El daño no patrimonial se presenta en una pluralidad de manifestaciones, surgidas de la evolución jurisprudencial y del aporte doctrinario, las que responden a exigencias descriptivas y a la consideración de diversos elementos que las perfilan, pero que no las constituyen como categorías diversas. A continuación referimos aquellas consideradas como daños posibles de configurar en este ámbito, consideradas en decisiones de tribunales y en los criterios de autores:

- *Pretium doloris* o daño moral propiamente.

Como señala la STS de fecha 22 de febrero de 2001 “En torno al daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado, por el acaecimiento de la conducta ilícita [...]”⁵⁶⁸, este daño se genera en el hijo a consecuencia de la lesión a su derecho a la identidad, a conocer su origen biológico, su derecho al nombre y, su derecho al emplazamiento dentro de una familia, en general, por la conculcación de sus derechos de la personalidad y la afectación a su libre desarrollo, que se traduce en el sufrimiento experimentado por la víctima de

⁵⁶⁷ Véase, *supra* n. 361.

⁵⁶⁸ Sentencia num. 139/2001, Sala 1ª, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-18335958, fecha de consulta 29 de enero de 2018.

no conocer o tener incertidumbre de su origen biológico, lo cual le impide contar con un elemento sustancial para constituir su identidad personal; en el pesar de no llevar el apellido paterno y haber debido soportar el estigma de carecer de filiación paterna hasta su determinación judicial; y, el dolor de no pertenecer a una familia. En este contexto, es menester considerar que la falta de los elementos constitutivos de la identidad personal puede acarrear otras consecuencias negativas desde el punto de vista psicológico, incluso generar patologías en el desarrollo de la personalidad, los que constituirán también afectaciones indemnizables⁵⁶⁹.

Importante señalar que, entre los padecimientos sufridos, no es posible incorporar el dolor por la falta de afecto del padre, pues no existe una obligación jurídica del progenitor de amar a su hijo, cuya omisión pudiera repararse por la vía de la indemnización de los perjuicios que con ello eso acarree al hijo⁵⁷⁰.

- El daño existencial⁵⁷¹.

Forjado en los años setenta del siglo pasado, al alero de la jurisprudencia italiana, la doctrina lo ha conceptualizado señalando, “*Tale danno è stato definito quale pregiudicio provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno*”⁵⁷².

⁵⁶⁹ Véase, GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 35; GARRIGA GORINA, Margarita (2000), *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, 1ª ed., Navarra, p. 179.

⁵⁷⁰ Véase, *supra* n. 265; RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p.184; PIZARRO WILSON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 296; MEDINA, Graciela (2015), *Op. Cit.*, p. 3.

⁵⁷¹ En doctrina y jurisprudencia italiana, el daño existencial, junto con el daño moral; y, el daño biológico, corresponden a las lesiones comprendidas dentro del daño no patrimonial.

⁵⁷² NEGRO, Antonello, *Op. Cit.*, p. 24; Véase, *supra* n.121.

Daño que en el sistema italiano, resulta reparable en una lectura constitucionalmente orientada del Art. 2059 del *Codice*⁵⁷³, sobre la base de lo dispuesto por el art. 2 de la constitución italiana⁵⁷⁴.

El perjuicio incide en la realización individual de la persona, alterando los hábitos y las estructuras relacionales que le eran propias, privándola de oportunidades para la realización de su personalidad. Entre estas relaciones, las familiares.

- La lesión a la vida de relación y el daño al proyecto de vida.

La lesión a la vida en relación y el daño al proyecto de vida dentro de las relaciones de familia, son manifestaciones del daño no patrimonial, sobre las que discurre la doctrina uruguaya⁵⁷⁵, basados en la consideración que de ellos se ha efectuado en decisiones de sus tribunales en esta materia y, en el caso del segundo de ellos, en el estudio de la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia en el caso “Gelman contra Uruguay”⁵⁷⁶.

RIVERO DE ARHANCET, refiere un caso presentado ante la justicia uruguaya⁵⁷⁷, en que se tuvo en cuenta el daño a la vida en relación, pues la ausencia del padre habría generado en el hijo dificultades de integración.

Respecto el daño al proyecto de vida dentro de las relaciones de familia, la sentencia de la referida Corte internacional, pronunciándose sobre la indemnización de los perjuicios inmateriales, manifiesta que éstos comprenden

⁵⁷³ Véase, *supra* n. 240.

⁵⁷⁴ Véase, *supra* n. 86.

⁵⁷⁵ Véase, RAMOS CABANELLAS, Beatriz, *Op. Cit.*, p. 267; RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Op. Cit.* p. 231.

⁵⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), apartado D.2. Daño inmaterial, n. 294 ss. disponible en <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>, fecha de consulta: 11 de marzo de 2018.

⁵⁷⁷ Caso 15487, Tribunal de Apelaciones de Familia 1º Turno, Sentencia 115/06, de fecha 03 de mayo de 2006, *apud* RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Op. Cit.* p. 231.

tanto los sufrimientos y aflicciones causados a la víctima, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en sus condiciones de existencia. De ahí que en la lesión experimentada por la hija, producto de la supresión de su identidad, considere que cambió drásticamente el curso de su vida, imponiéndole circunstancias vitales distintas que modificaron los planes y proyectos que hubiera formulado ante condiciones ordinarias de existencia, por lo cual el estado violó su proyecto de vida.

El daño en el ámbito patrimonial, fundamentalmente viene dado por la pérdida de chance o pérdida de oportunidad⁵⁷⁸, también de construcción jurisprudencial, que consiste en la pérdida de la posibilidad de haber tenido una situación más holgada o con menos restricciones materiales durante el período de contumacia del padre que, a su vez, podría tener una proyección futura en lograr estabilidad o mejora en el nivel de vida, *v.gr.* por haber podido acceder a una mejor o mayor educación; o la prosecución de estudios.

El padre, de haber reconocido espontáneamente al hijo, hubiese tenido que proporcionarle los recursos económicos en cumplimiento de sus obligaciones paternas, lo que en algunos casos podría haber significado una mejor situación material y social, que se vio frustrada, de ahí la pérdida de la oportunidad de haber tenido un nivel de vida superior. Cuestión sobre la cual es posible teorizar variadas alternativas, tomando en consideración el nivel de vida que ha llevado junto a la madre y la situación económica del padre, debiendo evaluarse en cada caso concreto.

Importante no confundir la indemnización por la pérdida de chance material con los alimentos que corresponde proporcionar a los padres, dentro de los deberes emanados de la relación paterno filial. Tener clara la delimitación entre ambos es relevante, pues no corresponde por la vía de la indemnización pretender

⁵⁷⁸ No obstante que la mayoría de la doctrina, considera que la pérdida de oportunidad se traduce en un daño material, en opinión de la autora Yolanda Bustos, éste tienen cabida en ambos tipos de daño, “en virtud de la naturaleza o contenido de la oportunidad esperada y frustrada, a causa del evento dañoso”, *cfr.* BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, pp. 155 – 157.

obtener el cumplimiento de los alimentos a que el progenitor pudiere haber estado obligado, de haber reconocido voluntariamente al hijo. Los alimentos son debidos por el padre al hijo y recordemos que, en este caso, con anterioridad a la sentencia firme no se encontraba determinada la paternidad. En este punto y velando por la satisfacción de las necesidades materiales del hijo por parte del aquel que puede ser determinado judicialmente como su padre, el art. 209 del cc chileno establece la facultad del juez para decretar alimentos provisionales a cargo del demandado, conforme las reglas generales, en los juicios de reclamación de la filiación. Misma medida que puede acordar la autoridad judicial en la legislación catalana, conforme al Art. 235-17 ⁵⁷⁹.

En cuanto al daño moral –en sentido amplio- y todas sus manifestaciones, se configuran con independencia de la edad de la víctima, pues su apreciación se realiza en abstracto, procediéndose sobre la base de un sujeto medio para determinar su concurrencia. No así en los perjuicios de contenido patrimonial, en que corresponde apreciar cada una de las posibles oportunidades materiales frustradas, si es que efectivamente existieron, lo que se conecta con el lucro cesante como categoría dentro del daño material, en tanto “merma por parte de la víctima de una oportunidad con la que obtener una ventaja económica en el futuro”⁵⁸⁰.

Todos los daños experimentados deberán ser probados en el correspondiente juicio para su indemnización⁵⁸¹, por tratarse de perjuicios que

⁵⁷⁹ Disposición que, en similares términos se contemplaba en el art. 128 del CC español, la que fue derogada por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BOE n.7, de 8 de enero de 2000, por lo que actualmente, rigen las reglas generales del Art. 148 del citado cuerpo legal, debiéndose desde que se necesiten, abonándose desde la fecha de interposición de la demanda de alimentos, para lo cual requiere título previo, encontrándose determinada la filiación.

Relativo a esta materia, el CCCat. en su art. 237.5, regula el nacimiento del derecho de alimentos, disponiendo “1. Se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial. 2. En el caso de los alimentos a los hijos menores, pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un período máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos.”

⁵⁸⁰ BUSTOS MORENO, Yolanda, *Op. Cit.*, p. 157.

⁵⁸¹ La jurisprudencia argentina, por tratarse de la lesión de un derecho fundamental en relación con la dignidad de las personas, presume la existencia del daño moral, con la sola acreditación de la infracción al deber de

participan de la categoría de daños continuados, entre las posibles directrices para su cuantificación se encuentra el período en que, teniendo conocimiento de la paternidad, omitió injustificadamente el reconocimiento, hasta la dictación de la sentencia firme que la determinó judicialmente o, hasta la fecha del reconocimiento instado a través de la demanda de reclamación de paternidad⁵⁸².

1.2. Efectos de la filiación judicialmente determinada: los apellidos del niño como elemento de la identidad y su interés superior

Establecida la filiación, producirá ésta los efectos jurídicos a que ya hemos aludido⁵⁸³. Entre éstos, y con especial trascendencia en el supuesto que analizamos, la incorporación en su identificación del apellido del padre⁵⁸⁴. En efecto, la sentencia que declara la filiación del hijo, impondrá el apellido paterno, ordenando la modificación de la inscripción registral de su nacimiento en tal sentido, con evidentes repercusiones en la identidad personal de ese niño. Circunstancia que podría llegar a afectarle, aún más profundamente, de haber transcurrido un tiempo prolongado en que se haya identificado y haya sido conocido con un apellido, atributo de su personalidad que ahora se modifica, involucrando en ello no sólo el aspecto interno de la identidad personal, sino también su componente externo, la relación con los otros y con su medio social. Sensible materia que deberá ser abordada en la decisión judicial ponderando el interés superior del hijo, procurando minimizar los daños a que su derecho a la identidad pudiere verse expuesto y, en que deberá aplicar los preceptos que determinan los apellidos conforme la filiación

reconocimiento, constituyéndose como un daño moral *in re ipsa*. Sin embargo, a esta conclusión podemos observar que, una cosa es la lesión a un derecho fundamental y, otra distinta, es el daño que con ello se provoca, la existencia del daño que es el origen de la obligación de reparar, debe ser probado.

⁵⁸² Véase, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, Op. Cit., p.184; PIZARRO WILSON, Carlos, Op. Cit., p. 296

⁵⁸³ Véase *supra* p. 142.

⁵⁸⁴ Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (2017), “Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación”, en *Espaço jurídico journal of law*, v.18, n.3, set./dez. 2017, p. 666.

judicialmente declarada, adaptándolo al caso concreto, poniendo énfasis en ponderar el mayor beneficio que este cambio le pudiera reportar.

En España, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su Art. 49 regula el contenido de la inscripción de nacimiento y la atribución de los apellidos correspondientes según la filiación, siendo ésta la que los determina. Particular interés reviste en el tema que nos aboca su apartado 2 -en vigor desde el 30 de junio de 2017-, que dispone: “La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor [...]”. Es de destacar la expresa mención que hace la norma al interés superior del niño, sin embargo, siendo ésta la directriz fundante de toda decisión que involucre a un menor de edad, imperiosa es su consideración, aun ante la inexistencia de prescripción explícita, como ocurre, por ejemplo, en el derecho chileno⁵⁸⁵ o, como acontecía, en el mismo sistema español, con anterioridad a la actual Ley 20/2011, del Registro Civil.

Esta directriz ha venido consolidándose en las decisiones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español, planteándose en causas ventiladas incluso con anterioridad a la vigencia de la actual Ley 20/2011, del Registro Civil, relativas a acciones de reclamación deducidas tardíamente por los padres. En este

⁵⁸⁵ En el ordenamiento jurídico chileno, respecto la inscripción de nacimiento y la imposición de los apellidos, se encuentra aún vigente una escueta norma contenida en el Art. 126 del DFL 2.128 de 1930, que Aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, que al efecto indica que después de individualizar al inscrito por los nombres que designe la persona que requiera la inscripción, se le pondrá a continuación el apellido del padre y, en seguida el de la madre.

sentido, la sentencia del TC, de 7 de octubre de 2013⁵⁸⁶, que anula la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N°3 de Barcelona, de 26 de febrero de 2009 y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de diciembre de 2009, que confirma la anterior, en la parte que impone como primero de sus apellidos el del padre cuya paternidad no matrimonial había sido determinada judicialmente. Señalando en su fundamento jurídico séptimo: “b) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

c) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del art. 18.1 CE [...]”.

Ante similares hechos, la STS de 12 de noviembre de 2015⁵⁸⁷, que acoge recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en orden a mantener como primer apellido del niño el de su madre, sigue el criterio establecido por el TC, advirtiendo que el caso sobre

⁵⁸⁶ Sentencia num. 167/2013, del Tribunal Constitucional español, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi instituciones: RTC\2013\167, fecha de consulta 23 de mayo de 2018.

⁵⁸⁷ Sentencia num. 621/2015, Sección 1ª, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo español, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi instituciones: RJ\2015\5602, fecha de consulta 23 de mayo de 2018.

el cual incide su decisión se estructuró sobre la legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, indicando en su fundamento de derecho tercero: "2. En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil , artículo 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y artículo 194 del Reglamento de Registro Civil . Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil , que es el caso presente, "el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...".

3. La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste [...]

4. Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio en cuya Exposición de motivos se afirma que "en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el Artículo VI , relativo a hechos y actos inscribible. "...El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento [...].

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente meritada Ley no estaba en vigor al dictarse la sentencia, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor".

Consolidando la doctrina en comento, el TS en decisiones más recientes, incorpora además la reflexión en torno al posible mayor beneficio que reportaría al

niño alterar el primer apellido con el que se identifica, así la STS, de 10 de noviembre de 2016⁵⁸⁸, en su fundamento de derecho tercero afirma, “A partir de las anteriores consideraciones, y dando respuesta conjunta a los motivos del recurso por la estrecha relación que guardan entre sí, como autoriza la doctrina de esta Sala, procede la estimación de los mismos, y por ende del recurso de casación, ya que, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.

Por tanto, la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor”; y, también la STS, de 29 de noviembre de 2017⁵⁸⁹, en el apartado 6, de su fundamento de derecho tercero: “No existe ninguna circunstancia que justifique que sea beneficioso para el menor que se le prive del primer apellido con el que fue inscrito, para sustituirlo por el primero de la línea paterna.

Pero es que, además, y ello enlaza con lo tardío de la reclamación, tal cambio afectaría al interés del menor en relación con su derecho de imagen, pues nació el día 10 de junio de 2007, por lo que ahora tiene 10 años de edad, y con ese primer apellido viene identificado en todos estos años en su ámbito familiar, escolar y social”.

El interés prevalente del niño, adaptado a la circunstancia concreta, debe constituir la pauta para interpretar y aplicar la norma jurídica que determina el orden de los apellidos, pudiendo experimentar variaciones a su respecto, en caso de incidir negativamente en la situación particular de un niño, que trasciende a sus derechos

⁵⁸⁸ Sentencia num. 659/2016, Sección Pleno, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo español, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi instituciones: RJ\2016\5463, fecha de consulta 24 de mayo de 2018.

⁵⁸⁹ Sentencia num. 651/2017, Sección 1ª, Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo español, véase *supra* n. 352.

fundamentales y a su identidad personal, encontrando su fundamento último en la dignidad humana.

2. Ocultamiento de la verdadera paternidad biológica a hijos matrimoniales

La jurisprudencia ya se ha referido a esta hipótesis, fundamentalmente a propósito de las pretensiones indemnizatorias por los daños sufridos por el cónyuge⁵⁹⁰. Cuestión que se ha vinculado con el incumplimiento por parte de la mujer del deber de fidelidad emanado del matrimonio y, posterior engaño sobre la verdadera paternidad del hijo⁵⁹¹. El supuesto se construye por la aplicación de la presunción *pater is est* como determinante de la filiación en caso del nacimiento del hijo constante el matrimonio de sus padres.

Podemos comprobar que, con independencia de la relación conyugal, se configura un evidente daño para el hijo, ante el descubrimiento de que aquel que tenía por padre, en definitiva no es tal, experimentando con ello una vulneración a su derecho a la identidad. Derecho esencial que queda también constituido por

⁵⁹⁰ En España, *v.gr.*, la STS de 22 de julio de 1999 y STS, de 30 de julio del mismo año, que como analizamos en la parte primera de este trabajo, por diversos fundamentos no dieron lugar a las pretensiones indemnizatorias, pero la primera de ellas, sirvió de base para posteriores reflexiones de audiencias provinciales que, en un primer momento, fueron dando lugar a las demandas interpuestas en tanto se comprobaba dolo en la conducta de la mujer. La evolución posterior en la jurisprudencia, dejó de exigir este requisito para la procedencia de la indemnización; la STS de fecha 14 de julio de 2010 y STS, de 20 de noviembre de 2013; Y, en audiencias provinciales: SAP Valencia, de 02 de noviembre de 2004; 05 de septiembre de 2007; 13 de noviembre de 2014; SAP Barcelona, de fecha 16 de enero de 2007; 27 de octubre de 2011; SAP León, de fecha 02 de enero de 2007; SAP Jaén, de fecha 09 de marzo de 2015. Audiencias Provinciales que, en los últimos años han experimentado un incremento en las demandas por la ocultación de la verdadera paternidad biológica de hijos nacidos durante el matrimonio, según da cuenta en su reflexión ESPIN ALBA, véase, ESPIN ALBA, Isabel (2016), “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 758, Nov. 2016, p. 3461.

En Chile, la sentencia de fecha 22 de marzo de 2016, de la I. Corte de Santiago, que confirma la sentencia de 1° instancia, dictada por el 14° Juzgado Civil de Santiago, que acoge parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por daño moral en contra de la ex – cónyuge, véase *supra*, n. 142, la que aún cuando no se pronuncia expresamente respecto del daño causado por la ocultación de la paternidad biológica, sí se alega por el demandante dentro del daño moral causado en sus “más sagrados afectos”.

⁵⁹¹ Véase, FARNÓS AMORÓS, Esther (2007), “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, en *inDret*, 4/2007, disponible en www.indret.com, fecha consulta: 20 de marzo de 2018.

elementos dinámicos, entre los cuales se encuentran las experiencias vividas en las relaciones familiares. Más allá de los datos identificatorios, que probablemente mutarán⁵⁹², se encuentra el arraigo emocional construido en la relación paterna que definen y proyectan la personalidad del individuo. Así, con gran acierto lo advierte ROMERO COLOMA, señalando “No se trata tan solo de analizar el tema desde la perspectiva de los presuntos padres, sino también desde el marco de los menores de edad, ya que éstos descubren que la persona que tenían por padre –y que pensaban, de buena fe, que lo era- no lo es. El ordenamiento jurídico se enfrenta, en estos supuestos, a dos hechos diferentes, pero encadenados: el daño sufrido por el que se creía progenitor y no lo era, de un lado, y, del otro, el daño sufrido por los menores de edad, al creerse hijos de la persona que, como tal, era tenida como progenitor, porque les crió, educó, formó, cuidó y alimentó”⁵⁹³. Anteriormente planteado por MARIN GARCÍA DE LEONARDO quien, refiriéndose a las declaraciones del psiquiatra infantil José Luis de Dios, señala “para un hijo es tremendo que, de repente, la figura paterna que ha tenido siempre como referente le diga que no es su padre”⁵⁹⁴. La omisión, imputable a la madre de hacerle conocer al hijo su verdadera identidad, atribuyéndole la filiación de un padre que no lo es, hiere gravemente a una persona, pues la relación paterno – filial se conecta con los sentimientos más profundos del ser humano, y “un engaño en este aspecto

⁵⁹² Respecto la posible mantención del apellido, tras su modificación producto del ejercicio de una acción de filiación, tener presente en España, lo dispuesto por el Art. 53.5º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que referido al cambio de apellidos mediante declaración de voluntad, dispone: “Cuando sobre la base de una filiación rectificadora con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad”; en Chile, la Ley Nº17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica, aun cuando no cuenta con una disposición como la referida en la legislación española, en su Art. 1º b), contempla la autorización de cambio de apellido “Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios”.

⁵⁹³ ROMERO COLOMA, Aurelia (2012), *Op. Cit.*, p. 63

⁵⁹⁴ MARIN GARCIA DE LEONARDO, María teresa (2006), “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, en *Revista de derecho patrimonial*, Nº 16/2006, p. 157. La autora hace referencia a las declaraciones del profesional, vertidas en el artículo “Ya no quiero ser tu padre”, publicado en el diario El Mundo, el domingo 26 de octubre de 2003. Mismo artículo citado por RODRIGUEZ GUITIAN, respecto al cual, analizando su contenido, señala “[...] no hay constancia estadística de cuantos niños españoles viven esta situación. Aunque su número es fácilmente imaginable, si se examinan los datos de los laboratorios que realizan pruebas de paternidad por orden judicial [...]. En el año 2002 el instituto de toxicología de Madrid lleva a cabo 70 pruebas a petición de los padres que habían presentado demandas de impugnación de paternidad. El 56% (es decir, 39 de los 70) estaba en los cierto, no habían engendrado a sus hijos”, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, n. 328, p. 172.

indiscutiblemente tiene que generar angustia y dolor de quien durante años se considera hija de un padre que no es”⁵⁹⁵.

En la doctrina italiana, Michele SESTA también ha aludido al ejercicio de una pretensión resarcitoria por parte del hijo “contra la madre que hubiere ocultado el adulterio, ya que el individuo sufre un perjuicio derivado de la atribución de un *status* que no se corresponde con la verdad”⁵⁹⁶.

