



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

LEGIMITACION PASIVA DE LOS HEREDEROS EN LA FILIACIÓN

CRISTIÁN ALBERTO RETAMAL VALDÉS
CLAUDIO HERNAN TORRES CONTRERAS

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y /o con mención en:
Derecho de la Empresa.

Profesor Guía: Rodrigo Barcia Lehmann

Santiago, Chile

2019

Dedicada a nuestras familias que fueron siempre muy importantes en esta etapa,
para lograr nuestros objetivos personales.

Agradecimientos

En especial agradecimiento a mis padres Ana y Claudio, por todo lo que me han aportado durante este tiempo, para cumplir mi objetivo.

Gracias Matías por estar ahí siempre.

Familia en general y en especial a 2 mujeres importantes que partieron antes de lograr este objetivo, mi querida Estela y Erika y mi tío Pascual, esto va por ustedes, un abrazo al cielo.

Un abrazo a todos mis amigos que estuvieron presentes durante todo este tiempo.

Agradezco a mi familia por su apoyo incondicional, a mi padre Iván por estar siempre presente, a mi madre Cecilia que siempre estará en mi corazón y mis hermanos, gracias Francisca e Iván Luis.

A nuestros profesores y en especial a don Rodrigo Barcia que creyó en nuestro proyecto de tesis y la gran ayuda de los profesores Bracey Wilson y Andres López, en la preparación del examen de grado.

A mi familia presente y ausente, siempre agradecido.

INDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO 1: GENERALIDADES.....	8
1.1.- Concepto de Filiación	8
1.2.- Relación histórica de la filiación.....	10
1.3.- Relación histórica de la filiación en nuestro CC.....	12
1.4.- Ideas centrales de las reformas introducidas por la Ley N°19.585, en nuestra legislación	16
1.4.1. Derecho de toda persona a conocer sus orígenes (Derecho a la Identidad).....	17
1.4.2. Trato igualitario a todos los hijos	18
1.4.3. Prioridad del interés del hijo (protección del interés superior del hijo) ..	18
1.4.4.- Principios en que se inspiran los derechos de los menores	22
CAPITULO 2: PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS HEREDEROS.	23
2.1.- Planteamiento del problema	23
2.2.- Revisión de las normas aplicables.....	24
2.3.- La historia del establecimiento de los textos legales	26
2.4.- Interpretación inicial de los Tribunales Superiores	31
2.5.- Cambio de interpretación: La supuesta supremacía del artículo 317 inciso 2° del CC	32
2.6.- Refutación: Falta de legitimación pasiva de los herederos salvo en los casos del artículo 206 CC.....	35
2.6.1.- Distinguiendo entre lege lata y lege ferenda	35
2.7.- Sobre la transmisibilidad o intransmisibilidad de las acciones de filiación .	37

2.8.- Un problema procesal: ¿Cuándo debe resolverse la cuestión de la falta de legitimación pasiva de los herederos?	45
2.9.- Conclusiones de lege lata y de lege ferenda	46
CAPITULO 3: DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL, QUE NO ES LO MISMO QUE FILIACIÓN.	48
3.1.- Concepto de derecho a la identidad personal	50
3.2.- Relación histórica del derecho a la identidad	57
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	64
4.1.- Análisis de la jurisprudencia constitucional.....	66
4.2.- Primera etapa: Declaración de inaplicabilidad y sentencias sucesivas	68
4.3.- Sentencias favorables a la igualdad	73
4.4.- Postura hacia la inaplicabilidad parcial.....	78
4.5.- Punto de quiebre: El requerimiento de inconstitucionalidad	83
4.6.- Un giro a la constitucionalidad	86
4.7.- Conclusiones y proyecciones hacia el futuro.....	93
4.8.- Análisis de algunos fallos que rechazan acciones dirigidas en contra de los herederos del fallecido padre o madre, fuera de los casos del artículo 206 del CC.....	95
4.8.1.- Rol N° 49.639-2001, del Primer Juzgado de Letras de Vallenar, de 24 de mayo de 2001	96
4.8.2.- Rol N° 15.624, del 2° Juzgado de Letras de Melipilla, de 13 de octubre de 2004	97
4.8.3.- Rol N° 1.806-2004, de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 4 de noviembre de 2004.....	97
4.8.4.- Rol N° 2.820-2003, de la Corte Suprema, de 2 de noviembre de 2004.....	98

4.9.- Análisis de algunos fallos que acogen acciones dirigidas en contra de los herederos del fallecido padre o madre, fuera de los casos del artículo 206 del CC.....	100
4.9.1.- Rol N° 3.750-2007, de la Corte Suprema, de 22 de agosto de 2007 .	100
4.9.2.- Rol N° 9.420-2010, de la Corte Suprema, de 21 de marzo de 2011 ..	101
4.9.3.- Rol N° 28.905-2014, de la Corte Suprema, de 18 de mayo de 2015 .	102
4.9.4.- Rol N° 2.760-2015 de la Corte Suprema, de 18 de mayo de 2015	104
4.10.- Otros fallos de la Corte Suprema.....	105
CAPITULO 5: LEGISLACION EXTRANJERA	106
5.1.- Normas jurídicas aplicables en Argentina.....	106
5.2.- Normas aplicables en España.	108
5.3.- Legislación de México	111
CAPITULO 6: CONCLUSIONES.....	113
BIBLIOGRAFIA	121

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación tiene como tema: “Legitimación pasiva de los herederos en la filiación”.

La investigación de este tema se da porque es necesaria la identificación del legitimado pasivo de la acción, por lo que ha sido un tema de difícil solución. Así, hasta antes de principios del siglo XX, en la práctica se prohibía la investigación de la paternidad. Ello por cuanto en aquella época se daba mucha importancia a la institución jurídica del matrimonio con influencia de la Iglesia Católica.

Con el lapso del tiempo esta situación ha sido de difícil solución, por lo que es ineludible determinar las causas y las consecuencias que originan la privación de la identidad del hijo, por lo que es necesario buscar soluciones al problema.

La filiación ha existido desde el nacimiento del primer hombre. La humanidad siempre se ha planteado las siguientes preguntas: ¿De dónde venimos? y ¿quién fue nuestro creador? Para este tipo de preguntas, han existido las más variadas respuestas y, a pesar de lo avanzado de la sociedad, siempre será uno de los más grandes misterios de la humanidad. Estas preguntas, por lo general han tenido respuestas desde el campo de la teología, la filosofía e incluso la ciencia, Desde todos estos prismas se ha tratado de buscar una respuesta definitiva sobre este tema; pero nuestro trabajo lejos de hacerse cargo siquiera de estas preguntas pretende analizar una de las aristas que generan en la práctica las acciones de filiación.

Lo que, si está claro, que, desde los inicios, el ser humano proviene de un hecho natural tan básico como son las relaciones sexuales, entre un hombre y una mujer. Ello, aunque esta no es la única fuente de la filiación.

Este trabajo está estructurado por capítulos, de un total de seis.

1. El primer capítulo, se denomina generalidades y se desarrolla de la siguiente forma: la contextualización del análisis, y se hace una relación al origen de la problemática con un panorama nacional e histórico de la filiación en nuestra legislación.

2. El segundo capítulo denominado se denomina: Problemática de la legitimación pasiva de los herederos, y en él se desarrollan, los antecedentes investigativos, el marco legal, las etapas legislativas que tuvo el Proyecto, que corresponden a la Ley N°19.545, y los distintos puntos de vistas que tuvieron los Senadores, al momento de la discusión en las sesiones.

3. El tercer capítulo, que se denomina derecho a la identidad personal, que no es lo mismo que filiación. Se expone en esta parte del trabajo, los distintos conceptos que existen sobre este derecho, en los distintos tratados internacionales. Asimismo, se plantea el estudio de los autores especialistas en el derecho a la identidad, como un derecho humano inherente a las personas y da el derecho inalienable de conocer sus orígenes. Este principio, tratado como un principio universal, que tuvo gran influencia con la promulgación de la Ley N°19.585.

4. El cuarto capítulo se titula: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. En este acápite se desarrolla un análisis de las sentencias de estos tribunales, desde el año 2004 y las respectivas interpretaciones, en cuanto a la conformación de cada tribunal, que ha tenido una evolución en los criterios de interpretación para fallar sobre el tema que estamos tratando.

5. El quinto capítulo trata de la Legislación extranjera, y se desarrolla una breve comparación con otras legislaciones acerca del tema que estamos investigando.

6. El sexto capítulo, desarrolla las conclusiones del trabajo.

CAPITULO 1: GENERALIDADES.

1.1.- Concepto de Filiación.

En términos generales, el Diccionario de la Real Academia Española define la filiación como “*procedencia de sus hijos respecto de sus padres*”. Se trata de la relación biológica que une al procreado con sus procreadores. Es tanto, un hecho natural como una realidad reconocida y regulada por el Derecho, que presupone la determinación de la paternidad o maternidad.¹

Lo usual es que la filiación se fundamente, en el vínculo de sangre existente entre el padre o madre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales de ellos, ya sean que estas sean matrimoniales o extramatrimoniales. No obstante, en la actualidad ya no puede estimarse que la filiación se asienta necesariamente en el vínculo biológico, pues la Ley reconoce, tanto la Ley de adopción de Menores², como la filiación determinada mediante técnicas de reproducción humana asistida (*TRA*), en que se han utilizado gametos de terceros.

Excepcionalmente, existe una filiación sin relaciones de sangre: la adoptiva.

El legislador se preocupa de la filiación desde dos puntos de vista:

- I) En primer lugar, da reglas para establecerla con la mayor certidumbre posible, ya que a veces resulta incierta.**

¹ ORREGO ACUÑA, Juan. Andres. (2014). La Filiación y La Protección de los Incapaces. En J. A. Acuña, *La Filiación y La Protección de los Incapaces* (pág. 1). [fecha de consulta: 22 enero 2019] Santiago. Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl>>

² Ley N° 19.620, Chile. (1999 Últimas modificaciones 2007). Adopción de Menores. Ministerio de Justicia. Santiago. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.[fecha de consulta 22 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/ecivica/constitucion>>

II) Señala las consecuencias jurídicas, los derechos, deberes y obligaciones que vinculan a los padres con los hijos: potestad parental y patria potestad.

En consecuencia, la filiación es una relación fundamentalmente jurídica, sin que sea determinante, ni necesaria la existencia de un vínculo sanguíneo entre padre o madre e hijo. El derecho, reconoce esta relación en base a antecedentes que superan la mera relación biológica (*artículo 182 y 200 CC, arts. 1 inc. 2 y 37 Ley N° 19.620 Adopción de Menores*).³

A lo largo de diversas normas jurídicas, expresadas en el CC, podemos señalar distintas clases de filiación, que se van desprendiendo de este cuerpo legal, como, por ejemplo:

a) Filiación determinada e indeterminada (artículo 37 CC).

Filiación determinada: Es aquella que tiene reconocimiento jurídico, sea respecto de ambos padres, o de uno de ellos. La filiación puede entonces estar determinada respecto del padre, de la madre o de ambos.

Filiación indeterminada: Es aquella que, a pesar de existir en la realidad, no ha sido reconocida por el derecho.

b) La filiación determinada se clasifica a su vez en filiación determinada por naturaleza y adoptiva (artículo 179 CC).

La filiación por naturaleza: Es aquella que se origina por vínculos de sangre.

La filiación adoptiva: Es aquella regulada por la Ley N.º 19.620 sobre adopción de menores.

³ *Código Civil. 24^{va}.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2018. 472 p.*

c) La filiación determinada por naturaleza se clasifica a su vez en filiación matrimonial y no matrimonial.

La filiación es matrimonial: Cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo (artículo 180, inciso 1º).

Es también filiación matrimonial, la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que la Ley establece, o bien se determine por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posterioridad del hijo fallecido (artículo 180, inciso 2º, que recoge los casos de legitimación de pleno derecho, en la antigua nomenclatura del CC).

Cabe agregar dentro de los casos de filiación matrimonial, el contemplado en el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir, los hijos concebidos durante el matrimonio nulo.⁴

De las diferentes clases de filiación, mencionadas se dependen las siguientes:

- a) Hijos de filiación determinada;
- b) Hijos de filiación indeterminada;
- c) Hijos de filiación matrimonial;
- d) Hijos de filiación no matrimonial;

1.2.- Relación histórica de la filiación

A lo largo de la historia, la determinación de la filiación ha estado influida directamente por los conocimientos proporcionados por la biología.⁵ De esta

⁴ ORREGO ACUÑA, Juan Andres. (2014). La Filiacion y La Proteccion de los Incapaces. En J. A. Acuña, La Filiacion y La Proteccion de los Incapaces (pág. 2). [fecha de consulta: 22 enero 2019] Santiago. Dponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl>>

manera, en la época de los cazadores-recolectores, cuando se desconocía el rol del hombre en la reproducción, la filiación se determina únicamente respecto a la madre.

Una vez que se conoce el rol del hombre en la reproducción (*en el neolítico*), se sientan las bases del sistema de filiación. La filiación se fundamenta, sobre todo, en el vínculo sanguíneo entre padres e hijos. La causa eficiente de la reproducción es la relación sexual. Así se entendió, sin mayores contrapesos, durante buena parte de la historia humana, lo que se reflejó incluso, en una época mucho más avanzadas, en la regulación que de la filiación hace nuestro CC. De ahí que, hace no muchos, autores como Rossel han señalado que *“el fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre existente entre el padre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales, ilícitas o no, de los padres⁶”*.

Ahora bien, atendidas las dificultades para determinar la paternidad y lo deshonroso que podía resultar la indagación de esta, respecto a ciertas personas, los distintos sistemas jurídicos arbitraron ciertos mecanismos que faciliten su determinación (*como la presunción de paternidad respecto a hijos nacidos durante el matrimonio*) o que limitaban o prohibían su investigación (*situación de hijos bastardos*).

Por ejemplo, el CC francés originario, prohibía la investigación de la paternidad, plasmando el pensamiento de la época en Europa, en materia de filiación (*en palabras de Napoleón, “la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos”*).

En nuestro caso, la investigación de paternidad, desde la promulgación del CC y hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N° 19.585, era muy limitada, pues se estimaba que dicha indagación afectaba el orden y la estabilidad de las familias legítimamente constituidas (particularmente en casos de hijos bastardos,

⁵ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *El sistema de filiación chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2007. 379 p.

⁶ ROSSEL SAVEDRA, E. *Manual de Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1965. 561 p.

esto es, hijos nacidos fuera del matrimonio). La razón que subyace a ello es la creencia de que las relaciones sexuales únicamente eran legítimas en el matrimonio.

Conforme pasa el tiempo, y a medida que los exámenes biológicos alcanzan un mayor valor para el establecimiento de la paternidad y/o la maternidad. Esta es la tendencia internacional durante el desarrollo del siglo XX, ayudada, en buena medida, por el reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos, y en particular, en los derechos del niño. El fundamento de la filiación sigue dado por la relación de sangre y ahora se permite su investigación. La relación sexual continúa siendo la causa eficiente de la reproducción.

Sin embargo, con la irrupción de la adopción y la de las técnicas de reproducción asistida, como alternativas a la relación sexual, se revolucionará el fundamento de la filiación.

En efecto, la filiación ya no se funda únicamente en el vínculo sanguíneo, sino también (y de manera más preponderante) en el vínculo afectivo. En nuestro ordenamiento jurídico, manifestaciones concretas de la preponderancia del vínculo afectivo, puede encontrarse en los artículos 200 y 201 del CC.

En consecuencia, la filiación es una relación fundamentalmente jurídica, sin que sea determinante, ni necesaria la existencia de un vínculo sanguíneo, entre padre e hijo o madre e hijo. El derecho reconoce esta relación en base a antecedentes que exceden el plano biológico (*arts. 182 y 200 CC, arts. 1 inciso 2 y 37 Ley N° 19.620*).

1.3.- Relación histórica de la filiación en nuestro CC.

A la época de su dictación, nuestro CC distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos. Los ilegítimos podían ser simplemente ilegítimos, naturales o de dañado ayuntamiento (adulterinos, incestuosos y sacrílegos). Los naturales, son aquellos que espontáneamente reconocidos por uno o ambos padres⁷; tienen el

⁷ El reconocimiento podía hacerse por Instrumento Público o Testamento, y además debía ser notificado al hijo y aceptado por este.

derecho de pedir alimentos, pueden concurrir en la sucesión intestada a falta de hijos legítimos, y además pueden ser legitimados. Los simplemente ilegítimos y los de dañado ayuntamiento solamente, pueden pedir alimentos a su padre, previéndose como único medio de prueba la confesión de la paternidad de este último (*esta prueba de paternidad solamente tenía valor para efectos de reconocer el derecho de alimentos*)⁸⁻⁹.

Además, los hijos de dañado ayuntamiento no pueden ser reconocidos voluntariamente por el padre o madre¹⁰.

Una de las primeras reformas al sistema de filiación establecido por el CC tuvo lugar mediante la Ley N° 5750, del año 1935, que eliminó la categoría de

⁸ Como explica el profesor Juan Adres Orrego, “...según los antiguos artículos 282 y 283 del CC, el hijo ilegítimo tenía derecho a que el supuesto padre fuere citado ante el Juez, para que declarase bajo juramento si creía serlo. Si no comparecía, pudiendo, y hubiere sido citado por una segunda vez con el mismo fin, y no comparecía, se tenía por reconocida la paternidad, para el solo efecto de obtener alimentos del progenitor. Ante el tenor de estas normas, se preguntaba Manuel Somarriva Undurruga, si estos derechos significaban una verdadera investigación de paternidad, para concluir en términos negativos. No había tal investigación, decía, toda vez que, ante la negativa del padre de reconocer al hijo, este no tenía ningún derecho tendiente a acreditar la paternidad, a pesar de que tuviere pruebas abrumadoras para ello. En definitiva, señalaba Somarriva, la situación del hijo natural y la del hijo ilegítimo eran casi idénticas. Ambas calidades, se obtenían únicamente por el reconocimiento del padre, por un acto voluntario, y la única diferencia estribaba en que la manifestación de la voluntad del padre respecto al hijo natural debía ser espontánea, en cambio, tratándose de un hijo ilegítimo, la declaración de voluntad podía ser provocada a petición del hijo, para que el padre compareciera ante el Juez con el fin de declarar si lo reconocía como hijo: SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. ob. Cit., pp.160 y 161. “ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, De la Filiación y de la relación jurídica entre padres e hijos, Apuntes no editados, Nota al pie N°12, p.11.

⁹ Cabe tener presente que el artículo 288 del CC originario establecía que el hijo ilegítimo tendría derecho a que su madre le asistiera con los alimentos necesarios si no pudiere obtenerlos del padre, y, además, literalmente, que “no podrá intentarse esta acción contra ninguna mujer casada”. Esta norma se explica por la mentalidad patriarcal existente a la época de dictación del CC.

¹⁰ Artículo 270 del CC originario (actualmente derogado): “Los hijos nacidos fuera del matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido.”

hijos de dañado ayuntamiento. Así mismo se permitió a los hijos simplemente ilegítimos fundamentar su petición de alimentos en otras pruebas – documentos y otros antecedentes generalmente escritos - distinta a la confesión de padre (*pruebas que, de todas formas, no determinaban la filiación, sino únicamente el derecho a pedir alimentos*).¹¹

Otra reforma importante está dada por la Ley N° 10.271, de 1952. Esta Ley permitió obtener la calidad de hijo natural, a través, de un reconocimiento forzado en juicio de la paternidad o la maternidad (antes la calidad de hijo natural se obtenía solamente por reconocimiento voluntario)^{12 13}. Respecto al reconocimiento

¹¹ La Ley N° 5.750 introdujo al CC el artículo 280 (hoy en día ya derogado), el cual prescribía lo siguiente: “Artículo 280. El hijo ilegítimo que no haya sido reconocido como natural podrá pedir alimentos del padre o madre, o de ambos, según el caso:

1. Si el padre o madre lo hubiere reconocido en instrumento autentico como hijo simplemente ilegítimo o con el solo objeto de darle alimentos, o si reconocido como hijo natural, ese reconocimiento no tuviere efecto en ese sentido;

2. Si en la inscripción del nacimiento del hijo se hubiere dejado testimonio del nombre del padre o madre a petición de ellos o de mandatario constituido para este objeto por escritura pública. En este caso el Oficial de Registro Civil, deberá certificar la identidad del padre o madre, o de la persona designada para hacer la declaración;

3. Si de documentos o de cualquier principio de prueba por escrito, emanados fehacientemente del supuesto padre, resultare una confesión inequívoca de paternidad, o se probare la maternidad de la supuesta madre con testimonios fidedignos que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo;

4. Si el presunto padre o madre hubiere proveído o contribuido al mantenimiento y educación del hijo, en calidad de tal, y de ello existiere un principio de prueba por escrito;

5. Si el supuesto padre, citado a la presencia judicial, confesare bajo juramento que cree ser el padre, o si citado 2 veces, expresándose en la citación el objeto no compareciere sin causa justificada;

6. Si el periodo de la concepción del hijo correspondiera a la fecha de la violación, estupro, o rapto de la madre; en este último caso, bastara que hubiere sido posible la concepción mientras estuvo robada en poder del raptor.

El hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado este, es rapto, aunque no se emplee la fuerza.

¹² Con todo, no podía ejercerse la acción contra el hombre la mujer que estuviesen casados, salvo que hubiese divorcio perpetuo (lo que actualmente equivale a la separación judicial).

voluntario, se eliminó la necesidad de notificación y aceptación, para que el reconocimiento tuviese efecto. En lo sustantivo, los hijos naturales pasan a ser herederos abintestato, legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras. Con todo, solamente pueden recibir la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo y, en conjunto (todos los naturales), no pueden sobrepasar jamás una cuarta parte de la herencia ni una cuarta parte de la mitad legitimaria (si la sucesión fuese testamentaria). Por otra parte, los hijos naturales tienen derecho a alimentos congruos. Desde la perspectiva de los padres, estos pasan a tener los deberes de cuidado personal, educación y financiamiento de su crianza. También tienen los padres el derecho, a corregir a sus hijos naturales. No tienen, no obstante, la patria potestad, debiéndose nombrar un curador al hijo natural.

Los hijos simplemente ilegítimos, solamente tienen derecho a alimentos necesarios¹⁴.

También son importantes las Leyes N°18.702 (*contribuye a una cuasi-equiparación de derechos del marido y la mujer, respecto a los efectos personales del matrimonio, así como en materias de patria potestad y autoridad parental*), y Ley N° 17.999¹⁵ y N°19.089 (*estas últimas dos perfeccionan y amplían el sistema de reconocimiento voluntario expreso*).

¹³ Además, esta Ley permitió que se estableciera judicialmente la filiación mediante la acreditación de la posesión notoria de la calidad de hijo, la que, a diferencia de lo que exige el actual artículo 200, requería 10 años de duración.

¹⁴ Los hijos simplemente ilegítimos que obtuviesen una sentencia favorable en juicio de alimentos alcanzaban una especie de “*filiación de segundo grado*” o “*cuasi-filiación*”, que les permitía únicamente ser destinatarios de alimentos necesarios. La diferenciación, entre hijos naturales e hijos simplemente ilegítimos, se fundamentaba en que, estos últimos generalmente pertenecían a entornos socioeconómicos muy desvalidos, en que el derecho sucesorio prácticamente no se aplicaba, siendo derecho de alimentos, el único que revestía real interés. Por ello, los requisitos para obtener alimentos necesarios, por parte de estos hijos eran mucho menos exigentes que los requisitos para establecer forzosamente la paternidad o la maternidad de un hijo natural.

¹⁵ Esta Ley, estableció que las declaraciones que en cualquier época se efectuaren, con el objeto de reconocer a un hijo natural y que constaren en un acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, tendrían mérito de Escritura Pública, para los efectos previstos

Hasta antes de la promulgación de la Ley N° 19.585, si bien se podía establecer la filiación respecto del padre o madre, ello no implicaba una relación de familia entre hijos y los ascendientes de su padre o madre. Por ello se decía que jurídicamente el hijo natural, no tenía abuelos y tampoco derechos en la sucesión de éstos.

No puede dejar de mencionarse, la importancia que en esta materia han tenido algunos tratados internacionales, que versan sobre derechos humanos. En particular, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (OEA), por resolución 44/25 de noviembre de 1989, promulgada por Chile como Ley de la Republica, por Decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada el 27 de noviembre de 1990, en el Diario Oficial. Esta convención, reconoce la igualdad, entre los hijos de filiación matrimonial y no matrimonial y el deber de los Estado Partes de procurar la protección a su interés superior.

En el preámbulo, se señala que “...***El niño, en tanto que, al ser humano particularmente vulnerable, debe recibir con prioridad, protección y asistencia...***”. Se vislumbra, de inmediato, una manifestación del principio de protección al interés superior del niño, principio que, de todas maneras, encuentra una consagración expresa en el artículo 3 de la Convención. La igualdad, entre los hijos está consagrada en el artículo 2 de la Convención.

La importancia de la regulación, que hacen los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, al tenor del artículo 5 inciso 2 de la CPR.

En nuestra legislación, el hito más importante en esta materia del Derecho Civil fue la dictación de la Ley N°19.585.

1.4.- Ideas centrales de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, en nuestra legislación.

en el, hasta entonces vigente artículo 271 del CC. Téngase presente que, en CC originario, requería cómo formalidad del reconocimiento Escritura Pública y Testamento.

1.4.1. Derecho de toda persona a conocer sus orígenes (derecho a la identidad).

Toda persona, tiene el derecho a saber quiénes son sus padres. Para ello, la Ley, asegura una amplia investigación de paternidad y maternidad (artículo 195 CC). Este derecho está consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

Con todo, actualmente el ejercicio de este derecho no supone necesariamente la investigación y determinación de la paternidad y la maternidad, pues también comprende aquellos casos, en que, la Ley permite a una persona el conocimiento de origen biológico, sin que ello importe una alteración de su filiación; así ocurre, por ejemplo, en materia de adopción, toda vez que el adoptado mayor de edad, plenamente capaz y con conocimiento de antecedentes que le permitan presumir que ha sido adoptado, puede solicitar al Servicio de Registro Civil e Identificación, que le informe si su filiación tiene ese origen (artículo 27 inciso 3° de la Ley N° 19.620), facilitándose en consecuencia la investigación del origen biológico, pero sin que ello importe dejar sin efecto la filiación adoptiva. Así también, debiese ocurrir, según buena parte de la doctrina nacional, tratándose del hijo concebido por técnicas de reproducción humana asistida, en que se han utilizado gametos de terceros donantes.

El derecho a conocer los propios orígenes (*Derecho de la Identidad*), se conceptualiza como un derecho de personalidad, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de su individualidad, tanto desde una perspectiva material la determinación de la filiación genera efectos patrimoniales que pueden favorecer al hijo, como el derecho de alimentos o como el ético suele ser tranquilizador para una persona poder investigar y determinar quién es su padre o madre, o al menos conocer su origen biológico.

Se debe tener presente que el derecho a la identidad no se agota en el conocimiento del origen biológico, sino que también abarca aspectos tales como el derecho a obtener una a la nacionalidad y un nombre. Así lo entiende la doctrina y

así fluye también de la lectura del artículo 7.1° de la Convención de Derechos del Niño: *“el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”*.

1.4.2. Trato igualitario a todos los hijos.

Todos los hijos tienen los mismos derechos, con lo que se cumple el mandato de los arts. 1, 5 inciso 2° (son muchos los tratados internacionales que establecen la igualdad) y 19 N°2 de la *CPR*. Actualmente, esa igualdad se consagra expresamente en el artículo 33 del *CC*. Recuérdese que la Ley N° 19.585, eliminó la discriminación arbitraria existente entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos en materia sucesoria, así como también eliminó la distinción entre alimentos congruos y necesarios.

1.4.3. Prioridad del interés del hijo (protección del interés superior del hijo).

La Ley N°19.585, incorporó el principio de protección al interés superior del hijo, en diversas disposiciones del *CC*, entre ellas los artículos 222 inciso 2° y 242 inciso 2°. La Ley N° 20.680, alteró el orden de los incisos del artículo 222, dejando en consecuencia en el inciso 1° la consagración del principio.

La prioridad o protección al interés del hijo es una manifestación concreta del principio de protección al interés del niño (*el que puede o no tener determinada su filiación*).

En cuanto a su origen, este último principio, puede colegirse de distintos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (*artículo 25 N°2 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 24 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica*).

Con todo, es en la Convención sobre los Derechos de los Niños donde se reconoce de manera explícita y en particular, el artículo 3 de dicha Convención establece que:

1°. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá era el interés superior de los hijos.

2°. Los Estados Partes, se comprometen y aseguran 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.

3°. Los Estados Partes, se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplen las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su persona, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

En nuestro CC, como ya adelantamos, el principio en cuestión se encuentra consagrado en el artículo 222, el cual señala, en su inciso primero, que “...la preocupación fundamental de los padres es el interés superior de los hijos, para lo cual procuraran su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiaran en el ejercicio de los derechos esenciales, que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades...”. Esta lista es la primera norma del Título IX del Libro I del CC, llamado “De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos”, lo que realza la importancia del principio en lo que respecta a la integración e interpretación de las normas allí contenidas (*ante de la Ley N°20.680 dicho principio estaba contenido en el inciso 2°*).

A su vez, en una norma de enorme transcendencia, a fin de alcanzar una tutela judicial efectiva de los derechos de los niños, el artículo 16 inciso 2° de la Ley N° 19.968 establece que:

“el interés superior del niño, niña o adolescente es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

También, está consagrado legalmente este principio en el artículo 1 de la Ley N° 19.620, que dicta Normas sobre Adopción de Menores, y en el artículo 3 inciso 1° Ley de Matrimonio Civil.

El fundamento de este principio radica en la falta de madurez física y mental de los niños, circunstancia que coloca en una situación especial de vulnerabilidad. Por ello, atendido el imperativo de que todo niño alcance una preparación plena y educada para una vida independiente, que le permita desarrollar libre y cumplidamente su personalidad, el derecho debe tutelar su interés y adoptar las medidas pertinentes para tal fin.

En ese contexto, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el interés superior del niño constituye principio sustantivo de contenido indeterminado, con contornos poco precisos, existe consenso en cuanto a que dicho principio se relaciona íntimamente con el aseguramiento de la efectividad de los derechos del menor, entendido que este por sus condiciones de madurez no puede actuar por sí mismo. Dicho aseguramiento se logra mediante la adopción de medidas determinadas que apunten, fundamentalmente, a tutelar y proteger el interés del menor, dotándolo de la mayor suma de ventajas posibles, a fin de permitir el libre desarrollo de su personalidad (*un ejemplo de esto puede encontrarse en la nueva regulación del cuidado personal y la relación directa y regular implementada por la Ley N° 20680, particularmente los artículos 225-2 y 229 del CC. Ambas, normas se han planteado por finalidad de tutelar el interés superior del menor de desarrollar una relación sana y afectiva con ambos padres, que redunde en mayor beneficio para el desarrollo de su personalidad*).

Respecto a la noción de “*interés*”, Cristian Lepin, citando a Encarna Roca, plantea la siguiente reflexión: “¿Cuál es el origen de estos derechos (de los niños)? Alston y Paker centran el debate en torno a dos grandes grupos de autores: aquellos que opinan que la base de cualquier regulación fundada en

derechos es la voluntad y aquellos que ponen el acento en interés. La primera de estas teorías no es útil, según estos autores, para legitimar a unas personas que, por su edad y condiciones de madurez, no pueden formular una voluntad “plausible”. En cambio, la teoría del interés permitiría protegerlos a través de la utilización de la teoría de la titularidad de estos mismos derechos.¹⁶

En cuanto a las funciones que el principio en cuestión cumple, Miguel Cillero estima que cumple una triple función, arguyendo que, por una parte, “es una garantía, ya que toda la decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hasta el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática¹⁷.”

Cristian Lepin, siguiendo a Gómez de la Torre, señala que el principio del interés superior del niño se concretiza en los siguientes aspectos (no hay ánimo de taxatividad):

i) Permitirle la indagación de su filiación (mediante acciones de filiación), cuando esta no esté determinada, pues se vincula a su derecho a la identidad personal, uno de cuyos atributos esenciales es tener un nombre y conocer a sus padres.

ii) Permitirle manifestar su opinión y tomarla en cuenta de acuerdo con su edad y grado de madurez, en todas las instancias judiciales o extrajudiciales en que tenga un interés el niño.

¹⁶ LEPIN MOLINA, Cristian. Los Nuevos Principios Del Derecho De Familia, Revista Chilena De Derecho Privado, (23): 9-55, Año 2014.

¹⁷ CIRELLO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Revista Justicia y Derechos del niño (UNICEF), (9): 125-142, 2007, Santiago.

iii) Permitirle permanecer con el padre que mejor asegure su bienestar físico y espiritual y, al mismo tiempo, facilitar la vinculación con el otro padre, en caso de separación, nulidad o divorcio de los padres.

iv) Velar porque se proteja su interés, para lo cual debe ser escuchado y tomado en cuenta de acuerdo con su edad y grado de madurez, en caso de separación, divorcio o nulidad, tanto en los acuerdos regulatorios como en el de mediación, en la que los cónyuges decidan sobre el cuidado personal, régimen comunicacional, alimentos y patria potestad de los hijos.

Buena parte de la doctrina, siguiendo a Cillero Bruñol, entienden al interés superior del niño como un principio jurídico garantista, en el sentido de que asegura la efectividad de los derechos subjetivos. De esta forma, en el principio pierda vaguedad, conteniendo directamente al catálogo de derechos contemplados en la Convención de Derechos del Niño y, por tanto, obligando tanto al poder público como a los entes privados a respetarlos.

1.4.4.- Principios en que se inspiran los derechos de los menores.

Para María Soledad Quintana Villar, también agrega como principio el derecho del menor a ser oído¹⁸. Este principio está consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniendo debidamente en cuenta opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*.

Nuestro CC contempla este principio en el artículo 242 inciso 2°, el cual dispone que *“en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como*

¹⁸ QUINTANA VILLAR, María Soledad. Derecho de Familia. 1ª ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias (Senado) de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013. 507 p.

consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

Asimismo, el principio está recogido también en el artículo 225-2 letra f) y 229 inciso 3° (ambos incorporados por la Ley N° 20.680) y por el artículo 227 inciso 1° (reformado por la Ley N°19.968).1.4.5.- Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley N°20.680.

Se puede considerar también como principio que informa el estatuto de la filiación el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participaran en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (*artículo 224 inciso 1 del CC*). Con todo, parte de la doctrina entiende que este principio es una derivación del interés superior del niño.

CAPITULO 2: PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS HEREDEROS.

2.1.- Planteamiento del problema.

La acción de reclamación de filiación es imprescriptible e irrenunciable, según el artículo 195 del CC, pero la imprescriptibilidad no quiere decir que no pueda extinguirse por otras causas diferentes como, por ejemplo, por la muerte del pretendido hijo o del supuesto padre. La muerte, por regla general, es una causa de extinción de todos los derechos y de las acciones que son intransmisibles por causa de muerte, tanto patrimoniales como de derecho de familia.

Aquí surge el problema de si la acción de reclamación de la filiación puede ser deducida después de que haya muerto el hijo (*por sus herederos*) o el supuesto padre (*contra sus herederos*). La misma situación puede presentarse respecto de la acción de impugnación de la filiación determinada.

Aunque se trata de un problema general a la acción de filiación, lo cierto es que, en la práctica chilena, el problema se ha suscitado respecto de la acción de reclamación y únicamente en el caso en que el pretendido hijo quiera emplazar a

los herederos del supuesto padre por haber este fallecido con anterioridad a la notificación de la demanda ¿Subsiste la acción después de la muerte del padre o madre? ¿Son los herederos legitimados pasivos en un juicio de reclamación de paternidad?, se trata de un nuevo problema de conflicto de intereses que está planteando la regulación de las acciones de filiación.

Por lo tanto, el objetivo, de este capítulo es exponer las doctrinas que buscan resolver el conflicto respecto a la legitimación pasiva de los herederos en la filiación que, simplificando sus posiciones, una es restrictiva que se apoya en base al artículo 206 CC y una posición amplia que aplica el artículo 317 inciso 2 del CC. Al llegar a las conclusiones expresaremos a que interpretación nos adherimos.

2.2.- Revisión de las normas aplicables.

Las normas aplicables pueden servir para comenzar a examinar el problema. Los artículos 204 y 205 del CC son, sin duda, normas que se refieren a la legitimación activa y pasiva de la filiación matrimonial y no matrimonial, en el entendido de que tanto el hijo como el o los padres están vivos. Posteriormente, los artículos 206 y 207 del CC hacen referencia a dos supuestos en lo que ha mediado la muerte.

El primero, el artículo 206 del CC, se pone en el caso de que el fallecido es el supuesto padre o madre, y señala el artículo señalado *“Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad¹⁹”*.

En el caso del artículo 207 del CC, por su parte, se pone en el caso en que el fallecido sea el hijo: *“Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser*

¹⁹ Código Civil. 24^{va}.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2018. 472 p.

ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

El plazo o su residuo empezarán a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad²⁰.

Por su parte, el artículo 316 del CC, situado en el Título XVII del Libro I, “*De las pruebas del estado civil*”, dispone que para que los fallos judiciales que declaran la verdadera o falsa una paternidad o maternidad tenga efectos *erga omnes*, deben cumplir con tres requisitos, entre los cuales está el de “que se hayan pronunciado contra el legítimo contradictor”. Este artículo expresa:

“Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

- 1º. Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada;*
- 2º. Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor;*
- 3º. Que no haya habido colusión en el juicio.*

El artículo 317 del CC dispone 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.*

Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla.”²¹

²⁰ Código Civil. 24^{va}.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2018. 472 p.

²¹ Código Civil. 24^{va}.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2018. 472 p.

2.3.- La historia del establecimiento de los textos legales.

La historia legislativa del precepto del artículo 206 del CC, es bastante categórica sobre la intención del legislador. En el Proyecto inicial del Poder Ejecutivo (*Mensaje Boletín 1060-07, de 1993*), se establecía en forma amplia la facultad del hijo de investigar la paternidad después de la muerte del supuesto padre, demandado a los herederos: artículo 200 del CC de dicho proyecto señalaba: *“En caso de haber fallecido algunos de los padres, la acción [de reclamación] se dirigirá en contra de sus herederos, dentro del plazo de dos años, contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que tengan que fundar la demanda”*. El mismo proyecto establecía la sustitución del inciso 2° del artículo 317 del CC por el texto siguiente: *“Son también “legítimos contradictores”, los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y también los herederos del hijo fallecido cuando estos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”*.

En la Cámara de Diputados, ambos preceptos no fueron cuestionados, y conservaron su texto en el proyecto aprobado por ella, con fecha 24 de noviembre de 1999, solo que el primero cambio de numeración al artículo 199.

El Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento modificó esta idea. Se lee en el primer informe de dicha Comisión sobre el Proyecto de fecha 20 de noviembre de 1996: *“La Comisión no compartió las ideas contenidas en este precepto [el artículo 199] del Proyecto aprobado por la Cámara, en orden a admitir en general las demandas contra los herederos del padre o madre fallecidos, a la duración del plazo ni a la modalidad del cómputo de este que se contempla”*²².

²² República de Chile. Diario de Sesiones del Senado. sesión 12°. 3 de diciembre de 1996, anexo de documentos, pagina 1631. [fecha de consulta: 30 enero 2019]. Disponible en:

<<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=667450>>

La Comisión -se señala en el informe-, [*“...decidió conceder la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre, que haya fallecido antes del nacimiento del hijo o dentro de un determinado termino siguiente al parto...”*]. La idea fue tomada del texto que la Ley N° 19.089, de 1981, había agregado como inciso final al artículo 272 del CC, y que establecía que podía reclamarse la maternidad tratándose de un hijo póstumo o si la madre hubiere fallecido dentro de los treinta días siguientes al parto, para lo cual la demanda se notificara a cualquiera de los parientes consanguíneos más próximos de la madre fallecida. La Comisión amplió el plazo a 180 días y prescribió que se demandara a los herederos, además de hacer aplicable la norma tanto respecto del padre como de la madre.

Finalmente, la Comisión acogió como plazo para la interposición de la acción el de un año contado desde la muerte del padre o madre o desde que el hijo, alcanzada la plena capacidad, tome conocimiento de la paternidad o maternidad.

De este modo, el precepto, ahora con el número 200, adopto el siguiente tenor: *“Si el hijo que no se ha reconocido es póstumo, o fallece alguno de sus padres dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción se dirigirá en contra de los herederos del padre o de la madre, dentro del plazo de un año, contado desde su muerte o desde el hijo, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento de la paternidad o maternidad que reclama”*.

