

¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?

Hugo Rosende Álvarez

Director del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo aborda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la amplia admisibilidad de los medios de prueba en los juicios de filiación y la constitucionalidad de la sanción impuesta por la ley ante la negativa injustificada a someterse a una pericia biológica de paternidad o maternidad. Asimismo, se aborda la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, que restringe el ejercicio de acciones filiativas respecto de los herederos del padre o madre fallecido. Por último, tomando en cuenta los criterios jurisprudenciales y la evolución doctrinaria en materia de acciones de filiación, sostiene la inconstitucionalidad del artículo 182 del Código Civil, que impide al hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida interponer las acciones de impugnación o de reclamación para establecer su verdadera identidad.

Se ha planteado en nuestro medio forense y en la doctrina un debate acerca de la constitucionalidad de las normas que regulan la prueba de la filiación y sobre la posibilidad de demandar ampliamente a los herederos de los progenitores fallecidos para los fines de reclamar la respectiva paternidad o maternidad. Incluso se objeta la constitucionalidad de las normas del Código Civil que contemplan la caducidad de la acción de impugnación de la filiación, con especial referencia a la presunción de paternidad matrimonial.

La discusión se ha centrado básicamente en la colisión de dos derechos: por una parte, el derecho del hijo a conocer la propia identidad, considerado como un derecho humano fundamental, y por la otra, el derecho a la honra y a la intimidad, a fin de evitar invasiones no deseadas a esta esfera de la vida privada, la cual se encuentra amparada por la Carta Política.

No habría sido posible efectuar este estudio sin la valiosa colaboración de doña Pilar Arellano Gómez, abogada asistente del Tribunal Constitucional, y de la señorita María Isabel Warnier Readí, ayudante de la cátedra de derecho civil del profesor Ambrosio Rodríguez Quirós, a quienes expreso mi profundo agradecimiento por el apoyo y generosidad brindados. Sus aportes hacen de este artículo un esfuerzo mancomunado que responde a uno de los objetivos de la enseñanza de esta casa de estudios superiores: el trabajo en equipo.

La imposibilidad legal de modificar la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La Ley 19.585 de 1998, que derogó las normas del Título VII del Libro I del Código Civil y las reemplazó por otras nuevas, introdujo el artículo 182, que dispone:

“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 “.

El precepto legal transcrito plantea una cuestión de inconstitucionalidad frente a la garantía de igualdad ante la ley y del derecho de toda persona a no ser discriminada arbitrariamente, que la Constitución Política asegura a todas las personas (art. 19, N° 2).

Situación de los hijos frente a las acciones de filiación.

Los hijos de filiación determinada por naturaleza, sean éstos de filiación matrimonial o no matrimonial, están amparados por las acciones filiativas de reclamación (arts. 204 y ss. del C.C.), o de impugnación (arts. 211 y ss. del C.C.), o de ambas (art. 208 del C.C.).

Sin embargo, el hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida carece de acción para impugnar la filiación determinada por la ley en este caso o de reclamar una distinta. Rige pues en esta materia una verdadera presunción de derecho en orden a que el padre y la madre de aquel hijo son el hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas de reproducción humana asistida.

El distinto tratamiento que la ley da a los hijos de filiación por naturaleza ¿representa una discriminación arbitraria en perjuicio de aquellos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida?

Los principios que rigen el nuevo estatuto de la filiación, contemplados en la Ley 19.585 de 1998 y sus modificaciones posteriores.

Los principios inspiradores del nuevo estatuto de la filiación son:

1. La igualdad de los hijos cuya filiación esté determinada. El artículo 33 del Código Civil establece: "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"¹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece en su artículo 24: "Igualdad ante la ley". Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

De lo expuesto se infiere que las reglas del Título VII del libro I del Código Civil deben aplicarse en iguales condiciones a todos los hijos de filiación determinada. Ello representa el verdadero sentido y alcance del artículo 33 del Código Civil y de lo establecido en el artículo 5° y numeral 2 del artículo 19, ambos de la Carta Política, así como del artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

2. La prevalencia del interés superior del hijo. Diversos preceptos del Código Civil incorporados por la ley N° 19.585 recogen este principio. De acuerdo al criterio recién indicado, el niño aparece como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres².

La proyección del interés superior del hijo se advierte en el inciso 2° del artículo 242 del Código Civil, relativo a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, que establece: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

¹ Artículo agregado por el artículo 1°, N° 6 de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, el que a su vez derogó el anterior artículo 33.

² Veloso Valenzuela, Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo Estatuto de Filiación", en el libro *Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, p. 28, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Igualmente, se manifiesta en el derecho a mantener una relación directa y regular con la persona que no lo tiene bajo su cuidado, pues ésta se puede restringir o suspender cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo (artículo 229, inc. 2°, del C.C.). También se aprecia en la facultad de los padres de corregir a los hijos, pues ella tiene como limitación todo cuanto menoscabe su salud o el desarrollo personal de los hijos (art. 234 del C.C.). Lo propio acontece en el discernimiento de la patria potestad por el juez (arts. 244 y 245 del C.C.).

En resumen, se subraya la idea que se tiene del menor como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración, a la cual se le reconocen sus derechos y su autonomía futura.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad mediante la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

Este principio está tomado de la Convención de Derechos del Niño (artículos 7 y 8)³ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 18)⁴. Se reconoce el derecho de toda persona a saber cuál es su origen, lo cual comprende el derecho a conocer quiénes son sus padres.

El derecho a conocer la propia identidad implica –en materia de filiación– hacer prevalecer la verdad biológica por sobre la verdad formal o sociológica. De acuerdo con el principio que se examina, en las acciones de filiación, se expresa: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad” (artículo 195).

En armonía con lo recién dicho, el artículo 198 del Código Civil dispone: “...la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte”. Por su parte, el artículo 199 del C.C. se ocupa de las pruebas periciales de carácter biológico.

³ Art. 7°. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derechos desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida

Art. 8°. 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.

⁴ Esta convención, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, dispone en su artículo 18 “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.

Desde la óptica de las acciones de estado –de reclamación o de impugnación o de ambas– se ve que en ellas se privilegia la verdad biológica. Por la razón anotada, el derecho de reclamar la verdadera filiación es imprescriptible e irrenunciable (artículo 195 inciso 2° C.C.).

Con el propósito de establecer la verdadera identidad, se admiten todas las pruebas, especialmente de carácter biológico.

Desde el punto de vista de que se trata, alcanza especial significación la negativa a someterse al peritaje biológico. El inciso 4° del artículo 199 en su texto vigente, incorporado por la Ley 20.030, dispone que “La negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda”.

El derecho a conocer la propia identidad encuentra excepciones en los casos que siguen: a) cuando la ley hace prevalecer la posesión notoria del estado civil versus la verdad biológica. Con todo, el juez puede preferir esta última en función de la conveniencia del hijo (artículo 201 del Código Civil); y b) tratándose de las técnicas de reproducción humana asistida, en las cuales se prefiere la verdad formal (art. 182 del Código Civil).

La igualdad ante la ley.

1. Las Bases de la Institucionalidad establecen que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1° inciso 1° de la Constitución). A su vez, el inciso 2° del art. 5° de la Carta Fundamental establece: “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, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2. El artículo 19 N° 2° de la Constitución Política asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos 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”.

3. El Tribunal Constitucional afirma que la igualdad ante la ley “se traduce, entre otras expresiones, en los caracteres de generalidad y abstracción característicos de este tipo de normas, lo cual supone que todos los gobernados son destinatarios de ellas”. Agrega que “en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad “en la ley”, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto

de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”⁵.

4. La igual protección en el ejercicio de los derechos se traduce, fundamentalmente, en que “todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo a los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica y sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias, es decir, odiosas, injustas o irracionales”⁶.

5. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, “arbitrario” es adjetivo que significa “que depende del arbitrio”, “que procede con arbitrariedad”, “que incluye arbitrariedad”. Por su parte “arbitrio” es, entre otras acepciones, “voluntad no gobernada por la razón, sino por el mero capricho”, y “arbitrariedad” es “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la sola voluntad o el capricho”.

Silva Bascuñán explica que el acto es arbitrario cuando deriva de la libre e irrestricta voluntad o capricho de quien lo realiza y que carece de todo fundamento razonable⁷. Ahondando en esta materia, expresa que habrá discriminación o diferencia arbitraria cuando ésta carezca de fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador⁸.

Sobre el particular, la Corte Suprema ha fallado que “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”⁹.

⁵ Sentencia rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008, considerandos 29° y 30°, y sentencia rol N° 834-07-INA, de 13 de mayo de 2008, considerando 9°.

⁶ Enrique Evans de la Cuadra. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.140. Citado en el considerando 10° de la sentencia de 13 de mayo de 2008. Rol 834-07-INA.

⁷ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, p. 123, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

⁸ *Ibíd.*, p. 124.

⁹ R.D.J., Tomo LXXXV, 1988, sec. 5ª, p. 97.

6. El mensaje del Ejecutivo con el que fue enviado al Congreso el proyecto de ley que más tarde se transformó en la Ley 19.585, de 1998, señalaba, como fundamentos¹⁰ de la iniciativa, que: “El proyecto persigue como objetivo dar concreción legal a los principios constitucionales que reconocen y aseguran la plena igualdad de todas las personas ante la ley y prohíben, consecuentemente, el establecimiento de diferencias arbitrarias, ni por ley ni por autoridad alguna”.

Criticando las discriminaciones de la legislación anterior a la Ley 19.585, el mensaje presidencial afirmaba que ellas son contrarias a los principios contenidos en diversas Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, de las que Chile es parte.

Cita al efecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 26 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, **la ley prohibirá toda discriminación** y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación **por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento** o cualquier otra condición social”.

Se refiere también a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, que dispone “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24).

7. Entre las ideas matrices o fundamentales del proyecto se encuentran: la de dar concreción legal a los principios constitucionales que reconocen y aseguran la plena igualdad de todas las personas ante la ley y prohíben, consecuentemente, el establecimiento de diferencias arbitrarias, ni por la ley ni por autoridad alguna, y la de consagrar el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, permitiendo al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, apoyada por toda la gama de pruebas que admite la ley, incluidas las biológicas¹¹.

8. El propósito antes mencionado se alteró sustancialmente al agregarse el nuevo artículo 182 del C.C. al proyecto de ley en el Congreso Nacional, precepto que no estaba contemplado en el mensaje del Ejecutivo. Esta nueva disposición impide al hijo nacido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida impugnar la filiación determinada de acuerdo con

¹⁰ www.bibliotecacongresonacional.cl Historia de la ley 19.585, Primer Informe de la Comisión de Constitución, p. 47.

¹¹ *Ibid.*, p. 48,

esa norma o de reclamar una distinta. La incorporación de este precepto crea una discriminación flagrante en contra de estos hijos.

La justificación dada para el nuevo artículo 182 fue la siguiente: "Se encuentra pendiente para nuevo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Salud el proyecto de ley que regula los principios jurídicos y técnicos de la reproducción humana asistida (Boletín N° 1026-07). En esa medida, la Comisión siguió siendo partidaria de la conveniencia de establecer, dentro de las reglas generales del Código Civil sobre filiación, los efectos filiativos a que dan origen las técnicas de reproducción humana asistida. Pero, con el objeto de no anticipar pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas técnicas, que corresponderá realizar en ese otro proyecto de ley, en particular sobre la aceptación o prohibición del uso de gametos de donantes, y el eventual derecho de la persona así concebida para conocer su progenitura biológica, optó por eliminar el inciso tercero, que, por lo demás, era un simple corolario de las reglas precedentes"¹².

Cabe tener presente que el proyecto de reproducción humana asistida a que hace referencia el informe complementario de la Comisión de Constitución en la tramitación de la Ley 19.585, se encuentra archivado¹³.

Interés superior del hijo

La Convención sobre los Derechos del Niño señala que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad (art. 1°). Esta misma convención establece "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" (art. 3, N° 1).

Este principio no es respetado por el artículo 182 del Código Civil.

Derecho a la identidad

1. La Convención sobre los Derechos del Niño prescribe: "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 (art. 8, 1.).

¹² *Ibíd.*, pp. 1015 y 1016.

¹³ El proyecto de ley "Sobre reproducción humana asistida" fue producto de una moción del senador Mariano Ruiz-Esquide Jara, de 18 de julio de 2006. El proyecto fue archivado por la Comisión de Salud del Senado el 20 de agosto de 2008 por haber transcurrido dos años sin pronunciamiento de la Comisión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 bis del Reglamento del Senado.

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica establece el “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” (art. 18).

Este pacto de San José de Costa Rica dispone, además, la “**Protección Judicial.**”

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos de violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados Partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El derecho al acceso a la justicia reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es respetado por el artículo 182 del C.C. y contraviene el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

1. Los atributos de la personalidad resguardados por el derecho a la identidad son el nombre, la nacionalidad, el origen de la persona, las relaciones de familia (que comprenden el cuidado personal del hijo, patria potestad, la educación y la formación del hijo), y los derechos patrimoniales de familia, tales como el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. Dichos atributos no pueden reclamarse por el hijo en contra de su verdadero padre o madre por impedírsele el artículo 182 del Código Civil.

2. Medios de prueba. La ley N° 19.585 de 1998, modificada por la N° 20.030 de 2005, regula la prueba en los juicios de reclamación de filiación en los artículos 197 a 201 del Código Civil.

Un buen resumen de esta materia hace el profesor Ramos Pazos¹⁴.

- a) La regla es que la paternidad o maternidad se puede establecer mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte (art. 198 inc. 1°). Sin embargo, la prueba de testigos por sí sola es insuficiente.

La frase "toda clase de pruebas" que emplea el artículo 198 crea algunas dudas ¿quiere decir cualquier medio de prueba de los aceptados en la ley (arts. 1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil) o se ha querido sobrepasar esta lista con los llamados "medios representativos" (¿el filme, la cinta magnetofónica)? Daniel Peñailillo se plantea esta pregunta y la resuelve en el sentido que lo que se ha querido es lo último, puesto que si sólo se tratare de aceptar los medios legales expresamente admitidos (art. 341 del Código de Procedimiento Civil), no habría sido necesaria una declaración legal. Concluye que se debe admitir todo medio que el juez estime idóneo, aun cuando no aparezca en la lista del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia, pone término a esta discusión al establecer en su artículo 28 que "todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley". Más adelante, en el artículo 54 agrega que "Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe" (inc. 1°), agregando en seguida que "El juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo" (inciso 2°). Finalmente, en conformidad al artículo 32 de la Ley N° 19.968, "Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica". En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tan caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo" (inciso 1°). Y el inciso final expresa que "La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

- b) La ley admite las pruebas periciales de carácter biológico. La más conocida es la prueba de ADN (sigla que corresponde al ácido desoxirribonucleico),

¹⁴ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, tomo II, p. 423, sexta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 2009.

técnica inventada por los ingleses en el año 1985, que según el decir de los especialistas, tiene un grado de certeza para excluir la paternidad o maternidad, que alcanza a un 100% y para incluirla oscila entre el 98,36 al 99,999999982%.

