

# **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**

**Claudia Schmidt Hott**

Profesora Titular de Derecho Civil

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## **1. El Principio de jerarquía constitucional**

La defensa absoluta del principio de la jerarquía constitucional constituye un pilar fundamental que informa nuestro Estado de Derecho. La ley y su o sus respectivos reglamentos sólo vienen a desarrollar el mandato constitucional. Si así no fuere, la norma fundamental caería en desuso, lo que no implica fuerza derogatoria ni expresa ni tácita, de aceptarse aquello, se pondrían en serio peligro las bases de la institucionalidad. En la filosofía de la Carta Fundamental del año 1980, modificada por Ley N° 20.050,<sup>1</sup> corresponde al Tribunal Constitucional “resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.<sup>2</sup> Es así como, a partir del año 2005, nuestro Tribunal Constitucional ejerce respecto de las leyes un control a posteriori de su inconstitucionalidad, lo que ya era frecuente en otros países. En efecto, frente a una pugna insalvable entre la ley y la Carta Fundamental, ha de prevalecer ésta y una de las vías para proteger la supremacía constitucional es la “Invalidatoria”, a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal.

<sup>1</sup> D. O. de 26 de agosto de 2005.

<sup>2</sup> Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República de Chile. Véase también en este mismo sentido el numeral 7 de la referida norma constitucional.

## 2. La Constitucionalización del derecho privado y en especial del derecho de familia

“Ejercer correctamente la jurisdicción constitucional implica que el resto del ordenamiento jurídico –derecho civil en este caso–, ha de ser interpretado en función de la norma constitucional”<sup>3</sup> conforme a las palabras de la excelentísima jurista trasandina doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, premisa a la cual agregaremos otra, a nuestro juicio de suma relevancia: nuestro ordenamiento jurídico constituye un todo unitario, en el cual la pirámide jerárquica es garantía de los derechos fundamentales, así toda norma que se incorpore a una ley debe guardar concordancia con el mandato constitucional. Por otra parte, entendemos que este todo jurídico unitario también puede graficarse con un círculo, pues toda modificación o derogación de un precepto legal y la incorporación de un principio fundamental inciden en el resto del ordenamiento jurídico, conforme a las propias normas de hermenéutica legal que contiene el Código Civil originario, a partir de sus artículos 19 y siguientes, siendo de especial relevancia, talvez por una supremacía jurisprudencial que se le ha dado a los elementos gramatical e histórico, entender que existen paralelamente los elementos lógico y sistemático, sin perjuicio de los principios generales del derecho y de la equidad natural en materia de interpretación. Todo operador jurídico ha de interpretar la norma legal, en un caso concreto y particular, sobre la base de esta normativa que nos diera don Andrés Bello. En especial y para los efectos de la materia de este informe, cabe recordar las sabias palabras de Carlos Ducci Claro, quien nos decía que “al interpretar una ley pueden en teoría adoptarse dos criterios. Uno, que podríamos llamar histórico o subjetivo, que trata de reconstituir el pensamiento o voluntad del legislador. Otro, que se denomina normativo u objetivo, sostiene que la ley tiene una significación propia independiente del pensamiento de sus autores”. Agrega que “todos los autores modernos señalan el engaño de un criterio subjetivo...”, entre otras razones que nos da, argumenta “que la ley es la voluntad del Estado y ésta se manifiesta por la ley misma, y no por la opinión de los que participaron en su formulación”.<sup>4</sup> Así planteadas las cosas, podemos decir que la ley tiene vida propia y en esa trayectoria de su propia vida es confrontada al mandato constitucional, pues debe guardar concordancia con él.

Es pertinente recordar las palabras de don Andrés Bello vertidas en el Mensaje del Código Civil en materia filiativa, pues es esa materia la que es objeto de

<sup>3</sup> La Constitucionalización del Derecho Civil, Aída Kemelmajer de Carlucci, Profesora de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, Editorial Jurídica LexisNexis, Santiago de Chile 2005, pág. 1198.

<sup>4</sup> *Derecho Civil, Parte General*, Carlos Ducci Claro, Editorial Jurídica de Chile, página 109, Santiago de Chile, 1980.

cuestionamiento en el presente informe, aun después de grandes reformas legales, que si bien han importado un notable avance, aún contienen normas contrarias a los mandatos constitucionales. En efecto decía Bello que "la categoría de hijo legítimo es una de las más importantes que el Derecho Civil ha creado (nótese que se trataba de una ficción no ajustada a la realidad biológica), ¿cómo, pues, dejarla a la merced de las pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho a constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago incierto, en que una mujer se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar a un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo, por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido? El Derecho Canónico relajó en esta parte los principios del Romano; pero a la potestad temporal es a la que toca prescribir las condiciones necesarias para el goce de los derechos civiles".

De estas palabras de Bello puede desprenderse que la filiación antes llamada legítima era una ficción basada en la presunción de paternidad. Cabe preguntarse hoy, si la presunción de paternidad en la filiación matrimonial, determinada por ley, ¿puede seguir basándose en ella, cuando hay pruebas biológicas determinantes que la descartan y que obviamente no eran conocidas en la época en que se dictó el Código Civil? ¿Puede presumirse padre quien biológicamente no lo es cuando ha mediado rompimiento del deber de fidelidad de la mujer? ¿Puede el legislador contrariar el derecho fundamental a la identidad biológica, estableciendo un corto plazo de caducidad para la acción impugnatoria de paternidad matrimonial, cuando la verdad biológica es otra? ¿Puede el supuesto padre engañado ser reputado padre, cuando conoce tardíamente que sus hijos no son sus hijos? ¿Puede el juez simplemente aplicar la letra de la ley y desconocer los principios constitucionales, frente a la constitucionalización del Derecho de Familia? ¿Puede sostenerse a toda costa una realidad formal, cuando ni siquiera existen afectos filiativos entre el padre formal y sus hijos supuestos? ¿Puede la madre biológica ocultar a sus hijos biológicos el conocer a su progenitor, sin incurrir en responsabilidad civil extracontractual? Los hijos, al conocer su verdad biológica, largamente ocultada, ¿sufrirán un daño psicológico irreparable? En el mismo mensaje, Bello nos daba la respuesta a tantas preguntas, pues de sus palabras puede deducirse que él estaba consciente de los cambios. En efecto, sus primeras palabras fueron: "Muchos pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y

aborda en sus libros II, III y IV el patrimonio, refiriéndose sólo incidentalmente a algunos derechos fundamentales, como lo son el derecho a la igualdad jurídica (art. 55) y el derecho a la vida del ser humano por nacer (art. 75), sin perjuicio de las normas en materia filiativa, las que si bien incorporan los derechos fundamentales, aun no receptan en su integridad el mandato constitucional. En el ámbito latinoamericano también encontramos importantes avances en este vuelco de las Constituciones, así, sólo por vía ejemplar, cabe mencionar la Constitución Federativa de Brasil de 1988, con todas sus enmiendas, que en materia familiar en su Título VIII, relativo al Orden Social, Capítulo II, relativo a los derechos familiares, consagra la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, la igualdad filiativa y el aseguramiento con absoluta prioridad de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a la vida, la salud, la alimentación, la profesionalización, la cultura y la convivencia familiar.<sup>9</sup> En este mismo sentido, cabe mencionar la Constitución Política de Colombia de 1991,<sup>10</sup> que en lo que respecta a este informe establece la igualdad filiativa. Otro tanto se plantea en la Constitución Nacional del Paraguay de 1992, que asegura la libre investigación filiativa, y la maternidad y paternidad responsables.