En el sistema argentino, JUNYENT BAS DE SANDOVAL agrega, “crecer y desarrollarse como persona con la seguridad de una relación filial y fraterna con un padre y hermanos, que de repente se declara falsa, afecta y vulnera el derecho a la identidad de la persona”⁵⁹⁷. El desarrollo que hace la autora argentina, se sustenta en un caso resuelto por el juzgado civil y comercial, 6ª nominación, de Córdoba, Argentina, en sentencia de fecha 15 de mayo de 2013⁵⁹⁸ que, ante el supuesto que analizamos indica “el falso emplazamiento de una paternidad distinta a la biológica, provoca un daño a la accionante que resulta jurídicamente resarcible”. Sintéticamente podemos señalar como datos de la causa que se trata de una mujer nacida con fecha 04 de julio de 1983, quien siendo aún una niña y junto a sus tres hermanos, desde el divorcio de sus padres, en el año 1991, sufrió malos tratamientos físicos y psicológicos de parte de su madre, contexto en el cual ésta, manifestándose en forma peyorativa hacia el padre, le refirió que aquel no era su padre biológico, al cual tendría que buscar, pues había tenido una relación extramarital de la cual ella era producto, sembrándole dudas y padecimientos durante 16 años, tras los cuales refirió a su padre la situación vivida, decidiendo ambos someterse a un estudio de ADN, cuyo resultado fue obtenido con fecha 10 de junio de 2009, arrojando como resultado la no compatibilidad genética. Padre

⁵⁹⁵ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz, *Op. Cit.*, p. 57.

⁵⁹⁶ SESTA, Michele, *Op. Cit.*, p. 428

⁵⁹⁷ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz, *Op. Cit.*, p. 47.

⁵⁹⁸ Juzgado Civil y Comercial 6ª Nominación Córdoba, 15/5/13, “D.M.B. c/ M.A.M. – Ordinario – Otros”, expdte. 1888027/36, sent. 135.

que constituyó su soporte afectivo y material durante su desarrollo, pues atendido el abandono materno, a éste le fue atribuido judicialmente la tenencia de los hijos, conteniéndolos, alimentándolos y educándolos. En este escenario, afirma que la grave conducta de su madre vulneró reiterada e ininterrumpidamente y durante años su derecho universal de identidad personal.

MARIN GARCÍA DE LEONARDO, en forma concluyente señala “la intencionalidad de causar daño, plasmada en el engaño acerca de la paternidad de un hijo deben entrar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y ser objeto de reparación del daño causado”⁵⁹⁹.

Intentaremos esbozar las líneas que seguiría la reparación del daño experimentado por el hijo ante la ocultación, por parte de su madre de su verdadera paternidad, que constituye un atentado a su derecho a la identidad en un doble sentido: por una parte, conculcando su derecho a conocer sus orígenes, impidiendo con ello su verdadero estado filial; y, por otra, los perjuicios experimentados en su identidad personal y en su proyecto de vida que, hasta un determinado momento, se ha formado al alero de una relación de familia inexistente, que acarreará ruptura de vínculos jurídicos y lazos afectivos, con el sufrimiento y sentimiento de pérdida que tal experiencia traumática podría significar para él, sobre todo en el caso de ruptura o deterioro de las relaciones con quien hasta ese momento reconocía como su padre.

Al igual que en nuestro anterior examen, el supuesto se relaciona con un juicio de filiación pero, en este caso, con una acción de impugnación de la paternidad matrimonial, fundada en el principio de la verdad material en la filiación. El supuesto que analizamos podría configurarse en caso que la acción sea deducida por el padre –que es la hipótesis en los casos que hemos referido, resueltos por la justicia española- o, por el progenitor biológico⁶⁰⁰. También se podría configurar en

⁵⁹⁹ MARIN GARCÍA DE LEONARDO (2006), *Op. Cit.*, p. 161.

caso que el hijo sea quien, directamente, obtenga los antecedentes fidedignos que revelen la falta de correspondencia genética con el padre, deduciendo la pretensión de impugnación.

La exigencia de contar con una sentencia firme que destruya la paternidad determinada para la procedencia del resarcimiento, es relevante en materia de prescripción de la acción para la reparación de los daños sufridos por el hijo, la regla del Art. 1968.2 del CC español, fija el inicio del cómputo para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual, en la fecha en que el agraviado tuvo conocimiento; y, el Art. 2332 del CC chileno, desde la perpetración del acto, es decir, desde que se fraguó el daño, cuestión que en este caso toma un cariz particular por tratarse de un daño continuado. La certeza y seguridad jurídica, nos llevan a concluir como criterio predominante para fijar el *dies a quo*, la fecha en que deviene firme y ejecutoriada la sentencia de impugnación de la paternidad matrimonial, que vuelve irreversible la determinación de la falta de coincidencia genética, consolidándose la falta de paternidad biológica. Como ha señalado Isabel ESPIN, la anterior conclusión “permite elaborar un discurso basado en el carácter definitivo y oficial de la pérdida”⁶⁰¹. En materia jurisprudencial, este criterio es el que ha observado la SAP Cantabria, de 3 de marzo de 2016⁶⁰².

Abocándonos a un breve análisis de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, el sistema español, contempla como legitimados activos para deducir la acción al marido, los herederos del marido, al hijo, los herederos del hijo, a la madre –en interés del hijo- y al auténtico progenitor. Caso este último en que debe deducirse conjuntamente con la acción de reclamación, conforme el Art. 134 del cc español, en el plazo de un año desde que tuviere conocimiento de los

⁶⁰⁰ A la luz de la regulación del código civil catalán, contenida en el art. 225.34, también sería posible teorizar sobre situaciones en que sea la madre quien impugne, develando con ello el secreto, desencadenándose de ahí los daños para el hijo.

⁶⁰¹ ESPIN ALBA, Isabel, *Op. Cit.*, p. 3474.

⁶⁰² Sentencia num. 138/2016, Sección 2ª, Audiencia Provincial de Cantabria, disponible en www.westlaw.es, identificador aranzadi on line: AC\2016\799, fecha de consulta 10 de mayo de 2018.

hechos en que se basa su reclamación. Para el padre, según lo prescrito por el Art. 136 del CC⁶⁰³, el plazo es de un año, contado desde la inscripción en el registro civil, el cual no correrá mientras el marido ignore el nacimiento; tampoco empieza su cómputo, en el caso que conociendo del nacimiento, ignore su falta de paternidad biológica, caso en el cual empieza a contar desde que tiene tal conocimiento.

La estructura legal organizada por las disposiciones comentadas, genera la posibilidad que, tanto el padre, como el progenitor biológico, puedan intentar su acción, luego de tener conocimiento de los antecedentes que los hagan suponer su falta o, existencia de paternidad, respectivamente. Cuestión que abre la posibilidad a un extenso período en que el hijo se forme, crie y eduque bajo el cuidado de un padre que, no lo es. Circunstancia que deberá ser considerada por el juez que se pronuncie respecto la indemnización de los perjuicios provocados por su madre con el ocultamiento de su verdadera filiación biológica y que, creemos, deberá tener su correlato en la determinación del *quantum* indemnizatorio.

En materia de acciones de impugnación de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio de sus padres, la legislación chilena, también reconoce como legitimados activos al padre, sus herederos, al hijo, a la madre –en interés del hijo- y, al padre biológico, en iguales circunstancias que en la legislación española, es decir, debiendo deducirla conjuntamente con la acción de reclamación de filiación, según el Art. 208 del CC chileno, caso en el cual no le corre plazo para hacerlo.

Los plazos contemplados por el Art. 212, en favor del marido, son verdaderamente exiguos: 180 días siguientes a que tuvo conocimiento del parto, presumiéndose legalmente que tuvo tal conocimiento, en forma inmediata si es que reside en el lugar del nacimiento del hijo, o en caso de encontrarse ausente, inmediatamente a su vuelta a la residencia de la mujer, salvo que haya habido

⁶⁰³ Artículo modificado por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, siguiendo las directrices del TC español, incorpora la circunstancia del conocimiento efectivo de la falta de paternidad biológica para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación.

ocultación de parto por parte de ésta, cuestión que deberá probar; o, 1 año, contado desde la misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer. Al no contemplar el legislador chileno la circunstancia del conocimiento de la falta de paternidad, y el inicio del cómputo del plazo de caducidad para deducir la acción desde que se ha tenido tal conocimiento, se disminuyen drásticamente las posibilidades de accionar de los padres a cuyo respecto rige la presunción *pater is est*, contenida en el sistema chileno, en el Art. 184 del CC. La vía, por tanto para encontrarnos en este supuesto, podría provenir del progenitor biológico o, del mismo hijo, en el plazo de un año, de alcanzada su plena capacidad.

2.1. Análisis de los elementos para configurar la responsabilidad civil

a) *La conducta desplegada*

El daño se origina en la conducta de la madre, quien oculta al hijo o guarda silencio respecto su origen biológico, que no corresponde con su filiación legal, circunstancia que se devela, por regla general, en el contexto de una acción de filiación. Ahora bien, la conducta constituirá en específico una acción, si es que ésta niega y miente deliberadamente, realizando ardides para ocultar la realidad; o, una omisión, si es que simplemente guarda silencio al respecto, sabiendo, o debiendo saber, que su marido no es el padre biológico de su hijo. Hipótesis en que coincidimos con la opinión de RODRIGUEZ GUITIAN⁶⁰⁴.

El contenido de la responsabilidad parental –patria potestad en el CC español y, autoridad parental en la doctrina chilena-, guiada por el interés superior de los hijos, comprende en la esfera personal, entre otros, el deber de los padres de velar por éstos –Art. 154 CC español⁶⁰⁵-, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiándolos en el ejercicio de los derechos esenciales,

⁶⁰⁴ RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, *Op. Cit.*, p. 173.

⁶⁰⁵ Véase, *supra* n. 215, “La expresión “velar”, comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales[...]”, DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, p. 265.

emanados de la naturaleza humana – Art. 222 CC chileno-, deber que la madre transgrede con su conducta, pues perjudica un derecho esencial del hijo, como hemos señalado, el derecho a la identidad y, en un doble sentido. Importante tener en consideración, el análisis efectuado en la parte primera de este trabajo, que ha puesto de relieve la doctrina española, en torno a la exigencia de un mayor estándar de diligencia en el ejercicio de este deber, que exigiría en su cumplimiento incluso el canon de la culpa levísima⁶⁰⁶.

Por tratarse de daños en torno al derecho a la identidad y, a uno de sus elementos, el derecho a conocer el origen, perfilados ambos como derechos inherentes al hombre y en el más alto nivel de resguardo por el ordenamiento jurídico, incardinados con el valor de la dignidad humana, consideramos configurada la gravedad de la imputación objetiva, requerida –como hemos concluido- para hacer procedente las reglas de la responsabilidad en el ámbito familiar.

b) Criterio de imputación subjetiva

Como hemos venido sosteniendo, las reglas de la responsabilidad civil, si bien deben adaptarse para su aplicación en el ámbito familiar, no pueden llegar a desnaturalizarse, contemplando mayores requisitos a las que se determinan conforme las reglas generales, en evidente retroceso de la posibilidad de reparación del daño provocado a la víctima.

Configurada, en la especie, una lesión a un derecho esencial como el derecho a la identidad, el daño reviste una gravedad intrínseca, por lo cual, estimamos, que quien lo provoca –en este caso la madre- debe responder tanto por su actuar intencionado, como negligente. Siendo el criterio de imputación, para el caso, el general en materia de responsabilidad aquiliana, dolo o culpa.

⁶⁰⁶ Véase, *supra* p. 93.

El canon de diligencia, será el estándar del hombre medio, la culpa leve adaptado a las circunstancias del caso, pues no divisamos argumentos que, en este caso, pudieran llevar a sostener un canon calificado como el de la diligencia *quam in suis*, que permite limitar la imputabilidad subjetiva al dolo o culpa grave que, en definitiva disminuyeran a favor de la responsable el estándar de conducta exigible⁶⁰⁷, toda vez que, conforme los avances científicos y tecnológicos hoy al alcance cotidiano, existen medios para verificar la correspondencia genética entre dos personas. Así las cosas, si la mujer casada mantiene relaciones sexuales fuera del matrimonio, es previsible que pudiere resultar embarazada, luego, nacido el hijo, procediendo con un grado medio de diligencia le corresponde verificar la unión de la cual es producto⁶⁰⁸. En este sentido también lo ha considerado la SAP Cantabria, de 3 de marzo de 2016, al señalar “es razonable presumir que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y de resultas de alguna de ellas queda embarazada, cuando no la conoce directamente, sí tiene que dudar de la paternidad. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial [...]”⁶⁰⁹.

En doctrina, deben ser tenidos en consideración otros argumentos que, incluso, observan un mayor grado de diligencia en el canon exigible en estos casos, pudiendo llegar a la culpa levísima, *v.gr.* DIEZ-PICAZO y GULLÓN, en su interpretación del deber de velar, derivado de la patria potestad en el derecho español, como ya referimos en el apartado anterior; y, en el derecho argentino MEDINA, en su análisis de la valoración a la conducta exigible, conforme al Art.

⁶⁰⁷ Alma RODRIGUEZ GUITIAN, mantiene también en este supuesto la exigencia de dolo o culpa grave, en sintonía con el tratamiento que, en general, sostiene para la procedencia de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, véase RODRIGUEZ GUITIAN, Alma (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 173.

⁶⁰⁸ Al respecto, FARNOS AMOROS señala “[...] puede presumirse que la esposa que mantienen simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento, evitando así, si es el caso, que se considere padre al marido por el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial”, FARNOS AMOROS, Esther, *Op. Cit.*, p. 8.

⁶⁰⁹ Véase *supra*, n. 602.

1725⁶¹⁰, que exige mayor diligencia, cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, disposición que considera además la confianza especial que exista entre quien provoca el daño y la víctima.

c) *Daño indemnizable*

Como la doctrina ha puesto de relieve, fundamentalmente en este caso, se fraguan daños de contenido extrapatrimonial. El desarraigo emocional y el dolor que conlleva saber que no se es hijo de quien se cree descender; la incertidumbre de encontrar un nuevo origen; la eventual ruptura de lazos afectivos con aquel que se reconoce como referente paterno⁶¹¹ y la posibilidad de constituir un nuevo *status* filial que antes desconocía, se materializan en una serie de manifestaciones del daño no patrimonial que van estructurándose con un perfil particular: el *pretium doloris*, el daño existencial, el daño al proyecto de vida.

Respecto el daño moral en sentido estricto, resulta decidior lo planteado, para este caso, por JUNYENT BAS DE SANDOVAL, “el dolor resulta más intenso de quien es engañado por su madre, con quien se tiene un fuerte vínculo, quien es el ser más importante para cualquier persona y de quien nunca se va a esperar la provocación de un daño”⁶¹². El supuesto que hemos venido describiendo, sin duda, afecta a la realización individual de la persona, alterando los hábitos y las estructuras relacionales que, hasta un momento, creía como propias, el perjuicio incide en la existencia misma del individuo, de ahí que siempre dentro de la espera de los daños inmateriales, pueda perfilarse éste, el daño existencial, diferenciado del dolor y la angustia a que antes hacíamos referencia con el *pretium doloris*.

⁶¹⁰ Véase *supra* n. 235.

⁶¹¹ Aun cuando es de considerar que, conforme al Art. 160.2 del CC español, podrían mantenerse relaciones personales entre el menor y el que creía ser su padre, dentro de la figura del allegado a que alude la disposición.

⁶¹² JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz, *Op. Cit.*, p. 57

La proyección del individuo, también resulta afectada, siguiendo a FERNANDEZ SESSAREGO, “el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, posibilidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”⁶¹³, expectativas que el individuo pudo haberse forjado válidamente dentro de un contexto familiar que no le correspondía, el que deberá mutar conforme su nueva realidad. Todo lo cual deberá acreditarse por parte de la víctima y, hacemos notar, no debe ser confundido con la pérdida de chance, pues el daño al proyecto de vida mira a la globalidad del proyecto personal el que debe mutar, en este caso, por la revelación de la verdad en materia de filiación genética paterna, proyecto personal de desarrollo que, al que, conforme las circunstancias normales de su vida familiar, si podía tener legítimas expectativas. Cabe considerar las situaciones concretas de cada caso, pues podrán existir situaciones en que, de existir un nuevo *status* familiar paterno, contribuya con éxito a un nuevo proyecto de vida, en reemplazo del originalmente concebido por la persona.

La etapa de la vida en que se produzca el desenlace de la ocultación sostenida por la madre, es un dato importante a tener en consideración por el juez para la configuración de los daños provocados en este ámbito y la determinación de su cuantía. Mientras menor sea la edad del hijo afectado, menor será la posibilidad de afectar, por ejemplo, su proyecto de vida, el que incluso podría no alcanzar a forjar aún. Mientras menor sea el período de convivencia, menor podría resultar el dolor por la ruptura de los vínculos afectivos⁶¹⁴.

⁶¹³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2015), *Derecho y Persona*, Astrea, 5ª ed., Buenos Aires, p. 243.

⁶¹⁴ Datos como éste han sido debidamente ponderados por la jurisprudencia para determinar el *quantum* indemnizatorio, en la demandas planteadas por el marido en contra de su ex mujer que le ha ocultado la verdad biológica del hijo, en este sentido, la SAP Jaén, de 09 de marzo de 2015 considera el tiempo de convivencia del padre con la menor. Sentencia N° 102/2015, de 09 de marzo de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, disponible en www.vlex.com, identificador VLex: VLEX-570396171, fecha de consulta 19 de marzo de 2018; Respecto la determinación y valoración del daño moral, *Cfr.* FARNOS AMOROS, Esther, *Op. Cit.*, p. 7. En materia de decisiones jurisprudenciales en el sistema español, en las pretensiones indemnizatorias de los ex cónyuges, para llegar a determinar la cuantía de la indemnización por daños morales, se ha estimado la ruptura del vínculo legal con los hijos –producto de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial–, comparable con la desazón espiritual que provoca la muerte de un hijo, comparación que nos resulta excesiva

Si bien la mayoría de los autores, en el supuesto en análisis, se concentra en la calificación de los daños como no patrimoniales⁶¹⁵, como lo advierte RODRIGUEZ GUITIAN, es posible la configuración de daños patrimoniales, derivados indirectamente de los daños morales, como los gastos ocasionados por tratamientos psicológicos o médicos⁶¹⁶.

3. Reconocimiento voluntario de paternidad y posterior impugnación de la filiación por ruptura de la relación con la madre

La filiación, en principio, atiende al hecho natural de la procreación. De ahí que, en una primera aproximación, la filiación jurídica por naturaleza, busque ser el reflejo de ese suceso biológico. La verdad biológica en materia de filiación se posiciona al centro de los ordenamientos jurídicos, posibilitando la libre investigación de la paternidad, *v.gr.* Art. 39.2 de la CE; Art. 195 del código civil chileno⁶¹⁷. Sin embargo, como señala GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, “la filiación no es, irremediamente, una situación derivada de un hecho biológico”⁶¹⁸ pues, los mismos sistemas legales regulan instituciones en que la filiación jurídica no es coincidente con la procreación, prescindiendo de esa base biológica para constituir formalmente el vínculo jurídico paterno - filial, por ejemplo, en la adopción. Otro tanto podríamos decir de las situaciones en que, no obstante, faltar el vínculo biológico, queda afirme una filiación ya determinada, en consideración a la posesión

pues, reconociendo en la paternidad un elemento fundamental de afectividad, podrán continuar los lazos de amor familiar entre el padre y el o los hijos, afianzándose aún más, en conocimiento de la verdad básica para todo ser humano. Debemos recordar que la figura de la parentalidad social tiene incluso reconocimiento en las legislaciones, a través de la posesión del estado civil de hijo o, en el modelo de las familias ensambladas. Coincidimos en las consideraciones que concluyen al efecto autoras como Esther FARNOS e Isabel ESPIN, véase FARNOS AMOROS, Esther, *Op. Cit.*, p. 9; ESPIN ALBA, Isabel, *Op. Cit.*, p. 3469.

⁶¹⁵ SESTA, Michele, *Op. Cit.*, p. 428; FARNOS AMOROS, Esther, *Op. Cit.*, p. 8; ESPIN ALBA, Isabel, *Op. Cit.*, p. 3477.

⁶¹⁶ Véase, RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María (2009), *Responsabilidad...*, *Op. Cit.*, p. 173

⁶¹⁷ Véase, *supra* n. 382 y 383, respectivamente.

⁶¹⁸ GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, Maricela (2013), *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, p. 31.

de estado. Y, es que además, deben ser considerados los principios fundantes aplicables en el derecho de familia, como el del *favor filii* o, la seguridad jurídica en la filiación, que deberán conjugarse, caso a caso, para alcanzar la mejor solución, que propicie el desarrollo de las personas miembros de la familia, particularmente en estos casos, de los hijos. Según sintetiza ROCA I TRIAS, “aparentemente habría que considerar que constitucionalmente las relaciones de paternidad/maternidad deberían tener como base principal la realidad biológica, porque resulta más normal que sea padre o madre quien lo es biológicamente, aunque ello no va a excluir algunas matizaciones contenidas en la doctrina del tribunal constitucional y en la jurisprudencia del tribunal supremo”⁶¹⁹. Un paso más adelante en la consideración de la relación de filiación, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, aporta “[...] ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica son suficientes para agotar el vínculo de filiación, pues, existen otros factores sociales, volitivos, afectivos y culturales que pueden llevar a afirmar que padre es verdaderamente quien se comporta como tal, y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos”⁶²⁰.

La determinación de la filiación que, en principio, es la fijación jurídica de la realidad genética de la procreación, efectuada a través de los medios y, con los requisitos que el ordenamiento jurídico prevé, no se instaura como una regla absoluta, pues -al margen de las presunciones de paternidad matrimonial de origen y la determinación judicial de la paternidad- por la vía extrajudicial, el reconocimiento, es un acto jurídico unilateral, solemne, irrevocable que no exige como requisito para su procedencia y validez la correspondencia con el hecho natural de la procreación. Así y aunque el sistema opera sobre el supuesto de que

⁶¹⁹ ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 127.

⁶²⁰ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a Mercedes (2016), “Reconocimiento de la filiación por complacencia”, en *Revista la ley derecho de familia*, N^o 9, Primer trimestre, p. 2. A este respecto, ROCA I TRIAS refiere lo que la doctrina anglosajona denomina paternidad social, que identifica aquellas relaciones paterno – filiales que se constituyen sin vínculo biológico, sobre la base de instituciones creadas legalmente a las que se accede mediante decisiones de la administración pública en caso de desamparo, como la adopción o el acogimiento, hipótesis a la que actualmente cabe sumar el fenómeno de las familias reconstituidas, atendidas las diversas formas de cohabitación que lleva a que muchas personas se ocupen y cuiden a niños de un grupo familiar sin tener con ellos ningún tipo de relación biológica. *Cfr.* ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 138.

quien reconoce es el progenitor, único que tiene cabal conocimiento de la intimidad de la que pudo nacer la criatura, no contempla obstáculos legales para que pueda ser reconocido como hijo, el que no lo es biológicamente y, creemos ver con ello una posible proyección del interés superior del niño y el brindarle un contexto familiar que, en la medida que se respete su derecho esencial a conocer sus orígenes, podría configurar un ambiente emocional y material que propicie el desarrollo de su personalidad. En este sentido, ROCA I TRIAS, magistralmente, se ha referido al papel que la relación parental juega en el actual sistema constitucional español, sosteniendo que “la filiación se explica como una técnica jurídica, cuya finalidad esencial es proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante la minoría de edad”⁶²¹, reflexión a la que con posterioridad añade, que si una persona reconoce al hijo de su pareja, con quien se ha casado o con quien convive, constituyendo una apariencia de paternidad a su respecto, proporciona un sistema de protección a ese niño⁶²². Apuntamos a un reconocimiento de paternidad que, efectivamente, busque generar el vínculo filial, con las consecuencias jurídicas que de él derivan: *status familiae*, apellidos, responsabilidad parental, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios. Nos referimos a los denominados reconocimientos de complacencia.

