

# PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CODIGO CIVIL ESTABLECIENDO MECANISMO QUE RESGUARDA EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR.

## I.- Introducción

Como es sabido, la visión que el derecho tiene del infante o niño, ha variado con el tiempo. La modernidad ha modificado incluso la institucionalidad del Estado, y se inspira en principios nuevos, que morigeran el antiguo rigor con que se enfrentaba la realidad de los infantes.

A la figura del “menor”, objeto de políticas sociales, desprovisto de derechos, mero destinatario de obligaciones de “asistencia” y de “rescate”, hoy se opone la figura del “niño”, que es una persona, en el sentido de ser titular de derechos, de esferas de *agere licere*, de indemnidades oponibles al Estado y a otros particulares.

Esta nueva mirada se ha manifestado en nuevos principios del derecho, como es el de interés superior del niño; y en nuevos derechos, como es por ejemplo, el derecho del niño a su identidad.

Es así que luego de la aprobación de la Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada por Chile, y que inspiró las reformas al Código Civil mediante la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, y la Ley N° 20.030, trae consecuencias insospechadas más aún si a ello sumamos los avances en genética, que hacen posible técnicas accesibles para determinar la identidad de las personas, y sus lazos familiares, más allá del secreto y la ficción.

Nuevas situaciones desafían la rigidez de la norma, y ella se tensiona, y muestra sus límites cuando finalmente, por falta de previsión o de amplitud, provocan dolorosas injusticias, más aún en el ámbito sensible del Derecho de Familia.

En materia de establecimiento de lazos de filiación, creemos que existen situaciones no comprendidas por la normativa actual, provocando resultados absurdos y penosos. Las expondremos e intentaremos corregir en este proyecto de ley.

## II.- Legislación actual y problemas de fondo

### 1.- *Legislación actual*

Como es sabido, si el padre y la madre están casados, la ley presume que el marido es el padre del hijo/a, por tanto no es necesario el reconocimiento: por ley ese/a niño/a tiene por padre al marido de la madre.

Si los padres no están casados, es necesario que exista un “reconocimiento” de Paternidad, el cual puede ser: **voluntario** o **provocado**:

Voluntario: es el reconocimiento que se produce cuando el padre va libremente al Registro Civil y declara que él es el padre de ese/a niño/a, hecho que se inscribe en la partida de nacimiento, pasando a llevar el/la niño/a su apellido.

Provocado: se le llama así a aquellos casos en los que el padre no reconoce a su hijo/a voluntaria y espontáneamente y es un Tribunal, quien lo insta a cumplir con su obligación, o determina su paternidad respecto de un niño o niña.

El Juicio de Reclamación se tramita ante el Tribunal de Familia. El Juez determinará en la Audiencia Preparatoria, qué clase de pruebas se rendirán. En todo caso, Ud. puede ofrecer las siguientes pruebas:

a.- Aquellas que sirvan para demostrar la relación que existió entre el supuesto padre y la madre, y/o entre el supuesto padre y el/la hijo/a: por ejemplo: fotos, cartas, grabaciones o videos, testigos que declaren que saben que el demandado es el padre del niño/a.

Si el supuesto padre prueba que la madre cohabitó con otro hombre durante el período de la concepción del niño o niña, esa sola circunstancia no basta para desechar la demanda.

b.- La ley ha incorporado la posibilidad de recurrir a pruebas científico-biológicas, de gran confiabilidad, entre las que se cuenta el denominado "examen de ADN".

*El examen de ADN es una prueba científica biológica, que otorga un 99,9% de certeza respecto del parentesco padre-hijo, en caso de que este sea confirmado, y un 0% en caso de que sea desestimado, a contrario sensu la paternidad se desestima en un 100% . Este examen normalmente lo practica el Servicio Médico Legal. También puede ser realizado por otros laboratorios particulares que figuren en las listas autorizadas por los Tribunales.*

Otra vía para Acreditar la Paternidad en Juicio es demandar la Posesión Notoria de la calidad de hijo. En este caso deberá probarse por parte de la madre

(o el/la hijo/a si éste/a es mayor de edad), que el padre ha tratado al hijo/a como suyo a través de actos que naturalmente haría el padre o madre de un niño/a por un lapso de al menos cinco años.

Por ejemplo, la madre logra acreditar el pago de la educación y/o alimentación del niño/a por parte del supuesto padre los últimos cinco años; o, la madre acredita que el supuesto padre ha presentado al niño/a a sus amigos, familiares y vecinos como si fuera su hijo/a, y que éstas personas en general, lo identifican como hijo/a de ese padre.