Nuestro país, lejos de estar aislado de este nuevo escenario, se suma a esta temática no sólo a través del reconocimiento a la dignidad de las personas (art. 1º) y a la consagración de los derechos y deberes constitucionales receptados en su Capítulo III, modificado, entre otras, por la Ley N° 19.611, con lo cual, viene a llenar un sensible vacío de la legislación civil, pasando a contener verdaderas normas civiles constitucionales, dado que el Derecho Civil siempre se ha definido como el conjunto de normas y principios jurídicos relativos a la PERSONA, la FAMILIA y al PATRIMONIO. Es así como la doctrina llama a estas reglas jurídicas "normas civiles constitucionales". En este sentido, Julio César Rivera sostiene que se trataría de la incorporación del Derecho Civil a la Constitución.<sup>11</sup>

Un hito fundamental en este proceso lo constituye la reforma constitucional de 1989<sup>12</sup> al incorporar el inciso 2º al artículo 5º de la Carta Fundamental, conforme al cual 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 lo tratados internacionales ratificados por Chile y que

<sup>9</sup> Constitución Federativa de Brasil de 1988 en: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitucion/Brasil/99.html>.

<sup>10</sup> Impreandes S.A., Bogotá, Colombia, 1991.

<sup>11</sup> "Derecho Privado en la Reforma Constitucional", Julio César Rivera en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, República Argentina, 1994, páginas 36-37.

<sup>12</sup> Ley N° 18.825, D.O. de 17 de agosto de 1989.

se encuentren vigentes. Entre tales tratados y para los efectos de este informe resultan especialmente relevantes la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, conocido también como Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigentes en Chile la primera desde el año 1990 y la segunda desde el año 1991. Como garantía fundamental, las mencionadas convenciones aseguran la no discriminación de las personas en torno a su nacimiento, entre otros factores, es decir, cualquiera sea el estado civil de los progenitores, la determinación de su filiación ha de guiarse por los mismos principios, en la especie, por la verdad biológica por sobre la verdad formal.<sup>13</sup>

Es del caso agregar que la mayoría de la doctrina nacional está conteste con que estos tratados a que alude el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa. En este sentido el profesor y constitucionalista Salvador Mohr expresa que: “su desconocimiento puede eventualmente derivar en una infracción de la Constitución”, y agrega, en materia de poder vinculatorio, que “supeditar la obligatoriedad de las normas de este tipo de convenciones a la materialización de modificaciones normativas internas, ...significaría condicionar la vigencia de los derechos humanos al cumplimiento de una condición puramente potestativa, favoreciéndose con ello el fraude a la Constitución, que al establecer el mandato de respeto y promoción de los derechos humanos, lo hace en términos absolutos”.<sup>14</sup>

## 2.2. La Constitucionalización del Derecho de Familiar en particular

El fenómeno jurídico descrito en el acápite anterior no ha dejado indiferente al legislador. En efecto, como respuesta a la “privatización del Derecho Constitucional” ha surgido la “constitucionalización del Derecho Privado”, en este caso, del Derecho de Familia. Ejemplos en este sentido son numerosos y se generan en el siglo pasado y en el presente. Podemos citar, sólo por vía ejemplar, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil de Portugal de 1966, el Código Civil de Perú de 1984, el Código Civil de la Niñez y de la Adolescencia del Perú, de 2000, el Código de la Niñez y de la Adolescencia del Ecuador, de 2003, entre otros tantos. Así en materia de interpretación, el Código de la Niñez y de la Adolescencia de Bolivia de 1999 prescribe, asumiendo o rescatando aquello de que se preocupa el Derecho de Familia, que “las normas del presente Código

<sup>13</sup> Véanse artículos 2° párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, sin perjuicio que reconocen la identidad biológica, independientemente del nacimiento fuera o dentro del matrimonio, los artículos 2 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>14</sup> Véase *Revista de Derecho*, Santiago, Universidad Central, 1991, publicada a propósito de las Segundas Jornadas de Derecho Procesal Constitucional.



deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las convenciones, tratados internacionales vigentes y las leyes de la República". Esta llamada a interpretar la ley a la luz de las normas fundamentales es reiterada en el Derecho comparado, y se plasma literalmente por primera vez en nuestro país en el artículo 234 del Código Civil, que si bien relativo al derecho función de corrección de los progenitores respecto de sus hijos, señala que "los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. **Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño**".<sup>15</sup> Con esta reforma legislativa, la interpretación de la norma legal filiativa ha de realizarse conforme al respeto de los derechos fundamentales garantizados en la mencionada convención, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad personal estática biológica, como se analizará más adelante. Este enorme adelanto del legislador está conteste con los principios de supremacía constitucional y de unidad del ordenamiento jurídico.

### 3. El derecho a la identidad personal

El llamado "Nuevo Estatuto Filiativo"<sup>16</sup> introduce en nuestro ordenamiento jurídico un cambio radical y recoge tres principios generales del Derecho que se inspiran en el reconocimiento, promoción y vigencia de los derechos fundamentales en la materia; aquellos son los de igualdad, interés superior del niño y del adolescente y el de la identidad biológica.<sup>17</sup> Centraremos este informe en este último, sin perjuicio que ocasionalmente haremos referencia a los otros.

"El derecho a la identidad personal, a juicio del profesor Carlos Fernández Sesarego, se diferencia del derecho a la identificación y comienza a constatar su existencia en la segunda mitad de la década de los años setenta en el siglo pasado, pues los derechos fundamentales no conocen un sistema cerrado y pueden definirse escuetamente así: *el ser humano es idéntico a sí mismo*. Su antecedente es la dignidad y la libertad humana, pues esta última hace que el ser humano sea creativo, proyectivo, único e irrepetible. La autenticidad y la verdad son base de la identidad real. La identidad se integra por una pluralidad

<sup>15</sup> Artículo 3° de la Ley 20.286, que introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, D. O. de 15 de septiembre de 2008.

<sup>16</sup> Ley N° 19.585, D. O. de 26 de octubre de 1998, vigente desde el 27 de octubre de 1999.