El reconocimiento de complacencia, a falta de regulación expresa en la legislación española ha ido adquiriendo contornos más precisos de la mano de la doctrina y la jurisprudencia, proceso que, desde ya advertimos, no ha sido pacífico ni de conclusiones unívocas. En cuanto a la existencia de reconocimientos mendaces, en tanto discordantes con la verdad material, la realidad es evidente, tema que RIVERO HERNADEZ incardina con el excesivo rol que se reconoce a la autonomía de la voluntad en materia de reconocimiento extrajudicial de la filiación, cuestión que se vuelve relevante al momento de alegar su impugnación, siendo entonces cuando se genera la discusión sobre su naturaleza y, procedencia, dentro de la cual, necesariamente deberá considerarse el principio del *favor filii*, para evitar

⁶²¹ ROCA I TRIAS, Encarna (1999), *Op. Cit.*, p. 244

⁶²² ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 137.

manipulaciones que puedan dejar “sin otro protagonismo [al] hijo que encontrarse con un padre que no lo es, y luego sin él con la misma arbitrariedad”⁶²³, para el autor todos estos planteamientos constituyen una de las cuestiones más interesantes entre las muchas relativas a la filiación por naturaleza.

El reconocimiento de complacencia ha sido conceptualizado en términos amplios como “aquél en que el reconocedor es consciente de la falta de relación biológica con el reconocido”⁶²⁴, o, “aquel en que su autor con conocimiento y consciente de que la persona a la que reconoce no es su hijo, emite la declaración formal de admisión de la relación de filiación”⁶²⁵; y, en una aproximación que da cuenta de una de las posturas doctrinarias en torno a su validez, como “aquellos en los que el marido o compañero estable de la madre decide reconocer al hijo de ésta para complacerla (asume como propios hijos anteriores de su esposa o compañera) consciente de la falsedad biológica de la filiación que determina, empleando el reconocimiento y no recurriendo, como sería lo más apropiado, a las normas que permiten la adopción de los hijos de su esposa o compañera”⁶²⁶. De este último concepto, podemos advertir que este reconocimiento determinará tanto la filiación matrimonial, como no matrimonial, según si media matrimonio entre la madre y el reconocedor o no, conforme lo dispuesto por el Art. 108 del CC español, encontrándonos en el primer caso ante una filiación matrimonial sobrevenida, supuesto contemplado en el Art. 119 del mismo cuerpo legal. Al respecto, GONZALES PEREZ DE CASTRO indica, “se trata de reconocimientos en los que su autor, a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido, efectúa voluntaria y libremente la declaración solemne con la finalidad de asumir la paternidad, de admitir como propios los hijos anteriores de su esposa (o futura

⁶²³ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2005, tomo LVIII, fascículo III, Julio-Septiembre, pp. 1050 – 1051.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 1060.

⁶²⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.); SOLE RESINA, Judith (coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 326.

⁶²⁶ GARCIA VICENTE, José Ramón (2005), “Sentencia de 12 de julio de 2004: Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Año 2005, N° 67, pp. 437 – 438.

esposa). Aspecto que se manifiesta en la existencia de posesión de estado de filiación matrimonial⁶²⁷. La finalidad, por tanto, en los reconocimientos por complacencia es constituir entre reconocedor y reconocido “una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza”⁶²⁸. Característica que expresamente ha considerado la jurisprudencia española⁶²⁹ y la diferencia radicalmente de otras figuras, como el reconocimiento por conveniencia; el reconocimiento en fraude a la ley⁶³⁰; el reconocimiento inexacto⁶³¹; o, el reconocimiento viciado⁶³².

⁶²⁷ GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, Maricela, *Op. Cit.*, p. 169.

⁶²⁸ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel (2016), “Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 758, noviembre 2016, p. 3346.

⁶²⁹ Sentencia num. 494/2016, Sala 1ª, de lo Civil, del Tribunal Supremo español, de fecha 15 de julio de 2016, disponible en www.laleydigital.es, identificador La Ley: 85462/2016, fecha de consulta 21 de enero de 2017.

⁶³⁰ La STS, de fecha 15 de julio de 2016, en su fundamento de derecho segundo, los refiere como aquellos constituidos “con la finalidad de crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.), cuyo supuesto de hecho la requiere”.

Figura, que incorpora el Código Civil catalán en el apartado 4 del Artículo 235-27, que dispone “El reconocimiento de paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el ministerio fiscal o por cualquier otra persona con interés legítimo y directo”.

El derecho alemán y el derecho francés, también recogen expresamente los reconocimientos en fraude a la ley, en el parágrafo 1600.5, en relación con el parágrafo 1592.2; y, en el Art. 336 del *Code*, respectivamente, casos en que la filiación puede ser impugnada por la autoridad administrativa o el ministerio fiscal, ante la inexistencia de relación socio – familiar; o, por constatar fraude a la ley.

En el sistema español, en general, ROCA I TRIAS, concluye para este supuesto de fraude a la ley, que “la acción a-ejercitar será la del artículo 6.4 CC, y los efectos que va a producir no serán los de la anulación del reconocimiento, sino los que determina la ley aplicable”, ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 136.

⁶³¹ Según señala Maricela GONZALES PEREZ DE CASTRO, “el reconocimiento inexacto es una reconocimiento válido y eficaz. Reúne todos los requisitos esenciales de este medio de determinación y los complementarios exigidos por la ley, pero no coincide con la verdad biológica. Empero, a diferencia de los reconocimientos de complacencia, el reconocedor *ab origine*, no es consciente de la falta de paternidad biológica”, GONZALES PEREZ DE CASTRO, Maricela, *Op. Cit.*, p. 171. La impugnación de este reconocimiento, deberá llevarse a cabo conforme las reglas de las acciones de filiación y dentro de los plazos establecidos en la ley, distinguiendo al efecto según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial. Desprendemos así que para la autora, dentro de este concepto, cabe el reconocimiento efectuado por error.

⁶³² El reconocimiento, en tanto acto jurídico, debe cumplir con los requisitos generales de existencia y validez. Dentro de estos últimos, que la voluntad que lo constituye se encuentre exenta de vicios. Los sistemas jurídicos contemplan a su respecto, una nulidad especial, con plazo reducido, el *dies a quo* de la acción recibe un tratamiento distinto en caso de error, pues se inicia desde el otorgamiento del acto; en los otros casos, el plazo de caducidad inicia su cómputo desde que cesa el vicio, v.gr. Art. 141 CC español – error, violencia o intimidación-; Art. 235.27-1, 2 CCCat - error, violencia, intimidación o dolo-; Art. 202 CC chileno.

Esta vía de determinación de filiación paterna, significará también para el reconocido -en la mayoría de los casos un niño- una serie de consecuencias vinculadas a su identidad personal, tanto en sus elementos estáticos, como por ejemplo, su identificación con los cambios en su apellido; cuanto en su aspecto dinámico, pues se inserta a partir de un momento en una familia, generando posibles vínculos afectivos, generando un proyecto de vida y, en fin contribuyendo con nuevas experiencias al desarrollo de su personalidad en una forma distinta a aquella que podría generarse de no haber existido esa relación.

Si bien podemos constatar un trastoque al derecho a la identidad del niño reconocido, debemos tener presente que, como ha señalado ROCA I TRIAS, entre las formas de devenir como padre, se encuentra la aceptación voluntaria del hijo de la mujer⁶³³, entendiéndose que la paternidad también apunta a completar la protección de un niño y, considerando además que ese niño al contar con una filiación determinada por vía materna, asegura a su respecto la mejor situación, pues corresponde a la madre el deber de velar por su máximo desarrollo en vistas a su interés superior, cabe desprender que, para el caso concreto, el *status familiae* que se constituye es la decisión más favorable al niño y su desarrollo⁶³⁴.

El problema que en estos casos se constata, generalmente se presenta *a posteriori*, tras el quiebre de la relación con la madre del reconocido, pues esa ruptura desemboca en la impugnación de la paternidad por falta de coincidencia con la verdad genética, con el afán de desprenderse de los deberes y obligaciones derivadas de la relación paterno – filial y, de poner término definitivo a cualquier relación con la ex - pareja, con quien, de compartir un hijo, seguiría vinculado.

Abocándonos a la situación del hijo, de relevancia es tener presente que, como sostiene HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, el derecho a la identidad como

⁶³³ ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 123

⁶³⁴ A mayor abundamiento, conforme al Art. 124 del cc español, para la eficacia del reconocimiento en estos casos, exige el consentimiento expreso del representante legal del hijo, en general, la madre; o, la aprobación judicial con audiencia del ministerio fiscal y del progenitor legalmente conocido.

prerrogativa fundamental, comprende también el derecho a que no sean alterados los elementos integrantes de la identidad⁶³⁵, postulado que también es recogido en la doctrina chilena por FIGUEROA YAÑEZ quien incluye dentro de la identidad personal “el derecho de toda persona a que nadie se inmiscuya indebidamente para alterar su identidad personal o para discriminarla o desmerecerla en razón de esa misma identidad”⁶³⁶, siendo concluyente entonces que el ya trastocado derecho a la identidad del hijo, vuelve a experimentar un grave impacto, lesión que podría representar una mayor envergadura aún, si consideramos la faz dinámica de la identidad personal, formada por las relaciones y experiencias que una persona va desarrollando durante su crecimiento y, que en este caso, quedan truncas. Cuestión que, en todo caso deberá evaluarse en cada situación concreta, ponderando los intereses del niño en el centro del problema y en que, por cierto, será de relevancia el tiempo transcurrido dentro del *status familiar* impugnado, teniendo presente los limitados plazos de caducidad para el ejercicio de la acción, sobre todo en caso de tratarse de la paternidad matrimonial.

Conforme señala RODRIGUEZ CACHÓN, la impugnación de la paternidad de complacencia – cuya aceptación considera impertinente –, podría “derivar en la perturbación del libre desarrollo de la personalidad del hijo reconocido, además de una quiebra de la supremacía del interés superior del menor y de la seguridad jurídica”⁶³⁷. Para QUICIOS MOLINA los intereses en juego entroncan con la dignidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la vida privada y familiar, cuyo amparo también corresponde al hijo que ya tiene una identidad y un estado civil determinados que quiere seguir manteniendo, señalando al respecto, “Tan digna de protección puede ser la vida privada y familiar de quien demanda que su filiación coincida con la realidad como la vida privada y familiar de quien pretende

⁶³⁵ Véase *supra* n. 419.

⁶³⁶ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (2001), *Op. Cit.*, p. 264.

⁶³⁷ RODRIGUEZ CACHON, Teresa (2017), “Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia”, en PERALTA CARRASCO, Manuel (Dir.), *Derecho de familia: Nuevos retos y realidades*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, p. 325.

seguir disfrutando de las que ya tiene. Habrá que decidir, por tanto, en cada caso, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, qué interés, de los dos enfrentados, resulta más razonable privilegiar y cuál sacrificar. En esta tarea suele tener gran importancia la protección del interés superior del menor, pero no siempre hay menores implicados y, cuando los hay, su interés puede estar en que su filiación legal coincida con la biológica [o, para este caso en romper el vínculo de filiación legal con el reconocedor] o, por el contrario, en que su filiación legal se mantenga”⁶³⁸.

La lesión que se configura para el hijo nos resulta evidente. Al respecto, GETE ALONSO Y CALERA y SOLE RESINA, indican “no parece proporcionado que por un mero acto de voluntad basado en la mentira y después impugnado, se permita a alguien manejar a su antojo, algo tan serio y trascendente como la relación de filiación, ha de existir alguna vía a través de la que limitar o aminorar las consecuencias perjudiciales para la parte de la relación que resulta más malparada”⁶³⁹. ROMERO COLOMA, señala “[...] cabría plantear si sería legalmente exigible, por parte del reconocido, una acción por daños morales, al quedar sin padre, así como por las consecuencias, en su caso, de la pérdida de apellido, una vez declarada la nulidad del reconocimiento de complacencia efectuado en su día”⁶⁴⁰. RIVERO HERNANDEZ, también anuncia para estos casos la reclamación indemnizatoria a favor del hijo, por los daños morales, el cual se basa, para este autor “en la conducta ilícita del reconocimiento conscientemente inexacto”⁶⁴¹. Todos los autores referidos concluyen la vía de la responsabilidad civil extracontractual del Art. 1902 del CC español para reparar los daños provocados al reconocido, postura con la que coincidimos. Conducta reprochable que GARCÍA VICENTE, también

⁶³⁸ QUICIOS MOLINA, Susana (2015), “Casos recientes que plantean difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil”, en *Revista de derecho privado y constitución*, Nº 29, Centro de estudios políticos y constitucionales, pp. 268 – 269.

⁶³⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.); SOLE RESINA, Judith (coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 332.

⁶⁴⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia (2016), “Los reconocimientos de complacencia en el derecho español”, en *Revista jurídica del notariado*, Nº 99, julio/septiembre 2016, p. 206.

⁶⁴¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), *Op. Cit.*, p.1111.

reconduce a la reglas de la responsabilidad civil, en una probable acción indemnizatoria, en este caso, por parte del reconocido⁶⁴².

La reflexión efectuada por la profesora Aurelia ROMERO COLOMA, a la que hemos aludido, nos pone de cara con el tema, discutido en doctrina, respecto la validez o nulidad de estos reconocimientos, pues la autora fundamenta precisamente la obligación de reparar que pesa en el reconecedor que impugna la paternidad, “en la conducta ilícita del reconocimiento conscientemente inveraz”⁶⁴³. Y, es relevante, pues a objeto de precisar las reglas de la responsabilidad aquiliana en esta materia, debemos desentrañar la conducta que la configura: el reconocimiento que falta a la verdad; o, la impugnación del reconocimiento válidamente efectuado.

⁶⁴² Véase, GARCIA VICENTE, José Ramón (2005), *Op. Cit.*, pp. 435 y 448.

⁶⁴³ ROMERO COLOMA, Aurelia (2016), *Op. Cit.*, p. 2017.

Al respecto, es posible advertir diversas posturas doctrinales⁶⁴⁴ y jurisprudenciales⁶⁴⁵, que se ven enfrentadas o, sustentadas por la sentencia de pleno del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2016⁶⁴⁶, cuyo ponente fue el magistrado D. Angel Fernando Pantaleón Prieto, que establece doctrina esencial, rechazando la nulidad absoluta del reconocimiento de complacencia de paternidad; y, fijando la legitimación activa del autor de un reconocimiento de complacencia para

⁶⁴⁴ V.Gr., para RIVERO HERNANDEZ, siendo el reconocimiento un título de determinación de la filiación, sustentada en el establecimiento legal de un vínculo que el ordenamiento presume o supone que biológicamente existe, no es posible su creación artificial a partir de una realidad inexistente. El reconocedor no puede inventar una filiación por naturaleza, por lo que no cabe el reconocimiento conscientemente mendaz, creando una filiación conocidamente irreal. Para el autor, “la discrecionalidad del acto del reconocedor está vinculada a la veracidad o verosimilitud del hecho, de acuerdo con la función propia del reconocimiento de determinar (constatar jurídicamente la existencia de) la filiación. En este terreno deben estar sus límites, y a él, paralelamente, alcanzar su control”. RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), *Op. Cit.*, pp. 1055 – 1056. En este análisis, la existencia de reconocimientos de complacencia, abre la puerta al engaño y la mentira, atentando además contra la seguridad jurídica en cuanto al estado de filiación del reconocido, fraude que además permite eludir la aplicación de las normas legales que deben aplicarse al caso, cuál sería la legislación en materia de adopción, doctrina para la cual, constituye la institución legal idónea para crear una relación jurídica de filiación sin la correspondiente relación biológica. El objeto de la declaración de voluntad no puede ser otro que la existencia del hecho de la procreación del que se dice haber nacido el reconocido, en este sentido, si la declaración misma que constituye el reconocimiento, prescinde de la relación biológica, la que le es completamente ajena, no hay reconocimiento porque la declaración carece de objeto. El reconocimiento es radicalmente nulo *ab initio* e insanable, así cualquier persona y en cualquier momento puede pedir la declaración de su nulidad, con el fin de destruir esa mera apariencia jurídica. Nulidad que proviene de ser éste un acto *contra legem*, por contravenir abiertamente normas imperativas y principios del ordenamiento jurídico – Art. 6.3. cc español-. Doctrina adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en su Resolución de 02 de febrero de 2004, al señalar “no hay duda de que la regulación de la filiación en el CC se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad”. Otras posturas analizan como fundamento de la invalidez de los reconocimientos de complacencia la simulación absoluta y el tratarse de un acto en fraude de la ley (normas de la adopción). Así, para GETE ALONSO Y CALERA y SOLÉ RESINA, el reconocimiento de complacencia corresponde a un reconocimiento de paternidad hecho en fraude a la ley, regulado en el Art. 235-27.3 del CCCat que establece una acción de carácter imprescriptible y que puede, en definitiva, ejercitarse por cualquier persona que tenga un interés directo y legítimo. Se plantean las autoras la legitimidad del interés de quien reconoció a sabiendas de que no era el padre, concluyendo que interés directo existe pero no sería precisamente legítimo, “quien ejercita la acción a raíz de una ruptura matrimonial para desentenderse de las obligaciones personales y económicas, con quien o quienes hasta dicho momento eran hijos”, interés que se enfrenta al del *favor filii*, debiendo el juez resolver en cada caso concreto, GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.); SOLÉ RESINA, Judith (Coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 330.

Para ROCA I TRIAS, en cambio, fundada en la ausencia de una concreta declaración constitucional que requiera la coincidencia entre la paternidad legal con la paternidad biológica, pudiendo “la autonomía de la voluntad jugar un papel importante, aunque limitado a aquellos casos en que la ley no impida su función”; y, en el rol que la relación paterno – filial cumple en el actual sistema constitucional español con una finalidad esencial de protección a los menores de edad, concluye la validez de la paternidad formal por voluntad de quien no es realmente padre. Filiación determinada por reconocimiento, que puede impugnarse a través de las acciones de filiación. Aunque para la autora, podría considerarse “que se produce un supuesto de abuso del derecho, cuando la impugnación tenga lugar en la situación de crisis del matrimonio”, ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Op. Cit.*, p. 136.

⁶⁴⁵ Vgr. STS, sala de lo civil, sección 1ª, de 10 de mayo de 2012; STS, sala de lo civil, sección 1ª, de 27 de mayo de 2004; STS, sala de lo civil, sección 1ª, de 12 de julio de 2004.

⁶⁴⁶ Véase *supra* n. 630.

impugnar la paternidad así determinada, quien podrá ejercitar la acción regulada en el artículo 136 CC, en caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. Misma acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio, a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ En su fundamento de derecho tercero, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: “El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el registro civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del registro civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica”. Las razones de la doctrina jurisprudencial son:

1º El código civil español no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que este se corresponda con la verdad biológica. No figura como tal requisito en los arts. 121 a 126 del CC. Ningún otro artículo del mismo cuerpo legal contempla una acción de anulación del reconocimiento por falta de correspondencia con la verdad biológica; es mas, su artículo 138 parece excluir toda acción de anulación del reconocimiento por falta de dicha correspondencia, que no sea la contemplada en el Art. 141 CC.

2º Ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121 a 126 CC busca asegurar que aquél se corresponda con la verdad biológica: obviamente no, los consentimientos complementarios previstos en los artículos 123 , 124 y 126; tampoco, la aprobación judicial que requiere el artículo 124 CC, puesto que la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate.

3º Frente al autorizado criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, considera la sala que - como dejó bien claro la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, que el mismo Centro Directivo invoca- las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica, pueden y deben cohererse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad. No impone, pues, la Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación “De las acciones de filiación” contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil.

4ª Es evidente que la tesis de que el reconocimiento de complacencia de la paternidad es nulo por falta de objeto presupone, sin base legal alguna, que el reconocimiento es, en el Derecho español, una confesión de la realidad o, al menos, de la convicción que el reconocedor tiene de que el reconocido es hijo biológico suyo.

5ª No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos. Los reconocimientos de complacencia no son, pues, una práctica que el brazo armado del Derecho tenga que combatir.

6ª La nulidad de los referidos reconocimientos no encuentra tampoco soporte en la norma del artículo 6.4 CC (fraude objetivo de las normas sobre la adopción), porque la sanción que establece no es la nulidad, y obviamente el reconocimiento de complacencia no vale para establecer una filiación adoptiva entre el reconocedor y el reconocido; ni para determinar una filiación por naturaleza que no pueda impugnarse por falta de correspondencia entre el reconocimiento y la verdad biológica.

7ª La sala considera inaceptables las consecuencias a las que abocaría la tesis de la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad en un derecho como el español vigente: la acción declarativa de su nulidad sería imprescriptible, y podría ser ejercida por cualquier persona con interés legítimo y directo, acaso incluso por el Ministerio Fiscal. Como se expuso que dispone el apartado 4 del artículo 235-27 del Código Civil catalán para “el reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley”, que se denomina aquí reconocimiento “de conveniencia”⁶⁴⁷.

El tribunal supremo sigue fijando doctrina en el fundamento cuarto de la sentencia que señala: “Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción”. Los fundamentos en que apoya su razonamiento son:

1º Privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación. En efecto: el artículo 136 CC no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los artículos 117 y 118 CC, haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge. El artículo 140 CC no priva de legitimación activa al reconocedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido.

2º Lo anterior no justifica dirigir a los mencionados artículos reproche constitucional alguno, puesto que el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y cuatro años (art. 140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia.

3º Dado que no se trata de un reconocimiento “de conveniencia” o en fraude de ley, la regla *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad.

4º Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC).

5º Como muestra una somera comparación de los artículos 737 y 741 CC, el reconocimiento es irrevocable; pero eso significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación. Es por tanto incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido.

6º Es cierto que el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante; pero la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquel.

7º No parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar: a las que deba privárseles de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar, aunque se haya quebrado la convivencia con la madre del reconocido a pesar de lo que, en la normalidad de los casos, preveían y deseaban que ocurriera. La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.II CC, nos parece una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego.

Finalmente en el fundamento de derecho quinto establece como doctrina: “En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto”.

Las razones por las que fija la doctrina jurisprudencial -y que la hacen aplicable sea, o no, de complacencia el reconocimiento-, son las siguientes:

1ª La finalidad del artículo 119 CC es robustecer la protección jurídica de la familia que se ha convertido en matrimonial, y precisamente por la razón de que ha venido a serlo; un robustecimiento que consiste, especialmente, en hacer más difícil la impugnación de la filiación.