La prueba del ADN es la más conocida, pero no la única, pues existen otras como el “análisis de grupos y subgrupos sanguíneos” y “el análisis de antígenos de histocompatibilidad”. La primera tiene un grado de certeza de un 100% para excluir la paternidad o maternidad y de un 60 a un 70% para incluirlas; y en la segunda, la probabilidad de exclusión es del 100% y el valor de inclusión entre el 90 y el 99%.

Estas pruebas de carácter biológico deben practicarse por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos, designados por el tribunal. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial (art. 199).

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.030, no se establecía qué valor tenía este informe de ADN, de donde se concluía que por aplicación del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, debía apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (así, Corte Suprema 13 de noviembre de 2002). La ley que venimos comentando resolvió el problema al reemplazar el inciso 2° del artículo 199 por el siguiente: “El juez podrá dar a estas pruebas periciales por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla”.

Maricruz Gómez de la Torre¹⁵ explica las distintas pruebas biológicas, que divide en el análisis de los grupos sanguíneos, la de antígenos HLA, y la del examen de ADN. Sobre estos aspectos afirma que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia extranjera coinciden en estimar que el resultado de la prueba de ADN es concluyente. Sin embargo, agrega que esta prueba requiere, por su naturaleza, la cooperación del presunto padre o madre para llevarla a cabo y éstos se han resistido a ellas en numerosas ocasiones. Al efecto, han invocado violación de sus derechos de intimidad o privacidad¹⁶ y de la integridad

¹⁵ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, pp. 80 y ss., Editorial Jurídica de Chile, año 2007.

¹⁶ Cita Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 27811, 10-07-2003. Considerando 4°: “El texto definitivo de la ley, en cambio, le otorgó el valor de presunción grave y además permite al juez, si la considera precisa, le otorgue el valor de plena prueba, es decir, que con esta sola presunción grave se pueda determinar la filiación, lo que demuestra que si bien es cierto no alcanza a constituir una presunción de derecho, ya que admite prueba en contrario, no lo es menos que es más que una presunción simplemente legal”.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8.418, 8-03-04. Considerando 3°: “Que, por lo demás, la reforma introducida por la Ley N° 19.585 tiene como finalidad posibilitar que la filiación de una persona pueda ser investigada y establecida y produzca los efectos civiles a que se refiere el artículo 181 del Código Civil, de modo que tal espíritu no puede admitir que la sola voluntad contraria del demandado se yerga sin más en un impedimento a ese derecho”.

física¹⁷, que constituyen garantías constitucionales. Aquí existiría una colisión de derechos entre los presuntos padres, y el derecho de identidad del hijo, que le permita materializar su derecho humano de conocer quién es su padre y de pertenecer a una familia. Ante esta confrontación de derechos, debe darse preeminencia al derecho a la identidad y al interés del hijo¹⁸.

La Ley N° 19.585 estableció que la negativa del presunto padre o madre a someterse a los exámenes pertinentes configura *"una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil"* (artículo 199, inciso 2°, Código Civil). (Se refiere al texto anterior a la ley N° 20.030).

Al respecto, en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado ante la Corte Suprema, el recurrente sostiene que los artículos 198 y 199 del Código Civil, en relación con las pruebas necesarias para acreditar la filiación, la paternidad y maternidad, "son manifiestamente inconstitucionales por violar las normas del artículo 19N° 1 de la Constitución Política de la República, el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 5° de la Convención Americana de los Derechos Humanos".

Agrega el recurrente que de los derechos relativos a la vida e integridad física y psíquica se derivan los derechos personales de disponer del propio cuerpo y de su propio cadáver, y por ello resulta inaceptable que la negativa a ser objeto de un peritaje biológico pueda tener como sanción la de configurar una presunción grave en contra de quien se niega a practicarse el referido examen¹⁹.

La Corte Suprema rechazó el recurso de inaplicabilidad señalando que los artículos 198 y 199 del Código Civil no son contrarios a la Constitución Política de la República. Como fundamento del fallo se señala que de la lectura del artículo 199 puede desprenderse que la negativa del padre o madre para someterse a una prueba de carácter biológico, con las consecuencias probatorias que ello podría causar, no es cualquier negativa, sino que debe ser una negativa injustificada, que además, por sí misma, no ocasiona un perjuicio probatorio definitivo, sino que configura una presunción grave, que por sí sola no acredita el hecho, sino que permite al juez, previa valorización, apreciarla para formar su convencimiento. Agrega que **hay que pensar en los derechos de la criatura que necesita un nombre para identificarse en la vida y para**

¹⁷ Cita Corte Suprema, Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 2.569-2004, 31-03-2006.

¹⁸ Lo señalado se encuentra en el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

¹⁹ Cita Corte Suprema, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 2.569-2004, 31-03-2006.

requerir auxilio de sus progenitores, derechos que están ampliamente reconocidos en la legislación civil y tratados internacionales aceptados en nuestro país (considerandos 14 y 15).

Por otra parte, la negativa injustificada a someterse a la prueba de carácter biológico fue interpretada de distintas formas por los tribunales, un sector entendió que la sola negativa injustificada del padre a someterse al examen de ADN configuraba una presunción grave en su contra, lo que permitía la determinación de la paternidad o maternidad²⁰. Otro sector, consideró que la negativa injustificada del presunto padre o madre unida con otras pruebas, servirá para acreditar la filiación en contra de la persona que se niega²¹. La reforma incorporada por la Ley 20.030

²⁰ Cita sentencias que consideraban que la sola negativa injustificada a someterse a la prueba tecnológica del ADN constituía una presunción grave en su contra, lo que permitía determinar la filiación; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 156-2002. Considerando 3°: "En consecuencia, y no habiendo acreditado el requerido que su ausencia obedecía a causa justificada, opera en su contra una presunción, que apreciada en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, atendida su gravedad, precisión, y concordancia con los referidos testimonios, permite a este tribunal formarse pleno convencimiento de que el demandado es padre biológico no matrimonial del individualizado menor".

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 16.357, 22-03-2006. Se ha establecido que el demandado fue citado en varias oportunidades al Servicio Médico Legal, a fin de realizarse el examen de ADN, a las cuales no asistió sin justificar sus inasistencias, por lo que ello constituirá una presunción grave en su contra, a la que se le otorgará plena prueba de la paternidad demandada.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 915-03, 02-01-2003. Acoge la demanda de reclamación, aplicando la presunción grave en contra del demandado por no haberse realizado la prueba de ADN sin justificar.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 14.680-03, 05-12-2003. Considerando 5°: "La presunción en comento está establecida en la ley y es simplemente legal, pero el legislador le dio el carácter de grave, y la razón de darle a una presunción simplemente legal este carácter de grave, a juicio de estos sentenciadores, está en que el legislador otorgó al juez la facultad de que con el solo mérito de ella se acredite la paternidad, si no estaba desvirtuada por prueba en contrario, lo que no ocurre en el caso de autos".

Corte Suprema, Rol N° 4939-03, 11-12-2001. "Considerando 5°: "...los jueces recurridos han incurrido en un error de derecho que es reparable por esta vía, al restringir el alcance de la regla reguladora de la prueba del artículo 426 inciso 2° del CPC, en cuanto estimaron que una presunción, que no se encuentra apoyada por los restantes elementos del proceso, no puede conducir por sí sola a que se acceda a la demanda, en circunstancias que el precepto citado otorga al juez de la instancia la facultad de tener por acreditado un hecho sobre la base de una única presunción, con la sola condición de que revista las calidades de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento".

Corte Suprema, Rol N° 3256-03, 19-01-2004. Considerando 2°: "...que la negativa injustificada a someterse a peritaje biológico, presunción que ya es grave por el solo mandato de la ley, apreciándola de acuerdo al artículo 426 del CPC, tiene precisión suficiente para atribuirle el carácter de plena prueba y unida a aquella que surge de su reconocimiento de haber mantenido relaciones con la actora, hecho básico que sustenta la decisión y que no fue impugnado denunciando infracción a las leyes reguladoras de la prueba que de ser efectivas permiten su modificación, por ende el recurso de casación en el fondo deducido adolece de manifiesta falta de fundamento".

