

DANIELA JARUFE CONTRERAS (2013): *TRATAMIENTO LEGAL DE LAS FILIACIONES NO BIOLÓGICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ADOPCIÓN VERSUS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA* (DYKINSON, MADRID) 404 PÁGS.

El libro que se comenta es el resultado de la tesis doctoral que su autora, actual profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Antofagasta, aprobó con las máximas distinciones en la Universidad de Zaragoza, bajo la guía del catedrático de Derecho Civil Carlos Martínez de Aguirre. Ha sido publicado por la editorial española Dykinson, en la colección Monografías dirigida por el catedrático de la Universidad Complutense Mariano Yzquierdo Tolsada, en un excelente formato. Con ello ha pasado a formar parte de la doctrina española del Derecho de Familia. Daniela Jarufe se convierte así en aquellos pocos doctorandos que ven publicada su tesis como libro en un país europeo, y en una época en que, por la crisis de todos conocida, no es fácil convencer a las empresas editoriales de apostar por una nueva publicación. De este solo hecho se puede deducir ya la calidad del trabajo, que está al mejor nivel nacional e internacional.

El tema es novedoso, y como declara el profesor Martínez de Aguirre en el prólogo de la obra, fue concebido por la misma doctoranda. Se trata de una comparación entre el régimen jurídico de los vínculos de filiación que no tienen un correlato de carácter biológico, y que actualmente son dos: la filiación a que da lugar la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida con intervención de terceros (donación de gametos o maternidad subrogada), y la filiación que se constituye a través de la aplicación del mecanismo jurídico de la adopción.

El libro discurre sobre las relaciones entre Derecho y relación filiativa. ¿Cuál es el rol del Derecho en esta delicada materia?, ¿reconocer una relación natural, biológica, que le precede, o por el contrario construir una relación filiativa aunque no haya un correlato biológico? Resulta curioso que aunque desde siempre se ha entendido que la filiación es una relación primariamente natural y solo secundariamente jurídica, lo cierto es que el Derecho muchas veces ha intentado formalizarla al margen de su veracidad biológica y asentarla sobre la base de la voluntad negocial, normalmente del padre. Un poco por los impedimentos que existieron durante tanto tiempo para probar quién era el progenitor de un niño, y también por los condicionamientos culturales que atribuían al varón la jefatura de la familia. Así, el hijo legítimo (nacido en matrimonio) era considerado *ipso iure* hijo del marido por la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, y este tenía un exiguo plazo para impugnar esa filiación, lo que podía hacer solo en casos manifiestos de falta de relación biológica, como el adulterio de la mujer o la imposibilidad absoluta de acceso a ella. Por el contrario, tratándose de hijos ilegítimos se restringía fuertemente la investigación de la paternidad y solo se la determinaba por medio de un acto de reconocimiento voluntario del padre, a veces deducido por una confesión o declaración ante el juez o presumido por la posesión notoria que se generaba por el tratamiento que le había dado como descendiente suyo.

En cuanto a la adopción, surgida en tiempos romanos para dar un heredero a quienes necesitaban que alguien proseguiera el culto a los antepasados, devino en una especie de contrato entre adoptante y adoptado (o la familia biológica de este último). Era una filiación netamente formal, jurídica, basada en una relación pacticia o contractual.

Toda esta concepción en la que el Derecho parecía primar por sobre la relación natural de filiación vino a mostrar sus debilidades y deficiencias, con el movimiento de los derechos fundamentales surgido después de la Segunda Guerra Mundial. A ello se unió el progreso científico y la aparición de los test genéticos, que permitieron, por primera vez, un alto grado de certidumbre en la afirmación o exclusión de la paternidad o maternidad. Se produjo entonces la gran revolución del Derecho de la filiación. En unas cuantas décadas todos los países occidentales reformaron sus leyes en la materia, bajo la inspiración de tres grandes principios: la veracidad biológica, la igualdad entre los hijos y el interés superior del niño. Se pensó que finalmente el Derecho se ponía al servicio de lo que era la relación filial en la realidad y desistía de construir filiaciones sobre la voluntad y para beneficio de los progenitores.