Cambiado el precepto, se planteó la eliminación de la norma del artículo 317 del CC, en cuanto aludía a los herederos como intentando la acción y no solo continuando la entablada por sus causantes. Sin embargo, como se habían admitido algunas situaciones excepcionales en las que ello procedía, la Comisión estuvo por mantener el precepto con cambios menores. En el informe se lee: *“El punto fue ampliamente debatido por la Comisión al tratar de los titulares de las acciones de filiación, consultados en el nuevo Título VIII del Libro I del CC”*. Como se manifestó al exponer los acuerdos alcanzados en aquella oportunidad, si bien la mayoría de la Comisión fue en principio partidaria de que las acciones solo

pueden entablarse en vida de los supuesto padre, madre o hijo, hubo situaciones excepcionales que se creyó de justicia incorporar, en las cuales los herederos pueden interponer acciones. “Para mantener la debida armonía de las disposiciones, la Comisión estuvo por prestar aprobación a este artículo, que se remite a las reglas contenidas en el aludido Título VIII, introduciéndole solo ajustes formales”.²³ Estos ajustes formales se reducen a eliminar las comillas de la expresión “*legítimos contradictores*”, y añadir una coma después de ella.

En la discusión en particular, los Senadores Señora Frei y Señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule presentaron la indicación N°86 por la cual se proponía suprimir el requisito de que la muerte del padre haya ocurrido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento, para permitir que la acción pudiera entablarse contra los herederos sin esta limitación. La indicación fue rechazada por la Comisión en su segundo informe de fecha 4 de noviembre de 1997. En cambio, se aceptaron las indicaciones de los senadores Feliú y Otero y Diez y Larraín, para disponer que el plazo de un año para reclamar, en contra de los herederos en caso de que el hijo que llegue a la plena capacidad sea contado desde que haya alcanzado la mayoría de edad y no desde que tome conocimiento de la paternidad o maternidad. Se le introdujeron además algunas modificaciones de redacción²⁴.

Ahora en este segundo informe el (Determinacion de la filiacion y acciones de estado en la Reforma de la Ley N°19.585, 1999) (COURT MURASSO, 2000) (LOPEZ RIVERA, 2001) (VELOSO, 2001) (RAMOS PAZOS, 2003) (ABELIUK MANASEVICH, 2000) artículo adquiere su numeración definitiva: artículo 206. El

²³ República de Chile. Diario de Sesiones del Senado, sesión 12°, 3 de diciembre de 1996, anexo de documentos, Pagina 1667. [“ La misma comisión estuvo por no derogar completamente el articulo 318 y dejar la parte que se refería a los coherederos que citados no comparecen”]. [fecha de consulta: 30 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=667450>>

²⁴ República de Chile. Diario de sesiones del Senado, sesión 12°, 11 de noviembre de 1997, anexo de Documentos, Pagina 1828. [fecha de consulta: 30 enero 2019]. Disponible en:

<<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=667407>>

texto reza: *“Si el hijo es póstumo, o si alguno de sus padres fallece dentro de los cientos ochentas días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de un año, contado desde su muerte, si el hijo es incapaz, desde que esta haya alcanzado plena capacidad”*.

Respecto del artículo 317 la indicación Numero 175 de los Senadores Diez y Larraín proponía suprimir en inciso segundo. La Comisión *“considero que esta disposición únicamente da aplicación a los casos en lo que la titularidad de la acción corresponde a los herederos, en las hipótesis ya aceptadas al tratar las acciones de filiación”*, por lo que rechazo la indicación y mantuvo la norma²⁵.

Como se sabe, el proyecto fue objeto de un tercer informe complementario de la Comisión de Constitución del Senado, a petición de la sala. En este informe, de 22 de julio de 1998, se volvió a tratar la indicación N° 86 de los Senadores Frei y Señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule tendiente a ampliar la posibilidad de demandar a los herederos del supuesto padre. La Comisión nuevamente rechazo con la siguiente consideración: [*“...Después de evaluar la situación, la Comisión convino en la necesidad de resguardar la seguridad jurídica, a que apunto el cambio realizado en el segundo informe...”*]²⁶. No obstante, la Comisión aumentó de uno a tres años el plazo concedido al hijo o se representante para demandar a los herederos. Además, la Comisión modificó el precepto del artículo 207 que preveía la situación inversa: acción de los padres dirigida contra los herederos del hijo, para concordarlo con el artículo anterior: en el plazo de tres años y en que se cuente, no desde que se toma conocimiento de la filiación sino desde la muerte del supuesto hijo.

²⁵ República de Chile. Diario de sesiones del Senado, sesión 12°, 11 de noviembre de 1997, anexo de Documentos, Pagina 1529. [fecha de consulta: 30 enero 2019]. Disponible en:

<<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=667407>>

²⁶ República de Chile. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 12°, 11 de noviembre de 1997, anexo de Documentos, Pagina 1853. [fecha de consulta: 30 enero 2019]. Disponible en:

<<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=667407>>

Con ello, el precepto del artículo 206 tomo su texto definitivo: *“Si el hijo es póstumo, o si alguno de sus padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que esta haya alcanzado la plena capacidad”*.

El inciso segundo del artículo 317 no fue objeto de modificación.

Así, el Proyecto aprobado por el Senado remitido a la Cámara, incluyó el artículo 206 y el artículo 317 inciso 2º, en el texto del tercer informe de la Comisión de Constitución. La Cámara de Diputados aprobó el texto propuesto por el Senado, y así fue promulgada y publicada la Ley N°19.585.

Existe otro antecedente complementario. La Comisión de Constitución del Senado, en su segundo informe aceptó por mayoría de tres contra dos, agregar una restricción a la norma que permitía la práctica de pruebas periciales biológicas que rezaba: *“Este tipo de prueba no podrá practicarse sino en vida del hijo y del supuesto padre o madre”*. Posteriormente, la Comisión cambió de parecer y se decantó por la idea de suprimir la norma añadida. La explicación que consta en actas es la siguiente: *“La primera enmienda [la relativa a suprimir la frase que exigía que la prueba pericial se practicara en vida del hijo o padre o madre] responde a la convicción a que llegó la Comisión, luego de examinar detenidamente las acciones de filiación, sus titulares y lo plazos para interponerlos [sic], de que la posibilidad de que se ordene practicar pruebas periciales biológicas sobre personas fallecidas es escasa. Acepto que, si la muerte ocurre estando pendiente el juicio, no resulta equitativo privar al actor de un medio de prueba relevante para su pretensión. Le mereció mayores dudas a algunos Honorables, señores integrantes la admisibilidad de estas pruebas cuando no se ha entablado la acción, sobre todo considerando que, si el demandado estuviese vivo, tendría siempre la posibilidad de negarse, a riesgo de presumirse la filiación; pero en definitiva se convino en aceptarlas, teniendo en cuenta los términos restringidos en que los herederos del difunto pueden reclamar la filiación de conformidad al artículo 206, o sea, solo cuando se trate de hijo póstumo o cuyo padre o madre*

*murió dentro de los siguientes ciento ochenta días siguientes al parto*²⁷. Resulta indubitable de que la Comisión al examinar detenidamente los titulares de la acción de reclamación tenía afirmada la idea de que ella sólo procedía en contra de los herederos del supuesto padre en los casos restringidos del artículo 206 del CC.

2.4.-Interpretación inicial de los Tribunales Superiores

Los autores, cuando revisaron el texto de las normas, y la historia de su tramitación, no dudaron en afirmar que los artículos 206 y 207 del CC, constituían casos excepcionales en que se autorizaba la supervivencia limitada de la acción de reclamación en beneficio del hijo, si el padre o madre fallecían antes de la demanda (artículo 206 del CC) o en beneficio de los padres si era el hijo quien premoría (artículo 207 del CC). La norma del artículo 317 inciso 2° del CC, se interpretaba sólo como una norma didáctica que hacía mención en forma general a los herederos, pero suponiendo siempre que cuando hacía alusión a la legitimación se refería a los casos previstos en los artículo 206 y 207 del CC²⁸.

²⁷ República de Chile. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 16°, 22 de julio de 1998, anexo de Documentos, p 1528. Informe complementario de la Comisión. [fecha de consulta: 30 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=666556>>

²⁸ CORREA TALCIANI, Hernán (DOMINGUEZ BENAVENTE, 1998) (SOMARRIVA, 1963) (ERIKSON, 1964) (La adopción internacional: Una nueva migración, 2000) (RICHARDS, 2004) (UNICEF) (SUPREMA, 2009) (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de Septiembre de 2009, mediante la cual se declara inaplicable el artículo 206 del CC, 2010) (Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales. , 2009) “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N.º 19.585”, en Revista de Derecho (PUCV), XX, 1999, p. 79, señala que[“*Debe advertirse, en consecuencia, que cuando el artículo 317 CC reconoce como legítimos contradictores en los juicios de estado a ‘los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir... la acción’, se refiere únicamente al supuesto reglado en el artículo 206 CC*”]. En el mismo sentido se pronuncian COURT MURASSO, Eduardo, Nueva Ley de Filiación, Conosur, 2ª edición, Santiago, 2000, p. 101 y pp. 104-105; LÓPEZ RIVERA, Gisella, Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales, Conosur, Santiago, 2001, pp. 157 y p. 171; VELOSO, Paulina, en Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina, La filiación en el nuevo Derecho de Familia, Conosur, Santiago, 2001, p. 133, p. 167, pp. 186-188;

La jurisprudencia apoyó también esta lectura de las normas. El año 2004 la Corte Suprema, conoció un recurso de casación en la forma, por el cual se pedía que se anulara la sentencia de instancia que había rechazado la acción de reclamación interpuesta contra los herederos del supuesto padre, sobre la base de haberse omitido una diligencia de prueba esencial como era la pericia biológica, previa exhumación del cadáver. La Corte, al examinar la historia del establecimiento de la Ley, llegó a la conclusión de que el recurso debía ser desestimado, ya que aun en el evento de que el vicio denunciado fuera efectivo, carecería de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, “...ya que debería rechazarse la demanda, por cuanto el actor carecería de legitimación contra los herederos de su padre en los términos del artículo 206 antes referido...”²⁹.

2.5.- Cambio de interpretación: La supuesta supremacía del artículo 317 inciso 2° del CC.

El giro hacia una postura amplia, para la legitimación de los herederos cuando se trata de un padre o madre, que han pre-fallecido la inaugura el voto disidente redactado por el abogado integrante de la Corte Suprema, don René Abeliuk al fallo que acabamos de mencionar Corte Suprema de fecha 2 de noviembre de 2004, (GJ N.º 293, p. 128). Este voto se transformaría posteriormente en pronunciamientos de mayoría de la sala civil de la Corte Suprema (Corte Suprema 21 de septiembre de 2006, GJ 315, p. 81; Corte Suprema 18 de agosto de 2008, rol 2893-08). Existe, en la misma línea una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que revocó la resolución por la cual, el juez de familia había acogido la excepción de caducidad de la acción planteada por los herederos del supuesto padre contra los cuales se dirigía una

RAMOS PAZOS, René, Derecho de Familia, Edit. Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago, 2003, pp. 404-405. También ABELIUK MANASEVICH, René, La filiación y sus efectos, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. I, pp. 163 y 165, afirma la primacía, por especialidad, de los arts. 206 y 207 sobre el artículo 317 inc. 2º CC, aunque considera aplicable esta regla para casos en los que no existe norma especial.

²⁹ Corte Suprema. 2 de noviembre de 2004. GJ N°293. página 128. cons 5º

acción de reclamación de la paternidad, y ordenó por el contrario dar curso progresivo a los autos (*C. Valparaíso, 14 de abril de 2008, rol 1292- 2007, con recurso de casación declarado inadmisibile por Corte Suprema 18 de junio de 2008, rol 3201- 08, LP N.º 39237*). Con ello, también algunos autores han escrito a favor de esta posición.

El argumento principal que ha permitido este cambio de interpretación es el rol del artículo 317 inc. 2º CC, que de simple norma de ordenación o de clausura del sistema, se ha transformado en norma sustantiva que, se sostiene, concede y otorga por sí misma legitimación tanto activa como pasiva. De este modo, cuando este precepto dispone que, son legítimos contradictores los herederos del padre o madre en contra de quienes el hijo, podrá no sólo continuar la acción (lo que nadie discute), sino contra los cuales puede dirigir la acción, se estaría señalando que la muerte del supuesto padre o madre no extingue la acción del hijo y que en tal evento la acción de reclamación puede ejercerse, en cualquier tiempo, contra los herederos del padre o madre fallecidos. Señala el voto disidente del Abogado Integrante Abeliuk, que defiende esta comprensión de la norma: *“Es una regla general, de manera que todas las otras que se refieren a la legitimación activa o pasiva de los herederos es [sic] de excepción”*. Los fallos de la Corte Suprema de 2006 y 2008 pretenden reforzar este argumento diciendo que *“Esta interpretación se refuerza aún más si se tiene presente que el artículo 318, modificado por la misma Ley N.º 19.585, resolvió el problema de la multiplicidad de herederos al disponer que ‘El fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de los herederos aprovecha o perjudica a los herederos que citados no comparecieron’”* (*Corte Suprema 21 de septiembre de 2006, GJ 315, p. 81, considerando. 8º; Corte Suprema 18 de agosto de 2008, rol 2893-08, considerando 19º*).

El artículo 206 CC se entiende, entonces, como una excepción a la regla general de la transmisibilidad e imprescriptibilidad de la acción de reclamación. En los casos previstos por el precepto (hijo póstumo o padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto), la acción, si bien puede también ejercerse contra los herederos del progenitor difunto, está sujeta a una caducidad de tres

años: “... el artículo aplicado [artículo 206 CC] sólo norma la situación particular en que se haya el hijo póstumo, o sea el nacido después del fallecimiento de su padre o madre, y del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, sin que de esa norma pueda hacerse una interpretación extensiva, o bien restringir el sentido de las normas contenidas en los artículos 205 y 317 del CC, puesto que es justamente el contexto de la Ley, el que debe servir para ilustrar su sentido y alcance” (Corte de Valparaíso, 14 de abril de 2008, rol 1292-2007, considerando 7º; con recurso de casación declarado inadmisibile por Corte Suprema 18 de junio de 2008, rol 3201-08, LP N.º 39237). La excepción se justificaría, en que dicho plazo es “el máximo que admite el legislador para considerar que el difunto puede ser su [del hijo] padre o madre. En los demás casos, no existiría semejante duda, y de ahí que se admite sin limitaciones la acción del hijo” (Voto disidente de R. Abeliuk, N.º 4; literalmente recogido por la sentencia de casación de la Corte Suprema 21 de septiembre de 2006, GJ N.º 315, p 81, y la de Corte Suprema 18 de agosto de 2008, rol 2893-08, considerando 21º).

A este argumento principal, se añaden otros, que son:

1º) Esta interpretación protege de mejor manera el derecho a la identidad del hijo³⁰.

2º) Otorgar esta facultad al hijo es más concordante con los principios de la reforma de la filiación que establecen la posibilidad de investigar la paternidad y que declaran que la acción de reclamación es imprescriptible³¹.

3º) El artículo 5º transitorio de la Ley N.º 19.585 dispone que “No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de las personas

³⁰ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 6ª Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2007, t, II, p. 421, seguido por GÓMEZ de la TORRE VARGAS, Maricruz. El Sistema Filiativo chileno. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2007. 92 p.

³¹ Ramos Pazos, Rene. ob. cit., t, II, p. 420, seguido por. GÓMEZ de la TORRE, M., ob. cit., p. 92.

fallecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”, lo que, a contrario sensu, indicaría que si el demandado ha fallecido con posterioridad a esa fecha (27 de octubre de 1999) los herederos pueden ser emplazados³².

4º) Debe aplicarse la norma general de la transmisibilidad de los derechos y el artículo 1097 CC que dispone que los herederos representan al causante³³.

5º) Si la Ley quería que la acción de reclamación se extinguiera con la muerte del padre o madre debía haberlo señalado expresamente como sucedía con el antiguo artículo 272 del CC, lo que no hizo³⁴.

2.6.- Refutación: Falta de legitimación pasiva de los herederos salvo en los casos del artículo 206 CC.

2.6.1.- Distinguiendo entre lege lata y lege ferenda.

Un principio fundamental de hermenéutica y dogmática debe ser tenido en cuenta, a saber, que el intérprete ha de saber distinguir entre una opinión que pretende describir lo que el derecho vigente dispone (interpretación de *lege lata*) y una opinión que pretende valorar como inconveniente o injusto lo que el derecho vigente dispone, por lo que debiera ser derogado o modificado (interpretación de *lege ferenda*). Los argumentos de una u otra posición no son intercambiables. Si bien es posible que un argumento de mayor justicia, conveniencia social, bien común, compatibilidad con valores constitucionales, puede ser empleado para reforzar una posición de *lege lata*, no es nunca determinante, pues lo que importa en este tipo de labor hermenéutica es la decisión y sentido de la norma reflejada en su texto y en su espíritu no tergiversado. A esto se refiere el artículo 19 del CC,

³² RAMOS PAZOS, Rene., ob. cit., t, II, p. 421, seguido por GÓMEZ de la TORRE, M., ob. cit., p. 92

³³ RAMOS PAZOS, Rene., ob. cit., t, II, p. 419, seguido por GÓMEZ de la TORRE, M., ob. cit., p. 92.

³⁴ RAMOS PAZOS, Rene., ob. cit., t, II, p. 420.

señalando que si el sentido de la Ley es claro no debe modificarse ese sentido atribuyéndole un espíritu que es ajeno a la disposición. Las razones de mayor justicia, de bondad, de compatibilidad valórica, son en cambio fundamentales para la interpretación de *lege ferenda*.

Entendemos que de *lege ferenda*, es decir, como aspiración de reforma pueda ser legítimo sostener que la acción de reclamación debería poder ser ejercida por el hijo incluso después de la muerte del padre o madre. Muchos de los argumentos que se han dado pueden ser sostenidos en una discusión de este tipo, la que podría hacerse para modificar los textos, y disponer la transmisibilidad pasiva de la acción. Se retornaría así al criterio inicial del proyecto de Ley del Ejecutivo, que fue desechado por el Congreso al aprobarse la Ley N.º 19.585.

Pero otra cosa bien diversa, es sostener que esta es una pretensión de *lege lata*, es decir, que las normas no sólo debieran decir que la acción se transmite en contra de los herederos, sino que eso es lo que ahora dicen. Aquí es necesario centrar el foco de la argumentación, sin dejarse confundir por ideas que son más propias de la reforma legal que de la mera interpretación.

Una distinción de estas dos formas de argumentación puede observarse en el análisis que hace la profesora Paulina Veloso, que participó además en la discusión de la Ley como autoridad del SERNAM. Ella sostiene de *lege lata* que la acción de reclamación se extingue con la muerte, salvo los casos especiales de los arts. 206 y 207 CC, pero agrega que “*Cabe haber presente que la validez de ese tipo de limitación –enfrente el derecho de identidad– ha sido un asunto discutido en el derecho comparado*” y cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, del 12 de marzo de 1999, N.º 1894-99, que declaró inconstitucional la norma del Código de Familia de dicho país que ponía un plazo de un año a la acción que se ejercía después de la muerte del padre o madre³⁵. Aunque no lo dice expresamente, parece deducirse que ella estimaría que cumpliría mejor la norma con el derecho a la identidad si se permitiera la

³⁵ VELOSO, Paulina, en Schmidt, C. y Veloso, P. ob. cit. p. 133, n. 128 con remisión a la nota 76.

transmisión de la acción contra los herederos del progenitor fallecido, de modo que podría favorecerse una enmienda legislativa de la norma o incluso una declaración de inconstitucionalidad (como en Costa Rica), pero no una interpretación que tergiverse su claro sentido.

2.7.- Sobre la transmisibilidad o intransmisibilidad de las acciones de filiación.

Pensamos que el núcleo central del problema reside en la transmisibilidad o intransmisibilidad pasiva y activa de las acciones de filiación³⁶.

Se ha dicho que el artículo 1097 CC abona la tesis de que la acción de reclamación de la paternidad puede interponerse contra de los herederos del supuesto padre, ya que señala que los asignatarios a Título universal son herederos, y, por tanto, “*representan a la persona del testador*”, pero el argumento nos parece una petición de principio, ya que el texto del artículo señala claramente que la representación es “*para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles*”. O sea, supone que se trate de derechos y obligaciones

³⁶ Antes de la reforma de la Ley N.º 19.585, se afirmaba la intransmisibilidad de las acciones de estado civil. Cfr. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., Derecho sucesorio, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edición., Santiago, 1998, t. I, pp. 137-139, si bien algunos autores sostuvieron que los herederos del hijo fallecido podían intentar la acción de investigación de la paternidad (ALESSANDRI, Arturo, Reformas introducidas al CC por la Ley N.º 10.271, Ediar, Santiago, 1955, p. 425). SOMARRIVA, Manuel, Derecho de Familia, Nascimento, Santiago, 1963, p. 421, aunque escribe que el artículo 320 CC, al no mencionar a los herederos no permite la transmisión de la acción de estado si fallece el hijo, sostiene que “*si se invoca el estado civil como fundamento de una acción patrimonial, podría hacerla valer [el heredero del hijo], pues él adquiere la universalidad de la herencia en la cual va comprendida el derecho patrimonial que pretende*”. En todo caso, la discusión sólo se refería a la legitimación de los herederos del hijo, y no a los de los padres como legitimados pasivos.