2ª No se compadece con esa finalidad entender que la aplicación del artículo 119 requiere que “los progenitores”

Conclusión que, al parecer de ROMERO COLOMA, “permite excluir la arbitrariedad de los reconocimientos que pretenden en forma intempestiva, el en su día reconocedor de un hijo dejar de ser “padre”, a veces con el único propósito o finalidad de eludir las consecuencias patrimoniales que conlleva la crisis de pareja”⁶⁴⁸. Pues, de una parte, la impugnación del reconocimiento deberá ejercitarse dentro de los limitados plazos de caducidad establecidos en la ley; y, de otra, contribuye a la estabilidad en el estado civil de los hijos reconocidos, haciendo desaparecer la inseguridad jurídica que podría significar, en estos casos, su declaración a través de una acción de nulidad con carácter imprescriptible⁶⁴⁹. En este sentido GONZALEZ PÉREZ DE CASTRO, refiriéndose a la eventual procedencia de una acción de nulidad, indica “esta acción es muy peligrosa y no protege los intereses en juego, especialmente el de los hijos. Su amplia legitimación permitiría la impugnación de los reconocimientos de complacencia por todo aquel

a los que se refiere sean el padre y la madre biológicos. Hay que interpretar dicha expresión en el sentido de “el padre y la madre” legales, esto es, las personas cuya paternidad y maternidad ha quedado determinada legalmente. Y quizás porque tal determinación puede producirse con posterioridad a la celebración del matrimonio entre ellas, fue la simple razón por la que el legislador empleó la expresión “los progenitores”, en vez de “el padre y la madre”.

3ª El artículo 235-7 del Código Civil de Catalunya dispone:

“1. Los hijos comunes nacidos antes del matrimonio del padre y de la madre tienen, desde la fecha de celebración de éste, la condición de matrimoniales si la filiación queda determinada legalmente.

2. La impugnación de la filiación a que se refiere el apartado 1 se rige por las reglas de la filiación no matrimonial”.

Nada semejante aparece en el Código Civil del Estado.

4ª Ni el tenor literal ni la ratio del artículo 119 CC permiten limitar en modo alguno el alcance de su consecuencia jurídica en atención al hecho de que la determinación legal de la filiación -el reconocimiento de la paternidad en lo que aquí interesa- se haya producido con anterioridad a la celebración del matrimonio. De hecho, lo que se había planteado la doctrina es si ése sería el único caso en el que el precepto se aplicaría, respondiendo unánimemente en sentido negativo. El orden temporal en el que hayan tenido lugar el matrimonio y la determinación legal de la filiación (el reconocimiento de la paternidad en lo que interesa) es irrelevante para la consecuencia de que la filiación adquiere a todos los efectos el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio.

Conviene añadir que, si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el *dies a quo* del plazo de caducidad de un año será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración; aunque, si hubiera caducado antes la acción para impugnar la paternidad no matrimonial, debería denegarse también al reconocedor la acción del artículo 136 CC, pues no parece lógico que disponga de un mayor plazo para impugnar por el simple hecho de haberse casado con la madre.

5ª En fin, no se nos alcanza razón alguna para que lo que antecede no deba valer igual porque sea de complacencia el reconocimiento que determine legalmente la paternidad del hijo de la cónyuge del reconocedor.

⁶⁴⁸ ROMERO COLOMA, Aurelia (2016), *Op. Cit.*, p. 211.

⁶⁴⁹ Para RIVERO HERNANDEZ, en atención a que el reconocimiento de complacencia adolece de un defecto de veracidad intrínseco *ab initio*, radicado en la inexistencia de la filiación biológica, la acción a deducir a su respecto, debe ser una acción de nulidad simplemente declarativa, que permite solicitar la declaración judicial de nulidad de algo que es inválido en derecho, no susceptible de sanación, conforme lo prescrito en el Art. 5.1 de la LEC. Acción que no está sujeta a plazo de caducidad ni de prescripción. *Cfr.* RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), *Op. Cit.*, pp. 1103 ss.

que demuestre un interés legítimo, que unida a la imprescriptibilidad de la acción, son una amenaza a la posesión de estado de filiación, la estabilidad e indisponibilidad del estado civil”⁶⁵⁰.

En la reflexión que nos aboca y, considerando la doctrina jurisprudencial a que hemos hecho referencia, es posible la impugnación de la paternidad, válidamente determinada, por su falta de coincidencia con la verdad biológica. Al tratarse de una acción de filiación, siendo deducida dentro de plazo y aportando la debida prueba de esa falta de correspondencia, dará lugar a la resolución del caso favorablemente a la pretensión del reconocedor de complacencia. El daño al derecho a la identidad del niño, surge así, de la sentencia que resuelve, en forma definitiva, la impugnación, pues con ella, las consecuencias de la impugnación se tornan irreversibles, implicando para el niño antes reconocido, nuevamente si se quiere, un menoscabo a su identidad y a los elementos estáticos y dinámicos que lo componen, unido ahora a la pérdida de su *status familiae*, posible ruptura de vínculos afectivos, afectando con todo, además, el desarrollo de su personalidad.

Similar escenario es el que concluye RIVERO HERNANDEZ, el que para este autor provendría del acto ilícito inicial que se constata con la sentencia judicial que declara la nulidad absoluta del reconocimiento de complacencia, pero que para describir y analizar la situación del niño y los perjuicios que se le provocan, nos presta utilidad. Al respecto, señala, “Es evidente que éste [el niño] puede sufrir daño moral (quizá otros también) al quedar sin padre: pérdida del apellido, de *status* familiar y social, frustrados importantes afectos nacidos al calor del reconocimiento y la paternidad perdida”⁶⁵¹.

En los ordenamientos jurídicos que cuentan con norma expresa en materia de impugnación del reconocimiento por falta de veracidad, es decir, por la no correspondencia con la verdad biológica, *v.gr.*, en la legislación italiana, el artículo

⁶⁵⁰ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *Op. Cit.*, p. 187.

⁶⁵¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), *Op. Cit.*, p. 1111.

263 del CC⁶⁵², el Tribunal de Turín, en sentencia de fecha 31 de marzo de 1992, condenó al autor de un reconocimiento mendaz de paternidad al resarcimiento del daño moral a favor, del niño destinatario del reconocimiento, por el dolor de descubrirse a sí mismo como el hijo de una persona que no es su padre⁶⁵³. Sobre esta base la doctrina italiana señala “*Puo sussistere responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. del genitore nei confronti della prole, anche nell’ipotesi in cui venga accertato che sia stato fatto un riconoscimento non veritiero del figlio naturale. Tale fatto, oltre ad integrare gli estremi del reato contemplato all’art. 483 c.p. (falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico), puo comportare anche una lesione, un pregiudizio al figlio che, credendo fino a quel momento di essere realmente figlio di quel genitore, scopra all’improvviso che c’è una discrasia tra la situazione reale e quella legale*”⁶⁵⁴. CHINDEMI y CECCHINI, consideran así que en el juicio en que el padre persiga la declaración de nulidad por defecto de veracidad del reconocimiento, debe admitirse la pretensión, deducida por el curador especial del menor en su representación, para obtener el resarcimiento del daño no patrimonial, causado al niño reconocido, el que caracterizan como un daño psico-físico, consistente en la dificultad de reinsertarse con un nuevo apellido en su ambiente social y escolar y en el grave dolor de descubrirse de improvviso frente a una nueva realidad, mientras mayor sea la edad de la persona, más grave será el daño sufrido, en tanto capaz de darse cuenta completamente de la situación del entorno y lo que le sucedió a su vida⁶⁵⁵. En la misma idea, SESTA también comenta respecto la jurisprudencia referida, indicando que en esta hipótesis el perjuicio “[...] es

⁶⁵² Articolo 263 “*Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Il riconoscimento puo essere impugnato per difetto di veridicità dall’autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse.*

L’impugnazione è ammessa anche dopo la legittimazione. L’azione è imprescrittibile.”

Esta impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad, no obstante no conducir expresamente a una acción de nulidad, determina la acción con carácter imprescriptible y de amplia legitimación, habiendo sido criticada por la doctrina en atención a los abusos que podría acarrear y por obviar el interés del hijo, Cfr. GONZÁLEZ PEREZ DE CASTRO, Maricela, *Op. Cit.*, p. 187, n. 317.

⁶⁵³ DI MARZIO, Mauro, *Op. Cit.*, p.453.

⁶⁵⁴ CHINDEMI, Domenico y CECCHINI, Giorgia, *Op. Cit.*, pp. 238 - 239

⁶⁵⁵ Cfr. *Ibidem*

claramente no patrimonial, derivado de la lesión del derecho –de segura cobertura constitucional ex art. 2 de la constitución- a la identidad [del hijo]”⁶⁵⁶.

En el derecho francés, el derogado art. 339 del *Code*⁶⁵⁷, establecía la posibilidad de impugnar el reconocimiento por falta de veracidad de la paternidad declarada, disposición al alero de la cual, según da cuenta RIVERO HERNANDEZ, la jurisprudencia se orientó en considerar que reconocer voluntariamente a un hijo que no es propio, hacía contraer al reconocedor, ante el hijo y la madre, la obligación de comportarse como un padre, la no ejecución de ese compromiso resultante de la anulación del reconocimiento acarrea la responsabilidad por perjuicios. En este sentido, el autor refiere las sentencias del tribunal de casación francés de 6 de diciembre de 1988 y 10 de julio de 1990; la sentencia de la Corte de Dijon, de 3 de noviembre de 1995; y, la sentencia de la Corte de Paris, de fecha 20 de noviembre de 1997⁶⁵⁸.

El ordenamiento jurídico chileno carece de norma jurídica que establezca una acción de nulidad por falta de correspondencia de la verdad jurídica con la verdad biológica en materia de filiación, concluyéndose del sistema que no hay exigencia perentoria en torno a la estricta correspondencia entre la verdad formal y la verdad material, aunque de base el reconocimiento, como vía para determinar la filiación, se supone trasunta una realidad biológica que se traduce luego en la realidad jurídica. La situación es similar, por tanto, al análisis efectuado en el ordenamiento español. Sin embargo, es posible constatar una gran diferencia pues, caracterizado el reconocimiento esencialmente como un acto jurídico unilateral irrevocable, no se acepta su impugnación por parte del reconocedor, con la única salvedad, de que se trate de un reconocimiento afectado por algún vicio de la voluntad, circunstancia que hace procedente la acción de nulidad del reconocimiento, contemplada en el Art. 202 del CC, dentro de los plazos señalados

⁶⁵⁶ SESTA, Michele, *Op. Cit.*, pp. 427 – 428.

⁶⁵⁷ Disposición derogada por la Ordenanza N° 2005-759, de 4 de julio de 2005 .

⁶⁵⁸ *Cfr.*, RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), *Op. Cit.*, p. 111, n. 98.

por la norma, distinguiendo en cuanto a su *dies a quo*, el vicio del cual se trate. Como puede apreciarse incipientemente en la práctica, ésta podría constituir la vía por la cual podría reconducirse la hipótesis de un reconocimiento de complacencia, en caso que el reconocedor quisiera devenir en ineficaz su reconocimiento, principalmente en los supuestos de ruptura de la relación afectiva con la madre del reconocido. Instancia que entendemos por tratarse de un vicio que afecta al título de la determinación, el reconocimiento, discurre sobre la prueba de la existencia del vicio que priva de eficacia a la voluntad para constituir válidamente el acto jurídico y, no sobre la falta de vínculo biológico entre el reconocedor y el reconocido. Lo anterior, ciertamente, sobre la base que la acción sea deducida dentro del breve plazo fijado por la norma, cuyo cómputo comienza en caso de fuerza, desde que ésta cesa y, en los demás casos, error y dolo, desde la fecha del reconocimiento. Desde el punto de vista del hijo reconocido y el daño provocado, el escenario es similar a las vulneraciones producidas por la impugnación de la paternidad, sin embargo, acreditado que sea el vicio de la voluntad, constituyente de la declaración de nulidad del reconocimiento, jurídicamente se torna inviable perseguir la responsabilidad civil del reconocedor, pues no existe imputabilidad subjetiva alguna que pueda ser demostrada respecto los daños acontecidos al reconocido⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ Por tratarse de una vía que hemos calificado de incipiente, no obstante, las conclusiones arribadas en el párrafo anterior, por la trascendencia que reviste la observancia de los principios del derecho de familia, entre ellos, fundamentalmente el principio del interés superior del niño, consideramos de interés referir la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 18 de marzo de 2015, dictada en causa rol N° rol N° 12.492 de 2014, cuya síntesis es la siguiente:

- Los litigantes mantuvieron una relación de convivencia desde fines del año 2003 por un lapso superior a 3 años. La niña nació el día 04 de mayo de 2004. El reconocimiento de paternidad no matrimonial se efectúa en el mes de junio de 2004. Se demanda la nulidad del acto del reconocimiento, argumentando el vicio de fuerza, transcurrido el plazo de 1 año desde su cese (Art. 202 CC). El actor ubico temporalmente la ocurrencia del vicio de fuerza en el mes de junio de 2004 y la acción se deduce en el mes de julio de 2013, incorporando pruebas genéticas privadas practicadas en los años 2012 y 2013 cuyos resultados excluyen su paternidad.
- En la audiencia preparatoria el Tribunal de Familia rechaza la solicitud del actor de efectuar prueba pericial de ADN por el Servicio Médico Legal, atendido el objeto del juicio y los hechos sometidos a prueba.
- La parte demandante no logra probar la existencia de ninguna forma de fuerza cuya dimensión fuese capaz de alterar la manifestación de su voluntad en el acto de reconocimiento de su paternidad -aduce el haber sufrido amenazas, las cuales se tradujeron, posteriormente al reconocimiento, en la interposición de una demanda por alimentos en su contra. El Tribunal de Familia rechaza la demanda interpuesta.
- La II^{ta} Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirma el fallo de 1° grado con fecha 07 de mayo de 2014.
- El actor interpone recurso de casación en el fondo, el que se rechaza por deficiencias en su formulación, pues la Excm. Corte Suprema concluye que el recurrente no desarrolla de qué manera se produce la infracción a las normas que estima infringidas -error de derecho-, limitándose a exponer los hechos, además de controvertirlos, atribución de los jueces del grado, debiendo acreditar una verdadera vulneración de las reglas de la sana crítica Art. 32 Ley Tribunales de Familia, lo que no se invocó.
- Sin perjuicio de lo anterior y, conforme al Art. 785 del Código de Procedimiento Civil -que contempla la posibilidad de invalidar de oficio la sentencia recurrida, la Corte Suprema anula de oficio la sentencia recurrida,

En síntesis, conforme al análisis efectuado resultaría procedente la indemnización de los perjuicios ocasionados al reconocido, cuya filiación determinada es revertida producto de la acción judicial deducida por el mismo

dictando una de reemplazo, por la que revoca la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013, pronunciada por el tribunal de Familia de Valparaíso, retrotrayéndose la causa al estado de celebración de la audiencia preparatoria del juicio oral, con el fin que se ordene la realización de la prueba pericial pertinente y se continúe con la tramitación de la causa hasta la dictación de una nueva sentencia por un juez no inhabilitado.

En la fundamentación de la decisión, expresa el haber tomado en consideración, tanto el principio rector del interés superior del niño, como la posible conculcación de otros derechos fundamentales como el derecho a la identidad y discurre en orden a que el momento en que el padre reconocedor toma conocimiento de que no es el padre biológico es el que debe determinar el inicio del plazo para el cómputo del plazo de la acción de nulidad del reconocimiento basado en el error, al efecto en el numeral 8º señala: “reflexionar en contrario, esto es, excluir la posibilidad de ejercer la acción de autos por haber transcurrido el plazo que establece el Art. 202 del CC, no es aplicable al caso, puesto que en la especie el actor nunca pudo verificar la falsa representación de la realidad, sino una vez que se sometió particularmente a una prueba biológica, de forma tal que sólo a partir de esa fecha le fue posible ejercer sus derechos [...] Limitar la referida acción, sin que se haya verificado la veracidad de los exámenes particulares, pugna con prerrogativas de mayor rango reconocidas constitucionalmente al conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva”. Importante hacer presente, además, que el criterio de la Corte Suprema fue dejar de lado el vicio de fuerza en que se fundaba la pretensión del demandante y recurrente de autos, centrando su análisis en el vicio de error y su trascendencia, determinada por la falta de conocimiento, de ahí que sólo en el momento en que toma conocimiento de su error puede comenzar a correr el plazo. Entendemos así, otorga una interpretación extensiva a la disposición contenida en el Art. 202 del CC en cuanto al inicio del cómputo del plazo para interponer la acción.

Respecto las prerrogativas fundamentales de los niños, la sentencia señala que con su decisión -procurando velar por el interés superior de la niña de cuyo reconocimiento se trata- busca generar la posibilidad de determinar la verdad de su origen, velando así por su derecho a la identidad.

Importante, señalar el voto disidente de la Ministra Sra. Andrea Muñoz S., basado en que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral que no precisa la veracidad de la declaración paterna en que se funda y que sólo admite su impugnación judicial conforme lo previsto en el Art. 216 del CC., siendo la acción de nulidad del Art. 202 del mismo cuerpo legal, una acción de nulidad relativa especial, cuya reducción de plazo -respecto la regla general de nulidad- tiene el mismo fundamento que subyace en la brevedad de los plazos de caducidad en materia de impugnación de la filiación, cual es darle estabilidad a quien ha alcanzado el estado civil de hijo. Siendo en este sentido imposible considerar la concurrencia – en la especie- de un vicio distinto al alegado por aquel en cuyo beneficio se encuentra establecida la nulidad relativa, afectado sólo a quien le corresponde definir lo que ha ocurrido en su fuero interno, distinto, por cierto, a la situación en materia de nulidad absoluta, en que el juez puede y debe declarar de oficio el vicio que aparece de manifiesto en el acto o contrato, básicamente, porque en ese caso se trata de un vicio objetivo.

Señala que, discurrir en sentido contrario significa privilegiar lo que, según el criterio personal de los sentenciadores, debió haber ocurrido (que quien reconoció no lo hubiera efectuado si hubiera sabido que no era su hija biológica), encontrándose, además, vencido el plazo para interponer la acción de nulidad.

Destaca, seguidamente, que lo más grave es que con la decisión adoptada se deja sin filiación a la niña, afectando gravemente su interés superior y su derecho a la identidad, considerada en su aspecto dinámico. Contar con una filiación en la actualidad le favorece, considerando que, en virtud del mismo Art. 216 del Código Civil chileno, conserva igualmente la acción para impugnar el reconocimiento de paternidad, alcanzada la mayoría de edad, si así lo quisiere.

Particularmente, desde la perspectiva de la protección de las prerrogativas fundamentales de los niños, y su derecho a ser oído, debemos agregar que –no obstante, contener una decisión que afecta directamente a una niña- no se constatan antecedentes relativos a que ésta haya podido participar y manifestar su opinión, conforme la evolución de sus facultades, dentro de la causa.

Causa rol N° 12492-2014, “Riquelme con Cortés”, de la Corte Suprema, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador Thomson Reuters: CL/JUR1444/2015, fecha de consulta 06 de marzo de 2017.

reconocedor, quien desde el inicio fue consciente de la falta de correspondencia de la filiación legal con la filiación biológica y, que producto del quiebre de la relación con la madre del reconocido, busca eliminar las obligaciones legales derivadas de la relación paterno – filial.

La conducta queda constituida con la deducción de la acción correspondiente, según el ordenamiento jurídico contemple o no una acción independiente de las de filiación para impugnar el reconocimiento con falta a la verdad, y la obtención de la sentencia definitiva que vuelva irrevocable el término de la relación paterno – filial desde el punto de vista jurídico. La imputación objetiva reviste la gravedad suficiente pues, con el objeto de liberarse de las obligaciones legales, voluntariamente asumidas, deduce la acción. Calificando con ello además el elemento de imputación subjetiva pues no se podría deducir la acción sin, a lo menos, representarse la lesión que se provoca al dejar a un hijo sin filiación.

En cuanto al daño indemnizable, los perjuicios provocados corresponden a la esfera no patrimonial, resultando lesionados los derechos esenciales a la identidad del niño y al libre desarrollo de su personalidad, especificándose, en el *pretium doloris*, la pérdida del *status familiae* y, la posible frustración de su proyecto de vida. El juez en todo caso, deberá ponderar en cada situación concreta, escuchando al niño y considerando su interés superior, en que cabe considerar tanto el tiempo transcurrido desde que se efectuó el reconocimiento hasta la determinación de su alcance negativo mediante resolución judicial firme; como la edad del niño que queda sin filiación. Respecto la determinación de los apellidos como efecto proveniente de la filiación –Art. 109 CC español-, elemento de identificación que forma parte del derecho a la identidad en su faz estática, menester es considerar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 15 de junio de 1967; 21 de enero de 1970; y, 28 de abril y 21 de julio de 1972, que permiten, en el ordenamiento jurídico español la conservación de los apellidos que viniere usando el hijo, con el objeto de evitar perturbaciones en el ámbito social que, de otra manera, el hijo en su momento reconocido, perdería

ahora por efecto de la impugnación de la paternidad⁶⁶⁰. Por otra parte, los daños provocados por la ruptura de la relación afectiva con el reconocedor y su familia, podrían verse morigerados, si se considera que el reconocedor puede comprenderse dentro de la figura de allegado a que hace referencia el Art. 160.2 del CC español, podría mantener así relaciones personales -siempre que ello resultara beneficioso para el niño-, a lo que es posible deducir oposición, debiendo el juez resolver.

Por último, hacer presente que en la doctrina española, con el objeto de cautelar el principio del *favor filii*, en este supuesto se advierte la posibilidad de incorporar otros remedios específicos para paliar la conducta del reconocedor de complacencia que impugna su paternidad. Así GETE- ALONSO Y CALERA y SOLÉ RESINA, con el objeto de mitigar los efectos indebidos que derivan de la nulidad de este reconocimiento –autoras que se inscriben en la idea de nulidad general-, proponen de *lege ferenda* establecer que la sentencia misma que así lo declare pueda “condenar al autor del reconocimiento a mantener la obligación de velar y alimentar al que era hijo suyo, al menos durante la minoría de edad y a partir de ella cuando lo necesitara para vivir y no tuviera otro medio de vida, con el límite de la posible determinación de la filiación *a posteriori* en cabeza de otra persona”⁶⁶¹. GARCÍA VICENTE sugiere adscribir los efectos en relación al reconocedor que impugna, al ámbito de los alimentos, declarando irrestituibles las prestaciones de alimentos ya satisfechas, pareciéndole oportuna “una decisión positiva del legislador de contenido semejante al art. 111 *in fine* CC [Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos] o bien evitando la retroactividad de la determinación negativa, como se hace en la filiación adoptiva, art. 180.3 CC. [La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales

⁶⁶⁰ Cfr. ROMERO COLOMA, Aurelia (2016), *Op. Cit.*, p. 206; RIVERO HERNANDEZ, Francisco (2005), *Op. Cit.*, p. 1109.

