

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court

Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

FILIACIÓN

DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN (CORTE SUPREMA, 18 DE MARZO DE 2002, EN RDJ, TOMO. XCIX, 2002, P. 37).

La demandante entabla acción de determinación de filiación no matrimonial en contra de Ignacio A.A.D., pidiendo que se declare su calidad de padre de su hija, la cual fue acogida a tramitación por el Segundo Juzgado de Chillán y rechazó la excepción dilatoria del N° 6 del art. 303 del **Código de Procedimiento Civil**, opuesta por el demandado, fundada en que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 196 del **Código Civil** por no presentarse con la demanda antecedentes suficientes que hicieran plausibles los hechos en que se funda.

Dichos antecedentes eran el certificado de nacimiento de la menor, la copia acompañada de la actuación judicial ante otro tribunal sobre citación a confesar paternidad, donde consta que el demandado negó la paternidad y una declaración jurada notarial de la propia demandante en orden a que el encausado es el padre de la menor. Apelada por éste, la Corte de Apelaciones de esa ciudad, el 30 de mayo de

2001, la revocó y en su lugar acogió la referida excepción, y no dio lugar a la tramitación de la demanda.

En contra de esta última sentencia interlocutoria, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por considerarse que lo que se discutía era un hecho y no un derecho y, además, por encontrar que no existían antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda.

Uno de los principios fundamentales que inspiraron al legislador y que se expresan en el texto legal de la nueva ley de Filiación que forma parte de nuestro **Código Civil**, es el llamado Derecho a la Identidad, el cual comprende entre otros aspectos “el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consiguientemente, a tener la relación padre, madre e hijo, que surge del nexo biológico” (VELOSO, Paulina y SCHMIDT Claudia, **La filiación en el nuevo derecho de familia**, Santiago, Conosur, 2001, p. 64).

Este mismo derecho se encuentra recogido en la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 7° y

8° y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 18°; ambos tratados suscritos por Chile y que, por ende, forman parte del acuerdo a nuestra Constitución del ordenamiento jurídico chileno, al cual deben recurrir los Tribunales de Justicia al momento de fallar.

Que si bien en su considerando tercero la Corte Suprema estimó que determinar si los antecedentes que se presentan son o no suficientes, es una cuestión de hecho y no de derecho, por lo cual no procedería pronunciarse por esa Corte por medio del recurso de casación en el fondo; igual se pronuncian sobre la correcta aplicación del artículo 196 del *Código Civil*.

La Corte estimó que los antecedentes acompañados por la demandante en este caso, eran insuficientes para cumplir con lo exigido en el artículo 196. Creemos que la Corte ha establecido correctamente que son antecedentes de hecho los que debe estimar el juez si configuran los antecedentes plausibles del artículo 196 del *Código Civil*, debido a lo cual no procedería el recurso de casación en la fondo; pero respecto a lo señalado sobre qué debe entenderse por antecedentes plausibles es a lo que se referirá el presente comentario.

La norma del artículo 196, tuvo su origen para contrarrestar el uso abusivo de la libre investigación de la paternidad y maternidad, o lo que pudieran llamarse las demandas temerarias; pero en ningún caso se pensó en que dicho artículo sirviera para introducir un elemento discriminatorio, que sería una discriminación en contra del hijo, al no darle tramitación a la demanda, no por

sus propias acciones, sino por las de su madre. Muchas veces los hijos no son producto de convivencias duraderas y en cierta oportunidad bastará un solo encuentro sexual para poder procrear, del cual, por cierto, no queda ninguna constancia escrita ni de testigos; por lo cual lo fundamental en el análisis del artículo 196 es determinar si la demanda es seria, ya que la admisibilidad o no de ella se producirá en la etapa de la sentencia y no antes.

La demandante funda su petición en haber mantenido un relación afectiva con el demandado durante dos años e, incluso, segura de la paternidad, lo citó a confesar su paternidad, la cual, si bien él negó, al amparo de la legislación anterior esta situación era bastante recurrente, pensamos que debe considerarse como un antecedente en apoyo de su demanda.

El artículo 196 del *Código Civil* fue tomado del *Código* español, el cual era bastante más estricto en su redacción al solicitar “un principio de prueba de los hechos en que se funda”, siendo desechado por nuestros legisladores para que la parte que indagara la paternidad no se viera obligada a tener que acompañar una prueba por escrito. Sin embargo, la interpretación de los tribunales españoles ha sido bastante amplia, justamente para evitar que sea una traba al futuro establecimiento de la paternidad o maternidad. Así, se ha fallado en forma reiterada que “debe considerarse suficiente la alegación en el escrito inicial de pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria” (sentencias del 12 de noviembre de 1987 y 3 de junio de 1988, O’CALLA-

GHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la paternidad, acciones de filiación*, Madrid, Editorial Actualidad 1993, pp. 23 y 24). La sentencia del 3 de diciembre de 1991 es más explícita al señalar que

“de aquí se sigue que el requisito procesal constituye un complemento tendiente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una prohibición o un obstáculo a la investigación”.