<sup>17</sup> Véase Paulina Veloso Valenzuela, "Principios Fundamentales del Nuevo Estatuto de Filiación" en: *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela, ConoSur, LexisNexis-Chile, Santiago de Chile, 2001, págs. 9-80.

de elementos, todos y cada uno de los cuales hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este conjunto de características o atributos se proyectan unitariamente hacia el mundo exterior, se fenomenalizan y hace posible que los demás conozcan la identidad de la persona, de cada persona en su “mismidad”, en lo que ella es en tanto específico ser humano. La identidad se forja en el pasado, desde la misma concepción del ser humano donde se encuentran sus raíces y parte de sus condicionamientos hasta el fin de su existencia. Los atributos y las características que en su unidad constituyen la identidad de cada cual, que definen su personalidad, pueden tener la calidad de elementos estáticos, que son permanentes e invariables, o dinámicos, esto es, cambiantes. Entre los primeros encontramos el genoma humano, las huellas digitales, el sexo cromosómico, el nombre, la imagen. Entre los segundos, podemos mencionar las características de la personalidad, el temperamento de cada uno, las ideas religiosas o políticas, entre otros. Así el derecho a la identidad personal se presenta como un interés existencial digno de protección jurídica. **La persona tiene el derecho a ser representada fielmente, en lo que ella es, sin desnaturalizaciones, alteraciones, desfiguraciones, distorsiones o falseamientos de sus atributos tanto estáticos como dinámicos.**

Así el derecho a la identidad implica el derecho de la persona a la propia biografía. Se trata en la especie de un derecho autónomo que comprende otros derechos que tutelan diversos aspectos, tales como los derechos al nombre y a la imagen que tutelan diversos elementos de la persona, cuya sumatoria nos da como resultado el perfil de la identidad personal”.<sup>18</sup>

#### **4. La filiación y el derecho a la identidad personal**

Francesco Messineo señala que “filiación es la relación existente entre el nacido y el progenitor, en virtud de la cual el primero se dice hijo del segundo, esto es, se atribuye el estatus de hijo y adquiere los derechos y deberes inherentes a tal estado. De la relación de filiación, es **simétrica** la de paternidad o maternidad, en virtud de la cual el sujeto adquiere el estatus de padre o madre del nacido”.<sup>19</sup> De esta definición se advierte que en la filiación por naturaleza<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Constituyen estas palabras extractos de la obra *Derecho a la Identidad Personal*, de Carlos Fernández Sessarego, Editorial Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 1992.

<sup>19</sup> Véase en *Derecho Civil*, T. VI, “Derecho de Familia”, Vol. III, de Fernando Fueyo Laneri, Universo, Valparaíso, 1959, página 305.

<sup>20</sup> Es del caso recordar que el Código Civil chileno distingue entre la filiación por naturaleza, esto es, aquella que corresponde a la realidad biológica, ya sea matrimonial o no matrimonial, de la filiación adoptiva, que es una filiación ficticia creada por el legislador para ir en acogida, amor, afectos de aquellos tantos niños y niñas en estado de abandono. Así resulta del artículo 179 al prescribir: “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”.

está presente el acto procreativo del padre y de la madre y que por ello al momento de la fecundación se genera el vínculo biológico y se plasma el código genético. Determinada legalmente la filiación, esos efectos se retrotraen a la época de la concepción, con lo cual el Código Civil chileno concibe como sujeto de Derecho al *nasciturus*.<sup>21</sup> Así las cosas, el estado civil determinado por las vías señaladas por la ley debe coincidir en la filiación por naturaleza con la filiación biológica, pues esa filiación biológica integra el derecho a la identidad estática que dará lugar a la coparentalidad. El derecho a la identidad biológica pertenece al hijo procreado, pero también son titulares de él los progenitores, es así como este derecho esencial, que da lugar a un estatus jurídico, esto es, de hijo, de padre y de madre, es recíproco. De allí se entiende el empleo de la expresión “**simétrica**” que utilizó Messineo en su definición. En pocas palabras, podríamos afirmar que cada hijo o hija tiene el derecho inalienable a conocer su origen biológico, y cada padre y cada madre tienen el derecho fundamental de conocer a quienes procrearon en la filiación que el Código Civil denomina por naturaleza, **cualquiera sea la edad de los hijos o de los progenitores verdaderos**. De lo contrario, el derecho a la identidad personal en su aspecto estático estaría gravemente violentado. Es por ello que la ley no puede falsear el reconocimiento de un derecho que emana de la naturaleza humana.

En este mismo sentido, es atinente mencionar la definición de filiación por naturaleza que da el jurista argentino Julio López del Carril, que reza así: “**la filiación es un hecho biológico, es la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró**”, pues “**todas las personas tienen padre y madre, aun cuando éstos sean desconocidos**”.<sup>22</sup> Resulta claro que la filiación es ante todo un hecho biológico. Lo relevante para el Derecho es que sea conocida la relación filial y que ese conocimiento se base en la verdad, por ello los mecanismos o vías que establece la ley para determinar la filiación por naturaleza deben fundarse en el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad,

<sup>21</sup> Así lo dispone, con restricciones patrimoniales, las únicas que son susceptibles de prescripción, el artículo 181: “La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo”. CONSTITUYE ESTA DISPOSICIÓN UNO DE LOS MÁS GRANDES ADELANTOS DEL LEGISLADOR CHILENO, PUES AHORA A NIVEL LEGAL, LO QUE A NIVEL CONSTITUCIONAL NO ERA DISCUTIBLE, EL SER HUMANO POR NACER TIENE CAPACIDAD DE GOCE, TIENE PERSONALIDAD JURÍDICA, EN DEFINITIVA, ES SUJETO DE DERECHO.

<sup>22</sup> *La Filiación y la Ley* 23.264, Julio J. López del Carril, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1987, página 26. Es relevante destacar en esta misma obra la definición de filiación que da Rébora y que cita Del Carril (página 25) y que reza así: “NO HABRÁ PROCREACIÓN, NATURALMENTE, SIN UNA CONJUNCIÓN SEXUAL DETERMINANTE Y CONDIGNO PROCESO DE FECUNDACIÓN, GESTACIÓN Y ALUMBRAMIENTO. PERO SIEMPRE QUE LA HAYA, ELLA SE PROYECTARÁ SOBRE EL CAMPO DEL DERECHO BAJO EL ASPECTO DE UNA RELACIÓN ENTRE EL INDIVIDUO PROCREADO Y SUS PROGENITORES, RELACIÓN QUE, CONTEMPLADA DESDE LA POSICIÓN DEL PRIMERO, SE DENOMINARÁ FILIACIÓN, Y, DESDE LA OPUESTA, POR ANTONOMASIA, SE DENOMINARÁ PATERNIDAD”.



principio que vino a sustituir aquel establecido en el Código Civil napoleónico en que se prohibía dicha investigación y que inspirara al codificador chileno del siglo XIX.

