

THOMSON REUTERS
LA LEY

ESTUDIOS DE DERECHO FAMILIAR I

ACTAS PRIMERAS JORNADAS NACIONALES
FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE

CRISTIÁN LEPIN MOLINA Y MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS
COORDINADORES



THOMSON REUTERS

NOTAS SOBRE UNA RELECTURA DEL DERECHO
A LA IDENTIDAD EN CONTEXTOS DE FILIACIÓN
A LA LUZ DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CHILENO

Fabiola Lathrop Gómez*

BREVES PALABRAS INICIALES

Al entrar en vigor la Ley de Filiación, el derecho a la identidad estaba asociado a la libre investigación de la paternidad y de la maternidad; se le identificaba prácticamente con el derecho a conocer la verdad biológica. Transcurridos más de quince años, este derecho ha adquirido contornos mucho más amplios a la luz de la jurisprudencia y de ciertas modificaciones legales recientes. Desde luego, desde el punto de vista doctrinal abarca mucho más: en primer término, conocer los orígenes, no solo biológicos sino también familiares, étnicos, sociales y religiosos que identifican y definen a un individuo como tal; y, en segundo lugar, la posibilidad de exigir que dichas características sean respetadas en la proyección social de la persona. A continuación, me referiré a cuatro problemas que llaman a re-leer este principio.

I. PRIMER PROBLEMA: EL DERECHO A LA IDENTIDAD NO ES ABSOLUTO

Al entrar en vigencia la Ley de Filiación, el derecho a la identidad reconocía limitaciones provenientes del propio texto legal. Conforme al artículo 201 inciso primero del Código Civil, *la posesión notoria debidamente acreditada, "preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico" en caso de que haya contradicción*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: fathrop@derecho.uchile.cl. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt Regular "Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la infancia y vida personal", N° 1140033.

entre unas y otras. Por su parte, el artículo 182 del mismo cuerpo legal establece que “no podrá impugnarse” la filiación por técnicas de reproducción asistida, “ni reclamarse” una distinta. En estas dos hipótesis, el derecho a la identidad es pospuesto por el legislador a favor de la aplicación de otros principios, como el de seguridad jurídica.

Respecto de ciertas medidas que puedan hacer retroceder este derecho, cabe señalar que la vida e intimidad familiar y la libertad de culto de los herederos del supuesto padre pueden entrar en colisión con el derecho a la identidad invocado en una acción de determinación de la filiación. Este conflicto de derechos resulta patente en caso de ser solicitada la exhumación del cadáver del supuesto padre en juicios de filiación.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, no obstante el altísimo grado de certeza que arrojan las pruebas biológicas, no existe un orden legal de prelación de las pruebas de acreditación de la paternidad y de la maternidad, lo cual queda confirmado por el sistema de apreciación de la prueba en materia de familia, esto es, la sana crítica. La ley dice que “el juez ‘podrá’ (...)” dar a estas pruebas, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla.

De esta forma, entonces, podríamos afirmar que la prueba de ADN no es la única y exclusiva prueba pericial biológica que debe o puede ordenarse en un juicio de filiación. Tal como se ha señalado,¹ es posible determinar la maternidad o paternidad sin necesidad de recurrir a datos genéticos del otro progenitor, a veces imposible por muerte o desaparición, bastando la información genética de los abuelos o de los hermanos. Como señalé, esta interpretación cobra especial importancia en los casos en que el derecho a la identidad entra en conflicto con otros derechos, en especial, con la libertad de culto profesada sea por el difunto como por los herederos demandados en el juicio de filiación. Así, podría denegarse la exhumación del cadáver en este tipo de juicios, recurriendo a otros medios de prueba que sacrificaran en menor medida la libertad de culto y/o la vida e intimidad familiar.