También se admite sin problemas que la acción es transmisible si el fallecimiento ocurre con posterioridad al inicio del juicio, “caso en el que al interés moral del difunto se substituye uno pecuniario desde que mediante ella [la acción], se pretende consolidar o aumentar los derechos hereditarios de los sucesores del litigante fallecido” (Domínguez, R. y Domínguez, R., ob. cit., t. I, p. 139).

susceptibles de transmitirse por causa de muerte, y eso es justamente lo que se trata de probar. El artículo 951 CC aclara también que se sucede a título universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones “*transmisibles*”.

Aunque no existe una norma clara que fije qué derechos y qué obligaciones son transmisibles o intransmisibles, puede afirmarse que, por regla general, los derechos patrimoniales son transmisibles, salvo que la Ley o el contrato los conciba como no transmisibles. A la inversa, los derechos extrapatrimoniales, como lo son los derechos de familia, son intransmisibles, a menos que una norma especial permita a los herederos ejercer derechos o suceder en obligaciones familiares.

Por eso, cuando se trata de acciones de filiación debe afirmarse que la regla general es la intransmisibilidad, de modo que sólo en casos especiales pueden los herederos ser llamados a ejercer acciones de impugnación o de reclamación, como a hacerse cargo, en calidad de demandados, de ellas.

Que la intransmisibilidad es la regla general en materia de acciones de filiación lo demuestran los preceptos que expresamente confieren acciones a los herederos, como por ejemplo el artículo 207 CC que permite a los herederos ejercer la acción de reclamación de la filiación tanto matrimonial como no matrimonial; el artículo 213 CC, que faculta a los herederos del marido para impugnar la filiación matrimonial; el artículo 216 inc. 2º CC que otorga a los herederos del hijo que muere el derecho a impugnar la paternidad no matrimonial y el artículo 218 CC que se refiere de un modo indirecto a los herederos de la madre supuesta o su marido para impugnar la maternidad. Todos estos preceptos se refieren a la transmisibilidad activa. Sólo el artículo 206 CC se refiere a la transmisibilidad pasiva, es decir, que se pueda demandar a los herederos en representación de su causante.

Estas normas que, junto con establecer excepcionalmente la transmisibilidad de las acciones de filiación, establecen requisitos especiales para su procedencia, no tendrían sentido si se acepta como regla general que los herederos del hijo son legitimados activos para todas las acciones de filiación, y que los herederos de los padres son legitimados pasivos de las acciones que el hijo pretenda deducir, de acuerdo con el tenor del artículo 317 inc. 2º CC. Así, por ejemplo, los herederos del hijo no tendrían que sujetarse a los plazos de caducidad de la acción previstos por el artículo 207 al reclamar la filiación, o en el artículo 216 inc. 3º para impugnar la paternidad

Tampoco puede pensarse que sólo en estos casos, en los que se ha mencionado expresamente a los herederos se aplican restricciones mientras que en todos aquellos casos en los que no han sido mencionados procedería la transmisibilidad en forma amplia y sin limitaciones. Esta conclusión tampoco es autorizada por el tenor literal del artículo 317 inc. 2º CC ya que ella se refiere solo a dos supuestos de transmisibilidad: legitimación pasiva para los herederos del padre o madre fallecidos, contra los cuales el hijo podrá dirigir la acción; y legitimación activa para los herederos del hijo que pueden decidir entablar la acción que le hubiere correspondido a este. No caben en la regla la legitimación activa de los herederos de los padres fallecidos para demandar al hijo; ni la legitimación pasiva de los herederos del hijo contra los cuales podrían los padres o terceros intentar una acción de reclamación o impugnación.

Aún con este contenido parcial, no se entendería que ella rija autónomamente y fuera de los casos en los que las normas del Título VIII del Libro I expresamente confieren legitimación activa o pasiva a los herederos, pues son justamente los casos mencionados donde tiene más utilidad y sentido conceder activa o pasivamente dicha legitimación. Una interpretación como la que se impugna haría incurrir al sistema en una grave incongruencia.

Pero si la intransmisibilidad es la regla general en materia de acciones de filiación, ¿qué sentido debe atribuirse al artículo 317 inc. 2º CC?

El inc. 2º del artículo 317 CC no puede tener el papel que la doctrina que impugnamos le ha asignado, a saber, la de regla general y sustantiva sobre la legitimación activa y pasiva de las acciones de filiación. Y esto por múltiples razones:

1º Por la historia del establecimiento de la Ley: la historia del precepto es categórica e indudable sobre la intención del poder legislativo de no darle a la norma el carácter de regla de legitimación y menos de ampliación de las titularidades contenidas en el Título VIII del Libro I. Atribuirle otra interpretación es claramente en este caso modificar la intención de la norma claramente establecida por el Poder Legislativo en uso de sus atribuciones exclusivas.

2º Por su mismo texto: el tenor del artículo 317 inc. 2º CC, desmiente la idea de que se trate de un precepto cuyo fin sea regular la legitimación de las acciones de filiación. Ella se refiere sólo a quienes son legítimos contradictores en los juicios de filiación para los efectos de que ellos produzcan cosa juzgada general y siempre bajo el entendido de que se respetan las reglas de legitimación, plazos y demás condiciones establecidas en el Título VIII del Libro I, es decir, la normativa de legitimación de las acciones de filiación. En efecto, el artículo 317 CC, no es más que una aclaración de lo que debe entenderse por “*que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor*”, que es uno de los tres requisitos que el artículo 316 CC dispone para que “*los fallos de que se trata en el artículo precedente*” produzcan los efectos que en él se designan, es decir, la aplicabilidad general o erga omnes. Vemos, entonces, que el artículo 317 CC, está previsto para los fallos a que se refiere el artículo 315 CC. Pues bien, este último precepto es muy claro al establecer que “*El fallo judicial pronunciado en conformidad con lo dispuesto en el Título VIII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos...*”.

Resulta indiscutible, en consecuencia, que para que se aplique el requisito de legítimo contradictor deben cumplirse las normas de legitimación activa y

pasiva previstas en el Título VIII del Libro I. No se trata de una norma autónoma y desgajada de las demás que esté destinada a regular la legitimación de las acciones de filiación, sino únicamente una norma complementaria y meramente aclaratoria de los efectos *erga omnes* que tienen los fallos pronunciados conforme a las reglas de legitimación previstas en el referido Título VIII.

3º *Por el sentido total del artículo:* La interpretación que cuestionamos separa injustificadamente el inciso 2º del artículo 317 CC de su primer inciso. Es efectivo que el inciso 2º se refiere a los herederos, pero antes el inciso primero comienza diciendo que “*Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la situación de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo*”. Ahora bien, si el inciso segundo fuera una norma sustantiva y general de legitimación activa y pasiva, también debería serlo el inciso primero. Sería absurdo que la norma tuviera finalidades distintas para cada uno de sus dos incisos. Pero si consideramos que el inciso primero es la regla general de legitimación de las acciones de filiación, entonces pierden sentido todos los preceptos que se encuentran en el Título VIII y que regulan pormenorizadamente la legitimación de las acciones impugnación y de reclamación. No puede sostenerse que se trata de normas especiales, porque regulan en forma general y completa esta titularidad. La única conclusión posible es que el inciso primero, como también el inciso 2º, no es una norma de legitimación propia e independiente, sino únicamente una aclaración que viene a clausurar el sistema, pero teniendo como antecedente sustantivo la regulación de la legitimación efectuada por las normas del Título VIII del Libro I.

A ello se suma lo dispuesto en el artículo 320 CC, el último de esta serie de normas que, nuevamente, se refiere a legitimación en acciones de filiación (*esta vez para permitir la impugnación de una filiación establecida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada*), y que aclara expresamente que “... *Las acciones que correspondan se ejercerán en conformidad con las reglas establecidas en el Título VIII...*” (Artículo 320 inc. 2º). Reafirma, pues, que todas estas normas sobre

el estado civil de padre, madre e hijo están referidos a los requisitos y condiciones de procedencia y legitimación previstas en el Título VIII del Libro I que trata de las acciones de filiación.

4º Por su ubicación sistemática y el contexto normativo: El argumento *ad rubricam* nos sirve también para negar que el artículo 317 CC tenga el rol de norma sustantiva y principal de legitimación de las acciones de filiación. Si así fuera debió haberse encontrado entre los preceptos que integran el Título VIII del Libro I, dedicado justamente a las acciones de filiación, y no en el Título XVII que trata claramente de una materia adjetiva y no sustantiva: “*De las pruebas del estado civil*”. Es claro que estas normas se encuentran subordinadas a la regulación sustantiva tanto de la filiación y de sus acciones, como a la del matrimonio. Respecto de la subordinación a las normas sustantivas de la filiación, puede verse que dos preceptos: el artículo 309 y el artículo 315 CC se remiten en forma expresa a las acciones de filiación reguladas en el Título VIII del Libro I.

Pareciera, en consecuencia, que el artículo 317 inc. 2º CC, se refiere solamente a los casos en los que los herederos pueden ser legitimados pasivos de la acción de reclamación del hijo contra el padre o madre fallecido, en las condiciones previstas en el artículo 206 CC, y a los casos en los que los herederos del hijo fallecido son legitimados activos para demandar de reclamación o de impugnación (arts. 207 y 216 inc. 3º CC)³⁷.

³⁷ Es claro que la legitimación de los herederos no procede cuando, ni las normas del Título VIII ni la supuesta regla general del artículo 317 inc. 2º lo autorizan, como sucede con los siguientes casos: 1º Los herederos de los padres o de la madres, no pueden demandar al hijo de reclamación de la filiación matrimonial o no matrimonial (*en este último caso ni siquiera aunque intentaran ejercer conjuntamente la acción de impugnación de la filiación determinada*); 2º Los padres matrimoniales o el padre o madre no matrimonial no pueden emplazar de reclamación a los herederos del hijo premuerto; 3º Los legitimados para impugnar la paternidad determinada por la presunción pater is est no pueden demandar a los herederos del hijo fallecido; 4º Los legitimados para impugnar la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento no pueden demandar a los herederos del hijo fallecido; 5º Los legitimados para impugnar la maternidad no pueden

5. *El rol del artículo 206 CC:* Si el artículo 317 CC fuera una norma sustantiva de legitimación pierden significación todas las normas propias de titularidad contenidas en el Título VIII del Libro I, pero sobre todo no se entiende cuál es la razón de la especialidad del artículo 206 CC.

Resultaría el absurdo de que precisamente en los casos en los que sería más justificado conceder la acción de reclamación en contra de los herederos del padre difunto, esto es, cuando el hijo no ha tenido oportunidad de interponer una acción en este sentido: si es póstumo o si el padre fallece en breve plazo después

interponer la acción en contra del hijo supuesto previamente muerto emplazando a sus herederos.

Son más dudosos los casos en los que no hay norma especial que mencione a los herederos en el Título VIII del Libro I, pero que cabrían en una interpretación literal del inciso 2º del artículo 317 CC, es decir, acciones en las que los herederos del hijo fallecido actúan como legitimados activos y acciones en las que el hijo demanda como legitimados pasivos a los herederos del padre o madre. Estos casos son: 1º Los herederos del hijo podrían demandar la impugnación de la paternidad matrimonial del marido (siempre que el hijo no haya dejado transcurrir el plazo de caducidad para su propia acción: cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 184-185); 2º El hijo, o su representante, podría emplazar a los herederos del marido para impugnar la paternidad matrimonial de este; 3º El hijo, o su representante, podría impugnar la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento dirigiendo la acción en contra de los herederos del padre muerto (cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 202); 4º El verdadero hijo o el hijo supuesto podrían impugnar la maternidad dirigiendo la acción en contra de la supuesta madre fallecida que será representada por sus herederos (cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 210); 5º Los herederos del verdadero hijo o del hijo supuesto podrían demandar de impugnación a la madre supuesta (cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 210).

Por nuestra parte, pensamos que la historia del artículo 317 inc. 2º CC sólo tiene que ver con las acciones de reclamación (y con los casos especiales en los que la Ley habilitó a los herederos para intervenir en ella en representación de sus causantes: arts. 206 y 207) y no con las de impugnación. Prueba de ello es que cuando se quiso otorgar la acción de impugnación a los herederos se les mencionó explícitamente. Así, por ejemplo, resulta muy extraño que la Ley haya dicho que los herederos del marido podían impugnar la paternidad en el artículo 213 CC y haya silenciado la legitimación activa de los herederos del hijo para luego afirmarla en el artículo 317 inc. 2º CC. La omisión de los herederos del hijo en las normas que mencionan taxativamente a los titulares de la acción no puede ser sino una clara voluntad de excluir dicha titularidad. Lo mismo cabría afirmar respecto de los arts. 216 y 218 CC.

de su nacimiento, la Ley lo restringiría imponiendo un plazo breve de caducidad. La especialidad adolecería de una razón que la hiciera coherente y legítima como tal. El argumento esgrimido de que en los casos del artículo 206 CC, habría más dudas de la paternidad no es sustentable, puesto que estamos en el caso de aplicación de pruebas periciales biológicas que disiparían cualquier incertidumbre. No podría la Ley ni el legislador haber discriminado en función de supuestos más o menos dudosos de paternidad, cosa que no hace en ninguna otra parte de la regulación de la filiación.

El profesor Ramos Pazos con razón ve aquí una dificultad fuerte para la tesis de otorgar legitimación amplia a los herederos del padre fallecido³⁸.

6. *Razones que no son buenas razones:* Otros argumentos esgrimidos en apoyo de la tesis favorable a la transmisibilidad pasiva amplia son también refutables. Así:

1º *La imprescriptibilidad de la acción:* que el artículo 195 CC, diga que la acción de reclamación es imprescriptible no significa que ella sea transmisible activa o pasivamente a los herederos. La imprescriptibilidad, significa que no se extingue la acción de reclamación por el solo lapso del tiempo, pero no que no pueda extinguirse por otras causas, como por ejemplo la muerte del hijo o la muerte del supuesto padre o madre. Esta diferencia es clara en materia de alimentos, en el que la acción para pedirlos no prescribe, pero la muerte del alimentario la extingue (*cf. artículo 331 CC*).

2º El artículo 5º transitorio de la Ley más que hablar a favor de la tesis de la transmisibilidad lo que hace es confirmar la restricción de la acción después de la muerte, puesto que después de sentar la regla general de que “*no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con*

³⁸ RAMOS PAZOS, ob. cit., t. II, p. 421, sostiene que “*No puedo si, dejar de señalar que el artículo 206 es buen argumento para sostener la tesis contraria, pues se puede decir que, si el hijo póstumo, que es quien requiere una mayor protección, tiene un plazo para demandar a los herederos, parece ilógico que en los demás casos no haya [un plazo]*”.

anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”, agrega inmediatamente que se hace excepción con los arts. 206 y 207 CC. Es decir, que la única forma en que puede aplicarse la posibilidad de que demande un hijo fallecido o que se requiera a un padre muerto es en estos preceptos excepcionales. Ninguna mención se hace aquí al artículo 317 CC³⁹.

3º El que la Ley no diga expresamente que la acción debe ejercerse en vida del supuesto padre como establecía la legislación anterior, no puede ser interpretado como que la admite. Lo que sucede es que, esta legislación la aceptó, pero sólo en los casos especiales de los arts. 206 y 207 CC. No era procedente repetir la regla anterior sino sólo explicitar que la acción podía ejercerse después de la muerte del padre o del hijo en los supuestos específicos que se precisaban.

2.8.- Un problema procesal: ¿Cuándo debe resolverse la cuestión de la falta de legitimación pasiva de los herederos?

Si existe una clara falta de legitimación activa o pasiva en un juicio de filiación, pareciera que lo lógico es que se resuelva desde que ella se acredite, es decir, en la misma audiencia preparatoria. No tiene sentido que se tramite todo un

³⁹ La historia del establecimiento del artículo 5º transitorio es manifiesta en este sentido. En el primer informe de la Comisión de Constitución se aprobó el artículo sólo con la norma restrictiva de que *“No podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley”* (República de Chile. Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, martes 3 de diciembre de 1996, anexo de Documentos, pp. 1762 y 1794). En el segundo informe, se aprueba una indicación de algunos senadores, de hacer excepción a las normas relativas al hijo que fallece y a la posibilidad de demandar al padre en caso de hijo póstumo. Dice el informe: *“La Comisión concordó con el propósito que persiguen las normas propuestas [por las indicaciones], en el sentido de otorgar el plazo de un año para que pueda reclamarse la filiación no matrimonial cuando el hijo es póstumo o su padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, o el hijo fallecido siendo incapaz o fallece antes que transcurra un año desde que alcance la plena capacidad o toma conocimiento de la paternidad o maternidad”*. Agrega que *“No obstante, le pareció más apropiado incorporar un precepto en ese orden de materias como excepción a la regla establecida en el inciso final de que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas”* (República de Chile. Diario de Sesiones del Senado. sesión 12ª, 11 de noviembre de 1997, anexo de Documentos, p. 1883).

proceso, se proceda a rendir pruebas, a una posible exhumación de un cadáver con todo lo que ello representa para sus deudos, para que sólo en la sentencia definitiva se declare que en realidad no hubo proceso pues no se trabó la Litis contra legítimo contradictor.

No obstante, la Corte Suprema en fallo de 30 de octubre de 2007 consideró que, al no estar prevista la falta de legitimación pasiva en el artículo 61 de la Ley N.º 19.968, debía anularse la sentencia del tribunal de familia que, en la audiencia preparatoria, dictó sentencia acogiendo la excepción de los demandados de falta de legitimación pasiva en cuanto a herederos del supuesto padre cuya paternidad pretendía acreditarse en el proceso después de su muerte, sin que se cumplieran las condiciones del artículo 206 CC⁴⁰.

Pensamos que resulta más correcto lo decidido en un caso distinto, pero también referido a la falta de legitimación en las acciones de filiación por la Corte de Valparaíso, según la cual es posible no admitir a tramitación una demanda en procedimientos de familia cuando esta resulta a todas luces inconducente (*Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461*).

En efecto, el artículo 61 N.º 2 de la Ley N.º 19.968, dispone que el juez puede resolver de inmediato, las excepciones de falta de capacidad o personería si, como sucederá en el caso de emplazamiento de los herederos, el fallo puede fundarse en antecedentes que consten en el proceso. Es lógico que, si el demandado carece de legitimación pasiva, se produce el defecto de falta de capacidad, por lo que es conveniente y necesario que el juez resuelva sobre dicha excepción en la misma audiencia preparatoria.

2.9.- Conclusiones de lege lata y de lege ferenda.

⁴⁰ Es posible que la resolución de la Corte Suprema estuviera además influida por el hecho de que el juez de primera instancia había acogido la actuación del abogado de los demandantes ofreciendo fianza de rato, respecto de algunos que estaban ausentes, y, aun así, y sin esperar su confirmación, dictó sentencia acogiendo la excepción de los demandados.

Como conclusión podemos manifestar que, interpretando el texto de la Ley, con todos los elementos de la interpretación, debe aceptarse que, si el supuesto padre o madre ha muerto, no son legitimados pasivos los herederos del fallecido, salvo en los supuestos restringidos del artículo 206 CC. En el conflicto de intereses entre el hijo que busca determinar la filiación y concurrir en la herencia, la Ley ha preferido los intereses de los herederos de no ser perturbados en la seguridad económica de su adquisición y en el derecho a la integridad psíquica y la vida privada de no ver exhumados los restos mortales de su causante.

De *lege ferenda*, estimamos que puede estudiarse una reforma para hacer primar el derecho a la identidad, pero siempre que sea este interés el que se persiga por el demandante. De esta manera, de modo semejante a lo que previó la Ley, en el artículo 5 transitorio para los fallecidos antes de la entrada en vigor de la Ley N° 19.585, se podría señalar que en tales casos la acción sólo tendrá los efectos de determinar la filiación, pero no consecuencias o beneficios patrimoniales. También si se hace esta reforma debería aceptarse como justificada la negativa de los herederos que sean familiares del causante a que se realice prueba biológica por medio de la exhumación de sus restos.