En definitiva, en la filiación por naturaleza, matrimonial o no matrimonial, tanto la vía legal, negocial o judicial que el Código Civil establece para su determinación, deben ir hacia la verdad, pues siendo por naturaleza, determinada que sea y sustentada en la realidad biológica, mirada desde el hijo habrá filiación, y mirada desde los progenitores, habrá maternidad y paternidad. Desde ese momento, y retroactivamente, sin perjuicio de la procedencia de la prescripción **sólo en materia patrimonial**, tiene lugar la coparentalidad, esto es, la responsabilidad parental compartida de los progenitores de criar, educar y asistir a sus hijos, todos los cuales importan deberes de alto contenido ético que escapan a los principios que sustentan el Derecho Patrimonial; los derechos funciones de dirigir su educación, lo que importa entre otros, la transmisión de valores hacia la autodeterminación de los hijos;<sup>23</sup> de corregirlos, de convivir con ellos, salvo en caso de ruptura de los progenitores, en que la convivencia bien entendida importa una tuición o cuidado personal compatible con una relación directa y regular. Estos derechos funciones también son de contenido ético. Por otra parte, aunque aquello debiera ser recíproco, los hijos deben obediencia a sus progenitores, y desde luego asistencia. Así también, corresponde a los progenitores administrar y gestionar los bienes de sus hijos, respetando su interés superior, esto es, entendiendo que son sujetos de Derecho y no cosas. En lo que respecta a la representación legal y a su atribución, en caso de progenitores que no viven juntos, independientemente de su estado civil, el mismo interés superior de los hijos, impone a su representante legal accionar en sede judicial, para que los hijos conozcan su realidad biológica, en definitiva, pesa sobre los adultos en este caso respetar el derecho a la identidad genética. Este mandato hacia los progenitores no puede ser obstaculizado por la ley, pues dada la redacción del artículo 222 inciso 2° del Código Civil, el interés superior del niño, niña y adolescente informa el estatuto filiatorio y en general el ordenamiento jurídico nacional (como supranacional, consecuencia de la internacionalización del Derecho) y tiene jerarquía constitucional conforme resulta de armonizar los artículos 1°, 5° inciso 2° de la Carta Fundamental y 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el 27 de septiembre de 1990, día de su publicación en el Diario Oficial y cuyo tenor es el siguiente: 1. "En todas

<sup>23</sup> Notable en este aspecto es el nuevo inciso segundo del artículo 222 del Código Civil chileno, que no está allí de adorno, sino que importa una norma imperativa. Aquella disposición prescribe y no sugiere: "LA PREOCUPACIÓN FUNDAMENTAL DE LOS PADRES ES EL INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO, PARA LO CUAL PROCURARÁN SU MAYOR REALIZACIÓN ESPIRITUAL Y MATERIAL POSIBLE, Y LO GUIARÁN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ESENCIALES QUE EMANAN DE LA NATURALEZA HUMANA DE MODO CONFORME A LA EVOLUCIÓN DE SUS FACULTADES".

las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Cabe recordar que para los efectos de la aplicación de esta Convención, es niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.<sup>24</sup>

Para que los progenitores puedan hacer valer el derecho esencial a la identidad biológica de sus hijos en sede judicial, la institucionalidad chilena debe subsanar las inconsistencias legales invalidando las normas jurídicas que obstaculizan este deber, pues se trata en la especie de un derecho consustancial a los seres humanos que se fundamenta, como todo derecho esencial, en la dignidad humana. Para aquello debe tenerse presente que:

1° El principio del interés superior del niño, niña y adolescente no es lo que al niño le conviene en términos vulgares, o lo que es mejor para él, sino que es entender que es sujeto de Derecho en vías de autodeterminarse conforme a la evolución de sus facultades. En efecto, el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, "La Familia y los Nuevos Paradigmas", la Comisión N° 2, cuyo tema fue "El niño como sujeto de Derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas", concluyó en cuanto al contenido del principio del interés superior del niño que éste es "el pleno reconocimiento de sus derechos".<sup>25</sup>

2° Poco faltaba desde la celebración de aquel Congreso que congregara a miles de juristas del mundo, para la dictación del Nuevo Estatuto Filiatorio en Chile, que consagra aquel principio, pero que aun no es entendido por los destinatarios a que hace referencia el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aquello se logra recién a nivel legal, aclaremos, porque a nivel constitucional, el principio estaba vigente desde el año 1990, con la dictación de la Ley N° 19.968,<sup>26</sup> que crea el fuero de familia que reemplaza los Tribunales de Menores, los que cesan en su totalidad el 31 de diciembre de 2008. En efecto, con claridad, con precisión, con un entendimiento cabal,

<sup>24</sup> Véase artículo 1 de la Convención.

<sup>25</sup> Celebrado en la ciudad de Mendoza entre los días 20 a 24 de septiembre de 1998, República Argentina.

<sup>26</sup> D. O. de 30 de agosto de 2004, recientemente modificada por Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008.

el artículo 16 inciso 1° de la mencionada ley prescribe: **“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”**.

Con esta norma legal se recepta el contenido del interés superior del niño, niña y adolescente, ya consagrado constitucionalmente, con una claridad absoluta. Por lo cual, no puede entenderse como un concepto indefinido o impreciso como en muchas ocasiones la propia ley o la justicia lo han entendido, sino que de aprehender que sus derechos esenciales, aquellos que emanan de su naturaleza humana, están garantizados en tanto a su goce y ejercicio efectivo y por lo tanto, el fuero de familia debe actuar en consecuencia. Dentro de esos derechos esenciales, previos a cualquier regulación estatal, está su derecho a la filiación biológica que tiene, como hemos sostenido en otra parte de este informe, **como correlativo el derecho consustancial de los progenitores a su paternidad y maternidad biológicas**, pues otros derechos esenciales pueden depender de una falsa filiación, aun amparada por la ley, como los derechos al nombre, a la información genética, de gran relevancia en caso de ciertas enfermedades, e incluso a la nacionalidad.

## **5. El derecho a la identidad biológica en el Código Civil chileno**

### **a. Análisis de su consagración en el Código Civil a partir de la dictación del Nuevo Estatuto Filiatorio y sus reformas legislativas posteriores**

Las fuentes directas de Derecho comparado de la Ley N° 19.585, vigente desde el 27 de octubre de 1999, fueron la ley argentina N° 23.264, de 1984 (B. O. de 23 de octubre de 1985), normativa que a su vez siguió a la ley española N° 13, de mayo de 1981 (B. O. E. n 119 de 19 de mayo de 1981), con lo cual es sabido que el Proyecto de Ley que propuso modificar el Código Civil y otros cuerpos legales en materia filiativa se basó en ambas legislaciones, todo ello, según consta del Boletín N° 1.060-07. Es relevante para este informe recordar el Mensaje con que S. E. el Presidente de la República iniciara este proyecto, conforme al cual se sentó la premisa –aunque después hubo un cambio de nombre en lo que respecta a la filiación por naturaleza no matrimonial– que “el proyecto admite que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, entendiendo por la primera aquella que existe cuando los padres están unidos en matrimonio al tiempo del nacimiento o de la concepción del hijo, y por la segunda, en cambio, cuando la concepción y el nacimiento se ha producido fuera del matrimonio, sin que lo anterior dé lugar a ninguna otra diferenciación que no sea la que aquí se ha dicho, esto es, el régimen de determinación de la

filiación". Se agrega en el Mensaje que "la única distinción que se hace en el proyecto es la que necesariamente resulta de la determinación de la filiación, ya que para el establecimiento de ésta no puede ignorarse que el matrimonio otorga un principio de certeza, que permite presumir la paternidad del marido. Este hecho ha de influir –como es fácil observar– en el régimen jurídico a que se sometan las acciones de impugnación de una filiación matrimonial, de aquel que se establece para el supuesto de una acción reclamatoria".<sup>27</sup> Es en esta idea en que comienza el grave problema que puede generarse con la presunción de paternidad, que ya ha de adelantarse, es simplemente legal, pues la prueba en contrario a través de la comprobación científica de la verdad biológica es improcedente cuando falseada la realidad, se accede a ella tardíamente, cuando la acción impugnatoria ya ha caducado. Lo anterior es más grave aún, pues el fuero de familia ha de apreciar la prueba conforme a la sana crítica, y aquí aquello es improcedente, cuando ha operado la caducidad de la acción impugnatoria, lo que nos lleva a una antinomia insalvable entre el mandato legal y el constitucional en materia de identidad biológica.