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 10.455-2002, 18-06-2003. Confirma sentencia que establece que la negativa injustificada a someterse a la prueba del ADN constituye una presunción grave de paternidad en su contra, de acuerdo al artículo 199 del Código Civil en relación con el artículo 426 del CPC, presunción que unida a otras pruebas constituyen un conjunto de antecedentes, que convencen al sentenciador en cuanto a que la menor es hija biológica del demandado.

²¹ Cita Corte Suprema, Rol N° 1.999-02, 01-08-2002. Considerando 2°. La Corte Suprema ha señalado que "del análisis de la prueba testifical y documental los jueces del fondo han extraído presunciones judiciales graves precisas y concordantes que les permiten establecer que existió una relación amorosa

puso fin a esta polémica al establecer, en el artículo 199 del Código Civil, que la negativa injustificada del presunto padre o madre a someterse a las pruebas periciales “hará presumir legalmente la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella según corresponda” (artículo 199, inciso 2°, Código Civil). Es decir, la negativa injustificada permite que el juez le otorgue valor de plena prueba para determinar la filiación. Se entenderá por negativa injustificada, si citado el demandado dos veces a realizarse el examen no concurre a la realización de éste. “Para este efecto las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción señalada en el artículo anterior” (artículo 199, inciso final, Código Civil).

entre las partes a la fecha en que se produjo la concepción del hijo, lo que unido al informe de ADN, el que se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, permite tener por acreditado que el demandado es padre del menor”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 3.755-01, 20-03-2003. Confirma sentencia del 1° Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 289-00. Considerando 16°: “Que conforme la existencia de prueba documental y testimonial configuran presunciones graves que tienen el carácter de precisas y concordantes en cuanto establecen la relación de pareja entre la demandante y el demandado durante el período previo al embarazo y nacimiento del menor, como asimismo la posesión notoria de la calidad de hijo respecto del demandado, a estas dos pruebas rendidas se les debe agregar la presunción legal contemplada en el citado artículo 199, inciso segundo, que surge a raíz de la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica del ADN. Esta última presunción tiene el carácter de grave en contra del demandado, y que unida a las otras pruebas, tiene la virtud de constituir plena prueba, el sentenciador ha llegado a la convicción de la calidad de hijo del menor respecto del demandado”.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1.621.2002, 17-06-2003. Confirma sentencia del 1° Juzgado Civil de Angol, Rol N° 47.865. Considerando 9°: “Habiendo sido rechazadas las justificaciones en virtud de las cuales el demandado negó someterse al examen de ADN, debe concluirse que opera en su contra la presunción grave del artículo 199, inciso 2° del Código Civil, la que apreciada en conformidad del artículo 426 del CPC reúne los caracteres de gravedad y precisión suficientes para constituir plena prueba a favor de las pretensiones del demandante, toda vez que ella se encuentra reforzada de otros antecedentes que obran en la causa que permiten llegar a establecer que el demandado es padre del menor”.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 14.419-03, 01-07-2003. “Que la presunción dada por establecida en el considerando 10° de primera instancia, unida a las restantes probanzas rendidas por la demandante en particular documental y testimonial, constituyen a juicio del tribunal una presunción grave, que de conformidad con el artículo 426 del CPC, es suficiente para formar plena convicción en estos sentenciadores que en autos se estableció la paternidad del demandado.

Corte Suprema, Rol N° 145-02, 20-10-2003, Considerandos 4° y 5°: “Que en consecuencia, de acuerdo al inciso 2° del artículo 199 del Código Civil, esta negativa injustificada del demandado a someterse al peritaje biológico configura una presunción grave en su contra. Que dicha presunción, que ya es grave por mandato de la ley, apreciándola de acuerdo al artículo 426 del CPC tiene, a juicio de esta Corte, precisión suficiente para atribuirle el carácter de plena prueba para demostrar que el demandado es el padre biológico del menor demandante... Además de ello, contribuye a formar convicción de prueba completa la declaración de los testigos...”.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1.498-2002. “Respecto a su no concurrencia al examen de ADN decretado como medida para mejor resolver, deberá aplicarse en su contra la presunción grave de paternidad, contenida en el artículo 199 inciso final del Código Civil... Que debiendo apreciar la presunción grave unida a las pruebas rendidas en autos resulta insuficiente para formar convencimiento...”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 3.075-01, 20-10-2003. Considerando 6°: “Que al respecto debe considerarse la eficacia que para el presente juicio pueden producir las presunciones, que como medio probatorio a partir de un hecho conocido, pueden producir plena prueba, conforme a las normas legales. En tal sentido para que sea válidamente admisible esta prueba de presunciones, es menester que en el expediente se encuentren acreditados, por otros medios de prueba y no por otras presunciones, los hechos que las constituyen, para que de ese modo se consigne, a modo de conclusión... no hay ninguna otra prueba que permita fundar en sí la presunción de paternidad que se reclama, resultando contrario a todo razonamiento de lógica el establecer tal presunción en base únicamente a la no concurrencia del demandado a practicarse el examen biológico de rigor”.

Jurisprudencia sobre inaplicabilidad en los casos en que se impugnan las normas sobre el efecto de la negativa injustificada a someterse a pruebas periciales biológicas y sobre la limitación del alcance del artículo 206 del Código Civil.

Rol 834-07-INA. Sentencia de 13 de mayo de 2008 del Tribunal Constitucional.

1. Se recurrió al Tribunal Constitucional solicitando que se declaren inaplicables los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, cuyo texto actual fue fijado por el artículo 1° de la Ley N° 20.030, publicada en el Diario Oficial del día 3 de julio de 2005, por ser contrarios a los numerales 2°, inciso segundo, conforme al cual **“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”**; 3°, inciso quinto, que dispone **“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”**, y 4°, que establece **“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”**, todos del artículo 19 de la Constitución Política.

Igualdad ante la ley y debido proceso.

2. El Tribunal expresa que los cambios introducidos por la Ley 20.030 al Código Civil en relación con los preceptos reprochados en esta litis, son, según el considerando duodécimo, los siguientes:

- a) Se derogaron los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 188, que consideraban como suficiente reconocimiento de la filiación la confesión de la paternidad o maternidad prestada bajo juramento por el supuesto padre o madre citado a presencia judicial, agregando que toda citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligaría al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado.
- b) Se derogó el artículo 196, que obligaba al juez a dar curso a la demanda sólo si con ella se presentaban antecedentes suficientes que hicieran plausibles los hechos en que se funda.
- c) Se reemplazó el inciso segundo del artículo 199, según el cual la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra que el juez debía apreciar de conformidad con el artículo 426 del Código Civil, por tres incisos nuevos, que permiten al juez otorgar a las pruebas periciales de carácter biológico, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla. A su turno, en caso de negativa injustificada de una de las

partes a someterse al peritaje biológico, se configura una presunción legal de la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda, entendiéndose que hay negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización del examen, previo apercibimiento en tal sentido.