⁶⁶¹ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.) y SOLE RESINA, Judith (Coord.) (2013), *Op. Cit.*, p. 333.

anteriormente producidos]”⁶⁶².

4. Ocultamiento del origen de la filiación del hijo en la adopción y en las TRHA heterólogas

La adopción y la utilización de técnicas de reproducción humana asistida con donantes⁶⁶³ –TRHA-, denominada heteróloga⁶⁶⁴, se presentan como dos fuentes filiales distintas: legal la primera; y, para un sector de la doctrina, por naturaleza la segunda o, voluntaria, para otro, con sustento en la voluntad procreacional⁶⁶⁵, que la reconoce como una tercera vía de constitución de filiación⁶⁶⁶, las cuales tienen de común la divergencia entre el vínculo jurídico y el vínculo genético, cuestión que trasciende en la proyección del derecho a la identidad de los hijos habidos por vía de adopción o nacidos mediante el uso de estas técnicas, en su derecho esencial a conocer sus orígenes.

Aunque bien constatamos una diferencia de base entre ambas

⁶⁶² GARCIA VICENTE, José Ramón (2005), *Op. Cit.*, p. 435.

⁶⁶³ “Donante es aquella persona –hombre o mujer- que proporciona el material genético (sea semen, óvulos o embriones) para llevar a cabo una inseminación artificial, una fecundación in vitro con transferencia de embriones, una transferencia intratubárica de gametos o una inyección introcistoplásmica de esperma”, GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2013), *Op. Cit.*, p. 224; A lo que puede sumarse el recurso a la maternidad subrogada, mediante la cual una mujer distinta a quien manifiesta la voluntad procreacional, sea la donante o una tercera, es quien lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto, véase ZABALZA, Guillermina; SCHIRO, María Victoria (2011), “Reflexiones sobre el derecho a la identidad en la adopción y la procreación asistida”, en *Cartapacio de derecho*, vol. 20, p. 13; respecto la maternidad por subrogación, véase *supra* n. 391.

⁶⁶⁴ Véase *supra* n. 372; En ésta se utiliza materia genético de una persona distinta a la pareja o persona que recurre a este medio, diferenciándose así de la TRHA homóloga, en que se utiliza material genético de quienes acuden a estas técnicas, véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LAMM Eleonora, *Op. Cit.*, pp. 132 - 133

⁶⁶⁵ Como sostienen KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LAMM, siguiendo a RIVERO HERNANDEZ, “el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca”, causa eficiente e insustituible, ya que sin esa voluntad el niño no hubiera existido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LAMM Eleonora, *Op. Cit.*, pp. 139 – 140.

⁶⁶⁶ *Cfr.* KRASNOW, Adriana (2016), “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el código civil y comercial”, en *Revista de bioética y derecho*, N° 37, p. 73; GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2013), *Op. Cit.*, p. 224; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LAMM Eleonora, *Op. Cit.*, p. 139.

instituciones, ya que en la adopción, la voluntad de los padres legales se manifiesta con posterioridad al nacimiento del niño, contando éste con una historia previa y coetánea en la serie de circunstancias que rodean el proceso de adopción, como el desarraigo de su familia de origen y, la incorporación a su familia adoptiva, que contribuirán a formar su identidad personal en su sentido dinámico; en el uso de TRHA heterólogas, es la voluntad de los padres, o individualmente del padre o la madre, la que determina la existencia del hijo, careciendo de una historia previa a su familia, y de un vínculo anterior con una familia biológica. Aunque no por esto menos trascendente para la conformación vital y desarrollo del niño respecto al conocimiento de la historia de su procreación y su origen genético. Así en un caso hablaremos de familia de origen y de padres legales (adoptivos) y, en el otro de progenitor y padres, para delimitar la paternidad o maternidad jurídica de aquella puramente biológica o de aportación de material genético.

Continuaremos el tratamiento conjunto en torno al derecho a conocer el origen pues, el reconocimiento expreso de esta especificación del derecho a la identidad personal, ha sido primeramente construido en base a la institución de la adopción, representando con ello un cierto modelo de protección de los derechos esenciales de los niños, extendiéndose transversalmente a todas las personas cuya filiación presenta divergencia entre el componente biológico y el jurídico. La consagración de la igualdad de los hijos⁶⁶⁷, con independencia del origen de su filiación nos lleva también a sostener que toda prerrogativa consagrada en este sentido en la adopción, corresponde sea aplicada respecto los hijos nacidos mediante el uso de TRHA con donantes y, claro está, también en aquellos casos en que se agregue la gestación en un vientre diverso del de la madre, sea el de la misma donante o sea el de una tercera mujer que intervenga en el proceso. Teniendo además en consideración que el ordenamiento jurídico constituye un todo

⁶⁶⁷ Art. 39.2. CE “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”; Art. 33 CC chileno “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”.

unitario, en el que se debe tener en cuenta por sobre todo, los valores inherentes a la personalidad, en el que respecto las técnicas de reproducción, como indica ROCA I TRIÁS “en ningún caso hay que olvidar que en todos los temas relacionados con la tecnología aplicadas a las personas la principal limitación se encuentra en el respeto de sus derechos fundamentales”⁶⁶⁸.

Es precisamente el derecho a conocer el origen biológico, como hemos señalado en un apartado anterior⁶⁶⁹, un derecho esencial autónomo, de raíz constitucional que implica la facultad de todo ser humano a que se respete su propia verdad, constituyendo un interés existencial que merece tutela jurídica, derecho ante el cual surge el deber de los demás de respetar la verdad que cada cual proyecta de modo objetivo en su vida social.

Para el desarrollo de su personalidad el sujeto necesita completar todos los aspectos de su identidad, entre ellos, conocer su origen, saber de dónde proviene, teniendo como base la dignidad que le es propia y, requiere entonces que el estado estructure su reconocimiento, determinando deberes en quienes tienen por misión velar por el desarrollo integral de los hijos y, otorgando los medios necesarios para acceder a fuentes veraces de información en la búsqueda de su verdad personal, respetando su derecho, promoviendo “[...] las condiciones que lo hagan posible, así como la remoción de los obstáculos que impidan su plenitud”⁶⁷⁰ y, en el caso de las TRHA con gametos de donantes, contando con la posibilidad hacia el futuro de determinar la identidad del padre o madre genéticos⁶⁷¹. Respecto la posición del estado en este ámbito, como señala VELA SÁNCHEZ, “[...] si bien es cierto que no puede invadir, a través de acciones arbitrarias, la intimidad de la

⁶⁶⁸ ROCA I TRIAS, Encarna (1999), “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, en *Derecho y salud*, vol. 7, enero – diciembre 1999, p.1 y p. 14.

⁶⁶⁹ Véase *supra* p. 176.

⁶⁷⁰ MOYA ESCUDERO, Mercedes (2001), “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico”, en *Revista de la facultad de derecho de la universidad de Granada – El derecho y la familia*, 3ª época, N°4, p.452

⁶⁷¹ Véase, PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993), “Técnicas de reproducción asistida y constitución”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, N° 15, mayo – agosto, p. 134.

vida familiar, también lo es que no puede ignorar la existencia de derechos fundamentales o de la personalidad que debe proteger”⁶⁷²

La identidad personal, proyectada en el conocimiento de los orígenes, comprende el derecho al conocimiento de la verdad biológica y a poder investigarla cuando se carece de ella. En estos casos no se trata de conseguir una coincidencia entre la verdad biológica y la verdad formal, no persigue la creación de vínculos jurídicos paterno – filiales⁶⁷³ sino la integración personal, el reencuentro con una parte vital de la génesis del individuo, como lo ha señalado CORRAL TALCIANI, refiriéndose a la adopción, “se trata que el adoptado pueda conocerse a sí mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal, de sus orígenes”⁶⁷⁴.

Podemos apreciar, como el derecho a conocer los orígenes se desenvuelve en diversos niveles, que involucran a diversos actores con sus correspondientes deberes, para conseguir su cabal satisfacción:

- En un primer nivel, el derecho a saber el origen de la filiación, adoptiva o habida mediante TRHA con existencia de donante. Deber de informar que pesa en los padres.
- En segundo nivel -que supone previamente el conocimiento de la filiación- el derecho de acceso a los datos y antecedentes del origen de la persona. Cuestión que en el caso de la adopción, precisa la posibilidad de acceder a los antecedentes que determinaron y rodearon las fases del procedimiento administrativo y judicial en que se sustenta, la entidad de adopción que en ella intervino, el historial médico y los antecedentes de la familia biológica que en ellos conste; y, para las TRHA heterólogas, los antecedentes del o los aportantes de los gametos, sus datos genéticos y la conservación del historial médico tanto del o los intervinientes, como aquellos que se produjeron en la aplicación de la

⁶⁷² VELA SANCHEZ, Antonio (2010), “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, en *Diario la ley*, N° 7526, sección doctrina, Año XXXI, p. 3.

⁶⁷³ Véase *supra* p. 178.

⁶⁷⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán (2002), *Adopción y filiación adoptiva*, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 71.

técnica de reproducción humana asistida que puedan constar en los servicios sanitarios o en instituciones de salud. Correspondiendo al estado diseñar un sistema que custodie debidamente todos estos datos para que estén disponibles en el momento en que se considere pertinente recurrir a ellos⁶⁷⁵.

En esta segunda fase del derecho a conocer el origen, convergen temas de gran interés, cuya trascendencia se extiende incluso a aspectos de la filiación por naturaleza, que se vinculan con derechos esenciales, inherentes a las personas y, que serán los que definan al sistema jurídico conforme el orden que de ellos se efectúe, regulación en la que deberían encontrarse plasmados los principios fundamentales del derecho de familia. Entre estas materias, a vía ejemplar:

- La identificación de la madre en el comprobante médico del parto que conste en la institución de salud que lo ha atendido o, la posibilidad de que ésta pueda omitirse;
- La determinación de la maternidad por el parto;
- En el caso de la adopción, la creación de un nuevo registro de nacimiento que pueda ocultar el origen biológico o, la constancia marginal de la filiación adoptiva en el registro de nacimiento de origen;
- La incorporación en el sistema registral del nacimiento, del dato de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida;
- La autorización o, proscripción de la donación de gametos y/o embriones;
- En las TRHA heterólogas la consagración de la donación anónima de gametos o, al contrario, la posibilidad de acceder a los datos de los aportantes y, en este último caso, su autorización en forma abierta o, sólo por vía excepcional; y,
- El establecimiento o no, de la reserva de información por parte de las instituciones sanitarias, médicas, sociales, ya sean públicas o privadas, intervinientes en los procesos de adopción o de aplicación de técnicas de reproducción humana, en relación con la persona adoptada o nacida mediante utilización de TRHA.

⁶⁷⁵ En materia de adopción, podemos citar a vía ejemplar el Art. 180.5 CC español; el Art. 235.49 CCCat, y el Decreto 169/2015, de 21 de julio de la *Generalitat de Catalunya*, por el que se establece el procedimiento –de carácter administrativo- para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos; el Art. 27 ley 19.620, Chile; y, el Art. 596 del CCyCom argentino.

La constatación de derechos fundamentales en los intervinientes en todos estos procesos, como la intimidad de la madre biológica o de los aportantes de material genético -aun cuando se quisiera esgrimir la idea de favorecer con ello la vida, proscribiendo posibles abortos o, la disminución de donantes- o, la intimidad y armonía familiar de los adoptantes o los padres que voluntariamente utilizan TRHA, no deberían primar sobre el interés superior del niño y los derechos esenciales de la persona adoptada o nacida mediante la utilización de TRHA.

- En el tercer y último nivel, el derecho a conocer a los padres biológicos, sean estos los de la familia de origen o los aportantes de material genético, instancia que merece reconocimiento como un acción autónoma e independiente de las acciones de filiación⁶⁷⁶, cuyo objeto no persigue crear vínculos filiales, ni generar consecuencias jurídicas respecto la filiación ya determinada y el *status* familia que ocupa el hijo, sino completar la historia vital con el conocimiento de los progenitores, en base a los datos a que se ha tenido acceso. Regulación que corresponde efectuar al ordenamiento jurídico, determinando la acción o solicitud a emplear, la vía para promoverla –judicial o administrativa-, su objeto y efectos; los organismos a los que pudiere corresponder participar en ella, con el objeto de asesorar y, de ser viable, facilitar el encuentro, *vgr.* en el caso de la adopción, la mediación y/o el acompañamiento a través de instancias administrativas o las mismas entidades que intervinieron en el proceso⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Véase *supra* n. 497; Particularmente dentro de la regulación de la adopción, el CCyCom argentino en su art. 596 Inc. final, que prescribe: “Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”. En la interpretación de la norma, los autores HERRERA, CAMELO y PICASO señalan como legitimados pasivo de esta acción a los progenitores biológicos, ascendientes o hermanos, destacando que esta acción no acarrea consecuencia jurídica alguna para el vínculo filial adoptivo. Cfr., HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; et al, *Op. Cit.*, p. 376.

⁶⁷⁷ Respecto las labores de asesoramiento y mediación si bien originariamente contempladas en sistemas de *common law* (*vgr.* en Inglaterra en la *adoption act* de 1976), han sido incorporadas en las legislaciones de derecho continental, *vgr.* en la segunda parte del art. 180.6 cc español, que dispone: “6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho”. En la segunda parte del art. 235-49.3 cc catalán que señala: “Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si lo pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. A tal fin, debe iniciarse un procedimiento

Centraremos nuestro análisis en la primera de estas fases, pues es la que nos conecta con los deberes de los padres en relación con los hijos en que podría generarse una vulneración al derecho a la identidad. En efecto ocultar o silenciar el origen de la filiación, podrá generar un daño a la identidad personal.

En la adopción, es dónde esta materia ha encontrado mayor definición, principalmente por tratarse de una institución reconocida con diversos énfasis a través de la historia, centrándose en la actualidad en los derechos esenciales de las personas, en particular, la satisfacción del niño de su derecho de vivir y desarrollarse integralmente en el seno de una familia que le brinde los cuidados afectivos, personales y materiales que no pueden ser proporcionados por su familia de origen; mismo enfoque de base que reconoce los derechos esenciales de las personas nacidas por la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, pero que por su más reciente aparición, de la mano del desarrollo de la biomedicina, enfrenta al legislador a un fenómeno contemporáneo. Enfocaremos así este análisis centrados en la adopción para ir construyendo el debido correlato respecto los hijos nacidos mediante TRHA heterólogas.

La satisfacción del interés superior de niños y niñas se ha identificado con su necesidad de contar con un único punto de referencia afectiva, lo que ha llevado a los sistemas legales a determinar, como efecto de la adopción, la ruptura definitiva de toda relación con la familia de origen⁶⁷⁸, potenciándose así su

confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro”.

En Chile, en el Decreto 944 de 18 de marzo de 2000, Reglamento ley N° 19.620 sobre adopción de menores, el art. 3° Inc. 2, indica: “En relación con las personas que deseen obtener información sobre su adopción, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la ley N°19.620 y obtengan autorización para ello, por resolución judicial, podrán ser asesorados por el Servicio Nacional de Menores o por el organismo acreditado que haya intervenido en su proceso de adopción, a fin de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto y colaborar en el reencuentro con su familia biológica, considerando el derecho de ésta a que se respete su privacidad”.

⁶⁷⁸ Art. 180.1 CC español, “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”;

Art. 235-47.2 CCCat “La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y su familia de origen, salvo en los casos a que se refiere el artículo 235-32.1.a y b, en que se mantiene el parentesco respecto a la rama familiar

incorporación en su nueva familia. Sin embargo, en un sistema que sirve fundamentalmente a las personas que conforman la familia, se valora como elemento de construcción de la identidad personal, la referencia al conocimiento de los propios orígenes, considerándose que el niño adoptado que no puede acceder a sus orígenes familiares es puesto en una situación de sufrimiento de la que corre

del progenitor o progenitores sustituidos”; y,

Art. 37 ley 19.620 “La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán”.

Este fundamental efecto de la adopción plena tradicional, ha comenzado a replantearse por resultar, en ocasiones, excesivo a la luz del interés superior del niño, sus derechos esenciales y su mejor desarrollo, dando cabida así a posibles alternativas de flexibilización o, incorporando otras formas de constituir la relación adoptiva. En la última hipótesis se encuentran las adopciones cooperativas o abiertas, caracterizadas por la colaboración y comunicación entre la familia biológica y la familia adoptiva desde el momento de la adopción o incluso antes, reconocidas en el sistema anglosajón, por ejemplo en Estados Unidos y Reino Unido. Cfr. GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, Op. Cit., p. 206 – 209.

Otro ejemplo lo constituye la regulación de la adopción en el CCyCom argentino que incorpora conjuntamente con la adopción plena, la adopción simple como vía para constituir la relación de adopción, véase arts. 627 y ss.

En la vía de atender alternativas que puedan flexibilizar el efecto de la ruptura absoluta con la familia de origen, ésta es contemplada sirviéndose de la vía judicial que conoce de cada situación concreta, dejando a esa reserva la posibilidad de dejar subsistente ciertos vínculos con la familia biológica que son de relevancia para el niño, en su estabilidad emocional y afectiva, así el art. 178.4 del CC español, tras la modificación operada en el año 2015 por el ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, dispone “Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años”.

En similar sentido el art. 235-47.4 del CCCat, que señala: “La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.

El CCyCom argentino, prevé la alternativa de flexibilización tanto para la adopción plena como para la simple, así en su art. 621: “Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”; en otra proyección de esta flexibilización, en respeto del derecho a la identidad del adoptado, el Art. 626 c) del mismo cuerpo legal, contempla excepcionalmente en el caso de la adopción plena, la posibilidad de mantener el apellido de origen.

el riesgo de padecer secuelas⁶⁷⁹. El ordenamiento jurídico debe dar una “respuesta congruente a la exigencia fundamental de hacer posible la reconstrucción del pasado del menor, indispensable para un pleno y completo desarrollo de su personalidad. De hecho, tal pasado cuando es negado y manipulado reaparece como fuente de dudas y temores. En cambio, si es transmitido por los padres adoptivos de manera positiva permite un correcto desarrollo del menor, comprendiendo su realidad junto a otros padres, diferentes a aquellos que le han abandonado”⁶⁸⁰.

El conocimiento del *status* de adoptado constituye la base de un proceso educativo idóneo para un armónico y completo desarrollo de la personalidad, consecuentemente, el derecho a ser informado es un instrumento fundamental para llevar a cabo su tutela y para generar y mantener relaciones equilibradas con los demás⁶⁸¹. La forma y momento de transmitir la información por los padres deberá guiarse conforme la madurez del hijo y la repercusión que pudiere generar en la integración en el núcleo familiar⁶⁸².

Se trata de un juicio de oportunidad efectuado por los padres en el que deberá valorarse la conveniencia, o no, de transmitir esa información al adoptado, se trataría así de una decisión discrecional en el ámbito de su potestad parental, en relación con lo que resulta más beneficioso para el niño, conforme su interés superior. Sin embargo, cabe aquí cuestionar si la *ratio* de la ley, sea precisamente reconducir el derecho del hijo sobre la información de su situación de hijo adoptivo a una iniciativa puramente discrecional de los padres.

⁶⁷⁹ Véase *supra* n. 569.

⁶⁸⁰ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María (2008), “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, en *Revista doctrinal aranzadi civil – mercantil*, N° 17/2008, parte estudio, p. 5.

⁶⁸¹ Aun cuando resulte evidente, importante es distinguir esta materia con el derecho que tiene la persona adoptada a que la información sobre su origen no sea divulgada, lo cual se vincula a su intimidad personal y familiar como otro de sus derechos inherentes. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional español, de fecha 17 de octubre de 1991, que declara “que la identificación del origen del adoptado ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo”. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *Op. Cit.*, p.6.

⁶⁸² *Cfr. Ibid.*, p.2.

Entre los modernos cuerpos legales que contemplan este deber, el Art. 235.50 del CCCat, incorpora expresamente la obligación de los padres de informar al hijo sobre la adopción, disponiendo “Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor; el CCyCom argentino, determina entre los principios generales de la adopción, el respeto por el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes -Art. 595 b – e-, consecuente con esta proclama, organiza el sistema de adopción, con su reconocimiento expreso en el Art. 596 que, en su inciso 4º se refiere al deber de los padres, señalando “Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente”. Este deber se cumplirá conforme los principios en materia de adopción, en atención al interés superior del niño y acorde su grado de madurez.

Si bien en ambos ordenamientos se contempla el deber de los padres de dar a conocer al hijo adoptivo su origen no biológico, no se contemplan consecuencias jurídicas expresas ante su infracción, explicado en el sistema argentino por “la imposibilidad de controlar el cumplimiento del deber y lo inadecuado de establecer un tiempo específico para hacerlo. Pero también, porque importaría un voto de desconfianza presumir que el secreto será lo que primará, cuando la modalidad del emplazamiento filial adoptivo [en nuestro país] es judicial, y generalmente es acompañada por la sociabilización del hecho con parientes y amigos de la familia”⁶⁸³. Se apunta a un trabajo preventivo y contextualizado durante el proceso de evaluación de los futuros adoptantes, el cual considera más saludable que una sanción legal ante un posible incumplimiento, cuya posibilidad de ocurrencia es reducida, si se tiene en cuenta el actual reconocimiento dentro de la sociedad del derecho a la verdad del origen de las filiaciones⁶⁸⁴.

⁶⁸³ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; et al, *Op. Cit.*, p.375

⁶⁸⁴ *Cfr. Ibid*, p. 376

La solución argentina, por los fundamentos esbozados anteriormente, y a diferencia de la regla contenida en el CCCat, opta por no determinar una edad para el cumplimiento de la obligación de revelar el origen por parte de los padres. En este sentido, la legislación catalana ha sido objeto de observaciones por la excesiva intromisión en la esfera familiar que representa y, por las dudas que pueden generarse acerca de los mecanismos de control para verificar su cumplimiento conforme la edad de los hijos⁶⁸⁵. En todo caso, cabe tener presente que la norma del CCCat en comento, incorpora también la consideración a la autonomía progresiva del niño, para que los padres puedan determinar conforme la madurez del niño el momento concreto de la revelación del origen de la filiación – antes de los 12 años-; y, el principio del interés superior del niño, que debe guiar el cumplimiento del deber y que puede justificar su excepción en situaciones concretas en que la revelación sea contraria a él.