Es de suma importancia entender además que el derecho a la identidad personal estática biológica es simétrico. En efecto, "el emplazamiento filial falso lesiona el derecho a la identidad del marido, que comprende su derecho a la verdad en cuanto a su lugar y vínculos familiares. En este sentido es de señalar que la justicia ha reconocido que el derecho a la identidad no sólo pertenece a los niños, sino también a las personas mayores, derecho este de jerarquía constitucional (artículos 33 y 75 inciso 17 y 19, CN).<sup>28</sup> Así, la identidad genética afecta a todos los que están enlazados por un determinado vínculo de parentesco".

Para concretar el derecho a la identidad biológica el legislador chileno modifica el Código Civil, entre otros cuerpos legales, el año 1998, en los que son atinentes para este informe, los nuevos Títulos VII y VIII del Libro I, denominado el primero "De la Filiación" y el segundo, "De las Acciones de Filiación". Siendo el ordenamiento jurídico un todo unitario, en la tarea interpretativa no debe olvidarse el elemento sistemático, menos aún, el lógico. Desde este punto de vista, es relevante analizar la estructura de estos dos títulos del Libro I del Código Civil, para tratar de desentrañar sus antinomias, pues "el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".<sup>29</sup>

<sup>27</sup> "Filiación Matrimonial y Filiación no Matrimonial: Fundamento y Alcance de esta distinción en la Nueva Legislación", Claudia Schmidt Hott en: *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho, LOM Ediciones, páginas 155 y siguientes.

<sup>28</sup> Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba, 23/10/02, LL, 2000-C-300 y LLC, 2003-650 consultado en: *Derecho Constitucional de Familia*, Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, República Argentina, 2006, página 780.

<sup>29</sup> Artículo 22 inciso 1° del Código Civil.

Uno de los derechos fundamentales que desarrolla el Título VII del Libro Primero del Código Civil es el de identidad personal estática biológica, para lo cual el legislador dividió el mencionado título en cuatro párrafos. El primero de ellos se denomina “Reglas Generales”, esto es, se trata de una normativa que informa al resto del Título. Es allí donde consagra la filiación por naturaleza, basada en la sangre, ya medie o no matrimonio entre los progenitores, pues los hijos son iguales ante la ley según mandato legal y constitucional.<sup>30</sup> Esa filiación por naturaleza se opone a la filiación legal o filiación adoptiva. Este título establece dos fuentes declarativas de filiación, la ley y el reconocimiento, distinguiendo además entre la determinación de la maternidad, ya sea matrimonial o no matrimonial, que entre sus requisitos **siempre exige la identidad del hijo y de la mujer que lo dio a luz**, y la determinación de la paternidad, en que se distingue entre la matrimonial y la no matrimonial. Si bien, siempre se ha sostenido que la maternidad es cierta, hoy puede no serlo, como sucede en el supuesto de inseminación artificial heteróloga, por ejemplo, en que el legislador no profundizó en el tema y dio una solución contraria al principio de identidad biológica, dejando pendiente el debate, incluso legislando con cierto apuro.<sup>31</sup> En cambio, tratándose de la paternidad, en el párrafo 3 estableció la presunción de paternidad que se le atribuye al marido de la mujer, aunque el hijo haya nacido a las horas de celebrado el matrimonio, sólo por ser el marido. Si bien aquello puede entenderse y aceptarse, como una presunción que data del Derecho Romano y que es de aplicación general en los ordenamientos jurídicos occidentales, **lo que no puede obstaculizarse es que se le desvirtúe a través de la acción impugnatoria, cuando esa paternidad así presumida legalmente no obedezca a la verdad y aquello ha de proceder en todo tiempo, sin que sea posible establecer plazos de caducidad.** Si la normativa civil obstaculiza el conocer la verdad, deviene en inconstitucional, toda vez que la acción impugnatoria se encuentra enmarcada en los nuevos paradigmas del Derecho de Familia, que se sustentan en la dignidad humana y más aún se le define como aquella que “tiene como objeto que el Tribunal declare que es inexacta una filiación que se ostenta. Está dirigida a que se deje sin efecto un estado civil que se ejerce respecto de determinada persona”.<sup>32</sup> En tanto que la acción reclamatoria “está dirigida a que el Tribunal declare la existencia de una determinada filiación. Se persigue que se declare el estado civil de hijo respecto de determinada persona, y correlativamente que se declare el estado de padre o madre de una persona”.<sup>33</sup> Como se ha venido

<sup>30</sup> Artículos 33 del Código Civil y 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

<sup>31</sup> Artículo 182 del Código Civil.

<sup>32</sup> Definición dada por la profesora y abogada Paulina Veloso Valenzuela. Véase *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela, LexisNexis-Chile, Santiago de Chile, 2001, página 135.

<sup>33</sup> *Id.*



sosteniendo, el derecho a la identidad biológica es simétrico. Ambas acciones no crean un derecho, sino que garantizan un derecho consustancial al ser humano, persiguen el mismo fin, cual es, el derecho a conocer la verdad. Por ello, necesariamente deben tener las mismas características y regirse por los mismos principios generales del Derecho. Si así no fuera, la igualdad ante la ley no está garantizada, y nos encontramos con una discriminación que toma como factor el nacimiento dentro o fuera de matrimonio, para obstaculizar la efectivización de un derecho indisponible, irrenunciable, imprescriptible y que escapa de las reglas que regulan el Derecho Patrimonial. **“Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Debe prevalecer sobre todo ritualismo formal el derecho de alcanzar la verdad material u objetiva que es la de la identidad biológica, postergando la intimidad de los padres”.**<sup>34</sup>

Dado lo aseverado, es necesario tener presente que las características de las acciones filiatorias dicen relación con la identidad personal, y por ello sus titulares son los involucrados en el lazo sanguíneo, sin perjuicio de excepciones que estableció el legislador con las cuales no estamos completamente de acuerdo. En efecto, si nos trasladamos al Título XVII del Código Civil, “De las Pruebas del Estado Civil”, esta aseveración es ratificada por los artículos 317 y 320. Señala el primero que “legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo”, sin perjuicio de la legitimación activa y pasiva de los herederos, que consideramos acertada, pues a ellos también les afecta lo que el Código Civil llama cuestión de paternidad y de maternidad, toda vez que la verdad biológica forma parte de su biografía y de su código genético. Sin embargo, y aunque aquello no sea propiamente tema del presente informe, consideramos que el legislador debió actuar con más cautela, pues es heredero en el último orden sucesorio intestado el Fisco y no estimamos que pueda ser legitimado activo o pasivo de una acción filiatoria. Por su parte, el artículo 320 viene a contradecir toda posibilidad de violentar el derecho a la identidad biológica al prescribir que “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce”. Esta disposición importa una abierta contradicción insalvable con la regulación que el legislador hace de la acción impugnatoria de paternidad matrimonial,