- d) Se agregó un nuevo artículo 199 bis, conforme al cual si entablada la acción de reclamación de filiación, la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o se negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica;

3. El raciocinio del Tribunal Constitucional para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad es el siguiente:

- a) El requirente estima que la aplicación de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, modificados en la forma que se ha explicado, en el caso sublite, vulnera la igualdad ante la ley, porque introduce una diferencia arbitraria en el derecho a la defensa de su representado, dado que ésta sería “más benigna para el demandante que para el demandado”, que es la calidad jurídica que él ostenta en el juicio que se ventila ante el Cuarto Juzgado de Familia (Considerando decimotercero).
- b) Que la sola lectura de la norma cuestionada permite constatar que la eliminación de la facultad judicial de no dar curso a la demanda por no presentarse antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda –operada por el artículo 1° de la Ley 20.030–, dice relación con todos los procesos judiciales en que se investigue la paternidad o maternidad con el objeto de hacer realidad el derecho a la identidad personal, sin que afecte exclusivamente al requirente de estos autos (Considerando decimocuarto).
- c) Que, por su parte, la exigencia que se analiza –aplicable a todo demandado– encuentra justificación en fines legítimos perseguidos por el legislador. Precisamente, en la discusión general del proyecto de ley que dio origen a las normas del Código Civil que hoy se impugnan, llevada a cabo en el Senado, consta la intervención de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Pérez, quien afirmó que “es impresionante el efecto de estos procesos, en que están involucrados los derechos de los niños, **especialmente el derecho a la identidad**, sobre la calidad de vida de esas personas...”.

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 (Considerando decimoquinto).

d) Que para determinar si las reformas introducidas por el artículo 1° de la Ley 20.030 al Código Civil suponen establecer una discriminación entre demandantes y demandados en los juicios sobre reclamo de paternidad, es necesario una visión sistémica y general de las normas que actualmente rigen los referidos procesos judiciales. En ese contexto es posible apreciar que diversas normas vigentes del Código Civil –entre las que se encuentran las impugnadas– tienden a resguardar la igualdad procesal indispensable en el desarrollo de toda gestión judicial.

Es así que:

- El artículo 195 del Código Civil precisa que “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, **en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen**”, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución, según el cual “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.
- El artículo 198 del Código Civil prescribe que: “En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte”. Agrega que: “No obstante, para estos efectos **será insuficiente la sola prueba testimonial y se aplicarán a la de presunciones los requisitos del artículo 1712**”.
- El artículo 199, a su turno, indica que: “Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico”. Añade que: “El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la maternidad o la paternidad, **o para excluirla**”.
- Finalmente, el artículo 200 del mismo Código Civil establece que: “La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación,

siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y **se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable**".

Así, y aun cuando el legislador eliminó el análisis de plausibilidad que se confiaba al juez al momento de decidir dar curso a una demanda de investigación de paternidad, ello no ha significado privar al demandado del derecho a defensa en el juicio, sino que éste se mantiene a través de diversas normas que, como las que se han recordado, le permiten hacer valer su posición en el proceso (considerando decimosexto).

- e) Que conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el **derecho a la acción**, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores..." (Sentencias Roles N°s 376, 389, 481 y 986, entre otras) (considerando decimoséptimo).
- f) Que en la situación que se analiza, los órganos colegisladores han previsto un conjunto de normas que, como las que se han recordado, tienden a mantener la posibilidad de que tanto demandantes como demandados, en los juicios sobre reclamo de paternidad, puedan defenderse, aunque en forma compatible con los principios que informan el sistema filiativo chileno desde la reforma introducida por la Ley N° 19.585, a saber: a) igualdad; b) interés superior del menor; y c) libre investigación de la paternidad y maternidad (Maricruz Gómez de la Torre Vargas. *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 36) (considerando decimocuarto).
- g) Que la moción que dio origen al precepto legal impugnado se fundamenta en que según los senadores patrocinantes de la iniciativa, "en el curso de estos años hemos notado ciertas falencias de que adolece esta norma jurídica (la Ley de Filiación N° 19.585, incorporada al Código Civil) y que, en definitiva, ha empantanado el fin primordial que persigue esta ley, cual es garantizar la igualdad entre los hijos y priorizar los intereses superiores de los mismos".

Agregaban esos parlamentarios, que "en la práctica, las acciones de reclamación de paternidad, en muchos casos, no han prosperado ante nuestros

tribunales de justicia” debido a divergencias que agrupaban en tres áreas: a) Exigencia legal impuesta a la parte demandante en orden a la presentación de antecedentes suficientes para dar curso a la demanda; b) Valor probatorio del peritaje biológico; y c) Negativa del padre para realizarse el examen de ADN.

Justificando el primero de los problemas planteados, la moción parlamentaria indicaba que “Esta disposición legal (el artículo 196 del Código Civil) limita el acceso a la justicia a aquellas personas que carecen de estos antecedentes (los que hagan plausibles los hechos en que se funda la demanda), sean cartas, fotografías, etc., impidiendo el ejercicio del proceso y en definitiva la de realizarse el examen de ADN, medio de prueba por excelencia, que permite tener un 99,99% de certeza acerca de la paternidad del hijo. Hecho que se considera grave, pues por carecer de estos medios, que si bien pueden tener importancia, se impide tener acceso a la realización de dicho examen, que tiene mayor grado de exactitud, frente a los “antecedentes” exigidos por esta norma legal”.

Precisaba, asimismo, que si bien con este artículo se quiso poner freno al ejercicio de acciones sin fundamento, o que puedan afectar la honra del demandado; igualmente se puede proteger a la contraparte sin la necesidad de que este artículo exista, a través de dos medios: la condenación en costas, cuando el juez estime que no existió fundamento plausible para litigar, hecho de aplicación general en todo juicio; y la obligación de indemnizar los perjuicios a quien haya ejercido una acción de filiación de mala fe, o con el propósito de lesionar la honra del demandado.

Concluía afirmando que “no parece lógico entonces, que la prueba biológica sea condicionada a la presentación adicional de otros antecedentes para darle tramitación a la demanda” (considerando vigésimo).

h) El propósito de los preceptos impugnados ha obedecido a la idea de corregir las distorsiones que dificultaban el debido acceso a la justicia en un ámbito que, como se ha expresado, tiene que ver con la plena protección de un derecho ligado estrechamente al valor de la dignidad humana, cual es el derecho a la identidad personal. Sobre el particular, ha de tenerse presente que aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18) (considerando vigésimo segundo).

- i) Que el requirente plantea que la nueva redacción del artículo 199 del Código Civil ha establecido una presunción de derecho al disponer que la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda (considerando vigésimo tercero).
- j) Que el Tribunal estima que no existe impedimento constitucional para que el legislador establezca presunciones de derecho en materias distintas a las referidas a la responsabilidad penal (considerando vigésimo cuarto)²².
- k) Que no obstante el raciocinio anterior, el Tribunal Constitucional expresa que la consecuencia de la negativa injustificada a someterse a exámenes biológicos de paternidad o maternidad no es una presunción de derecho, sino una presunción de carácter simplemente legal, esto es, que admite prueba en contrario (considerando vigésimo quinto).

Vulneración del derecho a la honra.

- a) El requirente plantea que la aplicación de los preceptos del Código Civil impugnados vulnera el artículo 19 N° 4 de la Constitución, aduciendo que aunque la normativa legal aplicable a esta clase de juicios establece el secreto de las actuaciones, resultará imposible ocultar en el hogar de su representado la notificación de una gestión de esta naturaleza, a lo que se une la avanzada edad del destinatario de esa notificación. Aunque no se señala expresamente, se aprecia que, para el actor, esta situación configura una transgresión al amparo constitucional de la honra de la persona, garantizada por la citada norma constitucional (considerando vigésimo noveno).
- b) Que el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental brinda respeto y protección tanto a la persona como a su familia. Su alcance consiste en que el derecho a la honra no prohíbe la intromisión misma en la vida de la persona (...) sino la violación del buen nombre de la persona o su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida de las personas que por su naturaleza afectan su reputación. (...) La honra de las personas se afecta sin lugar a dudas cuando hay una deliberada intención de denigrar o insultar a una persona o cuando se le atribuye una conducta basada en hechos falsos, eventualmente constitutivos de delito, a través de la palabra o cualquier otro lenguaje simbólico" (Humberto Nogueira Alcalá. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 492) (considerando trigésimo).