En virtud del principio de proporcionalidad, podría sostenerse que si bien la medida que eventualmente podría disponer la exhumación del cadáver del supuesto padre fallecido supera el *test* de la idoneidad –toda vez que resulta apta para alcanzar la satisfacción del derecho a la identidad del demandante– no cumple con el criterio de necesidad. En efecto, esta intervención no es la más

¹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Las acciones de filiación en el Código de Familia catalán*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 118.

benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Efectuado un parangón entre la exhumación del cadáver para su posterior análisis de ADN, y las otras pruebas de carácter biológico que provee la ciencia y que nuestro ordenamiento permite producir, es preferible la realización de estas otras pruebas periciales, ya que permiten satisfacer el objetivo que la exhumación se plantea alcanzar —esto es, la verdad biológica— afectando negativamente, en un grado menor, el sistema de derechos involucrados (el derecho a la vida e intimidad familiar y la libertad de culto de los herederos demandados).

Comentemos ahora la jurisprudencia en esta materia.

El 20 de diciembre de 2002, uno de los Juzgados de Letras de Osorno sostuvo la que hasta ese momento era la posición mayoritaria en nuestra jurisprudencia con respecto a las pericias biológicas al cadáver del supuesto padre. La sentencia señalaba que: “(...) *En estos autos, desaparecido el presunto padre, y demandados los herederos, éstos se opusieron ‘justificadamente’ a la prueba pericial (...) en ejercicio de los derechos personales que legítimamente opusieron (...); vinculados con ‘la libertad e inviolabilidad de la memoria y restos mortales’ (...)*”²

Este fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valdivia en 2003, agregando: “Que la exhumación del cadáver sólo procede en los casos expresamente autorizados por ley (...)”. Finalmente, la decisión fue confirmada también por la Corte Suprema el 2 de noviembre de 2004.

Sin embargo, hacia fines de los años 2000, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido una posición diversa. Al pronunciarse sobre el conflicto entre el derecho a la identidad y la necesidad de preservar la paz y la armonía familiar de los herederos, ha relevado la protección de tal derecho en los siguientes términos: “*Si lo que se buscaba era lograr un equilibrio entre la búsqueda de la verdad en materia de libre investigación de la paternidad con la ‘necesidad de preservar la paz y la armonía familiar de los herederos’, bastaba con introducir resguardos frente a las demandas o con asegurar que se respondiera de la mala fe empleadas, ‘sin sacrificar el pleno respeto de los derechos a la identidad personal y a obtener la verdad biológica’ (...)*”³

² Cfr. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *El Código de la Familia*, Santiago de Chile, LegalPublishing/AbeledoPerrot, 2009, p. 191.

³ Lo transcrito corresponde a un considerando que se reitera en diversas sentencias emanadas de dicho Tribunal al pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 206 del Código Civil y 5º transitorio de la ley N° 19.585. *Vid.* Sentencias rol N° 1340-09; rol N° 1563-09; rol N° 1537-09; rol N° 1656-09; rol N° 2303-2012; entre otras.

que existe un interés actual que se encuadra al exigido por el referido precepto legal, que los legitima para ejercer la acción de impugnación”.⁸

Está claro que interpretar el artículo 216, de una u otra forma descrita, incide en el derecho a la identidad del hijo y en el derecho a la vida familiar de ese hijo y de los demás involucrados en el juicio.

III. TERCER TEMA: POSESIÓN NOTORIA DEL HIJO MENOR DE CINCO AÑOS

El artículo 200 del Código Civil establece la posibilidad de alegar, como excepción a la prueba biológica en los juicios de filiación, la “*posesión notoria de la calidad de hijo respecto determinada persona*”. Para alegarla, se debe acreditar que durante al menos cinco años se haya dado trato, nombre y fama por el padre, madre o ambos al presunto hijo. ¿Cómo se resuelve un caso en que no se ha podido completar el lapso que exige la ley, pero debido a que el presunto hijo en cuestión tiene menos de cinco años de edad?