<sup>34</sup> “El derecho del menor a su identidad y las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial”, Alicia María Castro y María Patricia Sesin en: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “La Familia y los Nuevos Paradigmas”, Comisión II “El niño como sujeto de Derecho”, Mendoza, 20-24 de septiembre de 1998, República Argentina.

especialmente en los artículos 212, 213, 214 y 215, todos los cuales desconocen el derecho a conocer la verdad biológica, al establecer la caducidad de la acción impugnatoria, aunque haya mediado engaño, mala fe de la madre, sorpresivamente descubierta tardíamente. Aquello es más grave aún cuando se rechaza una prueba pericial biológica de ADN excluyente de paternidad y se aleja la judicatura de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica. Esta inconsistencia queda del todo manifiesta, cuando la acción impugnatoria se ejerce conjuntamente con la reclamatoria, pues en ese supuesto, conforme al artículo 208 del Código Civil, se vuelve a la intangibilidad del derecho a la identidad biológica. Surgen inmediatamente algunas preguntas de gran impacto psicológico, tales como: ¿tiene derecho la madre a ocultar la identificación del verdadero padre cuando los hijos ya están en conocimiento real de esta verdad? Desde el punto de vista jurídico, existe el deber general de no dañar a otro, y la respuesta sería un supuesto de daños resarcibles no sólo patrimoniales, sino que fundamentalmente inmateriales, tanto morales, psíquicos y por sobre todo, el daño al proyecto de vida, que es permanente. El hecho antijurídico consiste en la atribución de un estado civil inexacto. Desde el punto de vista psicológico, la especialista en infancia y adolescencia Françoise Dolto señala "la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse".<sup>35</sup>

En el Título VIII, "De las Acciones de Filiación", del Libro I del Código Civil, el legislador, dando cumplimiento a un mandato constitucional, estableció en el párrafo 1 los resguardos para la efectivización del derecho a la identidad, que siendo un derecho esencial, debe tener lugar a todo evento. Esos resguardos son los siguientes:

1° Principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad que viene a sustituir el régimen restrictivo anterior, principio cuyo fin es llegar a la verdad y que se consagra en el artículo 195. Este principio puede considerarse enmarcado dentro de la garantía constitucional del acceso a la justicia que implica obtener una resolución del tribunal, la cual debe ser de fondo, fundada y congruente. En lo que atañe a la congruencia, el juez debe fallar de acuerdo a las peticiones de las partes, en el entendido que el ordenamiento jurídico es un todo, sobre la base de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, en consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

<sup>35</sup> Citada en *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., páginas 799-800.

Es más, su sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. 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. Este mandato contenido en el artículo 32 de la ley que crea los Tribunales de Familia es posterior a la dictación del Estatuto Filiatorio, y viene a llamar al juez a apreciar la prueba pericial biológica de acuerdo a los conocimientos científicos afianzados, que en el supuesto de peritajes excluyentes de paternidad matrimonial, no pueden ser desestimados frente a una presunción simplemente legal, aunque la ley haya establecido la caducidad de la acción impugnatoria, cuya inconstitucionalidad queda aún más de manifiesto. Llegar a una conclusión contraria sería simplemente entender que el juez es un simple aplicador mecánico de la letra de la ley y que el mandato contenido en el artículo 32 de la ley que establece el Fuero de Familia es simplemente programático, lo que es del todo insostenible.

2° Amplia admisibilidad de medios de prueba, conforme lo señala el artículo 198, respecto de los cuales el juez es llamado incluso a decretarlos de oficio. Desde luego, se descarta la prueba testimonial como suficiente por sí sola, y en materia de presunciones, la disposición se remite al artículo 1712. Sin embargo, la reina de las pruebas es el peritaje, tanto es así, que el denominado nuevo estatuto filiatorio debió ser modificado recientemente por la Ley 20.230,<sup>36</sup> pues se entiende que la verdad biológica en el supuesto de duda sólo puede ser acreditada de acuerdo a los medios científicos afianzados, los cuales están representados por el examen de ADN a cargo de las respectivas unidades de genética forense, ya sea del Servicio Médico Legal u otro laboratorio idóneo. Es así como el artículo 199 en su nueva redacción prescribe acertadamente 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”.

“El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad, o para excluirla”.

“En todo caso, el juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informadas al tribunal”.

<sup>36</sup> De fecha 5 de julio de 2005.

“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”.

“Se entenderá que hay negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización del examen. Para este efecto, las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción señalada en el inciso anterior”.

Los dos incisos anteriores, si bien plasman una presunción legal, se justifican, pues por sobre el derecho a la intimidad prevalece el derecho a la identidad. Con todo, la probabilidad del emplazamiento filial es alta, pues la negativa ni siquiera podría ampararse en el derecho a la integridad física, toda vez que el examen requiere de una mínima invasión al propio cuerpo, como es sabido. Negarse por negarse, demuestra mala fe y quien se niega conoce las consecuencias jurídicas de su conducta.

Interesante en este aspecto también resulta el artículo 199 bis, introducido por la Ley N° 20.030, que establece una especie de reconocimiento, pero judicial, sobre la base de la práctica de una prueba pericial biológica. Si bien restringida a la acción reclamatoria, en una interpretación sistemática debe entenderse aplicable a la acción mixta regulada en el artículo 208 y por ende, a la acción impugnatoria.

Lo que puede desprenderse de esta reforma legislativa es la importancia de la prueba pericial biológica, prácticamente determinante. Hoy es el único medio que en el supuesto de duda conduce a la verdad irrefutable.

**Cabe concluir que estas normas generales informan las acciones filiatorias, por lo cual, las normas contrarias a ellas contenidas en los demás párrafos del mentado Título VIII, obstruyen el derecho a la verdad que tiene tutela constitucional, y son por lo mismo inconstitucionales y en el deber ser, han de invalidarse.**

**b. La caducidad de la acción impugnatoria pugna con la protección del derecho a la identidad personal estática biológica. Su necesaria invalidación**