La posesión notoria de la calidad de hijo/a, debe acreditarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias de distinta naturaleza; por lo que la sola prueba de testigos no sería suficiente como prueba de paternidad<sup>1</sup>.

**Si el demandado, citado por dos veces al Tribunal para que se practique el ADN, se niega, se presumirá legalmente su paternidad. Esto significa que será el demandado quien deberá probar ante el juez que no lo es<sup>2</sup>.**

La Ley N° 20.030, publicada en el Diario Oficial el 05 de julio de 2005, modificó el procedimiento para lograr el reconocimiento de nuestros/as hijos/as. Con esta modificación se busca simplificar los trámites, de manera de asegurar a todo/as los/as niños/as su derecho a la identidad.

La citada Ley N° 20.030, elimina el procedimiento que se realizaba ante los Juzgados de Menores conocido como "Citación a Reconocer Paternidad". Este era un procedimiento judicial breve, en el que generalmente -a petición de la madre- se citaba al supuesto padre a la presencia del Juez de Menores, para que reconociera ser el padre de un/a niño/a determinado/a.

En este procedimiento no se admitían, pruebas, por lo que no era posible la aplicación de la prueba de ADN.

**Esto significa que, a partir del 05 de julio de 2005, quienes quieran intentar el reconocimiento de un/a hijo/a, SÓLO PUEDEN HACERLO MEDIANTE UN JUICIO DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD, EJERCIENDO LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO.**

En este juicio Ud. puede solicitar que el supuesto padre se practique la prueba de A.D.N.

**Si el demandado es citado por dos veces al Tribunal para que se practique el examen de A.D.N. y no concurre, LA LEY PRESUME QUE ÉL ES EL PADRE del niño/a. Nuevamente, esto significa que será el demandado quien deba probar en el juicio que no es el padre.<sup>3</sup>**

## **2.- Falencias de la legislación actual**

Encontramos las siguientes falencias de la legislación:

- a) Caso de quien quiere establecer la paternidad o maternidad de un niño TENIENDO DUDAS DEL LAZO QUE TRATA DE PROBAR:
  - i.- Imaginemos un hombre quien ha mantenido relaciones con una mujer, quien señala haber quedado embarazada de él. La mujer lo aparta de su vida y le prohíbe ver al niño. Este hombre tiene dudas de su paternidad, pero quiere asumir su responsabilidad si el niño resulta ser suyo.

<sup>1</sup> <http://infomujer.sernam.gov.cl/derecho/pregunta.php?idPre=83>

<sup>2</sup> <http://infomujer.sernam.gov.cl/derecho/pregunta.php?idPre=96>

<sup>3</sup> <http://infomujer.sernam.gov.cl/derecho/pregunta.php?idPre=79>

En este caso la única posibilidad de este hombre es reclamar la paternidad del niño, o impugnar la de quien ha asumido ese papel. En caso de que se ordene el examen de ADN, y la madre o quien ha reconocido al niño como padre se nieguen a hacerse y hacerle al niño el examen de ADN, entonces, aquel que reclama o impugna puede ser reconocido judicialmente como padre, SIN EXAMEN DE ADN. O SEA, SE PUEDE LLEGAR A SER PADRE LEGAL DE UN NIÑO, SIN EL PRINCIPAL MEDIO DE CERTEZA PARA SU ESTABLECIMIENTO. SE OBLIGA A ESTA PERSONA AL PELIGRO DE SER RECONOCIDO COMO PADRE, SIN SERLO.

PARALELAMENTE, SE OBLIGA AL NIÑO A ASUMIR UN PADRE LEGAL, QUE NO ES EL PADRE BIOLÓGICO.

Este caso también puede sucederle a una mujer, en caso que tenga dudas de su maternidad (confusión de criaturas durante el nacimiento, por ejemplo)

ii.- Imaginemos un hombre quien ha mantenido relaciones con una mujer, quien señala haber quedado embarazada de otro hombre.

Este hombre quiere ESTABLECER SU PATERNIDAD. NO RECLAMA O IMPUGNA PATERNIDAD ALGUNA, PARA ASUMIRLA PER SE, SINO QUE LO HACE PUES NECESITA DEL EXAMEN DE ADN PARA ESTABLECER SU SUPUESTA PATERNIDAD.

No obstante, la única salida que le da el Código Civil es reclamar o impugnar, y como esta persona solicitará exámenes de ADN, en caso de que los custodios del niño se nieguen a ello, PUEDE SER RECONOCIDO JUDICIALMENTE COMO PADRE SIN LOS EXAMENES DE ADN, SIN CERTEZA DE QUE SEA VERDADERAMENTE PADRE DEL NIÑO.