La legislación española y la chilena, aun cuando no cuentan con disposición expresa que contemple el deber de información de los padres, si han incorporado el reconocimiento al derecho a conocer los orígenes en materia de adopción: en el Art. 180.5 del CC español⁶⁸⁶ y, en Chile, el Art. 27 de la ley 19.620⁶⁸⁷. Atendido que es un deber que corresponde a los padres, es posible incardinarlo con el ejercicio de la autoridad parental, la que orientada a la cabal satisfacción de los derechos esenciales de los hijos, por cierto comprende, en este caso, el derecho a conocer el origen de la filiación que los une y, el apoyo necesario en la búsqueda de las raíces que conseguirá la integración plena de su identidad y el desarrollo de

⁶⁸⁵ Cfr. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *Op. Cit.*, p. 23

⁶⁸⁶ Art. 180.5 cc español: “Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente”.

⁶⁸⁷ Art. 27, Inc. final ley N° 19.620: “Para este efecto, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”.

su personalidad -mismo predicamento que resulta aplicable en el caso de que el nacimiento del hijo proviniera de la utilización de TRHA heterólogas-. Fundado en normativa de rango constitucional en el caso español, Art. 39.3 CE, con desarrollo en el Art. 154 del CC español⁶⁸⁸; y, en Chile, conforme el Art. 222 del CC chileno⁶⁸⁹. En este sentido, BARCIA LEHMANN y RIVEROS FERRADA, señalan esta vía como la posición mayoritaria en doctrina para incardinar en el sistema jurídico el deber de informar de los padres⁶⁹⁰.

Variadas son las reflexiones que surgen en torno a este deber: en las legislaciones que lo contemplan expresamente, consideramos que se trata de un deber jurídico de contenido ético, la circunstancia que no se contemple un remedio jurídico específico en este ámbito del derecho ante su infracción, no hace variar su naturaleza. Ahora bien en relación con la conducta de los padres, su infracción se configura por omisión, pues no informan al hijo el origen no biológico de la relación paterno – filial que los une; y, cabe preguntarse, ante el incumplimiento de este deber, cabría el enfrentamiento de los padres para determinar la oportunidad de la revelación?; y si ambos padres están de acuerdo en no informar el origen, podría recurrirse a alguna instancia para obligar su conducta?; o, si sus opiniones son distintas, aquel padre que está por cumplir el deber podría exigir al otro que también lo cumpla?.

Fundamental es tener presente que si el involucrado es un niño, rol preponderante cumplirá su interés superior, el que por vía excepcional podría justificar la conducta omisiva de los padres, no obstante tratarse de un derecho inherente a las personas. Esta naturaleza del derecho a conocer los orígenes determina *per se* preferir todas aquellas soluciones que conduzcan a la revelación

⁶⁸⁸ Véase *supra* n.215, p. 91.

⁶⁸⁹ Art. 222 CC chileno: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

⁶⁹⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Op. Cit.*, p. 206.

del origen de la filiación. Ahora bien, con independencia de estas consideraciones, a falta de solución expresa, cuestionamientos surgen en torno a determinar una vía posible de recurrir para efectivizar y provocar la revelación por parte de los padres ante su omisión. La vía judicial aparece como una opción. En este sentido BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁶⁹¹, considera esta intervención, en la que el juez tratará de superar la controversia propiciando el acuerdo de los padres, buscando la solución más útil para el hijo, considerando también la unidad familiar. Para el caso que se mantenga la disputa, el juez deberá atribuir la decisión al padre que defiende la opción de informar si es conforme al interés superior del niño. Sustenta la autora esta posibilidad en el Art. 158 N°4 del CC español – referencia que entendemos al numeral 6°⁶⁹² de la citada norma, tras la modificación introducida por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia-, si la conducta de uno o ambos padres perjudica el desarrollo del niño, correspondiendo a la autoridad judicial, en definitiva, determinar las opciones en cada caso concreto. Si persiste la omisión, perjudicándose con ella al niño, señala como posible de aplicar una medida más drástica como el alejamiento temporal de la casa familiar y su acogimiento por otros miembros de la familia extensa o incluso por terceros. La misma autora da cuenta de que acudir a los mecanismos de tutela mencionados significa apoyar la tendencia del intervencionismo judicial en el ámbito familiar, reflexión de la cual participamos, considerando además que una medida tan radical como el alejamiento de los padres podría ahondar más el conflicto familiar, sin apreciar ningún aporte para la satisfacción de los derechos del niño involucrado. Precaver mecanismos de tutela integral que pudieren generar soluciones autocompositivas considerando los derechos y deberes de todos los miembros de la familia con un enfoque interdisciplinario, sería la solución más satisfactoria, para un eventual conflicto en el

⁶⁹¹ *Cfr.*, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *Op. Cit.*, p. 6.

⁶⁹² Art. 158.6 CC español “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 6°. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses”.

confluyen aspectos legales, psicológicos y afectivos. Esta vía de solución, por cierto se aleja de la vía judicial y posiciona a otro tipo de instituciones especializadas en el centro, para el caso de la adopción, el órgano público o privado que participó en el proceso de evaluación de los solicitantes y posterior adopción, sobre todo porque es en la primera etapa en que los padres deben estar conscientes de los particulares deberes que asumirán con sus hijos habidos mediante filiación adoptiva, además de los generales de toda relación paterno – filial. Ahora bien, para el caso de los hijos nacidos de las TRHA heterólogas, la única posibilidad sería dejar entregada tal labor educativa y de preparación a las instituciones de salud en las que se lleva a cabo el tratamiento médico y biogénético. Solución que debería considerarse, de modo estructural, en la normativa correspondiente.

En la actual normativa chilena que enmarca la aplicación del derecho de infancia – ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, ley N° 16.618 de Menores, código civil, ley N° 19.620 de adopción- no encontramos disposición legal que permita abocar el conocimiento al juez de familia, respecto la omisión de los padres de revelar el origen de la filiación a su hijo. La regulación administrativa, efectuada mediante el reglamento de la ley de adopción, tampoco cuenta con disposición al respecto. Sin embargo, el trascendente tema de la revelación queda comprendido en la labor de evaluación técnica de los solicitantes, su preparación como familia adoptiva y, el seguimiento y asesoría de cada caso, que corresponde desarrollar a los organismos que desarrollan programas de adopción. En definitiva, el cumplimiento del deber queda entregado a los padres, enmarcado en la autoridad parental, cuyo ejercicio debe ser guiado por el interés superior del hijo y la satisfacción de sus derechos inherentes.

El problema es que en ese ámbito de discrecionalidad, efectivamente puede configurarse la transgresión al derecho del hijo de conocer la verdad sobre el origen no biológico de su filiación, por lo cual consideramos que debe ser incluido en la norma, entre los deberes que corresponden a los padres adoptivos y aquellos que han recurrido a las TRHA heterólogas, conforme el interés superior del hijo y su

grado de madurez, estableciendo mecanismos que tutelen el cumplimiento del deber y aborden el conflicto de modo integral en caso de infracción.

En el ordenamiento jurídico italiano, la adopción se rige por la ley 184/1983, de 04 de mayo, de derecho del menor a una familia, modificada por la reforma operada por la ley 149/2001, de 28 de marzo, que aunque mantiene una visión conservadora, “sobrevive en un sistema legal nuevo, más abierto, integrado en la corriente general que demanda una mayor atención a la personalidad individual del menor adoptado [...]. En línea con esta idea de desarrollo y de promoción –no ya solo protección- del menor, recoge la ley italiana varias medidas destinada a dar mayor protagonismo al niño en el proceso adoptivo[...]”⁶⁹³. En este contexto, y acogiendo la opinión unánime de los especialistas en la materia por considerarlo un elemento indispensable en el desarrollo emocional del niño, el Art. 28 consagra en términos casi absolutos el derecho del adoptado a conocer el origen real de su filiación, refiriendo en el numeral primero el deber de los padres de informar al hijo su condición en la forma y momento más oportuno⁶⁹⁴. En su análisis, AGUILAR RUIZ, señala “en buena lógica, el legislador ha decidido confiar a los padres adoptivos (sin necesidad alguna de intervención judicial ni de los servicios sociales comunitarios) la tarea de valorar cuando ha alcanzado su hijo el grado de madurez suficiente como para conocer y aceptar la verdad sobre su origen, sin que ello altere de manera grave su equilibrio y desarrollo emocional”⁶⁹⁵. Se plantea la autora frente a la ambigüedad de la norma que no consagra consecuencia por la falta de cumplimiento del deber que indica, si el propósito del legislador fue establecer verdaderamente un deber jurídico para los padres adoptivos a integrarse en el elenco de deberes en materia de patria potestad, sino solo trasuntar una obligación moral, entregada a la discrecionalidad de los padres. Consideramos que si el deber ha sido recogido en una disposición legal, se convierte en un deber

⁶⁹³ AGUILAR RUIZ, Leonor (2006), “El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia”, en *Actualidad civil*, N°6, sección a fondo, quincena del 16 al 31 de marzo, tomo 1, p. 648.

⁶⁹⁴ Art. 28.1 *Legge 4 maggio 1983, n.184 “Il minore adottato e’ informato di tale sua condizione ed i genitori adottivi vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono piu’ opportuni”*.

⁶⁹⁵ AGUILAR RUIZ, Leonor, *Op. Cit.*, p. 649.

jurídico, aun cuando su contenido sea moral, con independencia de si el mismo ordenamiento le atribuye posibilidad de cumplimiento compulsivo o no; o, si atribuye sanciones específicas ante su incumplimiento⁶⁹⁶.

Respecto los medios de tutela que pudieren existir para provocar la revelación de la información por parte de los padres, en la doctrina italiana⁶⁹⁷ se ha propuesto recurrir a la instancia judicial, conforme el Art. 333 del CC italiano⁶⁹⁸ – disposición que también fue modificada por la ley 149/2001, de 28 de marzo-, en mérito de la cual el juez, ante conductas perjudiciales para el niño, por parte de sus padres, puede adoptar las medidas que considere oportunas. Instancia judicial que se provocará mediante el procedimiento indicado en el Art. 336⁶⁹⁹ del mismo cuerpo legal, que mira a la protección de los intereses del hijo, en que se deberá tener en cuenta fundamentalmente el interés superior del hijo, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva. Similar a la vía propuesta por la doctrina española que comentamos, y a la que sumamos las observaciones ya planteadas.

Siendo parcial o inexistente la regulación del deber de los padres de informar el origen de la filiación a sus hijos adoptivos, en las legislaciones nacionales, podríamos continuar el análisis con la normativa supranacional que

⁶⁹⁶ Recordemos en esta materia las reflexiones efectuadas en la parte primera de este trabajo acerca de la incorporación de preceptos éticos en el orden legal, en el ámbito del derecho de familia, véase *supra* pp. 48 – 49.

⁶⁹⁷ PETRONE, Marina (2004), *“Il diritto dell’adottato alla conoscenza delle proprie origine”*, Giuffrè, 1ª ed., Milan, p. 31.

⁶⁹⁸ Art. 333 CC italiano: *“Condotta del genitore pregiudizievole ai figli. Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall’articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l’allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l’allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento”*.

⁶⁹⁹ Art. 336 CC italiano: *“Procedimento. I provvedimenti indicati negli articoli precedenti sono adottati su ricorso dell’altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato. Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore, questi deve essere sentito. In caso di urgente necessità il tribunale può adottare, anche d’ufficio, provvedimenti temporanei nell’interesse del figlio. Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore, anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge”*.

reconoce el derecho a la identidad y su proyección en el derecho a conocer los orígenes, en materia de adopción. Adelantamos ya una conclusión, los instrumentos internacionales no aportan mayor sustrato en el desarrollo de este deber ni en consecuencias jurídicas ante su infracción, dejando en manos de la legislación de cada estado la regulación, en general, de este derecho.

Dos cuerpos legales nos parecen de especial relevancia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional. El Art. 7º individualiza algunos de los elementos de esta prerrogativa, entre ellos, el derecho “en la medida de lo posible”⁷⁰⁰ de conocer a sus padres, podemos apreciar que no se lo reconoce como un derecho absoluto, la posibilidad de conocerlos vendrá determinada por la regulación de cada estado. Otro tanto podemos decir de los Arts. 16.2 y 30 del referido Convenio de la Haya, la primera de las disposiciones que indica que en el informe que debe remitir la autoridad central del país de origen del niño al país de recepción debe “procurar no revelar la identidad de la madre y del padre si dichas identidades no pueden revelarse en el estado de origen”; la segunda de las normas citadas busca asegurar que el niño o sus representantes tengan acceso a la información relativa al origen del niño, principalmente la identidad de los padres y el historial médico, en la medida que sea autorizado por la ley del estado receptor. Menester es concluir de lo anterior, que en éste tampoco se consagra un derecho absoluto de conocer los orígenes, el que también se subordina a la regulación local. No obstante la importante consagración de la prerrogativa, parte de la doctrina⁷⁰¹ ve en ello una protección del derecho a la identidad en la adopción, sólo programática que, en definitiva dependerá de la legislación de cada estado.

La revisión de acuerdos internacionales en el plano regional, nos conduce a similares conclusiones, el Convenio europeo en materia de adopción de

⁷⁰⁰ Sobre el alcance de esta frase, véase *supra* pp. 166 – 167.

⁷⁰¹ GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p. 356.

menores, hecho en Estrasburgo con fecha 27 de noviembre de 2008⁷⁰², en su Art. 22 reconoce el acceso a la información y las modalidades de su transmisión, no obstante considerar expresamente en el numeral 5º el derecho de la persona a conocer su identidad y sus orígenes, disponiendo la conservación de las informaciones relativas a una adopción, al menos cincuenta años desde que ésta se haya hecho definitiva, considera la regulación de los estados parte en que existe el derecho de los padres de origen a que no se divulgue su identidad, radicando en la autoridad competente, en la medida que la ley lo permita, determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre la identidad, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen (Nº3). Los documentos obtenidos conforme el acceso a la información, que contengan extractos de registros públicos, no pueden revelar expresamente la adopción ni la identidad de los padres de origen (Nº4).

En particular, el derecho a ser informado sobre el origen de la filiación respecto los nacidos mediante la utilización de TRHA, ha tenido su reconocimiento en el código civil y comercial argentino, al respecto KRASNOW ha señalado, “como al concretarse la fecundación se inserta otra persona al vínculo médico paciente, el código la protege garantizando su derecho a ser informado en lo que se refiere a su origen”⁷⁰³, aun cuando la autora trata la materia en el contexto del consentimiento informado de quienes se someten a estas técnicas de reproducción, su importancia radica en destacar la existencia de un nuevo ser a quien debe ser garantizada la protección de los derechos que le son inherentes. Para la referida autora no resulta vulnerado este aspecto sustantivo del derecho a la identidad en el supuesto de un vínculo de filiación sustentando en la voluntad procreacional del uso de las TRHA heteróloga, “si en paralelo se garantiza el derecho acceso a la verdad del origen por una vía autónoma”⁷⁰⁴. En efecto, en el Libro II del CCyCom argentino, dentro del título de la filiación, dedica el capítulo segundo a las reglas relativas a la filiación por

⁷⁰² Ratificado por España BOE 13 de julio de 2011.

⁷⁰³ KRASNOW, Adriana (2016), *Op. Cit.*, p. 76.

⁷⁰⁴ KRASNOW, Adriana (2017), *Op. Cit.*, p. 183.

técnicas de reproducción humana asistida, destacando la voluntad procreacional y regulando los diversos consentimientos informados, que respecto del nacido, cuando se trata del uso de estas técnicas con material aportado por donantes, llevan a diferenciar su identidad genética de su identidad filial legal, acorde la regulación contenida en la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, que permite la donación tanto de gametos como de embriones⁷⁰⁵. En particular, el derecho del nacido mediante estas técnicas de ser informado de su origen en la modalidad heteróloga de reproducción asistida se ha consagrado en el Art. 563, que dispone “La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”; determinando el contenido de la información a que se tendrá acceso en la disposición siguiente⁷⁰⁶, distinguiendo entre información no identificatoria, en que interviene el centro de salud en que se llevó a cabo el proceso, cuando es relevante para la salud de la persona; de la identificatoria que es excepcional y solo procede por razones debidamente fundadas”, ha optado así la legislación argentina por no establecer un derecho absoluto a favor del hijo, respecto su derecho a conocer identidad de los aportantes del material genético.

Del deber de los padres de informar al hijo no existe referencia alguna, el que como comentamos anteriormente sólo podría incluirse entre los deberes de contenido, ahora sí, moral, que comprende la responsabilidad parental⁷⁰⁷. En este sentido HERRERA, CAMELO y PICASO, apuntan “El CCyCom promueve y

⁷⁰⁵ Véase, HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; et al, Op. Cit., p. 286

⁷⁰⁶ Art. 564 CCyCom argentino “A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a. Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b. Revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

⁷⁰⁷Art. 638 CCyCom argentino “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los pro- genitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

protege toda información para que la persona pueda saber que se ha nacido de TRHA con material de un tercero, lo cual queda, lamentablemente, sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud para que las personas comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado. El control estatal de este compromiso que deberían prestar los padres al firmar el consentimiento informado es bastante endeble porque a diferencia de la adopción, que tramita mediante un proceso judicial, este deber queda plasmado en un instrumento que integra un proceso administrativo⁷⁰⁸. Por cautelar el mismo derecho esencial de la persona, base del desarrollo de la personalidad, no existe razón para establecer diferencias con el tratamiento jurídico que se le da en materia de adopción.

En el sistema español, la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el Art. 5.5, tras establecer que la donación será anónima, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, establece el derecho de los hijos a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, solo excepcionalmente, en las circunstancias extraordinarias que indica podrá revelarse la identidad de los donantes. No existe referencia al derecho de los hijos de ser informados del origen de su filiación, como una primera etapa dentro del derecho a conocer sus orígenes, valgan aquí los comentarios anteriormente efectuados respecto la regulación argentina.

El derecho chileno, no cuenta con regulación relativa a las técnicas de reproducción humana asistida, no obstante su urgente necesidad, pues el avance global de la biomedicina ya se ha posicionado, dando lugar a controversias de alcance jurídico que han debido ser resueltas, a falta de regla específica, conforme la normativa general, aplicándola en consideración de los derechos esenciales de las personas, en particular de los niños y de su interés superior y, los principios

⁷⁰⁸ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; et al, *Op. Cit.*, p.293.

transversales en materia de familia e infancia⁷⁰⁹. La única disposición relativa a la materia se encuentra contenida en el Art. 182⁷¹⁰ del CC, entre las reglas generales en materia de filiación. En el aspecto cuyo análisis nos aboca, no existe en esta materia referencia específica al derecho a conocer los orígenes de los nacidos mediante el uso de estas técnicas.

Como aportan MUÑOZ y VITTOLA, para ejercer el derecho a conocer los orígenes por parte del nacido mediante TRHA heterólogas “se debe haber tomado conocimiento acerca de cómo fue la concepción, es decir, disponer de información que alguien debe propiciar. En otras palabras, si los progenitores no dicen nada al hijo sobre el origen de su concepción, éste no tiene manera, más allá del descubrimiento casual, de cuestionarse sus orígenes, excepto en supuestos fácticos donde tal cuestionamiento sea una obvia consecuencia de la propia organización familiar (monoparental u homoparental). El legislador, por lo tanto, deberá facilitar el ejercicio de este derecho a toda persona que desee conocer, ya sea regulando un deber de informar a los hijos sobre el origen biológico o la forma de concepción, o permitiendo que este dato conste en un documento separado del Registro Civil, o bien en el historial clínico del hijo”⁷¹¹.

Como conclusión, con independencia del reconocimiento en la legislación del deber de los padres de informar el origen de la filiación a sus hijos y

⁷⁰⁹ “Chile no cuenta con una ley especial sobre dichas técnicas, si bien existe alguna regulación de carácter administrativo para el sistema público de salud. En la práctica, esta falta de regulación ha sido suplida por la autorregulación de los centros clínicos y por sus términos contractuales. Aquellos centros que son miembros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida se adhieren a un marco consensuado por la comunidad médica internacional, la cual fija una especie de protocolo. No obstante, no hay una norma común”, ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2017), “Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación”, en *IUS - Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla AC*, vol. 11, N°39, p. 9; respecto este vacío legislativo y la necesidad de regulación en el derecho chileno, véase JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013), “Las filiaciones no biológicas derivadas de la aplicación de TRHA”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, p. 103.

⁷¹⁰ Véase *supra* n. 399.

⁷¹¹ MUÑOZ, Rosalía; VITTOLA, Leonardo (2017), “El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo”, en *IUS - Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla AC*, vol. 11, N°39, pp. 7 – 8.

la existencia de consecuencias jurídicas específicas ante su incumplimiento, como un primer nivel de desarrollo de este derecho inherente a las personas, lo importante es prevenir las consecuencias dañosas que esa falta de conocimiento al ser revelada pudiere ocasionar a la persona adoptada o nacida mediante la utilización de TRHA heteróloga⁷¹².

Ahora bien, cabe preguntarse si ante el incumplimiento del deber de informar de los padres el origen genético de la filiación, sea que expresamente se contemple en la normativa o se derive del ejercicio de la potestad parental, ante el silencio u ocultamiento de esta verdad por parte de los padres, que al revelarse por otros medios, *vgr.* información proveniente de terceros o, ante sospechas el recurso al órgano administrativo, en el caso de la adopción, provoca daños de carácter existencial en el hijo, relativos a la sana y total construcción de su identidad personal, sea posible recurrir a las reglas de la responsabilidad civil en el ámbito familiar.

El examen doctrinario arriba a la respuesta afirmativa, considerando que los daños que se pueden causar por la falta de conocimiento del origen, lesionan el derecho a la identidad personal. “Un daño injusto a la identidad personal puede derivar en el resarcimiento de un daño moral, si éste provocó una modificación disvaliosa en el espíritu[...]⁷¹³.

El derecho a reclamar la reparación de este daño causado responde al principio general *alterum non laedere*, el que como hemos analizado, enmarcado dentro del ámbito familiar, particularmente en las relaciones paterno – filiales, debe entenderse conforme a las reglas y principios del derecho de familia. Al respecto Marisa HERRERA, señala “en este campo, donde está en juego el respeto por un derecho humano, como el derecho a la identidad -más precisamente el derecho a conocer los orígenes- debe ingresar la teoría de la responsabilidad civil. De esta

⁷¹² Véase, JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz, *Op. Cit.*, pp. 164 – 165.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 162.

manera el supuesto en estudio pasaría a ser otra causal de reparación dentro o relativa del derecho de familia, viendo así ampliado su campo de aplicación. Es decir, el abanico de situaciones que podrían dar lugar a la dñada responsabilidad civil y familia”⁷¹⁴. Participando de la misma postura ZABALZA y SCHIRO⁷¹⁵.

Para VALLES AMORES, analizando los daños provocados en la adopción, “los presupuestos para que surja responsabilidad civil se dan cumplidamente en estos casos”⁷¹⁶.