Entender lo que se quiso señalar con “antecedentes suficientes que hagan plausible la demanda” es el centro del problema; la sentencia en su considerando cuarto recurre al *Diccionario de la Real Academia* para definir la palabra ‘antecedente’ como “la acción, dicho o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores” y la palabra ‘plausible’ como “atendible, admisible, recomendable”.

Por lo cual fundado en lo anterior es necesario concluir que

el juez debería dar curso a la demanda, en todo caso, si del examen del escrito inicial concluye que si los hechos relatados en la demanda se prueban en el juicio, la actora puede obtener sentencia favorable”

(VELOSO, Paulina y SCHMIDT, Claudia, *op. cit.*, p. 153); lo que no hace la Corte, pero sí hace el juez del Segundo Juzgado de Chillán. Habría que preguntarse si no bastaría para darle tramitación el convencimiento inicial de ese juez.

Debemos hacer hincapié en que la admisión de la demanda se produce propiamente en la sentencia, en esta etapa procesal sólo se verifica la seriedad de la misma, si ésta es razonable; lo cual en el caso de autos al hablar de una convivencia de más de dos años, es más que probable que durante todo ese tiempo se haya podido producir la concepción de un hijo.

Es necesario recordar que no es necesario acompañar pruebas, las que deben rendirse en el período probatorio, donde ambas partes podrán acreditar sus dichos en igualdad de condiciones.

Si se interpreta el art. 196 como lo ha hecho la Corte en esta sentencia, el principio de la libre investigación y el derecho a la identidad serán utópicos, los legisladores tal como ya lo han manifestado querrán derogar dicho precepto, porque no sirve para los fines para los cuales fue creado, sino, más bien, se está convirtiendo en un obstáculo a la libre investigación y se está empezando a exigir lo que justamente hacía la legislación anterior, alguna prueba en que apoye su demanda.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN (CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 27 DE MAYO DE 2003, ROL 61.684-02)

La demandante entabla acción de reconocimiento de estado civil de hijo no matrimonial en contra de C.J.A., para que se declare su calidad de padre no matrimonial de la menor C.S.J.V., la cual fue acogida a tramitación por el Juzgado Civil de San Javier, fundada en las relaciones afectivas que mantu-

vo con el demandado hace dieciséis años.

El demandado solicita que se rechace la demanda argumentando que sólo conoce a la demandada por vivir en un pueblo pequeño, pero que jamás ha mantenido relaciones con ella, y menos ha tenido una hija fruto de esas supuestas relaciones.

Como medios de prueba la demandante acompaña fotografías de la pareja, declaraciones de testigos, rinde prueba confesional y solicita se practique al demandado la prueba de ADN. El demandado se niega a someterse al examen solicitado, pues nunca ha tenido relaciones sexuales con la demandante; por lo cual a solicitud de la demandante se da por configurada la presunción grave en contra del demandado, prevista en el artículo 199 inciso 2° del *Código Civil*.

El juez de primera instancia rechaza la demanda de autos argumentando que la prueba rendida, apreciada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no dan por acreditadas las afirmaciones señaladas; y respecto a la presunción del artículo 199 inciso 2°, señala que tanto la notificación para el retiro del oficio conductor como el retiro mismo, no fueron efectuadas en forma personal al y por el demandado, lo que a su juicio impide que se constituya en plena prueba, ya que no tiene los caracteres de gravedad y precisión suficientes.

La sentencia es apelada ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, la cual, con fecha 27 de mayo de 2003, acoge la demanda de la actora, declarando que las pruebas acom-

pañadas, esto es, las fotografías, cartas, declaraciones de testigos, constituyen presunciones judiciales graves, precisas y concordantes en los términos del artículo 1.712 del *Código Civil*, y que permiten tener por establecida la paternidad no matrimonial demandada, razonamiento acorde con la presunción legal del artículo 199 inciso 2°, que apreciada de acuerdo con el artículo 426 del *Código de Procedimiento Civil*, hacen plena prueba del mismo hecho.

El demandado recurre de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, recursos que son declarados inadmisibles.