Nuevamente, se obliga al niño a asumir un padre o madre que no es el suyo

b) Caso de un niño que quiere establecer sus reales lazos de filiación, TENIENDO DUDAS DEL LAZO QUE TRATA DE PROBAR:

El niño que ya ha adquirido mayoría de edad, como es usual, querrá saber cuales son sus verdaderos padres. La única posibilidad que contempla la ley civil es reclamar e impugnar su lazo filiativo. Pero enfrentados a realizar los exámenes de ADN, y negándose la pretendida madre o padre a realizarse tales exámenes, el demandante puede quedar como hijo de los demandados, MERAMENTE POR LA PRESUNCIÓN LEGAL DEL ART. 199. O SEA, SE PUEDE ADQUIRIR LA CALIDAD DE HIJO, SIN EXAMEN DE ADN, CON TODAS LAS DUDAS DEL CASO.

### **III.- Interés superior del niño**

Tal como señala la Convención de Derechos del Niño, el Art. 3° inc.1 y 2 respectivamente expresa:

*“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**”*

El interés superior del niño es un principio del Derecho de Menores que mira en reconocer progresivos espacios de autonomía al niño, en la medida de su desarrollo y del riesgo enfrentado. El interés superior del niño apunta al reconocimiento del niño como persona, con derechos. El niño es hoy una realidad integral, no una cosa, no un mero objeto de políticas sociales.

El art. 7 de la Convención dispone de uno de los derechos más claros reconocidos por la Convención: *“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos**”.*

Asimismo, el Art. 8° inc.2 de dicha Convención establece: *“Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los **elementos de su identidad** o de todos ellos, los Estados Partes deberán presentar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.*

#### **IV.- Derecho a la identidad del menor**

Estos estándares del derecho a la identidad del niño, han movido al esfuerzo colectivo para establecer el contenido del mismo.

Entendemos por identidad la calidad de idéntico. La persistencia del ser en su unidad a través de sus múltiples cambios y determinaciones. Tal es, la identidad personal: "individualmente nada es otro, el ser es sólo idéntico a sí mismo". Para Ferrater Mora "la identidad en cuanto a mismidad alude más bien a la permanencia de la sustancia a través de todos sus cambios; hay entonces una identidad que es continuidad". La mantención de una ficción sobre los lazos filiativos, puede afectar la identidad personal. Produce una intromisión en el proceso evolutivo propio de cada individuo.

Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. El Derecho a la Identidad constituye el interés existencial que tiene cada persona de no ver alterada, desnaturalizada, o negada la proyección externa o social de su personalidad. (...) Que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son, entre otros: la identidad de origen, la identidad familiar, intelectual, política, religiosa, social y profesional de cada persona. La identidad es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el

derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridas por el hombre en cuanto miembro de la sociedad<sup>4</sup>.

La filiación se trata de una institución rica y compleja donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros, es buena piedra de tope y lugar de enfrentamiento de lo formal y lo material, formalismo y realismo como principios y concepciones jurídicas en continua tensión.

Por lo demás últimamente está apareciendo una jurisprudencia relativa a estos problemas que trata de superar al respecto ciertas rigideces formales de carácter procesal, conducente, ante la peculiaridad del caso debatido, a un resultado ilógico y absurdo que parece repugnar al Derecho y a un elemental razonar jurídico.

Para ello se invoca la especial naturaleza del Derecho de familia, que le sitúa como un «*tertium genus*» entre el Derecho privado y el público, de tal manera que se supera el formalismo, de tal manera que ha de prevalecer la verdad real sobre el formalismo.

Es por ello que, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8336) resalta el rango constitucional del derecho a investigar la paternidad en cuanto se estima más protegible el interés del menor, la realidad a la ficción formal».

Es por ello que el Derecho a la Identidad del Niño, prima sobre el derecho a negarse a las pericias biológicas. Asimismo, impide que se establezcan lazos filiativos no ciertos, dudosos, inseguros.

## **V.- Acción de certeza de lazo filiativo**

Es por ello que proponemos someter a las pericias biológicas a un régimen especial, que no implique la reclamación o impugnación, las que subsisten a este sistema paralelo, que denominamos “*acción de certeza de filiación*”.

La acción de certeza viene a solucionar los casos injustos que describimos más arriba, pues se elimina el otorgamiento del lazo filiativo por presunciones, lo que desincentivaba el uso de las acciones judiciales que vienen a reforzar y garantizar el derecho a la identidad del menor, y su interés superior.