Finalmente, es necesario refutar la tesis que han propiciado algunos autores y que ha sido aceptada por fallos recientes de la Corte Suprema, sobre la legitimación pasiva de los herederos para enfrentar una acción de reclamación de la paternidad o maternidad de un supuesto progenitor difunto. Ante el conflicto de intereses, hemos de constatar que la actual legislación, sin perjuicio del juicio crítico que su opción pueda merecer a algunos, se inclina decidida y claramente por proteger el interés de la estabilidad y la vida privada de la familia del difunto. Sólo en los casos expresamente autorizados por el artículo 206 CC, (*hijo póstumo o fallecimiento del padre en el plazo de 180 días siguientes al parto*), la Ley valora más el derecho a la verdad biológica y autoriza la demanda contra los herederos del supuesto progenitor fallecido.

CAPITULO 3: DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL, QUE NO ES LO MISMO QUE FILIACIÓN.

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

La inscripción en el Servicio de Registro Civil e Identificación y la concesión de la nacionalidad le proporcionará al recién nacido la capacidad jurídica. Es decir, será reconocido como miembro de la sociedad, por lo que tendrá una serie de derechos y obligaciones. Además, tendrá acceso a los diferentes servicios necesarios para desarrollarse y construir su vida y su porvenir, como la educación y la sanidad.

La identidad les permite a los menores beneficiarse de la protección legal, al ser amparados por sus padres y el Estado. Podrán beneficiarse del régimen de protección de menores vigente en el país, que se encargará de protegerlos contra las diferentes muestras de maltrato y explotación.

Los delincuentes infantiles, también se beneficiarán del sistema de protección de menores, un modelo penal ejecutado y adaptado a la edad, la capacidad de discernimiento y el grado de madurez emocional del menor. Por lo que los niños no serán sancionados con penas desproporcionadas o excesivamente crueles para su edad (*como la pena de muerte*).

Todo menor que no haya sido inscrito en el Servicio de Registro Civil e Identificación carecerá de nacionalidad, por lo que será considerado un *apátrida*. Esto significa que el niño perdería su identidad oficial y su nacionalidad, por lo que sería invisible ante los ojos de la sociedad.

Existen dos tipos de apátridas:

- *Los apátridas de iure (jurídicamente)*: cuando en el ámbito internacional los diferentes países no reconocen el derecho a la identidad de un determinado Estado y los habitantes de este. Es el caso de, por ejemplo, Palestina.

- *Los apátridas de facto (son apátridas en la práctica, pero no según la Ley)*: cuando un determinado Estado le niega la nacionalidad a una persona debido a la falta de documentos de carácter legal (como, la partida de nacimiento), problemas económicos o tensiones internas.

Para los menores, las causas de la condición de apátrida son muy diversas. Cabe mencionar, la condición de refugiados de sus progenitores, la pérdida de la partida de nacimiento o pertenecer a alguna minoría étnica o indígena.

Sin embargo, la principal causa de la condición apátrida entre los menores es el hecho de no haber sido inscritos en el Servicio de Registro Civil e Identificación cuando nacieron. La inexistencia de una cédula de identidad personal se debe a factores muy diversos: las dificultades económicas del Estado en el que residen o que este se encuentre inmerso en un conflicto armado, por lo que la actualización de los libros del Estado Civil pasa a un segundo plano. En muchas ocasiones en las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación se producen fallos debido a la ausencia de personal calificado y de informes, ya que suelen resultar complejos y costosos. En algunos países, los padres no son conscientes de que su deber de inscribir a sus hijos no es una mera formalidad legal, sino que es de suma importancia para los menores. En ocasiones, la situación de pobreza y las creencias culturales alientan a los padres a que abandonen a sus hijos o los vendan.

Por último, otra de las causas de la condición de apátrida es el nomadismo, ya que los niños nómadas por norma general no son inscritos al nacer.

3.1.- Concepto de derecho a la identidad personal:

Podemos definir el derecho a la identidad personal, *como un derecho intrínseco, por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos.* El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscrito en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia. El derecho está incluido en la convención sobre los derechos del niño en el artículo 7 que claramente señala: *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.* Asimismo, en el artículo 8 de la referida Convención se dejó en claro lo siguiente:

“1.- Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas”.

2.- “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”, como también el artículo 18 de la convención americana de derechos humanos (pacto de San José de Costa Rica) tratados ratificados por Chile. Por lo tanto, podemos señalar sus características más relevantes que consisten en que: es un derecho humano que se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quien y que es una persona, el cual se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad.”

Todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible.

El derecho a la identidad, a su vez, tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

También podemos desarrollar el derecho a la identidad desde su perspectiva psicológica, es una cuestión difícil de definir teóricamente y con múltiples dimensiones, significados y funciones. Tiene que ver con la persona que responde a la triple pregunta de ¿quién soy yo?, ¿de dónde vengo? y ¿a dónde voy?

Erik Erikson, psicólogo psicoanalista, propuso en los años sesenta una teoría sobre el desarrollo evolutivo de la identidad que ha jugado un papel especialmente importante en el estudio y la popularización de este concepto. Este autor define la identidad como «*la habilidad para experimentarse a uno mismo como algo que tiene continuidad y consonancia y de actuar en consecuencia*»⁴¹. Según su teoría, desarrollar una identidad personal adecuada implica ser consciente de uno mismo como alguien separado y distinto de los demás, en una experiencia de continuidad con el pasado, desde un presente con sentido y con una perspectiva de futuro, a través de los cambios personales, físicos y psicológicos, y los cambios contextuales y de función social que se dan a lo largo del tiempo⁴².

Otros autores han construido nuevas definiciones que, básicamente, integran los aspectos básicos que se detallan a continuación⁴³:

⁴¹ ERIKSON, E., *Insight and responsibility*, Norton, New York, 1964, p. 42.

⁴² ADROHER BIOSCA, S. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «La adopción internacional: una nueva migración», *Revista Migraciones*, n.º 8, 2000, pp. 251-284.

⁴³ Así, por ejemplo, SMITH y LOGAN definen la identidad como «*The construction of a sense of self, and personal uniqueness, through awareness of particular physical and*

a) El concepto de uno mismo.

La identidad, en primer lugar, está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todos los demás. Un autoconcepto global que caracteriza a la persona en todos los ámbitos de su desarrollo como tal (físico, intelectual, afectivo, sexual, relacional...) y que no sólo está formado por la autopercepción del sujeto en un momento dado, sino que es el resultado de las relaciones únicas y las experiencias que esa persona ha tenido durante su crecimiento, que serán absolutamente personales, y distintas incluso en el caso de dos individuos pertenecientes a una misma familia⁴⁴. Estas relaciones y experiencias se inician en el contexto familiar, pero se van extendiendo a sectores sociales más amplios a medida que el sujeto va creciendo y ampliando sus relaciones con el entorno⁴⁵. En este sentido, la experiencia que el individuo tiene del mundo exterior y de cómo es visto por los demás — especialmente por las personas cercanas más significativas— condicionará fuertemente la concepción que tenga de sí mismo y la formación de su identidad⁴⁶.

b) El conocimiento del propio lugar en el entorno social.

Es la vertiente social de la identidad. Todo individuo, en virtud de sus características personales, cumple con distintos roles en el entorno social a través de su historia (hijo, hermano, marido, padre, amigo, trabajador, ciudadano...) y

psychological characteristics than both differentiate individuals from each other and link them together». SMITH, C. y LOGAN, J., *After adoption: Direct contact and relationships*, Rutledge, London, 2004, p. 12.

⁴⁴ RICHARDS B., «¿What is identity?», *op. cit.*, pp. 80-84.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 80-84. ERIKSON, E. H., *Identidad, juventud y crisis*, Taurus, Madrid, 1981, p. 20.

⁴⁶ STIBANE, U., «El desarrollo del sentimiento de identidad desde una perspectiva psíquica infantil», *Infancia y Sociedad, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991 (nov.-dic.)*, p. 84.

forma parte de un determinado grupo social (según su raza, su ocupación, género, religión, nacionalidad...), de manera que esos roles y grupos sociales también determinan y caracterizan quién es y cómo es. Este proceso implica identificarse con las personas que le rodean, ser consciente de lo que se tiene en común con los otros y compartir con ellos experiencias, desarrollando sentimientos de pertenencia a diversos grupos en función de lo que se comparte con ellos. De este modo, tener una identidad propia es también ser capaz de relacionarse con los demás no sólo desde lo que te diferencia sino desde lo que te iguala a otros (nacionalidad, religión, lengua, cultura, raza, etc.)⁴⁷. Este componente de la identidad ayuda a conocer la posición que uno tiene con respecto a los otros, el lugar del individuo concreto en la sociedad, y las expectativas que los demás depositan sobre ella.

c) La conciencia de ser uno mismo y el mismo a través del tiempo

Uno de los aspectos centrales de la identidad es el desarrollo de la conciencia de que uno es uno mismo y siempre el mismo, a través de los múltiples cambios físicos, psíquicos, relacionales y contextuales que se viven a lo largo de la vida. Este sentimiento de continuidad es posible gracias a la creación de una estructura narrativa que permita integrar las distintas experiencias de la vida como pertenecientes a uno mismo y organizarlas con sentido. Es necesario que esta conciencia combine estabilidad y dinamismo, que incorpore las nuevas experiencias en una narración continua y con sentido sobre la vida de la propia persona. Al ser las relaciones y experiencias personales parte importante de la identidad personal, ésta no es estática, sino que evoluciona desde el nacimiento

⁴⁷ ADROHER BIOSCA, S. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., «La adopción internacional: una nueva migración», *op. cit.*, pp. 251-284; RICHARDS B., «¿What is identity?», *op. cit.*, pp. 79-80; TRISELIOTIS, J., «Identity and Genealogy in Adopted People», en *Adoption. International Perspectives*, Edited by Euthymia.

D. Hibbs, Ph. D, International Universities Press, Madison, Connecticut, USA, 1991, p. 35.

hasta la vejez, y su desarrollo es especialmente importante durante la adolescencia, momento en el cual los cambios físicos, cognitivos y las expectativas que éstos generan socialmente empujan a la persona a revisar su historia para proyectarse en el futuro⁴⁸.

d) El sentimiento de uno mismo como ser valioso

La identidad no es una característica estrictamente cognitiva, sino que tiene una dimensión valorativa y emocional, de manera que puede ser positiva o negativa. En palabras de Erikson, una identidad sana o positiva incluiría «*un sentimiento de estar a gusto en el propio cuerpo, un sentimiento de saber a dónde se va «y una seguridad interior relativa a que será uno reconocido y estimado por aquellos que tienen importancia para uno»*⁴⁹.

e) El sentimiento de ser capaz de dirigirse a uno mismo

El sentimiento de identidad también está formado por la dirección, el propósito y el significado que uno le da a su propia historia y a su futuro. El sentido de la vida, la congruencia en la narración de la propia vida y de las características, potencialidades y roles con las aspiraciones, deseos y objetivos, en definitiva, le aporta al sujeto un sentimiento de «*saber a dónde va»*⁵⁰.

Dado el carácter multifacético de la identidad que acabamos de exponer, algunos autores han optado por definirla como la integración coherente y

⁴⁸ STIBANE, U., «El desarrollo del sentimiento de identidad...», *op. cit.*, p. 84; ERIKSON, E. H., *Identidad...*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 142.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 142.

estableen su dinamismo de las múltiples identidades o fuentes de identidad de toda persona: personal, social, física, genealógica, racial o étnica...⁵¹.

A pesar de las dificultades que existen para definirla, los psicólogos coinciden al afirmar que la adquisición y el desarrollo de esta es una necesidad básica y fundamental para el ser humano. ERIKSON afirmaba a este respecto que no puede negarse que la identidad sea para mucha gente —sobre todo en épocas de cambio y reestructuración social— algo tan importante como la comida, la seguridad personal y la satisfacción sexual. El desarrollo adecuado de la misma es fundamental para la salud mental de las personas, de manera que la construcción de una identidad negativa o la falta de integración entre los diversos aspectos de la identidad pueden derivar en diversas patologías psíquicas y sociales.

Hemos mencionado ya cómo la identidad se desarrolla a través de un proceso dinámico y complejo de autodefinición basado en dos mecanismos psicológicos básicos: la identificación con los otros y la diferenciación de uno mismo. En este sentido, su construcción implica, por una parte, la conciencia personal de quién es uno mismo, de las características y cualidades personales que nos hacen seres únicos, y, por otro lado, la relación con el entorno y la aceptación de las influencias sociales, emocionales y culturales. Es, por tanto, resultado del equilibrio entre el sentimiento de semejanza y pertenencia y el de diferencia e individualidad.

Este proceso comienza con el nacimiento del niño y tiene lugar a lo largo de toda la vida. Sin embargo, como ya hemos señalado, es en la adolescencia cuando el sujeto configura de manera consciente y autónoma lo que será el núcleo

⁵¹ TRISELIOTIS, J., «Identity formation and the adopted person revisited», KATZ, I y TREACHER, A. (eds.), *The Dynamics of Adoption: Social and personal perspectives*, Jessica Kingsley, London, 2000, p. 90.

de su identidad adulta por lo que es la etapa a la que más atención se ha prestado por las mayores dificultades que puede presentar⁵².

Entre los factores que contribuyen al desarrollo de la identidad se han mencionado la calidad de las relaciones del niño con su familia (natural o sustituta), especialmente las primeras relaciones que entabla y la calidad y estabilidad de los cuidados que le proporcionan las personas responsables de su atención más temprana⁵³, el conocimiento y la comprensión de su pasado y su genealogía (especialmente en los casos de niños separados de su familia biológica), y la actitud de la comunidad en la que vive el niño hacia él⁵⁴. La relación con los padres es, por lo tanto, fundamental para la formación de la identidad de las personas, y el conocimiento del origen biológico puede ser una parte importante del desarrollo de la propia identidad⁵⁵.

Los estudios sobre la importancia psicológica del conocimiento del origen biológico se han centrado especialmente en los casos de adopción y, más recientemente, en los de niños nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

Sin embargo, el tener la posibilidad de establecer una conexión con el propio origen familiar, tanto genético como social, es una cuestión que afecta también a todas las personas que, sin haber sido adoptadas o haber nacido a través de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, desconocen quién es su padre o su madre biológico. En este grupo se encuentran los niños que fueron abandonados por sus padres al nacer y que no han sido adoptados después, los hijos de madres solteras y aquellos que, concebidos

⁵² RICHARDS B., «¿What is identity?», *op. cit.*, pp. 78-79.

⁵³ *Ibid.*, pp. 84-85.

⁵⁴ TRISELIOTIS, J., «Identity and Genealogy...», *op. cit.*, p. 36; RICHARDS B., «¿What is identity? », *op. cit.*, pp. 84-85.

⁵⁵ SMITH, C. y LOGAN, J, *After adoption...*, *op. cit.*, p. 12.

extramatrimonialmente, viven como hijos legales de los maridos de sus madres o las esposas de sus padres, con los que no tienen vínculos genéticos⁵⁶.

3.2.- Relación histórica del derecho a la identidad

Como señalamos anteriormente se encuentra consagrado en la convención sobre los derechos del niño y por el pacto de San José de Costa Rica, en los artículos 7 y 8, y el artículo 18 y 19 respectivamente ilustraremos como se forjaron estos tratados someramente, el camino hacia la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido largo y lento. En 1945, la Carta de las Naciones Unidas estableció las bases de la Convención al exhortar a todos los países a promover y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales "para todos". La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada tres años después, y en ella se hizo un mayor hincapié en que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales " y se definió a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad". Durante el siglo XX se aprobaron varias Declaraciones de los Derechos del Niño, la última de ellas en 1959, donde se reconocía que "la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle".

Las declaraciones son manifiestos con intención moral y ética, pero no son instrumentos jurídicamente vinculantes. El marco internacional de derechos humanos se fortaleció por tanto para que contara con pactos (o Convenciones) que tuvieran todo el peso de la Ley internacional. En 1986, los primeros dos pactos —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— se convirtieron en instrumentos vinculantes para los Estados parte. Estos dos Pactos se basaron en los derechos y principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y como tales supusieron una

⁵⁶ ABC, 16 de agosto de 2005, «Uno de cada 25 británicos podría estar criando el hijo de otro»; BELLIS, M. A.; HUGHES, K.; HUGHES, S. y ASHTON. J. R., «Measuring paternal discrepancy and its public health consequences», *Journal of Epidemiology and Community Health*, 2005, n. ° 59, pp. 749-754.

obligación jurídica y moral para que los países respetaran los derechos humanos de todos los individuos.

Los derechos de la infancia siguieron después el mismo camino. En 1978, la víspera del Año Internacional del Niño, patrocinado por las Naciones Unidas, se propuso un borrador de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, un grupo de trabajo de las Naciones Unidas revisó el borrador, y llegó finalmente a un acuerdo sobre lo que se convertiría en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La aprobación final de los Estados miembros de las Naciones Unidas se produjo después que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara unánimemente el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989. La Convención se transformó en un documento jurídicamente vinculante en septiembre de 1990, después de su ratificación por 20 Estados. Muchos países ratificaron la Convención poco después de su aprobación y otros la han ratificado o se han adherido a ella posteriormente, hasta convertirla en el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia. Ahora casi todos los Estados forman parte del tratado. Los Estados Unidos y Sudán del Sur todavía no han ratificado la Convención, pero Estados Unidos la ha firmado, una medida que denota su apoyo⁵⁷. La República de Chile, ratifica la Convención en el gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar, ya habiendo vuelto la democracia, en el año 1990.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada *Pacto de San José de Costa Rica*) fue suscrita, tras la *Conferencia*

⁵⁷ El fondo de las Naciones Unidas para la infancia o Unicef (*United Nations International Children's Emergency Fund*). El camino hacia la Convención sobre los Derechos del Niño. [fecha de consulta: 15 febrero 2019]. Disponible en: <https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30197.html>

Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

Si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Además, establece la obligación, para los Estados partes, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A la fecha, veinticinco naciones se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. La República de Chile, suscribe la Convención el 22 de noviembre de 1969, se ratifica la Convención el 14 de agosto de 1990 y se depositó ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990, bajo el gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar.

3.3.- Diferencia con la filiación

Sin perjuicio que hay una relación directa entre lo que consiste la filiación y la identidad personal, en que ambas determinan los orígenes de las personas como individuos en la sociedad, ya que unos de los efectos del derecho de

identidad es la filiación. Cuando nos referimos al derecho a la identidad personal, es un derecho intrínseco de toda persona, por ende, tiene un valor extrapatrimonial, en cambio si hablamos de filiación, la cual tiene similitudes con el derecho a la identidad personal, sus atributos permiten que además se puedan lograr ciertos derechos patrimoniales como por ejemplo derechos a alimentos y derechos hereditarios.

A) Derecho a la identidad y libre investigación de la paternidad

Se aboga por que la interpretación que permite la legitimación pasiva de los herederos en caso de muerte previa del supuesto padre o madre se ajustaría mejor al espíritu de la reforma de la Ley N.º 19.585 que intentó favorecer la libre investigación de la paternidad o maternidad y así asegurar el derecho a la identidad del hijo, derecho este último que se encuentra consagrado además en el artículo 7º de la Convención de los Derechos del Niño.

Nos parece que estos argumentos pueden ser más apropiados para la discusión de una interpretación de *lege ferenda* o de reforma legislativa, pero que no son convincentes, dado el claro tenor e intención de las normas positivas vigentes, como argumentos de *lege lata*.

Por lo demás, tanto la investigación de la paternidad o maternidad y el principio de la verdad biológica como el aseguramiento del derecho a la identidad, fueron acogidos por la reforma de la Ley N.º 19.585 como principios inspiradores y matrices, pero no sin matizaciones, límites y restricciones.

Debe recordarse que el artículo 195 CC, viga maestra de esta regulación, es bastante cauto a la hora de consagrar el principio de libertad de investigación: dice que la Ley “posibilita” la investigación, pero no de modo absoluto e incondicionado, sino “en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen”. La misma reforma contempló importantes limitaciones a esa investigación y al principio de la verdad biológica: por de pronto, en la norma que exigía un control de admisibilidad de la demanda (hoy suprimida pero integrante original de

la reforma), en los plazos de caducidad de las acciones de impugnación, en la primacía que se concede como regla general a la posesión notoria en contradicción a la prueba pericial biológica (artículo 201 CC), en la facultad que se da al hijo de repudiar el reconocimiento (arts. 191 y ss. CC), y en la imposibilidad de impugnar la filiación determinada por aplicación de una técnica de reproducción asistida, así como la prohibición de reclamar otra diferente (artículo 182 CC). Luego hay que reconocer, que la Ley ha limitado la investigación de la paternidad a los casos en los que tanto el padre o el hijo se encuentran vivos al momento de iniciarse el pleito, salvo los supuestos especiales de los arts. 206 y 207 CC, no parece incongruente con los propósitos reales de la reforma operada por la Ley N°19.585. Por lo demás, esto consta expresamente en las actas: los legisladores concibieron esta normativa como una limitación razonable del principio de investigación de la paternidad y de búsqueda de la verdad biológica. Uno puede discrepar de este criterio, pero entonces lo que se debe hacer es propiciar una nueva reforma, y no atribuirle a esta una intención que no tuvo.