La presunción de paternidad matrimonial de carácter simplemente legal a que alude el artículo 184 del Código Civil parte del Derecho Romano y subsiste en la Edad Media y la Moderna y es contemplada aún por muchas legislaciones civiles. Los antecedentes conocidos de los cuales la ley deduce la presunción son el matrimonio con la madre a la época de la concepción o del nacimiento del

hijo, la maternidad determinada conforme al artículo 183 del Código Civil y la fidelidad de la mujer. Su mantenimiento en el ordenamiento jurídico nacional es conveniente, desde el momento en que un hombre y una mujer deciden unirse en matrimonio, lo hacen para emprender una trayectoria común basada en los deberes y derechos esenciales que genera el matrimonio y que recepta el mismo Código Civil a partir de los artículos 131 y siguientes. Pero lo que no consideramos ajustado a la norma constitucional es que existiendo dudas acerca de la paternidad por hechos revelados después de largo tiempo, como por ejemplo cuando los hijos tienen más de diez años, y que se confirman por la prueba pericial biológica del ADN que excluye definitivamente la paternidad, aquella no pueda ser impugnada, pues la acción ha caducado, y siendo una acción filiatoria, ésta no puede caducar según lo que se ha venido sosteniendo en el presente informe, toda vez que el derecho a la identidad biológica, que es simétrico, es consustancial al ser humano, tiene recepción constitucional, y no puede el legislador prohibir su procedencia, menos aún cuando este hecho ya es conocido por los hijos involucrados, quienes han conocido su verdad genética y quienes ya perdieron lazos afectivos con el progenitor "legal". En este sentido, sostenemos que algunas de las normas del Código Civil chileno son inconstitucionales, y por ello, que los artículos 212, 213, 214 y 215 deben invalidarse, pues esas normas establecen la caducidad de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial. Es más, se llega incluso a señalar por los operadores jurídicos que dicha acción prescribe de acuerdo a esos artículos, en circunstancia que la prescripción extintiva no tiene cabida en el Derecho de Familia Filial, como tampoco la caducidad, pues en esta área del Derecho Civil relativo al Derecho a la Persona, están tutelados los antes llamados derechos de la personalidad, que por lo mismo son inherentes al ser humano sólo por ser tal, se trata en la especie de derechos esenciales, que al legislador sólo compete reconocer y garantizar.

### **c. La posesión notoria como medio probatorio dentro de un juicio filiatorio**

Conforme al artículo 201 del Código Civil, la posesión notoria de hijo constituye un medio probatorio dentro del juicio filiatorio que incluso prefiere a la prueba pericial biológica del ADN, pese a la filosofía de la verdad biológica que inspiró la dictación de la Ley N° 20.230, basada en el caso del interés superior del niño, niña o adolescente, cuyo concepto ya hemos delimitado. Es verdad que muchas veces el falso padre matrimonial puede ser más padre que el biológico, pero cuando aquello no se da, cuando los vínculos afectivos no existen, ni de parte de los hijos ni de parte del falso padre matrimonial, el daño psicológico a que se ven expuestos los niños y adolescentes son gravísimos, pues incidirán en el desarrollo de su personalidad, sentirán el abandono afectivo no sólo del padre biológico, cuya identificación se ha guardado la madre, o la ha dado a



conocer tardíamente, sino que además sentirán el desapego afectivo de su falso padre, sin perjuicio del propio daño material e inmaterial que sufre éste. Siendo menores de edad los hijos, el representante legal, en el supuesto de separación de hecho, es el que detenta la tuición de los hijos conforme lo disponen los artículos 225 y 245, ambos incisos 1° del Código Civil. En este supuesto, si la madre, representante legal de los hijos menores, tiene un interés puramente económico en mantener una mentira, más allá del bienestar psicológico de los hijos, y permanece en la inercia, pues simplemente no ejerce la acción mixta a que alude el artículo 208 en interés del hijo, posibilidad que si bien no está en la letra de la ley, la doctrina sí la acepta. En efecto, señala la profesora Paulina Veloso<sup>37</sup> que, conforme a las reglas generales, no habría inconveniente para ello, aunque la letra de la ley sólo la considera para la acción reclamatoria en filiación no matrimonial. Así la madre debe, en interés del hijo, intentar la acción reclamatoria en contra del progenitor biológico y la acción impugnatoria en contra del falso padre. De no hacerlo, incurre en responsabilidad civil, en que la conducta antijurídica consiste en obstruir el derecho a la identidad biológica. Tampoco podría ampararse la madre en la posesión notoria de hijo, toda vez que aquella requiere de los clásicos tres elementos universales, cuales son el nombre, que puede haberlo aunque no corresponda a la verdad, trato y fama. Cuando el trato no existe, es imposible darle prevalencia a la posesión notoria, es más, generará más daños, pues impedido el marido de accionar por la vía de la impugnación frente a la caducidad de la acción, podrían los hijos, siendo mayores o nombrándoseles siendo menores de edad un curador especial, impetrar la acción mixta, que daría lugar a la verdadera paternidad, y aquella generaría efectos retroactivos a la época de la concepción, conforme al artículo 181 del Código Civil, y quien fuera reputado, presumido padre, tendría derecho a ser restituido en aquello que dio, y que no le correspondió dar en Derecho. Frente a este panorama, cabe preguntarse, ¿es esta una situación tremendamente dañosa? La respuesta es afirmativa, y los involucrados verán sin lugar a dudas dañado su proyecto de vida, probablemente para siempre.

## **6. Inconstitucionalidad de los artículos 212, 213, 214 y 215 del Código Civil**

**6.1.** La trasgresión legal del derecho fundamental a la identidad biológica dentro de la filiación matrimonial en lo que respecta a la paternidad matrimonial, estableciendo la caducidad de la acción impugnatoria, es inconstitucional. Así lo enseña la profesora Paulina Veloso Valenzuela, pensamiento con el cual, estamos plenamente contestes al decirnos: **“el derecho a la identidad, que**

<sup>37</sup> *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela, Editorial ConoSur LexisNexis Chile, Santiago de Chile, 2001, páginas 168 y siguientes.

**es lo que, en definitiva, se reclama en la acción –sea de 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 Chile”.**<sup>38</sup>

## **6.2. La dignidad humana**

Dentro de las Bases de la Institucionalidad, nuestra Carta Fundamental recepta la dignidad humana, al prescribir en su artículo 1° inciso 1° que, “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se trata de aquellas normas inderogables de la Carta Fundamental, y que por lo mismo han de prevalecer en todo tiempo. “La dignidad del ser humano se sustenta en su “ser” libertad... lo que implica la tutela de cualquier interés existencial derivado de su propia dignidad. La libertad no es algo exterior al ser humano, por lo que no se le ofrece como objeto. El ser humano no es compacto, cerrado sobre sí mismo, acabado como las cosas que están en su mundo, que aparecen en su circunstancia. La libertad no es un atributo o un predicado perteneciente, de alguna manera, al hombre en su esencia. Ella es el ser mismo, por lo que, en última instancia, decir soy libre, es decir soy yo”.<sup>39</sup> Llevada esta afirmación indiscutible al plano que nos ocupa, cuando la ley obstaculiza el acceso a la verdad biológica, tanto como hijo como progenitor, atenta contra su dignidad, contra su ser, en definitiva, contra su libertad.

## **6.3. El derecho a la identidad biológica en la Convención sobre los Derechos del Niño**

Debe recordarse que el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental contiene un mandato que limita incluso el ejercicio de la soberanía y que es el respecto irrestricto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Es del caso recordar que esta norma fundamental se encuentra dentro del Capítulo I de la Carta Fundamental, que como bien es sabido, sienta las “Bases de la Institucionalidad” y nos remite a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Dentro de aquellos, constitucionalmente jerarquizados, se encuentra, entre otros tantos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiriéndose a la identidad biológica, contiene importantes normas fundamen-

<sup>38</sup> Véase “Características de las Acciones de Filiación”, de la referida autora en: *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, LexisNexis Chile, 2001, páginas 132 y siguientes.