La adopción no desapareció, pero se transformó radicalmente: dejó de ser contractual, para pasar a ser un proceso controlado administrativa y judicialmente que culminaba en una sentencia. Además se modificó su fundamentación: se convirtió en una forma de dar una familia a un menor vulnerable que carecía de una familia biológica que pudiera ofrecerle la protección necesaria. Más recientemente se substituyó el secreto adoptivo, por un derecho del adoptado de conocer su condición y los

antecedentes que existieran sobre sus padres biológicos, nuevamente pensando en el interés superior del adoptado y su derecho a la identidad.

Parecía que se había llegado a un amplio consenso en la regulación de la filiación, pero esto vino a quebrarse cuando en 1978 se hizo público el nacimiento de Louise Brown, la primera niña nacida viva después de una fertilización *in vitro*, y comenzó así la práctica de diversas técnicas biomédicas, en un comienzo fundadas en el deseo de paliar la infertilidad, pero luego utilizadas con los más variados propósitos, incluido el de insertar niños en parejas del mismo sexo. Estas nuevas formas reproductivas plantearon fuertes desafíos a los principios que inspiraban el flamante nuevo Derecho de la filiación. Las llamadas prácticas “heterólogas” (con donación de gametos de terceros), la gestación por cuenta ajena, la inseminación de mujeres solas o viudas, la aplicación de estas técnicas en parejas homosexuales, ponen en entredicho el principio de veracidad biológica, la exclusión de que la filiación sea contractualizada, la igualdad entre los hijos dependiendo del modo en que han sido procreados, y por, sobre todo, el principio de interés superior del niño, que en estas formas de procreación viene a ser tratado más como un producto o bien de consumo (susceptible de depósito, donación, desecho o control de calidad), que como un hijo.

La legislación que se ha dictado en diversos países, y sobre todo la española, en vez de asegurar las conquistas filiativas que se habían realizado con tanto esfuerzo en la segunda mitad del siglo XX, ha sido más bien obsecuente con las posibilidades biotecnológicas y se ha limitado a secundar y a formalizar lo que la lógica de la medicina reproductiva le exigía.

Por eso, el estudio, detallado y puntilloso, que realiza Daniela Jarufe entre las dos formas de filiación que hoy día se reconocen en la legislación positiva y que no tienen un fundamento biológico, es una muy buena manera de poner en evidencia las inconsecuencias y desarmonías que, por el desarrollo histórico que hemos reseñado, se presentan hoy en el Derecho de la filiación y que pueden hacerlo aparecer como un sistema jurídico bastante fracturado, por no decir esquizofrénico.

El libro comienza por exponer justamente lo que será el punto de referencia de todo el análisis: la filiación biológica. Y es que tanto la filiación adoptiva como la surgida por técnicas reproductivas se plantean como formas o tipos de “filiación”, y el paradigma de esta relación sigue siendo la surgida por la procreación natural. Luego se analizan en profundidad, la filiación adoptiva y la que surge de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, todo ello con un amplio dominio de la legislación y jurisprudencia españolas.

Una vez concluida esta parte, más bien descriptiva: el *status quaestionis*, el libro comienza su parte analítica, con un capítulo que intenta despejar la cuestión de los derechos involucrados y que muchas veces son esgrimidos para justificar una u otra conducta, pero sin un estudio riguroso. El más invocado de ellos es el llamado “derecho al hijo”. La autora –a nuestro juicio con razón– niega que exista un derecho a obtener un hijo como un resultado, y matiza también la idea de que exista un derecho a los medios para obtener un hijo, cuando se trata de filiación adoptiva o tecnológica. A lo más podría decirse, sostiene, que hay un derecho a ser evaluados como posibles adoptantes idóneos o a ser tratados por una enfermedad como la infertilidad. Compar-

timos este razonamiento. No puede haber derecho al hijo, porque el hijo no es un objeto sino una persona, que no puede ser tratado como simple medio para la obtención de fines ajenos, por nobles y altruistas que estos sean.