Respecto del derecho a la identidad, puede decirse lo mismo que para la libre investigación. Es un derecho, pero no absoluto, tiene limitaciones sobre todo cuando se presenta en conflicto con otros derechos. En el caso que analizamos también debe ponderarse el derecho de la familia del fallecido a su vida privada y el dolor que significa reabrir tumbas y exhumar cadáveres después de años de ocurrida la muerte, así como la estabilidad de la sucesión hereditaria. Parece sensato igualmente limitar el derecho a la identidad en caso de fallecimiento previo del supuesto padre ya que es imposible que en estos casos pueda lograrse una efectiva relación entre el hijo y su padre, y más bien puede suponerse que el propósito de la acción no es satisfacer las ansias de conocer a un progenitor desconocido sino más bien lograr participación en su herencia⁵⁸. De hecho, los

⁵⁸ Además, la interpretación que combatimos tiene el inconveniente de que no incentiva la búsqueda del reconocimiento o de la determinación judicial de la filiación, en los casos en los que el padre biológico en vida proporciona alimentos y cuidados al hijo, pero sin reconocerlo como tal. Para no hostigar al supuesto padre, la Ley le permitiría mantenerse

casos en los que nuestra Corte Suprema ha asumido la posición que criticamos son casos en los que el hijo demandante había interpuesto conjuntamente la acción de reclamación con la de petición de herencia.

B) Razones que no son buenas razones

Otros argumentos esgrimidos en apoyo de la tesis favorable a la transmisibilidad pasiva amplia son también refutables. Así:

1º La imprescriptibilidad de la acción: que el artículo 195 CC diga que la acción de reclamación es imprescriptible no significa que ella sea transmisible activa o pasivamente a los herederos. La imprescriptibilidad significa que no se extingue la acción de reclamación por el solo lapso del tiempo, pero no que no pueda extinguirse por otras causas, como por ejemplo la muerte del hijo o la muerte del supuesto padre o madre. Esta diferencia es clara en materia de alimentos, en el que la acción para pedirlos no prescribe, pero la muerte del alimentario la extingue (cfr. artículo 331 CC).

2º El artículo 5º transitorio de la Ley más que hablar a favor de la tesis de la transmisibilidad lo que hace es confirmar la restricción de la acción después de la muerte, puesto que después de sentar la regla general de que “no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”, agrega inmediatamente que se hace excepción con los arts. 206 y 207 CC. Es decir, que la única forma en que puede aplicarse la posibilidad de que demande un hijo fallecido o que se requiera

en vida libre del vínculo legal, y que su hijo prefiera que muera para demandar a su familia y concurrir a la herencia. En cambio, si el hijo (o su representante) sabe que ello no será posible hay un incentivo correcto para que se pida el reconocimiento o se demande la reclamación en vida del demandado.

a un padre muerto es en estos preceptos excepcionales. Ninguna mención se hace aquí al artículo 317 CC⁵⁹.

3º El que la Ley no diga expresamente que la acción debe ejercerse en vida del supuesto padre como establecía la legislación anterior, no puede ser interpretado como que la admite. Lo que sucede es que, esta legislación la aceptó, pero sólo en los casos especiales de los arts. 206 y 207 CC. No era procedente repetir la regla anterior sino sólo explicitar que la acción podía ejercerse después de la muerte del padre o del hijo en los supuestos específicos que se precisaban.

⁵⁹ La historia del establecimiento del artículo 5º transitorio es manifiesta en este sentido. En el primer informe de la Comisión de Constitución se aprobó el artículo sólo con la norma restrictiva de que “No podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley (Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, martes 3 de diciembre de 1996, anexo de Documentos, pp. 1762 y 1794). En el segundo informe, se aprueba una indicación de algunos senadores, de hacer excepción a las normas relativas al hijo que fallece y a la posibilidad de demandar al padre en caso de hijo póstumo. Dice el informe: “La Comisión concordó con el propósito que persiguen las normas propuestas [por las indicaciones], en el sentido de otorgar el plazo de un año para que pueda reclamarse la filiación no matrimonial cuando el hijo es póstumo o su padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, o el hijo fallecido siendo incapaz o fallece antes que transcurra un año desde que alcance la plena capacidad o toma conocimiento de la paternidad o maternidad”. Agrega que “No obstante, le pareció más apropiado incorporar un precepto en ese orden de materias como excepción a la regla establecida en el inciso final de que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas” (Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, 11 de noviembre de 1997, anexo de Documentos, p. 1883).

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El problema de interpretación, que se ha suscitado en torno a las normas citadas, se refiere a la legitimación pasiva de la acción de reclamación de la filiación, cuando el presunto padre o madre ha fallecido con anterioridad a la demanda de modo que se pregunta si es posible emplazar a los herederos del causante como legítimos contradictores en dicho juicio.

Una parte de la doctrina, sobre todo aquella que comentó por primera vez los cambios de la Ley N.º 19.585, estima que los herederos solo pueden ser legitimados pasivos en los específicos supuestos que excepcionalmente contemplaría el artículo 206 del CC, esto es: 1º) si el hijo es póstumo; y 2º) si el padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto.

Los que sustentan esta posición postulan que esa fue la intención de los legisladores, como queda en evidencia en la historia del establecimiento del precepto, y que el artículo 317 inc. 2º no es más que una norma de cierre que se refiere, en general, a todos los posibles supuestos de legitimación, pero siempre alusivo a lo que se establece en las normas especiales propias de los juicios de estado filial.

Otra parte de la doctrina, incluidos algunos autores que sostuvieron previamente la posición anterior, entienden que debe darse primacía al inciso 2º del artículo 317, de modo que la regla general es que los herederos del supuesto padre o madre son legitimados pasivos en el juicio de reclamación de la filiación y que el artículo 206 del CC, solo contendría una regla especial en el sentido de que si el hijo es póstumo o nace dentro del plazo de 180 días después de la muerte del progenitor, la acción estaría sujeta a un plazo de tres años. Argumentan que esta

posición se conjuga mejor con el espíritu de la reforma que deseaba establecer la libertad para investigar la paternidad o maternidad y con la norma que expresamente señala que la acción de reclamación de la filiación es imprescriptible⁶⁰.

A pesar de que la Corte Suprema ha cambiado su criterio original y consolidado una jurisprudencia favorable a la segunda interpretación, esto es, que el artículo 317 del CC permite demandar a los herederos del presunto padre o madre incluso fuera de los casos previstos por el artículo 206 del CC⁶¹, desde el año 2009 hasta el 2016 se han presentado diversos requerimientos al Tribunal Constitucional (TC) para que declare inaplicable por inconstitucional el referido artículo 206 del CC, con disímiles resultados.

Este trabajo se propone analizar esta jurisprudencia para discernir, la forma en que dicho precepto ha sido entendido por los jueces constitucionales y establecer orientaciones sobre el futuro de la doctrina constitucional que se ha terminado por plasmar en los fallos más recientes.

⁶⁰ Esta interpretación fue sostenida por primera vez por don René Abeliuk en voto disidente en la resolución de fecha 02/11/2004, en causa rol 2820-2003, de la Corte Suprema, de la que era abogado integrante, posteriormente, su posición fue refrendada por los demás ministros en la resolución de fecha 14/10/2009, en causa rol 4783-2009, de la Corte Suprema. Posteriormente, autores que se habían manifestado a favor de la primera postura, cambiaron de parecer: Court Muraso, Eduardo (2010), Curso de derecho de familia la filiación por naturaleza, Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 50 y ss.; Ramos Pazos, Rene (2010), Derecho de Familia, 7ª edición, t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 427 y ss. A ellos vinieron a agregarse Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007), El sistema filiativo chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 90 y ss. y Greeven Bobadilla, Nel (2014), Filiación: derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa, Santiago de Chile, Librotecnia, pp. 229 y ss.

⁶¹ Resolución de fecha 14/10/2009, en causa rol 4783-2009, de la Corte Suprema; resolución de fecha 02/08/2010, en causa rol 3055-2010, de la Corte Suprema; resolución de fecha 02/08/2010, en causa rol 3055-2010, de la Corte Suprema y resolución de fecha 24/03/2016, en causa rol 37990-2015, de la Corte Suprema.

4.1.- Análisis de la jurisprudencia constitucional

En las páginas que siguen nos proponemos examinar la evolución de la postura que el *TC* ha asumido al ser requerido por inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del *CC*, atendiendo a los fundamentos de los ministros que forman mayoría como también a los votos concurrentes o disidentes.

Excluimos del análisis dos casos que no presentan las dificultades de aplicación de la norma aludidos. El primero se refiere justamente a un supuesto en que el nacimiento se produce dentro del plazo de 180 días posteriores a la muerte del presunto padre. Al constatarse esto, el *TC* no tiene más que rechazar el requerimiento, porque en tal caso el mismo artículo 206 del *CC* permite que se emplace a los herederos del progenitor difunto: cfr. sentencia de 4 de septiembre de 2012, rol 2105-11⁶². El segundo se excluye por cuanto el fallecimiento del presunto padre se produce después de la notificación de la demanda de reclamación de paternidad, con lo cual, no se presentan problemas para proseguir el juicio contra con los herederos, los que deberán ser notificados conforme al

⁶² En este caso el requerimiento fue presentado es el Juez de Familia de Temuco, los hechos tratan de una reclamación de filiación no matrimonial en el cual la demandante, nacida en abril de 1979, demanda a su supuesto abuelo, único heredero del supuesto padre fallecido el 24 de junio de 1979, aduciendo que su supuesto padre biológico falleció a los 18 años, dos meses después del nacimiento de la demandante. Hay que tener en cuenta que la muerte se produce prácticamente 20 años antes de la entrada en vigor de la Ley N. ° 19.585, lo que hace aplicable al caso el artículo 5° transitorio.

La sentencia sostiene que no se advierte vulneración al derecho a la igualdad ante la ley o al derecho a la identidad, toda vez que el fallecimiento del presunto padre se produjo dentro de los 180 días siguientes al nacimiento de su supuesta hija, lo que implica que la relación entre la fecha de la muerte del padre y la del nacimiento de la hija no pueden ser invocadas como argumentos para negar la procedencia de la acción de filiación en contra de los herederos. En el caso particular, cuando entró en vigencia la Ley N. ° 19.585, la hija demandante tenía 20 años y en el marco de las reglas de transición de la Ley N. ° 19.585, tuvo un año para demandar hasta el 27 de octubre 2000, la que no se presentó dentro del plazo señalado.

artículo 5 del Código de Procedimiento Civil. Así lo asentó correctamente la sentencia de inaplicabilidad de fecha 13 de noviembre de 2013, rol 2296-12⁶³.

Hemos excluido también de nuestro análisis los argumentos del *TC* relativos al artículo 5º transitorio de la Ley N.º 19.585, a pesar de que, en seis de las trece sentencias analizadas se pronuncian sobre ambas normas. La exclusión se debe a que realizar un análisis conjunto de la totalidad de las sentencias que afectan a ambas normas, habría excedido con creces los objetivos que nos hemos propuesto en este trabajo. Lo anterior no obsta a que, en los casos que corresponda, hagamos la respectiva mención cuando las sentencias se refieran a ambas normas.

Con estas exclusiones e inclusiones, tenemos un total de trece sentencias, doce de ellas dictadas en procedimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad instaurados en conformidad con el artículo 93 N.º 6 de la *CPR* y una acción pública de inconstitucionalidad fundada en el artículo 93 N.º 7 de la *CPR*.

La gran mayoría (11) son requerimientos planteados por jueces de familia; solo dos corresponden a iniciativas de las partes del proceso. Doce de los requerimientos de inaplicabilidad fueron presentados en procesos en los que se ventilaba una acción de reclamación de paternidad de un presunto padre que ya había fallecido. Solo un requerimiento trata de una acción de reclamación de la maternidad.

Observamos que ciertos jueces de familia han sido insistentes sobre la materia: así, ocho de las sentencias (más de la mitad del total) fueron el resultado

⁶³ En el caso el demandante, nacido el 3 de agosto de 1980, demanda a la que aparece como única heredera universal del presunto padre, fallecido con fecha 30 de abril de 2001, pero se agrega como antecedente que anteriormente se había presentado una demanda en vida del presunto padre, la que fue archivada dado que al momento de efectuarse la prueba de ADN solo concurrió, el presunto padre demandado, pero no el actor. La sentencia rechaza el requerimiento dado que al actor le bastaría reactivar ese proceso y notificar a la heredera para que se continúe con ella el juicio, todo ello basado en las reglas generales de la filiación y en los términos del artículo 5º del Código de Procedimiento Civil.

de peticiones de jueces del Juzgado de Familia de Pudahuel. Concretamente la jueza señora Nel Greeven Bobadilla, ha provocado el pronunciamiento de cinco sentencias, entre las cuales una es de acción pública por inconstitucionalidad. Tres requerimientos son de iniciativa del presidente de dicho tribunal, señor Carlo Casaula Mezzano.

Para una mayor claridad expositiva, hemos decidido agrupar las sentencias tomando en cuenta el efecto que tuvieron sobre artículo 206 del CC. De esta forma, analizaremos primero las sentencias que declararon inaplicable la totalidad del artículo 206 del CC (1), posteriormente analizaremos las sentencias que lo declaran inaplicable parcialmente (2), dedicaremos un apartado al análisis de la sentencia que fallo el requerimiento de inconstitucionalidad contra el artículo 206 del CC (3), para finalmente analizar las sentencias que rechazaron los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 206 del CC (4). Tomando en cuenta que no hemos optado por un orden estrictamente cronológico, haremos presente, cuando corresponda, qué sentencias anteceden o preceden en cada caso.

4.2.- Primera etapa: Declaración de inaplicabilidad y sentencias sucesivas.

A) Sentencias primitivas: Identidad e igualdad

El juicio en el que se presenta el primer requerimiento en la materia fue iniciado por una acción de reclamación de filiación no matrimonial que interpone un varón, nacido el 21 de noviembre de 1984, en contra de los herederos de su supuesto padre, quien había fallecido el día 2 de octubre de 2008. Sostiene el demandante que su madre solo pocos días después de su muerte (el 10 del mismo mes) le había revelado la identidad de su padre biológico, lo que le habría impedido ejercer la acción en vida del progenitor.

El requirente Juez de Familia de Pudahuel, señor Carlos Casaula Mezzano, sostiene que, como el caso no cae en ninguno de los supuestos excepcionales del artículo 206 del CC, este precepto impediría acoger la acción, pero que ello

importaría una infracción a dos normas constitucionales: el artículo 5º inciso 2º y el artículo 19º N.º 2º, ambos de la *CPR*. Por ello requiere al *TC* que declare inaplicable por inconstitucional el referido precepto legal.

Los fundamentos del requerimiento se pueden sintetizar del modo siguiente: la infracción al artículo 5º inciso 2º de la *CPR* se produce porque el artículo 206 del *CC*, al impedir al hijo de un padre que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el establecimiento de su filiación, vulneraría el derecho a la identidad, que se encontraría reconocido y asegurado a todas las personas en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, como la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 3, 5.1 y 11.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 16 y 17.1).

Por otra parte, la infracción al artículo 19 N.º 2 de la *CPR* ocurriría al verificarse una discriminación arbitraria entre hijos de padres fallecidos. Algunos tendrían el derecho a demandar a los herederos y otros no, sin que la fecha de la muerte del padre pueda ser considerada una justificación suficiente para tan radical diferencia. La norma dispondría una diferencia arbitraria de trato entre aquellos hijos cuyo padre o madre fallecieron dentro de los 180 días siguientes al parto, a quienes les reconoce acción de reclamación, y aquellos hijos cuyo padre o madre fallece con posterioridad al transcurso de los 180 días siguientes al parto, a quienes se les priva de la acción que les permita reclamar su filiación.

La sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009, rol N.º 1340-09, por mayoría de seis votos, acoge el requerimiento por infracción a las dos normas invocadas.

En cuanto al artículo 5º inc. 2º de la *CPR*, el fallo intenta precisar el concepto, la relevancia y la recepción en el derecho interno chileno, del llamado “derecho a la identidad personal”. Sostiene que un reconocimiento de dicho derecho debe implicar a lo menos dos cosas: 1) la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra; y 2) el derecho a ser inscrita inmediatamente después de nacer, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos.

Se afirma que, si bien tal derecho no está consagrado explícitamente en la *CPR*, bien puede deducirse del concepto de dignidad humana, a la que se refiere el artículo 1º de la Carta Fundamental: *“la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, – se concluye– el derecho a la identidad personal goza de un estatus similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer”*⁶⁴.

Prosigue con un análisis de las acciones de reclamación de filiación: la regla general, se afirma, para el ejercicio de las acciones de reclamación, está contenida en los arts. 204 y 205 del *CC*, sobre esta base, las acciones de filiación son las que dirige el hijo contra sus padres, o bien de estos contra el hijo y sus padres aparentes. El artículo 206 del *CC*, constituiría entonces una excepción que permite dirigir la acción de reclamación, no contra el padre o madre, sino contra sus herederos, cuando uno u otro han fallecido, siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la norma, y lo veda en otros casos, al parecer, para evitar que se afecte la honra y dignidad de la familia y que se vean mermadas las perspectivas económicas de los herederos.

Siendo así, la sentencia se pregunta si es necesario que el artículo 206 excluya la reclamación del hijo cuando el padre ha fallecido, para armonizar los derechos en juego evitando la anulación completa de alguno de ellos y de esta forma brindar la adecuada protección tanto al derecho a la identidad que busca el reclamante, como al derecho a la honra y dignidad de la familia y la protección de las perspectivas económicas de los herederos, las que evidentemente se van a ver perjudicadas.

La respuesta pasa, según el fallo, por constatar si existen otras normas que pudieran mitigar el efecto de una acción cuando tenga como fundamento causar daño o lesionar la dignidad de la familia y de los herederos. Se señala así, que la eventual afectación de la honra de la familia y de la tranquilidad psíquica de sus integrantes se vería mitigadas, si la legislación permite que el accionante de mala

⁶⁴ Considerando 10º.

fe pueda recibir alguna sanción por su proceder perturbador. Por otro lado, las perspectivas económicas de los herederos podrían ser protegidas sin necesidad de impedir el reclamo destinado a constatar la calidad de hijo, ya que debe diferenciarse la acción de filiación y aquella que pretende hacer valer los efectos patrimoniales que se derivan de ella.

Estas mitigaciones estarían reconocidas por nuestro legislador. La primera, en el artículo 197 inciso 2° del CC, en cuanto dispone que, *“la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado”*. La segunda, en el artículo 195 inciso 2° del mismo cuerpo legal, en cuanto establece que, *“si bien el derecho de reclamar filiación es imprescriptible, los efectos patrimoniales quedan sujetos a las reglas generales de la prescripción”*. De esta forma, si el demandante de reclamación actúa de mala fe, para dañar la honra de la familia o del presunto padre, los herederos podrán solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios, y en lo que se refiere a los intereses patrimoniales que el demandante de reclamación pueda tener en la herencia de su presunto padre o madre, los demás herederos podrán alegar los beneficios de la prescripción adquisitiva⁶⁵.

Teniendo en cuenta este razonamiento, la sentencia sostiene que el artículo 206, en primer lugar, vulnera el derecho a la identidad y el artículo 5° inc. 2° de la CPR: *“ya que entender a los herederos como legitimados pasivos permanentes y, en todo evento, en las acciones de reclamación de maternidad y paternidad no conduce a la anulación total de sus derechos que podrían verse comprometidos, sino que simplemente los restringe, posibilidad que no está vedada al legislador, siempre que no pase a llevar la esencia de los derechos respectivos ni les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, conforme*

⁶⁵ Considerando 23°.

al numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, lo que no acontece en este caso”⁶⁶.

Cabe advertir que el ministro Raúl Bertelsen manifestó en voto concurrente que no comparte esta parte de la sentencia, por cuanto no apareciera que de las normas de los tratados internacionales emane de modo inequívoco el derecho a la identidad personal que admite la sentencia, sino más bien, el derecho a tener un nombre propio⁶⁷.

Respecto de la infracción a la igualdad ante la Ley asegurada por el artículo 19 N.º 2 de la *CPR*, la sentencia determina que primero hay que verificar si estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria.

El fallo manifiesta que el artículo 206 del *CC* introduce una diferencia entre integrantes de la misma categoría de personas: “aquellas que reclaman el reconocimiento de su filiación”, ya que solo permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre a los hijos que se encuentren en los dos supuestos planteados en la norma. Mientras que los hijos cuyo nacimiento no se produzca en esas específicas circunstancias, carecerían de acción.