En el análisis particular que podemos efectuar respecto los elementos de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, concluimos:

- el hecho generador está constituido por la omisión del deber de comunicar al hijo el origen de su filiación;
- la gravedad de la conducta, que será determinante para la procedencia de la responsabilidad en el ámbito familiar, resulta evidente por tratarse de un derecho esencial del hijo, parte sustantiva del derecho a la identidad, directamente relacionado con la dignidad humana.
- El elemento de imputación subjetivo podrá constituirse por dolo o culpa, no obstante que aunque pudiere encuadrarse en la hipótesis de negligencia, éste correspondería a una falta grave en la diligencia que corresponde a los padres en ejercicio de sus deberes parentales que apuntan a la protección y desarrollo de los derechos esenciales de los hijos.
- El daño causado será de naturaleza extrapatrimonial, expresado en dolor, desazón espiritual, frustración del pleno desarrollo de la personalidad, falta de raigambre y la necesidad de empezar a reconstruir su identidad, pudiendo comprometer la salud psicológica. En síntesis la esfera

⁷¹⁴ HERRERA, Marisa (2008), *El derecho a la identidad en la adopción*, tomo II, Ed. universidad, 1ª ed., Buenos Aires, p. 216.

⁷¹⁵ ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, María Victoria, *Op. Cit.*, p. 10.

⁷¹⁶ VALLES AMORES, María (2013), “La aplicación del derecho de daños en la institución adoptiva”, en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed. Madrid, p.472.

existencial de la persona, pudiendo trascender a otros daños de carácter biológico.

- La relación de causalidad directa viene dada por cuanto de haber cumplido los padres su deber de información conforme el interés superior de su hijo y su grado de madurez no se hubiere provocado el sufrimiento y la desazón existencial ante la revelación de su origen antes oculto, cualquiera sea la vía por la cual llegó a acceder a esa verdad.

Capítulo Cuarto

Reflexiones en torno a la responsabilidad civil y al derecho a la identidad en la filiación

1. Coexistencia de remedios específicos y responsabilidad aquiliana

En el capítulo III de la primera parte de este trabajo, referido al conflicto familiar y sus consecuencias jurídicas, tuvimos oportunidad de plantear las hipótesis de incumplimiento de deberes familiares para los cuales, el ordenamiento jurídico determina remedios específicos orientados como sanción al infractor. Particularmente en la relación filial, aludimos a la privación de los derechos del padre o madre respecto del hijo, manteniendo, por cierto, todos los deberes y obligaciones en su favor⁷¹⁷.

La existencia de estas reacciones a lesiones tipificadas en el ámbito familiar, sustentaron en la doctrina tradicional la improcedencia de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en él, precisamente por esta particular característica de especificidad de sus remedios jurídicos. La solución, sin embargo apunta no ha excluir, sino a entender como complementarias ambas vías, en el caso que se configuren los supuestos previstos por el legislador, para las primeras; y, se cumplan los requisitos de la segunda, adaptados según las reglas y principios del derecho de familia. En tal caso, el miembro de la familia que sufre el daño, titular del interés jurídicamente protegido -o su representante legal, en caso de ser menor de edad- cuenta con todas las herramientas contempladas por el sistema legal, ya sea para solicitar la aplicación de la sanción típica, en el caso que nos aboca respecto la relación de filiación, ya para perseguir la reparación del daño en familia. Así, se constatan situaciones en que habitualmente podrán coexistir ambas pretensiones, por ejemplo, en la determinación judicial de la paternidad no

⁷¹⁷ Véase, *supra* pp. 33 – 35.

matrimonial ante la negativa del padre a reconocer la filiación biológica, la hipótesis se encuentra tipificada tanto en el código civil español (Art. 111.2 CC español); catalán (Art. 235-14.1.b); y, chileno (Art. 203 CC chileno), estableciéndose como remedio específico, la pérdida de los derechos emanados de la filiación para los padres y, la eficacia limitada de su declaración. Pero además hemos analizado, cómo en tal caso resulta lesionado el derecho a la identidad del hijo que podría reclamar su íntegra reparación, mediante la acción de indemnización de perjuicios.

Sin embargo, no todas las hipótesis que hemos venido revisando cuentan con tan nítido desenlace, piénsese en el deber de los padres de informar a los hijos su origen en la filiación adoptiva o, en aquella proveniente de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida con intervención de donantes, en que carecen los ordenamientos de un remedio típico específico, pudiendo vislumbrarse su desarrollo al alero de la aplicación de los deberes emanados de la responsabilidad parental; y en que, además, su proyección no va tanto por el lado de reaccionar ante la conducta de los padres, sino en alcanzar la plena construcción de la identidad, debiendo el sistema legal articular los mecanismos para acceder a la información pertinente, sin que con ella resulte afectada la filiación ya determinada jurídicamente; o, la situación que viven los hijos cuya madre ha ocultado su verdadera paternidad, habiéndose regido por una paternidad matrimonial que no le corresponde.

Es que en el ámbito filial, vinculado con el derecho a la identidad, en tanto derecho de la personalidad inherente a los seres humanos, es posible que el afectado tenga más interés en poner fin a la lesión, que en su posterior reparación por la vía de la indemnización⁷¹⁸, en que debemos además considerar que el de la familia es un ámbito de relaciones afectivas, en que ese vínculo trasciende a la posible compensación económica de los daños sufridos.

La anterior reflexión ha tenido una clara manifestación fáctica en la

⁷¹⁸ Cfr. SAINZ-CANTERO CAPARROS, M^o Belén; PEREZ VALLEJO, Ana María, *Op. Cit.*, p. 217.

consolidación de la vía judicial, por parte de los afectados, para obtener la reparación de los daños derivados de la falta de reconocimiento de un hijo; la que, sin embargo, no se ha validado como camino a seguir en casos de ocultamiento del origen no matrimonial de los hijos; o, respecto los padres que no informan al hijo el origen de su filiación, en tanto no hemos llegado a tener conocimiento de la existencia de decisiones judiciales por indemnizaciones de perjuicios deducidas contra la madre o, los padres, según el caso, por lo que, mayormente, hemos debido efectuar su análisis desde una base teórica doctrinal.

Lo anterior marca una diferencia objetiva con el derecho de contenido puramente patrimonial y lleva a preguntarnos sobre la viabilidad de aplicar a todo evento las reglas de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, creemos que es una cuestión que será abordada en cada caso concreto y en que la decisión judicial, como hemos venido sosteniendo, también deberá ser adoptada conforme se plantee en la circunstancia específica, teniendo de base los principios propios del derecho de familia y, particularmente, el interés superior del niño conforme su autonomía progresiva, si existe vinculación con menores de edad.

En este escenario, sí consideramos pertinentes los aportes efectuados por la doctrina y la reflexiones que han orientado las decisiones judiciales, en orden a integrar medidas que resulten eficaces para salvaguardar y proteger situaciones de desmedro que pueden configurarse respecto de los hijos y su identidad personal. Vemos tal propósito, por ejemplo, en la responsabilidad por la mantención del otrora reconocido hijo respecto del cual, tras la ruptura sentimental con la madre, se impugna exitosamente la filiación paterna; en el sometimiento a una mediación para el caso de los padres que no dieron a conocer al hijo el origen de su filiación; o, en la ponderación del interés superior del hijo en la determinación del orden de sus apellidos, para el caso de filiación paterna reclamada tardíamente.

Como hemos comentado, los principios del moderno derecho de familia permiten adaptarse al caso concreto, procurando alcanzar en cada decisión

particular el máximo beneficio para las personas vinculadas, teniendo preferente consideración el interés de los niños. Sin embargo, no todo puede dejarse a la ponderación judicial vía aplicación de principios, es necesario también, incorporar en la normativa medidas que contribuyan a la protección y desarrollo de la identidad personal en el ámbito filial, algunas propuestas como de *lege ferenda* por la doctrina –según hemos revisado a lo largo de esta segunda parte-, contemplándolos como mecanismos propios del derecho de familia, con independencia del recurso al estatuto de la responsabilidad civil en caso de configurarse sus requisitos.

2. Aportes a la regulación jurídica del derecho a la identidad en materia de filiación en el ordenamiento chileno

Si bien en el estado actual del ordenamiento jurídico chileno, es posible atender los casos que comienzan a plantearse judicialmente, relativos al derecho a la identidad, con las normas base del orden interno y aquellas que provienen de la normativa contenida en tratados internacionales ratificados por Chile, es posible constatar ciertas deficiencias en su tratamiento y regulación.

Así, en materia de filiación y, particularmente, en su incardinación con el derecho a la identidad de los hijos, es posible sugerir ciertos aportes, orientados desde la regulación civil, con el objeto de completar el tratamiento de esta prerrogativa esencial del desarrollo de las personas, contribuyendo a la articulación de un sistema que le otorgue la efectividad requerida. En este orden de ideas, podemos plantear las siguientes observaciones:

- Aún cuando en el orden jurídico interno chileno, el derecho a la identidad se desprende del Art. 1º de la Constitución Política, en la consagración de la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento nacional, su reconocimiento explícito, dentro de la normativa civil, aportaría en la configuración de su fisonomía autónoma como un derecho de la personalidad, para cuya tutela jurídica es posible

la utilización de todos los mecanismos de prevención y reparación dispuestos por el sistema normativo.

- Entre las consecuencias jurídicas de la filiación y la determinación de los apellidos del hijo, en tanto elemento que constituye su identificación, relevante sería incorporar, expresamente, dentro de la normativa que rige el registro civil de las personas, el interés superior del niño como directriz que permita orientar decisiones respecto el orden de los apellidos en situaciones en que pueda verse afectada su identidad personal.
- La incorporación expresa del derecho de los hijos a conocer su origen biológico, componente de la identidad personal, que adquiere especial protagonismo en materia de adopción y, respecto los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida con intervención de terceros distintos de los padres que han determinado jurídicamente su filiación. Como en Chile la adopción se encuentra regulada en una ley especial, fuera del código civil, es precisamente esa normativa la que debe considerar esta prerrogativa fundamental de las personas; mismo reconocimiento que debiera existir en la ley –actualmente inexistente- que regule las técnicas de reproducción humana asistida.
- El conocimiento de los orígenes, en tanto derecho esencial de las personas, debe contar con una acción reconocida sustantivamente, que permita asegurar su satisfacción la que, sin originar efectos filiales en relación con la familia de origen o los intervinientes en un proceso de fecundación asistida, sí busca cumplir con el interés legítimo de integrar la identidad de una persona, permitiéndole con ello el pleno desarrollo de su personalidad. Acción que debe consagrarse con independencia de la filiación jurídicamente determinada y sin efectos sobre ésta.
- En este contexto y en un plano de directa incidencia de los padres, la incorporación de su deber de informar a los hijos el origen de su filiación, posicionándolo fuera del ámbito puramente discrecional, para incardinarlo con el ejercicio de su

responsabilidad parental a objeto de propiciar su cumplimiento, conforme el principio del interés prevalente del hijo y su grado de madurez.

- Con el objeto de resguardar debidamente a las personas adoptadas o nacidas mediante la utilización de TRHA con intervención de terceros donantes, contemplar expresamente su derecho de acceder a la información de su origen y, dentro de las herramientas que el sistema jurídico le provea al efecto, incorporar en la normativa del registro civil, la constancia del origen de la filiación en el sistema registral del nacimiento, lo cual requiere guardar la debida armonía con las normas en materia de adopción, efectuando las adecuaciones pertinentes, y respecto las técnicas de reproducción humana asistida, considerándola en una futura regulación. En este sentido, para la primera, conforme la ley vigente (Art. 26 ley 19.620), ejecutoriada la sentencia que concede la adopción se ordena la práctica de una nueva partida de nacimiento, con las menciones que la misma sentencia indica, quedando la partida de nacimiento anterior archivada conjuntamente con los antecedentes de la adopción, silenciándose con ello la filiación de origen, en lo cual no se presenta como una regulación respetuosa del derecho a la identidad, correspondiendo su modificación.
- Si bien del Art. 182 del CC chileno, es posible desprender un reconocimiento a la voluntad procreacional del hombre y la mujer que se someten a las técnicas de reproducción humana asistida, en caso de producirse la generación con gametos aportados por terceros –aun cuando conforme la historia de la ley no haya buscado comprender esta hipótesis, la que resulta incluida por la vaguedad del precepto-, su inteligencia no alcanza a satisfacer todas las situaciones fácticas que comienzan a presentarse, de las cuales incluso ya han empezado a conocer los tribunales de justicia.

Su ambiguo sentido y la inseguridad jurídica en que quedan variedad de supuestos de fertilización asistida, con directa incidencia en la determinación de la filiación de las personas y en su derecho a la identidad, hace necesario contar con una ley

que regule las técnicas de reproducción humana asistida, la que entre sus ocupaciones centrales en estos temas, debería normar el uso de estas técnicas, pronunciándose sobre la posible intervención de terceros donantes de gametos y/o embriones y, de adoptarse su procedencia, la alternativa del anonimato a su respecto o, la constancia de sus datos genéticos y/o identificatorios, sea con acceso general o restringido, debiendo en este último caso determinarse las situaciones de excepción; el reconocimiento expreso del deber de los padres de informar el origen de su filiación al hijo nacido mediante el uso de estas técnicas, considerando el principio de su interés superior conforme su autonomía progresiva, incorporando las directrices para la labor educativa y de preparación de los padres que eligen esta vía de generación de descendencia; y, el reconocimiento de la voluntad procreacional, para el caso de la técnica de reproducción asistida con implantación del embrión en una mujer gestante, en el evento que sea considerado pronunciarse sobre la maternidad por subrogación.

Ciertamente, las observaciones planteadas no aportan una regulación exhaustiva de aquellos sustratos que conforman el derecho a la identidad en materia de filiación -las acciones de filiación, el sistema registral, la adopción o, las técnicas de reproducción humana asistida-, la que entendemos es fruto de una reflexión social, ideológica y jurídica que debe ponderar los diversos intereses comprometidos y, principalmente, el interés superior del hijo, bástenos contribuir, por ahora, con estas breves consideraciones a objeto de comenzar a perfilar una regulación respetuosa de los derechos esenciales de las personas, especialmente, del derecho a la identidad personal en el orden filial.

CONCLUSIONES

1. La familia se perfila actualmente como un fenómeno heterogéneo, en que convergen aspectos sociales, culturales y jurídicos y, en la que también incide el desarrollo científico y biomédico, al cual el derecho debe abocarse, posicionando en su centro a la persona, con pleno respeto a la dignidad que le es inherente y, a los derechos que le son esenciales, entre estos, uno que reviste especial conexión con la relación filial, por constituir ésta uno de sus componentes: el derecho a la identidad personal.
2. La necesidad vital de conocer de quien se proviene, teniendo como sustrato la dignidad humana, apoya la construcción y el desarrollo de la identidad personal, ubicando al sujeto en un contexto único, desde el cual se determina, forjando además su existencia relacional para con los otros.
3. En los distintos ordenamientos jurídicos, la consagración de la verdad material por sobre la verdad formal, base del actual sistema filial, trasciende hasta convertirse en regla, sin embargo, la máxima de convergencia entre la filiación biológica y la filiación jurídica, no es absoluta, *vgr.* en la adopción o, respecto las personas nacidas mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida con intervención de donantes, en que la determinación jurídica se traslada, respectivamente, al acto que la constituye o, a la voluntad de la procreación. Correspondiendo al derecho de familia, también en estos casos, articular los medios que posibiliten el acceso a la verdad biológica, evitando cualquier injerencia que entorpezca el derecho a conocer el origen.
4. En esta materia, cada vez que el individuo desconozca su verdadera filiación o que ésta se modifique u, oculte, se perjudica su pleno desarrollo, con

consecuencias que afectan, primeramente, su esfera personal y psíquica, pudiendo incluso ser fuente de detrimento en su salud mental, pero que también pueden perjudicar su ámbito patrimonial, al verse éste privado de expectativas viables de haber sido incorporado en una determinada familia, pues su *status familiae* también se conculca.

5. Sin contar con una regla expresa que haga aplicable el estatuto de la responsabilidad civil por daños a las lesiones acontecidas en el ámbito familiar, como las relativas al derecho a la identidad en la filiación, sostenemos su procedencia pues no existe dentro del derecho, un halo de inmunidad que permita, en general, abstraerse de la obligación de indemnizar los daños causados cuando éstos tengan lugar al interior de la familia.
6. El derecho de familia se abre así a recepcionar el estatuto de la responsabilidad civil por daños, el que debe encuadrarse a los objetivos y principios propios de esta rama del derecho civil, teniendo la precaución de no llegar a desnaturalizar, por esto, las reglas legales establecidas para obtener la reparación. Especial importancia tendrá, en la relación paterno – filial, la consideración primordial al principio del interés superior del hijo.
7. En el examen de los elementos de la responsabilidad civil por daños, en armonía con las reglas del derecho de familia, podemos referir: la imputabilidad objetiva, que queda constituida por acción u omisión, exigiéndose gravedad en la conducta, carácter que resulta configurado en el caso de lesión a un derecho de la personalidad, en tanto derecho esencial; la imputabilidad subjetiva, que puede provenir tanto del dolo, como de la culpa, aplicándose, en este último caso, un estándar promedio de diligencia adaptado al caso concreto; y, el daño que, en en lo relativo al derecho a la

identidad en la relación filial, admite particulares proyecciones, tanto en su contenido no patrimonial, como patrimonial.

Deseable además en este contexto, el reconocimiento de los derechos de la personalidad en la regulación sustantiva – en tanto prerrogativas de posible vulneración en las relaciones de familia- y, el establecimiento de normas expresas que cautelen las pretensiones indemnizatorias que pudieren deducirse, suspendiendo el plazo de prescripción de la acción de daños, mientras se mantenga en ejercicio la potestad a la que el legitimado activo se encuentra sometido, por ejemplo, el hijo respecto la potestad parental.

8. En la revisión a las diversas legislaciones que hemos efectuado en el desarrollo de la investigación, constatamos que en los últimos decenios se ha abierto camino el reconocimiento del derecho a la identidad y de algunos de sus componentes, sin embargo, las normativas, en general, carecen de un tratamiento sistemático, apreciándose una regulación que no es uniforme ni completa.

9. Se torna pertinente y necesario que los ordenamientos superen la reglamentación fragmentaria, para dar paso a un tratamiento que integre coherentemente los diversos aspectos que conforman la identidad personal, observaciones que hemos pormenorizado en el caso de la legislación chilena, las que exigen considerar una regulación acorde la realidad social y los avances biomédicos, teniendo como centro a la persona y los derechos que le son esenciales para alcanzar su máximo desarrollo.

10. Finalmente, hemos podido confirmar la tesis propuesta al inicio de la presente investigación, respecto la procedencia de aplicación del estatuto de la responsabilidad civil extracontractual en el contexto familiar, con el objeto de reparar los daños ocasionados al derecho a la identidad de los hijos en materia de filiación. No obstante, cabe preguntarnos sobre la viabilidad de su utilización en todos los supuestos de análisis que estructuramos y, en que, creemos queda aún por aportar para consolidar un orden jurídico que de plena satisfacción al derecho de la identidad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, Salomé y BERASTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana, “La adopción internacional: una nueva migración”, en *Revista migraciones* N°8, 2000.

AGUILAR RUIZ, Leonor, “El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia”, en *Actualidad civil*, N°6, sección a fondo, quincena del 16 al 31 de marzo, tomo 1, 2006.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho civil - Derecho de familia*, tomo IV, Bosch, 7º ed., Barcelona, 1996.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mª Mercedes, “Reconocimiento de la filiación por complacencia”, en *Revista la ley derecho de familia*, N° 9, primer trimestre, 2016.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Ed. imprenta universitaria, 1ª ed., Santiago de Chile, 1943.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, vol. I, Ed. jurídica de Chile, 8ª ed., Santiago de Chile, 2011.

ALGARRA PRATS, Esther, “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2013.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, en *Revista doctrinal aranzadi civil – mercantil*, N° 17/2008, parte estudio, 2008.

BARCELO DOMÉNECH, Javier, “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2013.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2011.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina, “El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir.), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2013.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVERA RESTREPO, José, “En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?”, en *Ius et praxis*, N°2, 2015.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2010.

BOSQUEZ HERNÁNDEZ, Gerardo, “Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales. El *dies a quo* para ejercer la acción es el momento en que concluye el derecho del padre a relacionarse con su hijo”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, N° 83, 2010.

BUSTOS MORENO, Yolanda, “El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial”, en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (Coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2013.

CARRASCO PERERA, Ángel, “Artículo 1.101”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; DIAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Revista de Derecho Privado - Comentarios al código civil y compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 2004, disponible en www.vlex.com, identificador: VLex-228506.

CENDON Paolo (Dir.), *Il Danno Esistenziali*, UTET Giuridica, Milan, 2014.

CIRUZZI, María, “El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al código civil y comercial”, en www.microjuris.com, identificador: MJ-DOC-6226-AR, 2013.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2002.

- “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del código civil”, en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>, 1999.
- *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2004.
- “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, en *Ius et praxis*, Año 16, N°2, 2010.
- “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el

extranjero”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir.), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2013.

- “Responsabilidad civil por adulterio: una mirada al otro lado de la cordillera”, en El mercurio legal, 07 de junio de 2017, <http://elmercurio.com/legal/movil>, 2017.

COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de filiación*, Editorial jurídica conosur, 2ª ed., Santiago de Chile, 2000.

- *Curso de derecho de familia*. La filiación por naturaleza, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2010.

CHINDEMI, Domenico y CECCHINI, Giorgia, *Danni endofamiliari, casi, questi, soluzioni*, Alatalex editore, 1ª ed., Montecatini Terme, 2011.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 758, noviembre, 2016.

DE LORENZI, Mariana, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente?”, en *Revista de derecho, empresa y sociedad*, N° 8, enero – julio, 2016.

DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “Responsabilidad Civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Revista aranzadi de derecho patrimonial*, N° 28, 2012.

- “Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad”, en *Revista de derecho de familia*, N°3, vol. III, 2014.

DEL PICO RUBIO, Jorge, “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, en *Ius et Praxis*, N° 17, año 1, 2011.

DI MARZIO, Mauro, “Danni Esistenziali Endofamiliari”, en RUSSO, Paolo (*a cura di*), “*La responsabilità civile: i danni esistenziali*”, UTET Giuridica, 1ª ed., San Mauro Torinese, 2014.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1999.

- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Ed. tecnos, vol. IV, 8ª ed., Madrid, 2002.

DOMINGUEZ AGUILA, Ramón, “Comentarios de Jurisprudencia. Prescripción en materia de responsabilidad extracontractual. Momento de inicio del cómputo Art. 2332 código civil. Perpetración del acto. Distinción entre hecho ilícito y daño. Daños continuados”, en *Revista de derecho universidad de Concepción*, N° 210, año LXIX, jul – dic, 2001.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, “Los Principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 32, N° 2, 2005.

- “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, en *Estudios de derecho civil*, vol. 4, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2011.

DURAN RIVACOBBA, Ramón, “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, en *Ius et praxis*, N°1, Año 16, 2010.

DUTTO, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2007.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana, “Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación”, en *Ius - Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla AC*, vol. 11, N°39, 2017.

ESPIN ALBA, Isabel, “Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 758, Nov., 2016.