## **VI.- Consentimiento informado**

En Bioética, se ha reconocido como manifestación del principio de autonomía de paciente el denominado Derecho al Consentimiento Informado previo y fundamentado, en virtud del cual, el paciente tiene derecho a elegir entre las opciones que el médico tratante determine, aquella que más se ajuste a sus

---

<sup>4</sup> Taller Regional sobre el Derecho a la Identidad de Niños y Adolescentes en el MERCOSUR. Save The Children, setiembre de 2000.

valoraciones morales y éticas. Asimismo, tiene derecho a negarse a cualquier tratamiento médico. Este derecho ha sido reconocido en Chile en el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud. Asimismo, en instrumentos de Derecho Internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el ámbito de la medicina experimental y en la Convención de la UNESCO sobre Genoma Humano.

Los protocolos médicos y los pronunciamientos de los Colegios Médicos del Mundo, incluido en chileno (art. 15 y 60), establecen este derecho.

Tradicionalmente se ha reconocido a los actos médicos ordenados judicialmente como una carga procesal. Las cargas procesales tienen una naturaleza voluntaria, pues benefician al examinado. Son pruebas que él aporta, y que pueden ser renunciadas, tal como cualquier beneficio.

La actual Ley Civil establece implícitamente el derecho al consentimiento informado, pues permite no realizar el examen, con la morigeración de la presunción legal en su contra (a favor del demandante).

A nuestro juicio, este examen debe ser obligatorio, pues existen fuertes razones morales, éticas y jurídicas para que así sea:

1.- El consentimiento informado tiene excepciones, como la salud pública, el privilegio terapéutico, entre otras. Aquí tenemos una orden judicial en el ámbito del derecho de familia, en el cual debe primar el principio del interés superior del niño. Este es un asunto de interés social, pues hay un interés colectivo por establecer el origen y la identidad del niño. Y el niño además tiene derecho a la identidad biológica, como lo han reconocido todos los países desarrollados.

2.- Este interés social, que es de mayor poder jurídico que el interés individual del titular del derecho al consentimiento informado, viene a ser apoyado aún más por el hecho de que el estado civil es la posición jurídica que detenta una persona respecto a su familia, **y a la sociedad**. Que el estado civil sea un asunto de interés público es un punto pacífico para la doctrina civil.

3.- El estado civil no es renunciable. Aquí no opera la autonomía de la voluntad. No se puede renunciar al estado civil, a la calidad de padre, madre, hijo. Esto debe reflejarse en las normas y derechos procesales que asisten a las partes en el proceso de determinación de la filiación.

## **VI.- Necesidad de caución:**

La acción que viene a establecer este proyecto de ley no puede ser alegada ampliamente. No debe ser alegada de manera imprudente, irresponsable, pues no debe perturbar la paz y tranquilidad, y aún la estabilidad de las relaciones familiares.

Así, creemos que es necesario establecer limitaciones para entablar esta acción de certeza del lazo filiativo: Es por ello que se exigen requisitos previos, como:

- 1.- Razones fundadas
- 2.- Justo motivo
- 3.- Previa caución suficiente en consideración al patrimonio del solicitante, exceptuados aquellos que gocen de privilegio de pobreza.

Claramente estos requisitos impedirán que las familias chilenas se vean enfrentadas al doloroso tránsito de una solicitud de pericias biológicas de manera irresponsable.

**Por tanto, venimos en presentar el siguiente:**

## **PROYECTO DE LEY**

**Artículo 1:** Agrégase al artículo 199 del Código Civil, el ss. nuevo inciso 2º:

*“Cualquier persona alegando razones fundadas y justo motivo, previa caución suficiente en consideración al patrimonio del solicitante, exceptuados aquellos que gocen de privilegio de pobreza, podrá solicitar las pericias biológicas a las que se refiere el inciso anterior, sin que esto constituya en forma alguna reclamación o impugnación de la filiación de que se trate. Solicitada la pericia, su realización será obligatoria para ambas partes, con auxilio de la fuerza pública en caso necesario, salvo que se pruebe peligro de grave daño a la salud del menor”.*

Reemplázase la fórmula inicial del actual inciso 2º, nuevo tercero, “El juez podrá”, por la fórmula “En las acciones de reclamación o impugnación a las que se refieren los artículos 204 y siguientes podrá el juez”

Reemplázase el actual inciso 4º por el ss. nuevo inciso 5º:

*“En las acciones de reclamación o impugnación, citada la parte dos veces y esta no concurre a la realización del examen se presumirá legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda, salvo que la práctica de las pericias biológicas al menor pudiera provocar grave daño a su salud.”*

Suprímese la oración inicial del inciso 5º, actual 6º, hasta el punto seguido.