Esta diferencia de trato no aparece justificada y resultaría arbitraria, ya que si lo que se buscaba era equilibrar la aspiración a la búsqueda de la verdad en materia de filiación, con la necesidad de preservar la paz y la armonía familiar de los herederos, bastaba con introducir resguardos frente a este tipo de demandas o con asegurar que se respondiera de la mala fe, pero sin sacrificar con esto el respeto del derecho a la identidad. La sentencia concluye que la diferencia de trato

⁶⁶ Considerando 24º.

⁶⁷ Esta opinión es compartida por Rodríguez Grez, Pablo (2010), “*Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, mediante la cual se declara inaplicable el artículo 206 del CC*”, Sentencias Destacadas 2009. Una mirada desde las perspectivas de las Políticas Públicas, Santiago de Chile, Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 117 y ss.

contenida en el artículo 206 del CC es arbitraria, por lo que la norma transgrede la igualdad ante la Ley.

Para los tres ministros disidentes el fallo no advierte que hay dos formas de interpretar el artículo 206 del CC, una restringida, que es la que se asume en la sentencia, y otra más amplia, que permite demandar a los herederos del supuesto padre o madre fallecidos mediante la aplicación preferente del artículo 317 del CC. Habría, entonces, dos posiciones que se enfrentan sobre el sentido y alcance del artículo impugnado. Aceptar una de las dos interpretaciones señaladas, implica invadir las atribuciones de los tribunales ordinarios y convertirse en árbitro de disputas legales. Se postula que el TC no puede sustituir al juez ordinario definiendo la interpretación legal correcta y que una intervención en tal sentido lo convertiría en un tribunal de casación.⁶⁸

En esta oportunidad el TC lo integraron nueve ministros⁶⁹. La votación al interior del TC se dio de la siguiente forma: José Luis Cea, Hernán Vodanovic, Mario Fernández, Francisco Fernández y Marisol Peña. Todos votaron favorablemente la infracción al derecho de la igualdad ante la Ley y el derecho a la identidad. En el caso de Raúl Bertelsen, pese a manifestarte favorable a la infracción al derecho a la igualdad ante la Ley en idéntico sentido que los ministros anteriores, se manifestó contrario a la infracción al derecho de la identidad.

La disidencia estuvo conformada por los ministros Juan Colombo, Enrique Navarro y Carlos Carmona, todos quienes centraron su votación en el argumento de *“un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional”*.

En las sentencias siguientes, veremos cómo cambia la argumentación.

4.3.- Sentencias favorables a la igualdad.

El primer requerimiento fue presentado por el Juez de Familia de Valdivia señor Jorge Garcés Hernández, el segundo corresponde al Juez de Familia de

⁶⁸ Considerandos 4º y 5º de los votos de disidencia.

⁶⁹ Certificación realizada por el relator Leopoldo Núñez Tomé, 9 de julio de 2009.

Pudahuel señor Carlos Casaula Mezzano y el tercero a la Jueza de Familia de Pudahuel señora Nel Greeven Bobadilla. Las tres sentencias que fallaron los requerimientos corresponden al año 2011; rol 1563-09, del 30 de agosto; rol 1656-09, del 1 de septiembre y rol 1537-09, del 1 de septiembre, respectivamente.

Veremos un matiz importante en los fundamentos de la inconstitucionalidad que dan lugar a la inaplicabilidad. Las tres sentencias declaran la inconstitucionalidad del artículo 206 del CC, solo por infringir la igualdad ante la Ley garantizada en el artículo 19 N.º 2 de la CPR. En cuanto a la infracción del artículo 5º inc. 2º de la CPR, relativo al derecho a la identidad, las sentencias contienen un considerando con el siguiente texto: “*habiéndose acogido el requerimiento, y como es doctrina de esta magistratura, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales alegadas*”⁷⁰. Pese a lo anterior, la argumentación relativa al derecho a la identidad, la podemos encontrar en los votos de concurrencia en cada caso.

Una segunda observación que debe hacerse en relación con estas sentencias se refiere a la fecha de muerte del presunto padre. En dos casos la muerte del supuesto padre se produce después de la entrada en vigor de la reforma de la Ley N.º 19.585, el 27 de octubre de 1999. En el caso de la sentencia rol 1563-09, se trata de un juicio de reclamación de paternidad en el que la madre actúa en representación de su hijo de 11 años, nacido el 6 de septiembre de 1998 y en el que se demanda a los herederos del presunto padre que había fallecido el 9 de julio de 2009; en el caso de la sentencia rol 1656-09, el reclamante tiene más de 20 años al enterarse de la existencia de su padre por el relato de su madre, poco tiempo antes de la muerte de este el 29 de octubre de 2007.

Las semejanzas de ambas sentencias con el primer caso son notorias. Si revisamos las fechas de nacimientos de los reclamantes y las fechas de fallecimientos de los presuntos padres, estos no quedan comprendidos en las

⁷⁰ En las tres sentencias podemos encontrar este argumento en su considerando 22º.

hipótesis de excepción del artículo 206 del CC, lo que motivó a los jueces de familia requirentes concluir que se verían privados de accionar de la reclamación de paternidad. Los argumentos de los ministros para fundamentar la infracción del derecho a la igualdad ante la Ley son prácticamente los mismos que ya se habían dado en la primera sentencia, la que es profusamente citada.

Levemente diferente es el caso de la sentencia rol 1537-09. La demanda de reclamación de filiación no matrimonial es presentada por cuatro personas en contra de la hermana y heredera del supuesto padre fallecido. Cabe destacar, que en este caso la demandada se allanó a la pretensión de los actores, no obstante que no surtiera efecto debido al principio de la indisponibilidad del estado civil. La muerte del supuesto padre habría acontecido el 3 de septiembre del año 1987, es decir, más de 10 años antes de que entrara en vigencia la Ley N.º 19.585, por lo que esta vez no solo se requiere de inaplicabilidad en contra del artículo 206 del CC, sino además contra el artículo 5º transitorio de dicha Ley que dispuso que no puede reclamarse la paternidad o maternidad conforme a la nueva normativa respecto de personas que hubieren fallecido con anterioridad de su entrada en vigencia y si se trata de los casos excepcionales del artículo 206 del CC, en el plazo de un año desde el comienzo de su vigencia.

Para el juez de familia requirente los presuntos hijos no podrían accionar para reclamar su filiación o solo podrían hacerlo cuando se cumplieran copulativamente los siguientes requisitos: *1) que la muerte del presunto padre se hubiera producido dentro de los 180 días siguientes a los partos (requisito exigido por la segunda hipótesis del artículo 206 del CC); y 2) que la acción de reclamación fuera ejercida dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigor de la Ley N.º 19.585.* Ambas exigencias serían contrarias al derecho a la identidad y a la igualdad ante la Ley.

Las tres sentencias coinciden en que el artículo 206 del CC, establece una diferencia de trato entre los hijos y que esta diferencia no puede justificarse. Recurren a un argumento basado en la historia legislativa: *“el examen de la historia del establecimiento del artículo 206 del CC revela que lejos de apreciarse*

*un fundamento objetivo y razonable en la limitación que dicha norma establece para reclamar de los herederos del padre o madre fallecidos el reconocimiento de la paternidad, se tuvo en cuenta la regulación contenida en una norma precedente que aludía a una distinción entre tipos o categoría de hijos que el proyecto del Ejecutivo quiso precisamente superar. Por lo tanto, se consideró un criterio que ya no tenía cabida en la nueva legislación y que motivó – como se ha recordado – críticas de parte de algunos parlamentarios, precisamente por estimarse que introducía una diferencia entre aquellos cuyo padre o madre fallece antes o después de los 180 días siguientes al parto, generando, por ende, un vacío legal*⁷¹.

A diferencia de la primera sentencia analizada, los votos disidentes en estos tres casos se fundan en dos argumentos: *“la existencia un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional”* y, agregan un nuevo argumento, *“la caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre”*. Este último argumento, sostiene que la existencia del plazo de 180 días, contenido en la segunda hipótesis del artículo 206 del CC, no es más que un caso de caducidad de la acción de reclamación de filiación no matrimonial por la muerte del eventual demandado, para lo cual se recurre también a la historia fidedigna de la Ley N° 19.585⁷². Se cita el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que deja establecido respecto de la posibilidad de permitir que la acción de reclamación se dirija contra los herederos: *“la Comisión no compartió las ideas contenidas, en orden a admitir en general las demandas contra los herederos del padre o de la madre fallecida, la duración del plazo ni a la modalidad de cómputo de este”*. Se invoca también el rechazo de la indicación presentada por los senadores Frei, Hamilton, Ominami y Sule, *que facultaba al hijo reclamante a dirigir la acción en contra de los herederos del padre o madre fallecidos sin limitación alguna*. Reafirmando lo señalado, se reproduce,

⁷¹ Este argumento aparece en el considerando 18º de las tres sentencias en análisis.

⁷² En los tres casos encontramos este argumento en los considerandos 5º, 6º y 7º, del voto disidente de los Ministros Macelo Venegas e Iván Aróstica.

entre otras, la opinión de la entonces diputada María Pía Guzmán que apoyó la redacción artículo 206 del CC, sobre la base de la seguridad y certeza jurídica⁷³.

Según los disidentes, esta caducidad produce una diferencia de trato, pero ella queda justificada “en un hecho objetivo – la muerte del eventual padre o madre demandado-, suficientemente fundamentado por el legislador en la seguridad y certeza jurídica⁷⁴”. Se añade que la norma busca prolongar la vida de la acción en aras de proteger a los hijos más vulnerables, esto es, los hijos póstumos y en los casos en que el padre o la madre fallecen dentro de los 180 días siguientes a su nacimiento.

Destacamos que los tres requerimientos se ven conjuntamente y, a diferencia de la primera sentencia, serán 10 los ministros que integren el TC⁷⁵. Además, la integración del TC cambia, salen los ministros José Luís Cea⁷⁶ y Juan Colombo⁷⁷ y entran José Antonio Viera-Gallo⁷⁸ e Iván Aróstica.⁷⁹

Con esta nueva integración, la votación operó de la siguiente forma: la mayoría que formó sentencia estuvo compuesta por los ministros Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Mario Fernández, Marisol Peña, Francisco Fernández y José

⁷³ La diputada señaló en el tercer trámite constitucional que “*el artículo 206 establece que las acciones de reclamación no podrán dirigirse en contra de los herederos del supuesto padre o madre; es decir, no se puede reclamar el estado civil de hijo de una persona fallecida, respecto de sus herederos, salvo que sea un hijo póstumo o que su padre o madre hubieren fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. Algunas personas estiman que estos plazos no deberían existir y que se podría reclamar el estado filiativo cualquiera fuera el plazo posterior a la muerte del padre, dejándolo sin ninguna certeza jurídica*”.

⁷⁴ Considerando 17^o en las tres sentencias.

⁷⁵ Certificación realizada, por la relatora Sandra Ponce de León Salucci, 30 de septiembre de 2010.

⁷⁶ José Luis Cea integró el TC en el periodo 2002 a 2010 y presidió del TC en el periodo 2005-2007.

⁷⁷ Juan Colombo Campbell integró el TC y lo presidió en dos periodos 2001-2005 y 2007-2009.

⁷⁸ José Antonio Viera-Gallo integró el TC en el periodo 2010-2013.

⁷⁹ Iván Aróstica Maldonado integra actualmente el TC su periodo, comenzó en marzo 2013 y finaliza en marzo de 2021.

Antonio Viera-Gallo, quienes acogieron la infracción al derecho a la igualdad ante la Ley en términos similares a la primera sentencia ya analizada.

La argumentación relativa a la infracción del derecho a la identidad la encontramos en los tres casos, pero en las prevenciones que corresponden a los ministros Hernán Vodanovic, Mario Fernández, Marisol Peña, Francisco Fernández y José Antonio Viera-Gallo.

La disidencia también tiene una conformación distinta. Votan por rechazar el requerimiento los ministros Marcelo Venegas⁸⁰ e Iván Aróstica. Ambos sostienen un nuevo argumento, “la tesis de la caducidad de la acción de reclamación por la muerte del supuesto padre”; y los ministros Enrique Navarro y Carlos Carmona, que mantienen su opinión según la cual “se trata de un problema interpretativo a nivel legal y no constitucional”.

4.4.- Postura hacia la inaplicabilidad parcial.

En este apartado analizaremos los requerimientos de inaplicabilidad presentados por el abogado señor Cristián Manasevich y por la Jueza de Familia de Pudahuel señora Nel Greeven, los que provocaron los pronunciamientos de las sentencias de fechas 4 de septiembre de 2012, rol 2035-11, y de la sentencia de fecha 2 de julio de 2013, rol 2303-12, respectivamente.

Hacemos presente que, cronológicamente, habría que ubicar en este apartado la sentencia que falla la acción de inconstitucionalidad de fecha 21 de marzo de 2013, pero hemos preferido tratarla en el apartado siguiente, dados los efectos generales que busca la declaración de inconstitucionalidad versus los efectos particulares de la acción de inaplicabilidad.

Ambas sentencias van a configurar un nuevo giro en la jurisprudencia constitucional anterior, si bien, se mantendrá la decisión de declarar inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 206 del CC, la novedad será que la inaplicabilidad no afectara al precepto completo, sino solo a una parte de este: la

⁸⁰ Recordemos que en la primera sentencia no voto por encontrarse con permiso.

frase que limita la acción de reclamación a los hijos cuyos padres mueren, “*dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto*”.

En el caso resuelto por la sentencia rol 2035-11, el requerimiento de inaplicabilidad fue interpuesto, en el marco de un recurso de casación en la forma y apelación conjunta, en contra de la sentencia que desestimó la demanda de impugnación y reclamación de filiación. Los hechos de la causa tratan de dos demandantes que nacieron en 1984 y 1988, su padre biológico nos los reconoció, lo que si hace el demandado de impugnación el año 2002. En 1990 el padre se suicida. La madre les informó quién había sido su verdadero padre en septiembre de 2009, dos meses después procedieron a demandar, de modo que el requerimiento impugna no solo el artículo 206 del CC sino también el artículo 5º transitorio de la Ley N.º 19.585.

En el caso de la sentencia rol 2303-12, una persona de 61 años reclama su calidad de hijo de un supuesto padre que había fallecido con fecha 21 de junio de 2011, para lo cual demanda a su presunta hermana en calidad de heredera.⁸¹

Ambas sentencias, al igual que la etapa anterior, se pronuncian solo por la infracción al derecho de igualdad ante la Ley artículo 19 N.º 2 de la CPR. Sostienen que el hecho de que el legislador haya limitado la posibilidad de invocar la acción de filiación contra los herederos del presunto padre cuando este haya fallecido a más tardar dentro de los 180 días siguientes al parto, sería una exigencia arbitraria que restringe injustificadamente el derecho de los hijos a reclamar su filiación y los sitúa en una desventaja objetiva respecto de quienes tienen un padre que falleció dentro de ese término.

Este nuevo argumento se centra en el plazo de los “*180 días siguientes al parto*”, que no sería más que una extrapolación impropia de la presunción de la

⁸¹ El caso tiene la particularidad de que el padre había reconocido al hijo en la inscripción de nacimiento. Pero cuando, después de la muerte, este último solicita la posesión efectiva de la herencia se rechaza la solicitud y se le desconoce el estado civil de hijo, por cuanto el reconocimiento no se hizo por instrumento público inscrito al margen de la partida respectiva, como lo exigía la normativa legal vigente a la época del reconocimiento.

época de la concepción derivada del artículo 76 del CC, en relación con la presunción de paternidad contenida en el inciso 2º del artículo 184 del mismo cuerpo legal, normas que se aplicarían solo a la filiación matrimonial, pero no tratándose de filiación no matrimonial, de la cual tratan los casos en los que se dedujeron los requerimientos.

Ambas sentencias concluyen que determinar la procedencia de la acción de filiación contra los herederos en función de la ocurrencia de la muerte del padre o de la madre dentro de un cierto plazo, tan exiguo y contado desde el nacimiento del hijo, resulta ser un condicionamiento sin base lógica y, por lo mismo, contrario al estándar de razonabilidad con el que debe confrontarse cualquier diferencia de trato examinada a la luz de los criterios de necesidad e idoneidad de la norma cuestionada. Ambas sentencias agregan que, el segundo requisito del artículo impugnado, que señala que la acción debe deducirse en el plazo de 3 años siguientes a la muerte del padre o a la fecha en que el presunto hijo haya alcanzado la plena capacidad, resulta ser razonable por consideraciones de certeza jurídica y, por lo mismo, no es susceptible de reproche constitucional.⁸²

De esta manera, declaran inaplicable en parte el artículo 206 del CC, sino solo la parte que señala “dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto”. Si hacemos el ejercicio, vemos que la redacción del artículo 206 del CC quedaría: “*Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad*”.

Analizaremos cómo se llevó a cabo la votación en cada caso. En la sentencia rol 2035-11, concurren a la vista de la causa los diez ministros que integran el TC.⁸³ El voto mayoritario que forma sentencia lo suscriben los

⁸² Resolución en causa rol 2035-2011, considerando 5º y resolución en causa rol 2303-12, considerando 15º.

⁸³ Certificación realizada por el relator Rodrigo Pica, 27 de marzo de 2012.

ministros Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Marisol Peña, Francisco Fernández, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García.

Podemos ver que los ministros Bertelsen y Fernández consideraron que era la frase, “*dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto*”, es la que atenta contra el derecho a la igualdad y no la redacción entera del artículo 206 del CC. Se trata de un cambio manifiesto de opinión ya que ambos ministros en todos los pronunciamientos anteriores votaron por la inconstitucionalidad total del artículo 206 del CC. Además, en esta oportunidad el ministro Francisco Fernández no se pronuncia por la infracción al derecho a la identidad, lo que si había hecho en las sentencias anteriores. Los ministros Vodanovic, Peña, Viera-Gallo y García, a pesar de haberse sumado a la postura de la inconstitucionalidad parcial, formulan un voto concurrente por el que no solo abogan por la inconstitucionalidad total de la norma, sino además agregan la infracción del artículo 5º inciso 2º de la CPR en relación con el derecho a la identidad personal.

La disidencia en la sentencia rol 2035-11 estuvo conformada por los ministros Enrique Navarro y Carlos Carmona, que reiteraron la tesis de, “*un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional*”. Por su parte, los ministros Iván Aróstica y Marcelo Venegas insisten en la tesis de “*la caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre*”, pero a este último argumento añaden “*que tratándose del establecimiento de beneficios como el plazo adicional o de gracia del artículo 206, el legislador goza de una facultad que puede ejercer con cierta discrecionalidad, siendo una cuestión pacífica que no es sinónimo de arbitrariedad*”.

En el caso de la sentencia rol 2303-12 también votan los diez ministros, pero la integración cambia de forma relevante, dejan de integrar los ministros, José Antonio Viera-Gallos, Enrique Navarro y Marcelo Venegas y entran los ministros Juan José Romero⁸⁴, Domingo Hernández⁸⁵ y María Luisa Brahm⁸⁶.

⁸⁴ Juan José Romero Guzmán integra actualmente el TC, por el periodo marzo 2013 a marzo 2022.

En esta oportunidad, el voto de mayoría lo conformaron los ministros, Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Marisol Peña, Francisco Fernández, Gonzalo García y Juan José Romero. Al igual que en la sentencia anterior, los seis ministros que conforman el voto de mayoría consideran que hay una infracción al derecho de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 19 N.º 2 de la CPR y, además, reiteran el argumento de *“la imposibilidad de solucionar el conflicto constitucional planteado invocando otras normas legales”*.

Este argumento aparece realmente por primera vez en la sentencia que falla el requerimiento de inconstitucionalidad rol 2081-11 y se reitera en esta oportunidad. Se señala *“que se debe descartar la idea que el juez del fondo pueda salvar la inconstitucionalidad constatada con la aplicación de otras normas del CC, pues aun cuando la regla contenida en el artículo 317 – que define en término amplios quienes son legítimos contradictores en cuestión de paternidad o maternidad –, unido al artículo 195 del mismo código – que señala que la acción para reclamar la filiación es imprescriptible –, lleve a una solución supuestamente favorable para el supuesto hijo que no cumple los requisitos del artículo 206, no es menos cierto que las reglas de interpretación de la Ley, previstas en el artículo 19 al 24 del CC obligan al juez a dar prevalencia a la norma especial, que en este caso corresponde al precepto impugnado”*.⁸⁷

Los ministros Raúl Bertelsen y Francisco Fernández mantienen su postura de considerar que la inconstitucionalidad afecta solo a la frase “dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto” y no a la totalidad del artículo 206 del CC y, además, para ambos no existiría una eventual infracción al derecho a la identidad. Nuevamente, con el objeto de lograr la mayoría, se suman a la posición de la inconstitucionalidad parcial los ministros Vodanovic, Peña y García, no obstante que dejaron constancia en voto de concurrencia que, en su opinión, la

⁸⁵ Domingo Hernández Emparanza integra actualmente el TC, por el periodo junio 2012 a junio 2021.