Entre otros fallos, la Corte de Apelaciones de Concepción de 7 de septiembre de 2010⁹ adujo que el derecho a la identidad es una de las bases esenciales que inspiran el nuevo estatuto filiativo. La Corte señaló que no se cumplían los 5 años debido a la corta vida del niño, quien, a la fecha de dictación de la sentencia, tenía 3 años de edad. No obstante ello, se estimó que los lazos afectivos y psicológicos de la paternidad se crean con más fortaleza en la vida diaria que en razón de la sola herencia, desprovista de toda otra relación filial, en que el actor siempre supo de la existencia del niño y solo transcurridos varios años ha intentado que se reconozca su paternidad sobre él.

Sin embargo, se ha señalado que es importante reconocer que la posesión notoria de la calidad de hijo, como medio probatorio, es de carácter excepcional y que, por esta razón, los tribunales de justicia deben corroborar estrictamente la concurrencia de todos y cada uno de sus requisitos –incluyendo el período de 5 años– para efectos de determinar su procedencia. Esta posición ha sido recogida por un reciente fallo de la Corte Suprema, que ha señalado que “por tratarse la posesión notoria del estado civil de un *medio probatorio de excepción*, pues tiene la capacidad de prevalecer incluso por sobre una verdad científicamente comprobada, *su procedencia debe sujetarse estrictamente a las exigencias que el legislador impuso*. De este modo, la posesión notoria del estado civil se

⁸ Rol N° 7779-2014.

⁹ Rol N° 219-2010.

configura con la concurrencia de sus presupuestos, en cuanto fluyan de un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la hagan irrefragable, lo que establece un alto estándar de convicción, al cual se añade que dicha circunstancia procede 'siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos', donde *la voz 'a lo menos', es un límite que no admite laxitud en su aplicación*".

IV. CUARTO PROBLEMA: DERECHO A LA IDENTIDAD Y ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Por último, cabe señalar que recientemente fue introducida la figura del Acuerdo de Unión Civil, el cual, a mi juicio, no reconoce suficientemente las relaciones familiares del niño. Como sabemos, la ley que lo introdujo permite al juez entregar el cuidado personal del hijo al cónyuge o conviviente civil del padre o madre. Ello es positivo en cuanto reconoce la existencia de hogares re-compuestos o ensamblados; en particular, asume expresamente la conformación de hogares homoparentales al referirse al "conviviente civil" del padre o madre (el cual podrá ser o no del mismo sexo de dicho padre o madre).

Sin embargo, la ley es restrictiva en tres sentidos. En primer lugar, la redacción propuesta continúa refiriéndose solo a la hipótesis de inhabilidad física o moral, excluyendo el caso de muerte del padre o madre. En segundo lugar, el texto literal de la norma exige la inhabilidad de "ambos" padres, descartando que la inhabilidad afecte solo a uno de ellos. Por último, no cubre la totalidad de los aspectos identitarios y relacionales entre un niño y un adulto que ejerce funciones parentales.

El acceso a la paternidad o a la maternidad de los convivientes civiles abre un doble debate: el acceso a la adopción y la regulación de las técnicas de reproducción asistida. En particular, estimo que debe garantizarse el derecho del niño a acceder a un estatuto filiativo respecto de aquel conviviente civil que, habiendo contribuido significativamente a su crianza y educación y no existiendo otro padre o madre vivo o habilitado para ejercerla, quiera constituir formalmente tal relación familiar.

De acuerdo al Derecho Internacional de la Infancia, la institución que permita materializar esta relación debe implicar el reconocimiento de todos los derechos y deberes que nacen de la *filiación*. En este sentido, la adopción parece ser la figura más adecuada e integral para proteger el derecho del niño a su vida familiar en el contexto descrito. Los efectos de la filiación son fundamentales respecto del ejercicio y garantía del derecho a la identidad de los

NNA. Como dispone el artículo 8º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 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.

La adopción concede la calidad de estado civil de hijo al adoptado, salvaguardando así el derecho a la identidad del niño en su doble aspecto: formal y material. De esta forma, debiera reconocerse a los convivientes civiles como sujetos adoptantes, en igualdad con los cónyuges.