²² Estimamos que existe impedimento constitucional para establecer una presunción de derecho de la filiación porque así se destruye la igualdad ante la ley, impide el acceso a la justicia y contraviene los tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos.

- c) Que el derecho al respeto y protección de la honra de la persona y de su familia debe ejercerse con arreglo a límites extrínsecos que derivan de la necesidad de respetar las reglas que la sociedad se ha dado para su pleno desenvolvimiento. Si entre esas reglas está la búsqueda de la verdad que se obtiene a través del ejercicio de acciones impetradas ante los tribunales de justicia, no puede estimarse lesivo al derecho garantizado por el artículo 19 N° 4 de la Constitución, la existencia de un procedimiento judicial que, conformado por reglas como las introducidas por los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, propende, precisamente, a la obtención de la verdad en un tema tan ligado al respeto de la dignidad humana como es la necesidad de determinar fehacientemente la identidad de una persona (considerando trigésimo primero).
- d) Que, por último, la necesidad de proteger adecuadamente la honra de las personas frente a un litigante temerario cuyo único propósito sea afectar la reputación del demandado, se cautela a través de otros remedios, tales como: a) La condenación en costas, cuando el juez estime que no existió fundamento plausible para litigar, hecho de aplicación general en todo juicio, y b) La existencia del artículo 197 del Código Civil, que obliga a indemnizar los perjuicios respectivos a quien haya ejercido una acción de filiación de mala fe, o con el propósito de lesionar la honra del demandado (considerando trigésimo segundo).

En mérito de todas las motivaciones sucintamente indicadas, se rechazó el requerimiento de inaplicabilidad planteado por don Nurieldin Hermosilla Rumié, en representación de don Julio Magri Rabaglio.

Esta sentencia destaca el hecho de que se protege la igualdad ante la ley a través del justo y racional procedimiento, el cual supone entre otras características, el derecho a la acción, que como se verá más adelante, se le niega a los hijos en el caso del artículo 182 del Código Civil.

Rol 1.340. Sentencia de 29 de septiembre de 2009 del Tribunal Constitucional.

1. El Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel expone que en la causa RIT N° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada "Muñoz con Muñoz", se ha ordenado oficiar a esta Magistratura Constitucional para que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Ley Fundamental, resolviendo, si así lo estima, la suspensión del procedimiento.

2. La norma impugnada por el juez requirente dispone:

"Art. 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en

contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

3. El conflicto constitucional que se pide resolver a este Tribunal consiste en que, a juicio del juez requirente, dicho precepto legal impediría al presunto hijo de un padre que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el reconocimiento de su filiación en contra de los herederos de ese presunto padre fallecido; efecto aquel que, según sostiene, sería contrario al derecho a la identidad que se encuentra reconocido y asegurado a toda persona en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1 y 11.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16 y 17.1), mismos que deben entenderse incorporados a nuestro régimen jurídico y ser respetados por el Estado y sus órganos, conforme lo establece el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política. Concretamente, el magistrado requirente sostiene que la norma del artículo 206 del Código Civil, insertada en nuestra legislación en virtud de la Ley 19.585, de fecha 26 de octubre de 1998, vedaría en la especie de modo absoluto al actor la posibilidad de ejercer su derecho a la identidad en cuanto lo priva de las acciones procesales idóneas para ese efecto, ya que conforme a la redacción del texto legal, lo coloca en una hipótesis diversa de las que contempla para legitimarlo activamente.

Estima que la aplicación de la mencionada norma legal produciría infracción a la garantía de igualdad ante la ley que se encuentra asegurada en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, establecería una discriminación que no resistiría ningún test de racionalidad o proporcionalidad, entre los presuntos hijos de padres fallecidos para demandar su filiación, considerando sólo el momento del fallecimiento del presunto padre.

El artículo 206 del Código Civil establecería una discriminación entre aquellos hijos cuyo presunto padre o madre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto, a quienes les reconoce la acción de reclamación, y aquellos hijos cuyo presunto padre o madre fallece con posterioridad al transcurso de los 180 días siguientes al parto, a quienes se les priva de toda acción que les permita reclamar su filiación. Tal discriminación no encuentra, a su juicio, justificación alguna, ni siquiera en la historia fidedigna de la norma.

4. En cuanto a la infracción del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

- a) El conflicto sometido a la decisión de la magistratura constitucional consiste en que al aplicarse el artículo 206 del Código Civil a la resolución de aquél, podría verse vulnerada la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la

naturaleza humana, consignada en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

- b) Entre los derechos afectados aparece el derecho a la identidad personal consagrado, con diferentes términos, en varios tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La redacción del artículo 206 deja al demandante en el proceso de investigación de paternidad o maternidad fuera de la hipótesis para ser considerado como legitimado activo, privándolo de una acción idónea para que le sea reconocida su filiación y, por ende, su derecho a la identidad personal (considerando cuarto).

Los tratados internacionales de aquellos que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes consagran el derecho a la identidad personal.

b.1.) Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario" (artículo 18).

b.2.) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre" (art. 24.2.).

b.3.) La Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 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 (...)" (art. 7, numerales 1 y 2).

b.4.) De las referidas normas internacionales y de la doctrina autorizada en estas materias, se infiere "que la identidad queda comprendida en la categoría de 'los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana' como reza el artículo 5° de la Constitución Política de la República, toda vez que atañe intrínsecamente a su propia individualidad tanto personalmente, como en su dimensión social, sobrepasando el ámbito inicialmente resguardado referido a los derechos del niño para entender que beneficia a toda persona en su condición de tal" (considerando octavo).

- b.5.) Que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en

el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Constitución consagra (considerando noveno).

b.6.) Que los artículos 204 y 205 autorizan la acción de reclamación de la filiación matrimonial y no matrimonial, respectivamente, sin límites en el tiempo (art. 195 del C.C.). En cambio, el artículo 206 limita dicha acción contra los herederos del padre o de la madre fallecidos, a fin de que sea ejercida dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado plena capacidad.

b.7.) Sobre la base de lo expresado, se sostiene por algunos que los artículos 204 y 205 constituyen la regla general en materias de acciones de filiación y que el artículo 206 representa una excepción, porque autoriza dirigir la acción de reclamación del estado de hijo no sólo contra el padre o madre –como aparece en los artículos 204 y 205– sino contra sus herederos cuando uno u otro han fallecido y siempre que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: (i) que el hijo sea póstumo o (ii) que alguno de los padres haya fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. En ambos casos la acción podrá deducirse dentro del plazo de 3 años, contados desde su muerte, o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad.

b.8.) Que en este capítulo de inconstitucionalidad deberá resolverse –dice la sentencia– si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador una norma (art. 206 del C.C.) que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad.

b.9.) La doctrina mantiene criterios encontrados sobre la materia señalada.

i. Por un lado, los autores Carlos Pizarro y Hernán Corral reconocen que el artículo 206 limita la posibilidad de que los herederos sean legitimados pasivos de las acciones de reclamación de la paternidad o maternidad cuando uno o ambos padres han fallecido. Sobre este particular se sostiene que el derecho a la identidad personal del hijo cuyo padre o madre fallece sin encontrarse dentro de los supuestos del artículo 206, cede frente al derecho a la integridad psíquica de los herederos que no desean ver perturbada su vida familiar; al derecho a su privacidad, al verse compelidos a perturbar el descanso de su deudo fallecido mediante la correspondiente exhumación del cadáver, y al derecho a la propiedad sobre la herencia una vez que opera la sucesión por causa de muerte en su favor.

ii. Por otro lado, don René Ramos Pazos, entre otros, reconoce que, en general, la doctrina nacional se ha pronunciado por la negativa en cuanto a demandar

a los herederos más allá de los supuestos que establece el artículo 206 del Código Civil.