<sup>39</sup> Extracto del texto *El Derecho a la Identidad Personal*, de Carlos Fernández Sessarego, Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 1992.

tales que deben ser respetadas por todos los órganos del Estado, incluyendo por el Poder Legislativo y por el Colegislador. Entre esas normas desarrollaremos las contenidas en los artículos 7 y 8 de la mentada convención.

### **6.3.1. Artículo 7 apartado N° 1**

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”.

Esta disposición constitucional debe ser analizada minuciosamente en torno a los siguientes aspectos:

- a) Se distingue en ella el derecho a la “identificación” del “derecho a la identidad personal”, ambos derechos son diferentes según se ha sostenido en este informe, y que es necesario considerar;
- b) En lo que respecta al derecho a la identidad personal, se está refiriendo a su aspecto estático, esto es, a la realidad biológica. En efecto, utiliza las expresiones “conocer en la medida de lo posible a sus padres”. Estamos hablando del derecho de toda persona a conocer su origen y por lo tanto acceder al estado civil de hijo o hija, que es simétrico al derecho de acceder al estado civil de padre o madre en su caso. En todo caso, porque así lo ordena la convención, el legislador debe garantizar este derecho esencial en la medida de lo posible, vale decir, estableciendo todos los mecanismos que hoy están disponibles conforme a los avances científicos, para que ello se efectivice, en caso contrario el emplazamiento filial y paternal se ve obstaculizado, dentro de una realidad muy distante de aquella que inspirara la codificación del siglo XIX. Hoy en día, el derecho a la identidad biológica adquiere especial relevancia en la biogenética, y subsume el derecho al código genético y a la propia biografía, impensados en otros tiempos. Por lo cual, la caducidad de la acción impugnatoria de paternidad matrimonial legalmente establecida violenta estos derechos esenciales;
- c) El derecho a la identidad biológica de los hijos y de sus progenitores subsume otros derechos esenciales, como se ha afirmado en este informe, y que la Convención recoge, tales como son el derecho al nombre patronímico y el derecho a la nacionalidad. En efecto, las acciones filiatorias pueden conducir incluso a una alteración de la nacionalidad;
- d) Tan relevante es el derecho a la identidad biológica que de él se generan los más relevantes efectos jurídicos de alto contenido ético, que es lo que se ha venido a denominar autoridad parental (Código Civil francés), relación paterno filial (Código Civil español), cuidado paternal (Código Civil alemán), en definitiva, el derecho y deber a la coparentalidad, que el artículo que comentamos lo contempla como derivativo de la realidad biológica con las expresiones que los hijos tienen el derecho de ser cuidados por su ver-

daderos progenitores, quienes desde el momento mismo de la concepción asumen la responsabilidad parental compartida.

### 6.3.2. Artículo 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 asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad".

En torno al tema que nos ocupa, cual es la inconstitucionalidad de las normas legales que establecen la caducidad de la acción impugnatoria en el supuesto de filiación matrimonial en lo que respecta a la paternidad presumida legalmente, cabe realizar los siguientes comentarios:

- a) Hemos sostenido a lo largo de este informe que esta norma como tantas otras a que alude el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, son normas civiles constitucionalizadas. Debemos recordar además a modo de síntesis que el derecho a la identidad personal es estático y dinámico, y en lo que se refiere a la filiación, pertenece al ámbito estático con un nombre más específico, cual es la identidad biológica, el derecho a la verdad de sangre, en definitiva, el derecho a la verdad de origen, del cual, van a depender otros derechos esenciales, tales como el derecho al nombre patronímico, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la coparentalidad. Todos estos derechos esenciales son vulnerados por el Código Civil al establecer la caducidad de la acción impugnatoria cuando la verdad ocultada se conoce tardíamente, y en este sentido la norma jerárquicamente superior, en este supuesto, el artículo 8 ordena preservar la identidad, pero también obliga a recuperarla y en todos sus elementos. Desde este punto de vista, mientras tanto la norma legal que establece la caducidad de la acción impugnatoria en el supuesto de filiación matrimonial respecto de la paternidad legalmente presumida no sea derogada por el legislador, como se lo mandata la Convención en análisis, sólo corresponde la vía de la invalidación a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- b) Es de recalcar que el derecho a la identidad biológica que da lugar a la coparentalidad se ejerce conforme a la norma constitucional reseñada sin injerencias ilícitas. Estas injerencias ilícitas, en el caso de este informe, provienen de la misma ley, porque la identidad conforma uno de los presupuestos jurídicos de la persona, es un elemento de ese concepto, que en lo que a los lazos de sangre se refiere, da lugar a un estatus, que se aleja de la voluntad tanto del legislador como de otra persona, pues al conformar la persona-

lidad jurídica misma, se fundamenta en la protección de la vida humana en su realidad radical, que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna. Así las cosas, con la normativa contenida en el Código Civil<sup>40</sup> que obstruye el derecho a llegar a la verdad, en situaciones en que ni siquiera existen vínculos afectivos, se atenta contra las bases de la institucionalidad conforme lo dispone el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental. Aquello requiere de invalidación urgente, entendiendo que estamos frente a una relación simétrica, esto es, de hijo y padre o madre.

#### **6.4. Referencia a otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes a que alude el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental que son igualmente vulnerados**

##### **6.4.1. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".***<sup>41</sup>

Especialmente importantes son en este Pacto sus artículos 3 y 18. El primero de ellos establece el derecho inherente de todo individuo a su personalidad jurídica, y dentro de ella se encuentra el derecho a saber quién soy, de quién soy hijo, de quién soy padre o madre, no pudiendo individuo alguno obstaculizar aquel derecho, ni menos el legislador. El segundo, siendo una consecuencia del primero, le da a toda persona el derecho a llevar el apellido paterno y materno. Recíprocamente, todo padre tiene el derecho esencial de que sus hijos lleven su apellido en la filiación por naturaleza, que no es una filiación ficticia o por amor, como lo es la adoptiva. Quien niega la identificación del verdadero progenitor obstaculiza este derecho esencial, e incurre en una conducta antijurídica, hoy, resarcible.

##### **6.4.2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***

Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 16); todo niño tiene derecho a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad (artículo 24 apartados 2 y 3).

En definitiva y en base a lo expuesto, existiendo una pugna insalvable entre la norma legal y la constitucional, teniendo presente además el principio de jerarquía constitucional, compete al Tribunal Constitucional invalidar las normas legales inconstitucionales.

<sup>40</sup> Aludimos específicamente en este informe a los artículos 212, 213, 214 y 215 del Código Civil, en su actual redacción.

<sup>41</sup> D. O. de 5 de enero de 1991. En este sentido debe tenerse presente además, el numeral 5 del artículo 17 del Pacto, pues en los hechos se está transgrediendo además el principio de igualdad ante la ley, haciendo una distinción arbitraria entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales, y recíprocamente entre padres matrimoniales y padres no matrimoniales.