Nos parece que los capítulos medulares de la monografía son los que prosiguen a este análisis: los capítulos V, VI, VII y VIII. En ellos la autora compara las filiaciones no biológicas en los aspectos más esenciales: los destinatarios o usuarios (posibles “padres”), el control de acceso a las filiaciones adoptiva y tecnológica, tanto administrativo como judicial, y la determinación de la filiación del hijo en cada una de ellas.

Dos cuestiones merecen un tratamiento separado porque en ellas se intersectan las formas de filiación que son objeto del libro: la maternidad subrogada y el derecho del hijo a conocer la identidad del progenitor biológico. En la maternidad subrogada, actualmente prohibida en el ordenamiento español (que establece expresamente que la maternidad corresponde a la mujer que da a luz el niño, aunque no sea la titular del óvulo), se cuestiona la posibilidad de utilizar la adopción como un modo de doblarle la mano a la ley y que finalmente la mujer encargante pueda devenir en madre legal del niño gestado por otra. El capítulo referido al derecho a conocer los orígenes biológicos –que quizá hubiera tenido mejor ubicación junto con el análisis de los otros derechos convocados por estas formas de filiación–, es de suma importancia, porque también revela la inconsistencia que existe, en la ley española y en varias otras, en el tratamiento que se da al niño adoptado con el que se ofrece al niño concebido mediante técnicas reproductivas: en efecto, mientras en estas se garantiza el anonimato del donante, en la adopción se ase-

gura al adoptado el derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. En la adopción, se protege la identidad del hijo; en la procreación asistida, la del progenitor.

Un capítulo final recopila las conclusiones y contiene propuestas de política legislativa para el futuro.

Podría pensarse que el libro que reseñamos tiene relevancia para la legislación española y que no tendría mayor utilidad para el ordenamiento jurídico chileno. No hay tal. Se trata de un estudio que, aunque centrado en la normativa extranjera, resulta sumamente provechoso para las reflexiones que debemos hacer ante las propuestas de regulación que se puedan hacer sobre las técnicas de procreación asistida. Las conclusiones a las que llega la autora serán muy importantes a la hora de evaluar las posibles soluciones de esa futura legislación.

Pero más aún: muchos de los criterios y argumentos de fondo del análisis del libro son plenamente aplicables para intentar una interpretación de las normas en actual vigencia, que son bastante similares a las españolas, ya que nuestro legislador en materia de familia ha mirado mucho las regulaciones hispanas cuando ha efectuado reformas en estos mismos temas, partiendo por la modificación al sistema filiativo por la ley N° 19.585, de 1998, y la ley de adopción N° 19.620, de 1999.

Por poner algunos ejemplos: el tema de si el hijo tiene derecho a conocer la identidad del progenitor biológico cuando ha sido el resultado de una técnica con donación de gametos, se plantea a propósito de la mejor interpretación del art. 182 de nuestro Código Civil, que trata resumidamente de la determinación de la filiación en estos casos.

El derecho al hijo o a los medios para conseguir al hijo ha sido puesto en el tapete por los medios de prensa, con el caso del carabinero que, siendo guardador de una menor, huyó con ella porque no se le permitía adoptarla.

El tema del arriendo de úteros o maternidad por cuenta ajena se está presentando en Chile, aunque no ha llegado aún a estrados judiciales. Pero ya varios reportajes periodísticos afirman que existen parejas que están recurriendo a esta técnica en el extranjero (California o India) y queda la incógnita de cómo están entrando esos niños al país y con qué filiación materna quedan registrados.

Todos estos temas, y otros que seguramente seguirán planteándose en nuestro sistema jurídico, pueden ser analizados y profundizados con la ayuda del libro de Daniela Jarufe.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Universidad de los Andes