Sin embargo, precisa que a partir del voto disidente del ex Ministro de la Corte Suprema, Domingo Kokisch, y del abogado integrante René Abeliuk, en sentencia de 2 de noviembre de 2004 (rol 2820-3), ha habido un cambio de opinión. Según este nuevo criterio, siempre se puede demandar a los herederos del progenitor y la única limitación que existe en el caso del artículo 206 reside en que se establece un plazo de 3 años para reclamar la filiación.

b.10) La disparidad de criterios doctrinarios revela una antinomia constitucional entendida como aquella situación en la que “los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra” (considerando decimonoveno).

Si se sostiene que el artículo 206 del Código Civil protege los derechos a la honra familiar y a la integridad psíquica de los herederos del causante impidiendo que, más allá de los supuestos restrictivos que contempla esa norma, se pueda accionar en contra de ellos para reclamar la paternidad o maternidad del causante fallecido, resultaría que su aplicación da efectivo cumplimiento a los derechos asegurados en los numerales 4° y 1°, respectivamente, del artículo 19 de la Carta Fundamental, y, por ende, la norma impugnada no resultaría contraria a la Constitución.

Por el contrario, la interpretación consignada precedentemente podría implicar que, al amparar tales derechos constitucionales, se dejaran sin efecto los derechos a la identidad personal, a la integridad psíquica y a la honra del demandante en un juicio de reclamación de paternidad, asegurados, respectivamente, por el artículo 5°, inciso segundo, y por el artículo 19, N°s 1° y 4°, de la Constitución. Lo anterior, porque en el evento de haber fallecido el supuesto padre o madre, el afectado se vería impedido de accionar para reclamar su filiación contra los herederos de aquél o aquélla, si no se encuentra en los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil (considerando decimonoveno).

b.11.) ¿Qué solución debe propiciar el juez constitucional ante una antinomia de esta naturaleza? ¿Puede aplicarse el criterio de jerarquización de los derechos –sugerido para solucionar conflictos como el planteado– cuando los que se encuentran comprometidos son, en general, equivalentes (derecho a la integridad psíquica y a la honra de la persona y de su familia) y, más aún, se encuentran en directa ligazón con la dignidad humana, valor supremo que preside toda nuestra Constitución (considerando vigésimo).

b.12.) El Tribunal Constitucional examina, en primer término, el criterio de hermenéutica constitucional denominado **concordancia práctica**, que procura conciliar los derechos comprometidos y que exige del intérprete la ponderación de los derechos y bienes en conflicto para armonizarlos y en caso de no ser posible, darle prevalencia a uno sobre el otro (considerando vigésimo primero).

Que la interpretación armónica del sistema de reconocimiento de la filiación en Chile permite concluir que los herederos de la persona cuya paternidad o maternidad se reclama quedan salvaguardados en la medida que el demandante de mala fe recibe sanciones por su conducta a través de la condena en costas y de la indemnización de perjuicios. Además, los efectos patrimoniales de la reclamación quedan limitados por el artículo 195 del Código Civil, que dispone que los efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia. Se concilian así los intereses de quien reclama la filiación y los herederos del padre o madre fallecidos.

b.13.) El resguardo de los derechos patrimoniales en la sucesión del progenitor fallecido lo examina Rodríguez Grez al tenor de los artículos 195 y 221 del Código Civil²³. Señala que la interpretación acogida por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la regla general en materia de reclamación de filiación está contenida en el artículo 317 del Código Civil, permitiría a una persona privar a otra de todo o parte de la asignación hereditaria ya adquirida, cuando ella se encuentra integrada a su patrimonio desde la muerte del causante, infringiéndose, de este modo, la garantía contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, relativa al derecho de dominio. Lo señalado por este autor deriva de que, por disposición de la ley, se ha adquirido el dominio de la asignación hereditaria, propiedad de la que se priva posteriormente, al hacerse lugar, por sentencia judicial, a la reclamación de filiación.

A lo anterior, agrega que a partir de una interpretación semejante, toda asignación hereditaria debe considerarse condicional, ya que estaría sujeta al hecho futuro e incierto de que el reconocimiento de un descendiente –incluso años después de la muerte de sus padres– haría perder todo o parte del dominio adquirido. El único paliativo que ofrece la ley, en este caso, es lo previsto en el artículo 221 del Código Civil, pudiendo los asignatarios alegar haber adquirido la herencia de “buena fe”. El alcance que debe darse a esta excepción contemplada en el artículo 221 recién

²³ Rodríguez Grez Pablo, "Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, mediante la cual se declara inaplicable el artículo 206 del Código Civil", en *Sentencias destacadas*, 2009, pp. 117 y ss., y en especial 134 y 135 y ss., ediciones LYD (Libertad y Desarrollo), año 2010.

mencionado, consiste en que los asignatarios, al ser llamados a suceder, desconocían la existencia del presunto hijo, cuestión de hecho que deberá defenderse en cada caso conforme al mérito de las pruebas rendidas. En opinión del profesor Rodríguez Grez, no se advierte otra posibilidad de que los asignatarios puedan conservar su asignación²⁴.

b.14.) El Tribunal Constitucional examina también otro criterio de interpretación de la Carta Fundamental, conocido como la regla del “**efecto útil**”, que exige propiciar inteligencia de las normas que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales. Desde este punto de vista, estima esa magistratura que no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad sólo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1°, inciso primero (considerando vigésimo séptimo).

Infracción a la igualdad ante la ley.

- a) El conflicto constitucional dice relación también con la supuesta discriminación arbitraria que introduce el artículo 206 del Código Civil entre los hijos cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto en contraposición con aquellos hijos cuyo padre o madre fallece después de vencido dicho plazo. Los primeros pueden deducir la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre fallecido, mientras que los segundos están privados de la acción sin motivo plausible que lo justifique.

Se reconoce que se está frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, porque, por una parte, las personas que se encuentran en los supuestos del artículo 206 del Código Civil, esto es, el hijo póstumo o aquel cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, pueden accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener el reconocimiento de su filiación; y, por la otra, quienes no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada carecen de acción para obtener el reconocimiento de su verdadera filiación (considerando trigésimo primero).

- b) Que el examen de la historia del establecimiento del artículo 206 del Código Civil revela que, lejos de apreciarse un fundamento objetivo y razonable en la limitación que dicha norma establece para reclamar de los herederos del padre o madre fallecidos el reconocimiento de la filiación, se tuvo en cuenta la regulación contenida en una norma precedente que aludía a una

²⁴ *Ibíd* p. 136

distinción entre tipos o categorías de hijos que el proyecto del Ejecutivo quiso precisamente superar. Por lo tanto, se consideró un criterio que ya no tenía cabida en la nueva legislación y que motivó críticas de parte de algunos parlamentarios, precisamente por estimarse que introducía una diferencia entre aquellos cuyo padre o madre fallece antes o después de los 180 días siguientes al parto, generando, por ende, un vacío legal (considerando trigésimo cuarto).