El artículo 198 del *Código Civil* establece que "...la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas..." lo que es acorde al principio de la libre investigación de la paternidad establecido en nuestro *Código Civil*. La interpretación correcta de este precepto es que el legislador quiso referirse a todas aquellas pruebas que no están expresamente contempladas en los artículos 1.698 del *Código Civil* y 341 del *C.P.C.*, lo cual hizo que fuera posible la admisión de una serie de pruebas que con anterioridad no se encontraban reconocidas por nuestra legislación.

El artículo 199 se refiere específicamente a la posibilidad de admitir las pruebas biológicas en general, dentro de las cuales hoy día la más certera es el examen de ADN, utilizado para estudios de paternidad desde el año 1985. De acuerdo con un informe elaborado por el Servicio Médico Legal, se establecen los índices de inclusión de paternidad, considerando desde un 80%

a un 89,9% de coincidencia, como una indicación positiva de paternidad, hasta llegar a un índice de 99,73% o más, lo que se consideraría una paternidad prácticamente probada (informe elaborado por Hugo Jorquera González, jefe de Unidad Biológica Molecular del Instituto Médico Legal (año 1999), publicado en el manual *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585, Santiago*, SERNAM, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999). Por lo que la prueba señalada podría bastar para establecer una filiación determinada, aunque la parte demandante no acompañara ninguna otra prueba de sus dichos.

Las pruebas biológicas tal como lo indica el mencionado artículo, son pruebas de carácter pericial, en todo aquello que no se encuentre reglamentada, deben aplicárseles las normas de los peritos; y respecto a su apreciación se utilizarán las reglas de la sana crítica.

Al ser éste un examen físico (no necesariamente se requiere una muestra de sangre, bastaría la saliva o un pelo de una persona para hacerlo), el legislador tuvo que reglamentar el hecho de que la persona se negara a someterse a ella; para lo cual se estableció en el inciso segundo del artículo 199, una presunción grave en su contra, dicha presunción es legal, por lo cual no precisa que sean graves, precisas y concordantes (como lo requieren las presunciones judiciales), al juez sólo le cabe decidir si le otorga o no el mérito de plena prueba.

El padre podría negarse justificadamente a someterse a dichas pruebas,

lo cual deberá probar en el proceso; pero en el caso de autos el demandado sólo señala que como él no ha mantenido relaciones ni afectivas ni sexuales con la demandante, no se practicará examen alguno; dicha negativa no tiene ninguna base de justificación, debido a lo anterior el juez de primera instancia debió necesariamente haberle dado el carácter de grave a esta presunción, pues la ley así se lo indica; pero, aún más, el juez se escuda en algo meramente formal, cual es, que tanto la notificación para el retiro del oficio como el retiro mismo fueron hechos al y por el apoderado del demandado y no en forma personal, el juez no señala de donde se deduce que dichas notificaciones deben hacerse en forma personal, no se estableció que el demandado, por estas circunstancias, no se hubiera enterado de su obligación de practicarse el mencionado examen; es más, el demandado ya había manifestado su rechazo a hacérselo, por lo cual al señalar la juez que, debido a lo anterior, y aplicando las reglas de la sana crítica, la presunción no tiene el carácter de grave, contraviene directamente lo establecido en el artículo 199 inciso 2°.

Creemos, además, que el juez no aplica de manera correcta las reglas de la sana crítica, pues en ese sistema, “el juez tiene amplia facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción de que tales son los hechos que establece” (PEÑAILI-

LLO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Santiago, Jurídica, 1993), todo su razonamiento en este punto se refiere a un problema formal, y no a entender que quienes en general se oponen a someterse a esta prueba, lo hacen por que saben o tienen una gran posibilidad de ser efectivamente los padres de los menores que demandan la filiación.

Dicho error es reparado por la Corte de Apelaciones de Talca, quien en el número primero a continuación del argumento séptimo, establece que la presunción legal del inciso segundo del artículo 199, apreciada conforme a lo establecido en el artículo 426 del *Código de Procedimiento Civil*, hace plena prueba del hecho de la paternidad del demandado. La Corte, además, estima que el

conjunto de las restantes pruebas acompañadas, constituyen presunciones judiciales graves, precisas y concordantes para dar por acreditada la paternidad.

Queremos destacar lo importante de este considerando, porque da luces sobre la correcta interpretación del inciso segundo; pero, asimismo, se debe tener presente que la jurisprudencia extranjera, en especial Argentina y España, quienes no tienen una norma como el artículo 199 inciso 2°, han llegado a la misma conclusión y sus tribunales son casi unánimes en acreditar la paternidad respecto de quien se ha negado a someterse a las pruebas biológicas, por lo cual nuestros jueces, con mayor razón, amparados en el mencionado artículo deberían seguir la interpretación de la Corte de Talca.