FACCI, Giovanni, “La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri coniugali”, en SESTA, Michele, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, 1ª ed., Torino, 2008.

FARNÓS AMORÓS, Esther, “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, en *inDret*, 4, 2007.

FAYOS GARDÓ, Antonio, “Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil”, en *Actualidad civil*, 2, 2011.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, 1ª ed., Buenos Aires, 1992.

- “Protección de la persona humana”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *et al*, *Daños y*

protección a la persona humana, La Rocca, 1ª ed., Buenos Aires, 1993.

- *Derecho y persona*, Astrea, 5ª ed., Buenos Aires, 2015.

FERRER RIBA, Josep, “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, en *InDret*, 04, 2001.

FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Editorial jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2001.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges”, en *Revista de derecho de daños*, N°2, 2001.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los derechos de la personalidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.); SOLE RESINA, Judith (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, tomo I, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2013.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Los principios del derecho en las acciones de filiación”, en *Aranzadi civil*, 2004.

- “Sentencia de 12 de julio de 2004: Impugnación de la paternidad matrimonial determinada en virtud de reconocimiento de complacencia”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Año 2005, N° 67, 2005.
- “La filiación”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASA, Matilde (Dir.), *Tratado de derecho de la familia. Las relaciones paterno – filiales*, vol. V, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2011.

GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2000.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen; SOLE RESINA, Judith, “Capítulo 6 La filiación”, en GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen (Dir.); SOLE RESINA, Judith (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Thomson Reuters, 1ª ed., Pamplona, 2013.

- *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2014.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen; YSAS, María; SOLE, Judith, *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación”, en *Espaço jurídico journal of law*, v.18, n.3, set./dez., 2017.

GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2007.

GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2007.

- “El derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2013.
- “La importancia de la identidad. Significado de la verdad en materia de filiación”, en *Revista de derecho de familia*, vol. II, 2014.

GONZALEZ BEILFUSS, Cristina; NAVARRO MICHEL, Mónica, “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, N°3, 2010.

GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2013.

HERANE VIVES, Francisco, “Reparación por Incumplimiento de los deberes matrimoniales”, en CORRAL TALCIANI, Hernán, RODRIGUEZ PINTO, María Sara (Coord.), *estudios de derecho civil II – IV jornadas chilenas de derecho civil*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2007.

HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, “Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica”, en *Revista de derecho privado*, N° 7-8, julio – agosto, 2005.

HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel, “Las consecuencias de la infracción de deberes matrimoniales no dan lugar a indemnización”, en *Revista chilena de derecho privado*, N° 27 – diciembre, 2016.

HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, tomo II, Ed. universidad, 1ª ed., Buenos Aires, 2008.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (Dir.), *Código Civil de la Nación Comentado – tomo IV libro III*, Ed. Ministerio de justicia y derechos humanos de la nación, 1ª ed., Buenos Aires, 2015.

- *Código Civil de la Nación Comentado – tomo II libro II*, Ed. Ministerio de justicia y derechos humanos de la nación, 1ª ed., Buenos Aires, 2015.

JALIL, Julián, “Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente” en *Revista derecho de familia y persona*, octubre, 2012.

JARUFE CONTRERAS, Daniela, “Las filiaciones no biológicas derivadas de la aplicación de TRHA”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2013.

JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María, *Fecundación asistida e identidad personal*, Astrea, 1ª ed., Buenos Aires, 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, 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 humano del 13/272003, en el caso Odièvre c/ France”, en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (Dir), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, 1ª ed., Madrid, 2003.

- “Las Nuevas Realidades Familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de Octubre de 2014”. *Revista de derecho de familia*, vol. IV, Nº 4, 2014.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Los criterios tradicionales de determinación de la filiación en crisis”, en GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir), LEPIN MOLINA, Cristian (Coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2013.

KRASNOW, Adriana, “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y

cambios introducidos por el código civil y comercial”, en *Revista de bioética y derecho*, N° 37, 2016.

- “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el código civil y comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, en *Revista de derecho privado*, universidad externado de Colombia, N° 32, enero – junio, 2017.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco; et al, *Elementos de derecho civil IV - familia*, Dykinson, 4ª ed. revisada y puesta al día por Rams Albesa, Madrid, 2010.

LATHROP GOMEZ, Fabiola, “Notas sobre una relectura del derecho a la identidad en contextos de filiación a la luz del desarrollo jurisprudencial chileno”, en LEPIN MOLINA, Cristian y GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Coord.), *Estudios de derecho familiar I jornadas nacionales de derecho familiar* – facultad de derecho universidad de Chile, Legalpublishing, 1ª ed., Santiago de Chile, 2016.

LEPIN MOLINA, Cristian, “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2014.

LOPEZ DE LA CRUZ, Laura, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el Incumplimiento de los deberes conyugales”, en *InDret*, 4, 2010.

MALO GONZALEZ, Fernando, “Hacia un nuevo derecho de familia”, en CABANILLAS SANCHEZ, Antonio; CAFFARENA LAPORTA, Jorge, et al, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas Ediciones, 1ª ed., tomo III, Madrid, 2003.

MANRIQUEZ OYANADER, Jaime, “¿Cómo reinterpretar la forma de computar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual derivada de daños en materia de familia desde el estudio del ilícito civil?”, en *Revista de derecho de familia*, N° 8, vol. IV, 2015.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa, “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, en *Revista de derecho patrimonial* N° 16, 2006.

- “Resarcimiento de daños en las relaciones paterno-filiales”, en *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, N° 52, 2011.

MARTI FERRER, Carina, "La filiación: posturas jurisprudenciales actuales", en www.vlex.com, identificador vLex: 694930557, 2017.

MARTIN CASALS, Miquel, “Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, en *InDret* 2, 2005.

MARTIN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi, “Daños en el derecho de familia: Un paso adelante, dos atrás”, en *Revista ADC*, Tomo LXIV, 2011, fasc. II, 2011.

MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, “El derecho de familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”, en ACUÑA SAN MARTIN, Marcela; DEL PICO RUBIO, Jorge (Edit.), *Estudios de derecho familiar – segundas jornadas nacionales de derecho de familia*, Ed. universidad de Talca, 1ª ed., Talca, 2017.

MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., Buenos Aires, 2008.

- “Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado”, en *Revista de derecho de familia y sucesiones*, N°5, septiembre, 2015.
- “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año 19, N° 5, mayo, 2017.

MÍGUEZ NUÑEZ, Rodrigo, “Jurisprudencia italiana comentada”, en *Revista chilena de derecho privado*, N° 19, diciembre, 2012.

MOYA ESCUDERO, Mercedes, “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico”, en *Revista de la facultad de derecho de la universidad de Granada – El derecho y la familia*, 3ª época, N°4, 2001.

MUÑOZ, Rosalía; VITTOLA, Leonardo, “El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo”, en *Ius - Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla AC*, vol. 11, N°39, 2017.

NEGRO, Antonello, “Il Danno alla Persona: Vecchi e Nuovi Modelli Risarcitori” en RUSSO, Paolo (*a cura di*), “*La responsabilità civile: i danni esistenziali*”, UTET Giuridica, 1ª ed., San Mauro Torinese, 2014.

OBERTO, Giacomo, “Responsabilita’ tra i partners e verso i terzi nella famiglia legittima e nella famiglia di fatto: la responsabilita’ contrattuale”, en *Incontro di studio sul tema: Rapporti patrimoniali ed effettività delle tutele nella famiglia legittima e di fatto*”, en https://www.personaedanno.it/dA/940c26c764/allegato/AA_017009_resource1_orig.pdf, 2006.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Derecho de daños y responsabilidad civil*, La ley, Madrid, 2011.

PANTALEON PRIETO, Fernando, “Técnicas de reproducción asistida y constitución”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, N° 15, mayo – agosto, 1993.

- “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de la administración pública)”, en *anuario de la facultad de derecho de la universidad Autónoma de Madrid – AFDUAM*, N° 4, 2000.

PARRA SEPULVEDA, Darío, “Configuración del perjuicio indemnizable en los casos de responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en ACUÑA SAN MARTIN, Marcela, DEL PICO RUBIO, Jorge (Edit.), *Estudios de derecho familiar – segundas jornadas nacionales de derecho de familia*, Ed. universidad de Talca, 1ª ed., Talca, 2017.

PATTI, Salvatore, (2014), “Familia e Inmunidad”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2014.

PETRONE, Marina, *Il diritto dell’adottato alla conoscenza delle proprie origine*, Giuffrè, 1ª ed., Milan, 2004.

PIZARRO WILSON, Carlos, “Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2014.

PRINZ VON SACHSEN, Karl, “Nuevas Tendencias en el Derecho Civil de la República Federal de Alemania”, en *Anuario del departamento de la universidad Iberoamericana*, N°20, 1989.

QUESADA GONZALEZ, María Corona, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, en *ADC*, N° 2, 1994.

MORENO QUESADA, Luis, “La Familia y el Derecho de Familia”, en SANCHEZ CALERO, Francisco, (Coord.), *Curso de derecho civil I bis derecho de familia*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2013.

QUICIOS MOLINA, Susana, “Casos recientes que plantean difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil”, en *Revista de derecho privado y constitución*, N° 29, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2015.

RAMÓN FERNANDEZ, Francisca, “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, N°6, marzo, 2014.

RAMOS CABANELLAS, Beatriz, “Daños originados en las relaciones de familia: situación en Uruguay”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2014.

RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, tomo I - II, Editorial jurídica de Chile, 7ª ed., Santiago de Chile, 2010.

REGLERO CAMPOS, Fernando, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 1ª ed. Cizur Menor, 2002.

RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Daños vinculados a la filiación extramatrimonial”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2014.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, “*¿Mater sempre certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*”, en *Anuario de derecho civil*, N°1, 1997.

- *Las acciones de filiación en el código de familia catalán*, Atelier, 1ª ed., Barcelona, 2001.
- “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 13 de febrero de 2003)”, en *Actualidad civil*, N° 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, tomo 2, 2003.
- “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, en *Anuario de derecho civil*, Tomo LVIII, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2005.

ROCA I TRIAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas ediciones, 1ª ed., Madrid, 1999.

- “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, en *Derecho y salud*, vol. 7, enero – diciembre, 1999.
- “La Responsabilidad en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2000.
- *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2014.

RODRIGUEZ CACHON, Teresa, “Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia”, en PERALTA

CARRASCO, Manuel (Dir.), *Derecho de familia: Nuevos retos y realidades*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2017.

RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Ed. jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.

- *Responsabilidad contractual*, Ed. jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.

RODRIGUEZ GUITIAN, Alma María, “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, en *Revista de derecho patrimonial*, N° 10, 2003.

- “Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (a propósito de la STS de 30 de junio de 2009)”, en *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, 2009.
- *Responsabilidad civil en el derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno filiales*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2009.

ROMERO COLOMA, Aurelia, *Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización*, Reus, 1ª ed., Madrid, 2011.

- “Los reconocimientos de complacencia en el derecho español”, en *Revista jurídica del notariado*, N° 99, julio/septiembre, 2016.

ROVIRA SUEIRO, María E., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2002.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén y PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comarés, 1ª ed., Granada, 2012.

SALVADOR CORDECH, Pablo (Ed.), *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños*, 5ª edición, en www.indret.com, 2016.

SANTOS BRIZ, Jaime, “Art. 1902 capítulo II de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en ALBALADEJO GARCIA, Manuel; DIAZ ALABART, Silvia (Dir.), en *Revista de derecho privado - Comentarios al código civil*, tomo XXIV, Edersa, Madrid, 2007, disponible en www.vlex.com, identificador vlex: VLex-266397.

SESTA, Michele, (2013), “Infracción de los Deberes Familiares y Responsabilidad: La experiencia italiana”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2013.

SEVERIN FUSTER, Gonzalo, “Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio”, en GUZMAN BRITO, Alejandro (Ed.), *Estudios de derecho civil III – jornadas nacionales de derecho civil Valparaíso 2007*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2008.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Ed. jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2000.

TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio (2014), “Principios, reglas y sanciones del derecho de las familias”, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *Responsabilidad civil y familia*, Thomson Reuters, 1ª ed., Santiago de Chile, 2014.

- “Contra la indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales”, en LEPIN MOLINA, Cristian; GOMEZ DELA TORRE VARGAS, Maricruz (Coord.), *Estudios de derecho familiar I – jornadas nacionales de derecho familiar*, Thomson Reuters, 1ª ed. Santiago de Chile, 2016.

VALENZUELA 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”, en *Revista de derecho universidad católica del norte*, sección: estudios, Año 19 – N° 1, N° 29, 2012.

VALLES AMORES, María, “La aplicación del derecho de daños en la institución adoptiva”, en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (Coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 1ª ed. Madrid, 2013.

VAQUERO PINTO, María José, “La filiación extramatrimonial”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, CUENA CASA, Matilde (Dir.), *Tratado de derecho de la familia. Las relaciones paterno – filiales*, vol. V, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2011.

VARGAS ARAVENA, David, *Daños civiles en el matrimonio*, La ley, 1ª ed., Madrid, 2009.

- VARGAS ARAVENA, David (2017), Contrapunto responsabilidad civil en el derecho familiar, en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), *Boletín actualidad familiar*, facultad de derecho universidad de Chile, vol. 4 – mayo, 2017.

VELA SANCHEZ, Antonio, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, en *Diario la ley*, sección doctrina, Año XXXI, 2010.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Acciones de filiación”, en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Lexisnexis, 1ª ed, Santiago de Chile, 2001.

VISINTINI, Giovanna, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, 3ª ed., Padova, 2005.

VIVAS TESON, Inmaculada, “Daños en las relaciones familiares”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil – XV jornadas de la asociación de profesores de derecho civil*, universidad de Murcia, 2011.

ZABALZA, Guillermina y SCHIRO, María Victoria, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad en la adopción y la procreación asistida”, en *Cartapacio de derecho*, vol. 20, 2011.

ZAMBRANO, Virginia, “Responsabilidad Civil en el Entorno Familiar (“Proyectos para el Futuro: No Subestimar las Consecuencias del Amor”)", en LEPIN MOLINA, Cristian (Dir.), VARGAS ARAVENA, David (Coord.), *responsabilidad civil y familia*, 1ª edición, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, tomo II, Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 1998.

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y ZARRALUQUI NAVARRO, Elena, *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Wolkers kluwer, 1ª ed., Barcelona, 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunales chilenos:

Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de agosto de 1971.

Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, causa rol N° 10.622-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, causa rol N° 10.622-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de marzo de 2015, causa rol N° 12.492-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015, causa rol N° 3700-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 09 de marzo de 2016, causa rol N° 10.160-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de mayo de 2016, causa rol N°35.532-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 06 de junio de 2016, causa rol N° 32128-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2016, causa rol N° 45802-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de mayo de 1981.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 01 de septiembre de 2004, causa rol 4105-2004.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, causa rol N° 7.738-2007.

Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de fecha 30 de agosto de 2012, causa rol N° 133-2012.

Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de fecha 03 de abril de 2014, causa rol N° 507-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, causa rol N° 9.125-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 22 de marzo de 2016, causa rol N° 11.711-2015.

Tribunal de Familia de La Serena, sentencia de fecha 21 de diciembre de 2009, causa rol C-372-2009.

10º juzgado civil de Santiago, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013, causa rol C-9243-2012.

14º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 06 de julio de 2015, causa rol C-18362-2011.

2º Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de fecha 08 de enero de 2018, causa rol N° C-7246-2017.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 13 de mayo de 2008, causa rol N°834-07-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009, causa rol N° 1340-09-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 03 de noviembre de 2011, Causa rol N° 1881-10-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013, causa rol N° 2192-12-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 06 de agosto de 2015, causa rol N° 2690-14-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 28 de julio de 2016, causa rol N° 2955-16-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, causa rol N° 3364-17-INA.

- Tribunales españoles:

STS de 15 de marzo de 1989, Sala de lo Civil.

STS de 25 de abril de 1991, Sala de lo Civil.

STS de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995, Sala 1ª de lo civil.

STS de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995, Sala 1ª de lo Civil.

STS 21 de septiembre de 1999, num. 776/1999, Sala 1ª de lo Civil.

STS de 22 de febrero de 2001, num 139/2001, Sala 1ª de lo Civil.

STS de 27 de mayo de 2004, Sala1ª de lo Civil.
STS de 12 de julio de 2004, Sala1ª de lo Civil.
STS de 17 de julio de 2007.
STS de 30 de junio de 2009, num. 512/2009, Sección 1ª, Sala de lo Civil.
STS de 14 de julio de 2010.
STS de 12 de mayo de 2011, num. 320/2011, Sala 1ª de lo Civil.
STS de 10 de mayo de 2012, Sala1ª de lo Civil.
STS de 20 de noviembre de 2013.
STS de 12 de noviembre de 2015, num. 621/2015, Sección 1ª Sala de lo Civil.
STS de 15 de julio de 2016, num. 494/2016, Sala1ª de lo Civil.
STS de 10 de noviembre de 2016, num. 659/2016, Sección Pleno, Sala de lo Civil.
STS de 29 de noviembre de 2017, num. 651/2017, Sección 1ª, Sala de lo Civil.

SAP Cáceres de 29 de marzo de 2001, N° 94/2001, Sección 1ª.

SAP Valencia de 02 de noviembre de 2004.

SAP Barcelona de 22 de julio de 2005.

SAP Pontevedra de 13 de diciembre de 2006.

SAP León de 02 de enero de 2007.

SAP Barcelona de 16 de enero de 2007.

SAP Burgos 16 de febrero de 2007.

SAP Valencia de 05 de septiembre de 2007.

SAP Segovia de 11 de diciembre de 2007.

SAP Cádiz de 03 de abril de 2008.

SAP Barcelona de 31 de octubre de 2008.

SAP León sentencia de 30 de enero de 2009.

SAP Castellón de 10 de febrero de 2009.

SAP Murcia de 18 de noviembre de 2009.

SAP A Coruña de 8 de noviembre de 2010.

SAP Barcelona de 27 de octubre de 2011.

SAP Valencia de 13 de noviembre de 2014.

SAP Jaén de 09 de marzo de 2015.

SAP Cantabria de 3 de marzo de 2016 N° 138/2016, Sección 2ª.

Tribunal constitucional, sentencia de fecha 17 de enero de 1994, N° 7/1994.

Tribunal constitucional, sentencia de pleno, de 17 de junio de 1999, N° 116/1999.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 29 de junio de 2000, N° 181/2000.

Tribunal constitucional, sentencia de pleno, de fecha 17 de octubre de 2012, N° 185/2012.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 06 de noviembre de 2012, N° 198/2012,

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 7 de octubre de 2013, N° 167/2013.

- Tribunales argentinos:

Tribunal de la 1º Instancia Civil y Comercial de San Isidro, sentencia de fecha 09 de marzo de 1988, E.D 128-333.

Cámara Nacional de Apelaciones Civil Argentina, Sala L, sentencia de fecha 10 de noviembre de 1997.

Tribunal de Apelaciones de Familia, 1º Turno, Sentencia de fecha 03 de mayo de 2006, N°115/06.

Corte Suprema argentina, sentencia de fecha 13 de marzo de 2007.

Suprema Corte de Buenos Aires, sentencia de fecha 25 de marzo de 2009, SCBA, 25/3/09, "R.M.E. c/ M.G.R."

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de la capital federal, Sala "H", sentencia de fecha 23 de diciembre de 2010, "L., A. N. c/ F., M. H. s/ filiación".

Corte Suprema de Casación, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, n. 18853/2011.

Juzgado civil y comercial, 6ª nominación, de Córdoba, Argentina, sentencia de fecha 15 de mayo de 2013, "D.M.B. c/ M.A.M. – Ordinario – Otros".

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil argentina, Sala "L", sentencia de fecha 26 de octubre de 2016, "C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación".

Cámara de Apelación de General Pico, La Pampa, sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, "T C/ C S/ Divorcio Vincular".

- Tribunales italianos:

Corte de Casación italiana, de fecha 22 de junio de 1985.

Tribunal de Turín, sentencia de fecha 31 de marzo de 1992.

Corte de Casación italiana, sez III, sentencias N° 8827 y 8828, de fecha 31 de mayo 2003.

Tribunal de Venecia, sentencia de fecha 18 abril de 2006.

Tribunal de Venecia, sentencia de fecha 03 de julio de 2006.

Tribunal de Brescia, sentencia de fecha 14 de octubre de 2006, Giurisprudenza di Merito, 2007.

Tribunal de Roma, sez I, sentencia de fecha 20 de mayo de 2008.

Corte de Casación italiana, Secciones Unidas, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2008.

Corte de Casación italiana, sez. I, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011.

- Tribunales alemanes:

Tribunal constitucional, sentencia de fecha 18 de enero de 1988.

Tribunal constitucional, sentencia de fecha 31 de enero de 1989.

Tribunal constitucional, sentencia de fecha 06 de mayo de 1997.

- Tribunales franceses:

Tribunal de casación francés, sentencia de fecha 6 de diciembre de 1988.

Tribunal de casación francés, sentencia de fecha 10 de julio de 1990.

Corte de Dijon, sentencia de fecha 3 de noviembre de 1995.

Corte de Paris, sentencia de fecha 20 de noviembre de 1997.

- Tribunales internacionales:

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 18 de diciembre de 1986, caso "Johnston y Otros c. Irlanda".

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 26 de mayo de 1994, caso "Keegan c. Irlanda".

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 13 de julio de 2000, caso “Elsholz c. Alemania”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 06 de febrero de 2001, caso “Bensaid contra Reino Unido”.

Tribunal europeo de derechos humanos, sentencia de fecha 07 de febrero de 2002, caso “Mikulic contra Croacia”

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 13 de febrero de 2003, caso “Odièvre contra Francia”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 13 de julio de 2006, caso “Jäggi contra Suiza”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 20 de diciembre de 2007, caso “Phinikaridou contra Chipre”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 06 de julio de 2010, “caso Grónmark contra Finlandia”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 10 de julio de 2010, caso “Blacklund contra Finlandia”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 22 de julio de 2010, caso “P.B. y J.S. contra Austria”.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia de fecha 25 de septiembre de 2012, caso “Godelli contra Italia”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, caso “Gelman contra Uruguay”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, caso “Atala Riffo y Niñas contra Chile”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 27 de abril de 2012, caso “Fornerón e Hija contra Argentina”.

SITIOS WEB VISITADOS

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1973>

<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11133/10186>

<http://www.tribunalconstitucional.cl>

<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

<http://www.indret.com>

https://www.personaedanno.it/dA/940c26c764/allegato/AA_017009_resource1_orig.pdf

<http://elmercurio.com/legal/movil>

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>

https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html

<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>

<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf

<http://institutoninezyadolescenciacam.blogspot.cl/2011/04/filiacion-ii.html>

<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/909/000071909.pdf>

<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

BASES DE DATOS VISITADAS

www.vlex.com

www.westlaw.es

www.laleydigital.laley.es

www.microjuris.com

www.legalpublishing.cl