- c) De allí entonces la falta de razonabilidad en la diferencia de trato entre quienes demandan el reconocimiento de su filiación en los casos del artículo 206 del Código Civil y aquellos cuyos padres fallecen después de los 180 días siguientes al parto, sacrificando el derecho de estos últimos de conocer su identidad personal mediante el ejercicio de la acción de reclamación en contra de los herederos de su progenitor fallecido, lo que les ha sido negado por el precepto en cuestión.
- d) En mérito de todo lo anterior se acogió el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, con la prevención del Ministro Raúl Bertelsen Repetto y el voto en contra de los Ministros Juan Colombo Campbell, Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.
- e) Esta sentencia pone de relieve la discriminación arbitraria que crea la ley cuando se impide al hijo el derecho a la acción. Todo lo que señala el fallo en relación con el artículo 206 del Código Civil, que impide el derecho a la acción, rige con más fuerza todavía en el caso del artículo 182 del Código Civil, que veda toda posibilidad al hijo de conocer su verdadera identidad.
- f) **Claudia Schmidt Hott**, en su artículo sobre “Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad”²⁵, concluye que todos aquellos preceptos que obstruyen el derecho a la verdad de la filiación, que tiene tutela constitucional, deben ser invalidados por ser contrarios a la Constitución Política de la República. Es así que plantea la inconstitucionalidad de los artículos 212, 213, 214 y 215 del Código Civil.
- g) Explica que es inconstitucional la caducidad de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial. Siguiendo las enseñanzas de la profesora Paulina Veloso, pensamiento con el cual ella coincide, señala: “el derecho a la identidad, que es lo que, en definitiva, se reclama en la acción –sea de

²⁵ *Revista Actualidad Jurídica* N° 20, pp. 483 y ss., tomo II, julio 2009, Universidad del Desarrollo, Facultades de Derecho Santiago y Concepción.

reclamación o impugnación– se entiende inherente a la persona, al desarrollo de su personalidad, a su integridad y dignidad; y en consecuencia goza de protección constitucional; y al mismo tiempo, está consagrado en diversos tratados de derechos humanos vigentes en Chile²⁶.

- h) De esta tesis se infiere que si la caducidad de acciones vulnera la igualdad ante la ley, con cuanta mayor razón se produce esa infracción en el caso del artículo 182 del Código Civil, cuando se le impide al hijo el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación de su filiación.
- i) **María José Méndez Costa y Daniel Hugo D' Antonio**²⁷ plantean que “El derecho de la persona concebida mediante técnicas de procreación artificial o gestada en madre portadora al establecimiento de su filiación enfrenta el derecho a la intimidad del dador del semen, de la dadora del óvulo, de los que recurrieron a los procedimientos de engendramiento no natural e incluso de aquel sujeto si no es él quien persigue la titularidad de su verdadero estado de familia” (p. 226).

La protección de la intimidad pretende lograrse mediante el anonimato del dador o dadora, pero éste obstaculiza la determinación de la filiación biológica, interés que los criterios actuales ubican en primer plano aun contra los efectos de la legitimación adoptiva o la adopción plena que resultan de la total supresión de datos sobre los progenitores del adoptado. Cuestiones exclusivamente fácticas han puesto de relieve la importancia para el sujeto de conocer sus antecedentes genéticos indisolublemente unidos a sus condiciones de salud y desarrollo físico y mental. Además, es también factible desviación en el razonable sentido del anonimato. El pretendido anonimato, escribe Vidal Martínez, no es sino una construcción ad hoc que en vez de defender los intereses de la persona directamente implicada –el hijo y su derecho a la intimidad– lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de responsabilidades, de las restantes personas implicadas en la operación. De este modo el mantenimiento del anonimato concebido como secreto absoluto, y no como lo que debe ser, simple protección de la intimidad de las personas implicadas, podría llevar a una consecuencia directamente opuesta a la pretendida por el derecho a la intimidad. A saber: la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato, para la defensa de intereses morales o materiales²⁸.

²⁶ Veloso Valenzuela, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, pp. 132 y ss., LexisNexis, Chile, 2001.

²⁷ Méndez Costa, María José, y D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Tomo III, pp. 225 y ss., Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, Santa Fe, Argentina.

²⁸ Vidal Martínez, su trabajo publicado en LL cit., en el Cap. XIII, p. 1035, citado por Méndez y D'Antonio, p. 226.

Los mismos autores –Méndez Costa y D’Antonio– plantean distintas hipótesis en la reproducción humana asistida, todas las cuales, en nuestra opinión, justifican dejar abierta la posibilidad de investigar la verdadera paternidad o maternidad de la criatura nacida como consecuencia de técnicas de reproducción humana asistida.

Entre tales hipótesis se pueden apreciar las siguientes:

Inseminación artificial

- a) Inseminación artificial de la mujer con semen del marido.
- b) Inseminación artificial de la viuda con semen del marido difunto.
- c) Inseminación artificial de la mujer con semen de un extraño (con consentimiento del marido o sin su consentimiento).
- d) Inseminación artificial de la mujer con semen de un extraño sin el consentimiento de ella al creer que se trataba del semen de su marido.
- e) Inseminación artificial de la mujer sola, esto es, sin que medie el reconocimiento del dador del semen y tratándose de una paternidad extramatrimonial.
- f) Inseminación de la mujer con semen del concubino o conviviente.
- g) Inseminación artificial de la mujer casada o no actualmente casada con semen de otro hombre casado. Ello con el compromiso de entregar el hijo al dador del semen y su esposa.
- h) Inscripción del hijo a nombre de la mujer casada inseminada.
- i) Inscripción del hijo a nombre de la mujer no actualmente casada inseminada.
- j) Inscripción del hijo a nombre de la cónyuge del dador del semen.

Gestación en madre subrogada.

- a) Implantación del óvulo de otra mujer fecundado por el marido de ésta en el útero de la madre sustituta.
- b) Inscripción del hijo a nombre de la mujer portadora.
- c) Inscripción del hijo a nombre de la dadora del óvulo.

Hipótesis de fecundación in vitro.

- Se aplican todas las situaciones antes señaladas.

A todo lo anterior, se agrega la hipótesis –en nuestro parecer– de utilizar la forma de reproducción humana asistida con el fin de proveer hijos a parejas homosexuales o lésbicas, lo que supone una infracción a la política pública de impedir la adopción de hijos por tales parejas.

Las situaciones que pueden existir en el ámbito de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, justifican plenamente el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad mediante el ejercicio de las acciones de filiación correspondientes, para lo cual hoy día no está autorizado a interponer por mandato del artículo 182 del Código Civil, y que, en nuestra opinión, es inconstitucional.

Conclusiones.

1. El artículo 182 del Código Civil discrimina a los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida respecto de todos aquellos de filiación determinada, al privarlos de la acción de impugnación de esa filiación determinada y de impedirles la reclamación de un nuevo estado.
2. La discriminación antedicha resulta arbitraria, porque no existe razón alguna que justifique dar ese tratamiento a los hijos a que se refiere el artículo 182 del Código Civil, mientras que a todos los demás hijos de filiación por naturaleza, sean hijos matrimoniales o no matrimoniales, se les han abierto todas las posibilidades para intentar las acciones de impugnación y reclamación de la filiación. Además, tanto en razón de los cambios legislativos como por la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, se han ampliado las posibilidades para que los hijos conozcan su verdadera identidad. El criterio señalado refleja el cambio de la doctrina nacional en materia de acciones de filiación así como el pensamiento del Tribunal Constitucional al pronunciarse acerca de los requerimientos que le fueran formulados en las causas rol 834-07-INA y rol 1340-09.
3. La discriminación arbitraria a que se hace mención vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley e infringe los tratados sobre derechos humanos que amparan el derecho del hijo a conocer su propia identidad.
4. La igualdad ante la ley se resiente en la especie cuando el artículo 182 del Código Civil niega el ejercicio de las acciones de filiación al hijo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida y de esta manera se contraviene el respeto al debido proceso que –de acuerdo con el número 3° del artículo 19

de la Constitución Política– corresponde que el legislador establezca a favor de todos los hijos, sin discriminaciones arbitrarias, mediante las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

5. En mérito de todo cuanto se ha expuesto creemos que corresponde, en el evento de intentarse un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 182 ante el Tribunal Constitucional, se declare la inconstitucionalidad de esta última norma por infracción de la igualdad ante la ley al crearse una discriminación arbitraria en perjuicio de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.