⁸⁶ María Luisa Brahm Barril integra actualmente el TC, por el periodo marzo 2013 a marzo 2022.

⁸⁷ Cfr. sentencia 2303-12, considerando 16º.

inaplicabilidad debiera afectar a la totalidad del artículo 206 por infringir el derecho a la igualdad ante la Ley y el derecho a la identidad personal.

En el caso del ministro Romero, pese a sumarse a la mayoría favorable a la inconstitucionalidad parcial, en su voto de concurrencia señala que es partidario de la inconstitucionalidad total de la norma impugnada y no es partidario de la infracción a un eventual derecho a la identidad, marcando una diferencia con los ministros Bertelsen y Fernández.

La disidencia en la sentencia rol 2303-12 la conformaron los ministros, Carlos Carmona, Iván Aróstica, Domingo Hernández y María Luisa Brahm. La votación en esta oportunidad se centró en un solo argumento, a pesar de que todos previenen inicialmente que la norma impugnada en el requerimiento no sería la que causa el daño en el caso particular, sino el artículo 272 del CC, en su redacción original vigente hasta 1952 que sostenía que *“el reconocimiento deberá hacerse por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario”*. Pero, finalmente, fundan su disidencia en la tesis ya clásica de la *“existencia de un problema de interpretación de nivel legal y no constitucional”*.

Podemos ver que en esta sentencia no aparece el argumento relativo a la “caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre”. El ministro, Iván Aróstica, que había sostenido con anterioridad este argumento, en esta ocasión se sumó al voto disidente mayoritario.

4.5.- Punto de quiebre: El requerimiento de inconstitucionalidad.

Nos corresponde analizar la sentencia de fecha 21 de marzo de 2013, rol 2081-11. De acuerdo con lo que hemos señalado, esta sentencia se ubica cronológicamente entre las dos sentencias que se pronuncian sobre la inconstitucionalidad parcial analizadas en el apartado anterior. Vemos que, en esta oportunidad, votaron diez ministros⁸⁸, apreciándose, además, un cambio en la

⁸⁸ Mario Fernández Baeza integró el TC en el periodo 2006-2011.

integración: sale el ministro Mario Fernández⁸⁹ y pasa a integrar el ministro Gonzalo García.⁹⁰

El requerimiento de inconstitucionalidad fue presentado por la jueza Nel Greeven del Tribunal de Familia de Pudahuel, centrándose sus argumentos en la infracción del artículo 19 N.º 2 *CPR*, derecho de igualdad ante la Ley. En esta oportunidad, la infracción al derecho a la identidad solo es mencionada de manera residual.

La explicación para este cambio en sus argumentos la encontramos en los requisitos que establece la propia *CPR* que en su artículo 93 inciso 12 que señala: *“en el caso del número 7, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6 de este artículo, habrá acción pública, para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad”*.

Para el caso en análisis, la sentencia de inaplicabilidad previa, que sirve como fundamento a la acción de inconstitucionalidad, es la sentencia rol 1656-09 de fecha 1º de septiembre 2011, que fue la última que acogió la inaplicabilidad, en contra de la totalidad del artículo 206 del *CC* y que, como ya lo hemos señalado, lo hizo solo por infringir el artículo 19 N.º 2 de la *CPR* “derecho a la igualdad ante la Ley”. De allí que la acción se fundamente básicamente en la infracción de este derecho constitucional.

El principal argumento de la jueza fue que la norma impugnada establece una diferencia arbitraria, en la medida que trata de una forma a los hijos de padres vivos y de otra a los hijos de padres muertos, aun cuando la Ley de filiación buscó la igualdad total de los hijos con prescindencia de factores discriminatorios.

El *TC* rechazó declarar la inconstitucionalidad del artículo 206 del *CC*. El rechazo se produjo porque los ministros que sostenían la inconstitucionalidad no lograron el quórum de cuatro séptimos exigido por el artículo 93 N.º 7 de la *CPR*.

⁸⁹ Gonzalo García Pino integró el *TC* en reemplazo del ministro Mario Fernández Baeza, asumiendo en el cargo el 8 de abril del 2011 hasta el 15 de marzo de 2013. Posteriormente, el Senado, a proposición de la Cámara de Diputados, lo designa como ministro del *TC* por el periodo 2013-2021.

⁹⁰ Considerandos 24º, 25º, 26ºy 27º.

Vemos que los ministros, que votan favorablemente la inconstitucionalidad se dividen en dos grupos. Los Ministros Hernán Vodanovic, Marisol Peña y José Viera-Gallo, que votaron por aceptar la inconstitucionalidad total del precepto impugnado, sostuvieron que este genera una doble discriminación arbitraria: la primera se produciría en aquellos casos en que el progenitor ha fallecido, ya que solo se les concede acción de reclamación al hijo póstumo o aquel cuyo padre o madre fallecen dentro de los 180 días siguientes al parto y, solo en estos casos, puede demandarse a los herederos del padre o madre fallecidos, mientras que los hijos cuyos padres fallecen transcurridos los 180 días después del parto son privados de acción para reclamar su filiación. Concluyen que el momento del fallecimiento del padre es lo que determina qué hijos pueden reclamar su filiación y cuáles no, lo que no parece razonable. La segunda diferencia arbitraria se produciría incluso tratándose de un hijo póstumo o cuyo padre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, ya que este solo podría accionar en el plazo de tres años desde la muerte o, si es incapaz, desde que haya alcanzado la plena capacidad. Esta limitación no se conciliaría con el artículo 195 del CC, que establece que la acción de reclamación es imprescriptible.

Agregan, además, un nuevo argumento, “*la imposibilidad de realizar una interpretación del artículo impugnado que se ajuste a la Constitución*”. No existiría una interpretación sistemática de los preceptos del CC, que privilegie la aplicación de los arts. 195 o 317 del CC, por sobre el artículo 206. En este punto, la derogación del artículo 206 del CC, no generará un efecto más nocivo que el que se trata de evitar con su presencia.⁹¹

Los ministros, Raúl Bertelsen y Francisco Fernández sostuvieron la inconstitucionalidad parcial del artículo 206 del CC, específicamente de la frase, “*dentro de los 180 días siguientes al parto*”. Sus argumentos se centran en la errada extrapolación del plazo de 180 días desde la normativa de filiación matrimonial y de la presunción *pater is est*, a una situación que es de filiación no matrimonial. En cuanto al segundo plazo señalado en el artículo 206 del CC,

⁹¹ Considerandos 24º, 25º, 26º y 27º.

sostienen que este es un plazo razonable que conjuga bien los intereses y derechos en juego, en conflictos de este carácter.

La disidencia se dividió también en dos posturas: los ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica fundaron su rechazo en el argumento de que se trata de un caso “de caducidad de la acción por la muerte del presunto padre”, para la que el legislador puede obrar discrecionalmente, sin que esto sea sinónimo de arbitrariedad. En cambio, los ministros Enrique Navarro y Carlos Carmona persistieron en sostener que se estaba frente a un problema “*de interpretación legal y no constitucional*”, haciendo ver que el criterio imperante en la Corte Suprema es que el artículo 317 prima por sobre el artículo 206 del CC.

4.6.- Un giro a la constitucionalidad

Los seis requerimientos que siguen son fallados entre mayo de 2013 y julio de 2016, donde se mantendrán los mismos argumentos hemos analizado en la jurisprudencia anterior. A favor de la inconstitucionalidad se fundamentará “*la infracción del derecho a la igualdad ante la Ley y el derecho a la identidad*” y “*la imposibilidad de dar una interpretación al artículo 206 del CC, que permita conciliarlo con la Constitución*”, mientras que en contra de la inconstitucionalidad se argüirá “*la existencia de un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional*” y “*la caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre*”.

El cambio que ocasiona los rechazos se produce al interior del TC, los votos en pro de la constitucionalidad alcanzarán a los favorables a la inconstitucionalidad y, al producirse un empate de cuatro votos por cada lado, los requerimientos serán rechazados por no conseguir el quórum exigido por el artículo 93 N.º 6 de la CPR. Trataremos a continuación de explicar por qué se produce esta diferencia en la integración del TC.

Las primeras tres sentencias que componen esta etapa son: rol 2215-12, de 30 de mayo de 2013 – en este caso el requerimiento fue presentado por la Jueza de Familia de Pudahuel señora Nel Greeven y buscaba impugnar el artículo 206

del CC y el artículo 5º transitorio de la Ley N° 19.585 –; la segunda sentencia corresponde al rol 2200-12, de 18 de junio de 2013 – el requerimiento fue presentado por el Juez de Familia de Pudahuel señor Carlo Casaula Mezzano y buscaba impugnar el artículo 206 del CC; y la tercera sentencia corresponde al rol 2195-12⁹², de 18 de junio de 2013, cuyo requerimiento fue presentado por la Jueza de Familia de Pudahuel señora Nel Greeven y buscaba impugnar el artículo 206 del CC.

Dada la importancia de los cambios que se producen al interior del TC y su relevancia en las votaciones de las sentencias que componen este apartado, creemos oportuno comparar la integración del TC en estos tres casos con la sentencia 2081-11, de 21 de marzo de 2013, que corresponde a la sentencia que la antecede cronológicamente. Esta comparación nos dejará importantes diferencias en la integración del TC.

En la sentencia rol 2081-11 votaron diez ministros, en los tres casos en análisis solo votaran ocho.

Quienes no votan en estos tres casos son los Ministros José Antonio Viera-Gallo, que integra el TC en el periodo 2010-2013, pero no concurre a la vista de la causa en ninguno de estos tres casos; Raúl Bertelsen, que integra el TC en el periodo 2006-2015 y tampoco concurre a la vista de las causas en los tres casos

⁹² Queremos llamar la atención en este último caso, ya que sería el único que trata de una acción de reclamación de maternidad. Los hechos tratan de una reclamación de maternidad presentada por la supuesta hija, en contra del Fisco en su calidad de heredero ab-intestato de la supuesta madre, fallecida el 2 de julio de 2008. La supuesta hija acompaña como prueba de su filiación, su partida de nacimiento de fecha 12 de marzo de 1946, donde aparecería el nombre de su madre. La jueza requirente señala que esta prueba no sería suficiente toda vez que la normativa vigente a la época (artículo 272 del CC, vigente hasta 1952), ordenaba que “*el reconocimiento deberá hacerse por instrumento público ente vivos o por acto testamentario*”. Basada en lo señalado, la jueza sostiene que la aplicación del artículo 206 del CC impediría a la presunta hija reclamar su filiación.

y el Ministro Enrique Navarro, que integró el TC hasta marzo de 2012 y, por lo tanto, ya había cesado en su cargo cuando ocurrieron la vista de las tres causas.⁹³

Se sumará al TC el ministro Domingo Hernández, que pasa a integrar el TC en el periodo 2012-2021, asumiendo su cargo en junio de 2012, razón por la que concurre a la vista de las causas y a sus posteriores fallos.

Hechas las prevenciones anteriores, vemos que en las tres sentencias roles 2215-12, 2195-12 y 2200-12, integraran los mismos ocho ministros. Así, quienes votaron en contra de la inconstitucionalidad del artículo 206 del CC, en los tres casos en análisis son los Ministros Domingo Hernández y Carlos Carmona, que sostuvieron la tesis “*de un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional*” y Marcelo Venegas e Iván Aróstica, que sostuvieron la tesis “*de la caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre*” y “*la fijación de plazos de caducidad es una facultad del legislador que no puede ser sinónimo de arbitrariedad*”.

Por otro lado, los Ministros que votaron favorablemente la inconstitucionalidad en las tres sentencias son Hernán Vodanovic, Marisol Peña, Francisco Fernández y Gonzalo García, y notamos un cambio en sus posturas: se pronuncian por la inconstitucionalidad parcial del artículo 206 del CC sosteniendo que la frase, “*dentro de los 180 días siguientes al parto*” establece un plazo carente de razonabilidad y que se debería a la errada extrapolación del plazo de 180 días desde la normativa de filiación matrimonial y de la presunción pater is est, a una situación que es de filiación no matrimonial. Este plazo de 180 días sería inconstitucional por infringir el derecho a la identidad y el derecho a la igualdad ante la Ley, en cuanto, al plazo de 3 años les parece un plazo razonable que conjuga bien los intereses y derechos en juego en conflictos de este carácter; añaden, además, el argumento según el “*que no existe una interpretación que concilie el artículo 206 del CC con la Constitución*”.

⁹³ La vista de las tres causas se produce el día 9 de octubre de 2012, según certificaciones realizadas por los relatores; Paola Molina Venegas, en causa rol 2215-12, Rodrigo Pica, en causa rol 2195-12 y Sebastián López, en causa rol 22000-12.

En el caso del ministro Francisco Fernández, compartió los argumentos relativos a la infracción al derecho, a la igualdad ante la Ley: pero no se pronunció sobre la infracción al derecho a la identidad.

El solo análisis de las sentencias no nos permite concluir el o los motivos del cambio en las posturas los ministros Vodanovic, Peña y García. Creemos que se debe a la necesidad de sumar al ministro Fernández que, como ya hemos señalado, es partidario de la inconstitucionalidad parcial. De todos modos, no alcanzaron el quórum exigido por el artículo 93 N.º 6 de la *CPR* y los tres requerimientos son rechazados.

Debemos destacar que en este intermedio se falla la causa rol 2303-12, de fecha 2 de julio de 2013. Esta sentencia fue analizada en el apartado anterior (2) pero, cronológicamente, estaría ubicada en este punto. (Recomendamos revisar la integración del *TC* ya que tuvo una importante variación y afectará como veremos a las sentencias siguientes).

La próxima sentencia que analizaremos, es la de fecha 6 de marzo de 2014, rol 2408-13, que falla el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Jueza de Familia de Pitrufquén señora Milena Anselmo, en contra del artículo 206 del *CC* y el artículo 5º transitorio de la Ley N.º 19.585.

Nuevamente serán ocho los ministros que van a integrar el *TC*.⁹⁴ Votaron favorablemente la inconstitucionalidad del artículo 206 del *CC* los ministros Marisol Peña, Hernán Vodanovic, Gonzalo García y Juan José Romero, un total de cuatro ministros. El ministro Bertelsen nuevamente no concurre a la vista de la causa y tampoco integra en esta oportunidad el ministro Fernández (en ambos casos sus periodos finalizan en marzo de 2015).

Los argumentos de los ministros Peña, Vodanovic, García y Romero se centraron en la infracción de los arts. 19 N.º 2 y 5 inc. 2º de la *CPR*. Sobre esta base, argumentaron por la inconstitucionalidad parcial del artículo 206 del *CC*, sosteniendo que la frase, “*dentro de los 180 días siguientes al parto*” establece un

⁹⁴ La vista de la causa se produjo el día 1º de agosto de 2013, según certificación realizada por el relator López Magnasco.

plazo carente de razonabilidad y que se debería a la errada extrapolación del plazo de 180 días desde la normativa de filiación matrimonial y de la presunción *pater is est*, a una situación que es de filiación no matrimonial.⁹⁵ Sumaron a este argumento “*la imposibilidad de solucionar el conflicto constitucional invocando otras normas legales*”. El ministro Romero no compartió la infracción al artículo 5º inc. 2º de la *CPR* relativo al derecho a la identidad.⁹⁶

Llama la atención la postura adoptada por los ministros en este caso, más aún, cuando ninguno de los que han sostenido clásicamente la inconstitucionalidad parcial participa en la votación.

Por rechazar el requerimiento votaron los ministros Carlos Carmona y Domingo Hernández, que sostuvieron la tesis “*del problema de interpretación legal y no constitucional*” y los ministros Iván Aróstica y María Luisa Brahm, que sostuvieron el argumento “*de la caducidad de la acción de reclamación de filiación por la muerte del presunto padre*”. Produciéndose un empate en la votación, la sentencia rechaza el requerimiento en contra de ambas normas impugnadas por no alcanzar el quorum previsto en el artículo 93 N°6 de la *CPR*.

En el caso siguiente, el requerimiento es presentado por el abogado Cristián Ortega y es fallado en la sentencia rol 2739-14, de fecha 6 de agosto de 2015. La presentación buscaba que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad la totalidad del artículo 206 del *CC* y del artículo 5º transitorio de la Ley N.º 19.585.

Nuevamente el *TC* cambia su integración. La posición contraria a la inconstitucionalidad sumará en esta ocasión un total de cinco ministros, siendo sostenida por los ministros Iván Aróstica, María Luisa Brahm, Cristian Letelier,⁹⁷ Carlos Carmona y Domingo Hernández. Esta nueva mayoría se centró en dos argumentos, “*la caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre*”, sostenida por los ministros Iván Aróstica, María Luisa Brahm y Cristian

⁹⁵ Considerandos 5º, 6º, 7º y octavo de los votos por acoger el requerimiento de Inaplicabilidad.

⁹⁶ Considerando 28 de los votos por acoger el requerimiento de inaplicabilidad.

⁹⁷ Cristian Letelier Aguilar integra el *TC* desde el 12 de enero de 2015.

Letelier; y la tesis “*del problema de interpretación a nivel legal y no constitucional*”, sostenida por los ministros Carlos Carmona y Domingo Hernández.

Los ministros que votaron favorablemente la inconstitucionalidad fueron Marisol Peña, Gonzalo García y Nelson Pozo. Vemos un nuevo cambio en sus argumentos: votaron por la inconstitucionalidad total del artículo 206 del CC fundados en “*la infracción al derecho a la identidad y del derecho a la igualdad ante la Ley*”. Nos llama la atención que, para sostener la vulneración de ambos derechos, recurran al argumento sostenido por los partidarios de la inconstitucionalidad parcial, “*el plazo dentro de los 180 días siguientes al parto sería un plazo carente de razonabilidad y producto de una errada extrapolación del plazo de 180 días desde la normativa de filiación matrimonial y de la presunción pater is est, a una situación que es de filiación no matrimonial*”. El motivo de este cambio no lo podemos extraer de la sola lectura de la sentencia, pero creemos que puede deberse a que los ministros Bertelsen y Fernández ya no integraban el TC, por lo que no era necesario sostener la inconstitucionalidad parcial para sumar los votos de ambos. Finalmente, reiteraron el argumento según el “*que no existe una interpretación que concilie el artículo 206 del CC con la Constitución*”.

En esta oportunidad, el ingreso del ministro Cristian Letelier logra inclinar la balanza a favor de la postura que defiende la constitucionalidad del artículo 206 del CC, de esta forma, se rechaza el requerimiento en contra de ambas normas. Importa destacar que no concurre a la vista de la causa y posterior votación el ministro Juan José Romero.⁹⁸

La última sentencia que compone esta etapa es al rol 2955-16, de fecha 28 de julio de 2016. El requerimiento fue presentado por el Juez de Familia de Paillaco, señor Felipe Muñoz y buscaba declarar inaplicabilidad por inconstitucionalidad el artículo 206 del CC.

⁹⁸ La vista de la causa se llevó acabo el día 25º de junio de 2013, según certificación realizada por la relatora Pilar Arellano Gómez.

En esta oportunidad van a votar diez ministros, lo que marca una diferencia con las sentencias anteriores donde solo votaban ocho. Nuevamente se impondrá la postura favorable a la constitucionalidad del artículo 206 del CC.

La mayoría que formó sentencia la conformaron los ministros Iván Aróstica, María Luisa Brahm, Cristian Letelier y José Ignacio Vásquez⁹⁹, quienes se pronunciaron “*por la caducidad de la acción de reclamación de paternidad por la muerte del presunto padre*”. En el caso de los ministros Carlos Carmona y Domingo Hernández, concurrieron al fallo sosteniendo la tesis “de la existencia de un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional”.

Es importante destacar que, en esta ocasión, la tesis sobre “*la caducidad de la acción de reclamación por muerte del presunto padre*”, suma una mayoría considerable de cuatro de los actuales ministros que integran el TC. Este nuevo cambio en la postura del TC prácticamente no deja opciones favorables a los futuros de requerimientos que se presenten contra el artículo 206 del CC.

Votaron favorablemente la inconstitucionalidad solo cuatro Ministros: Marisol Peña, Gonzalo García, Juan José Romero y Nelson Pozo, quienes centraron su votación en tres argumentos: “*la infracción al derecho a la identidad y del derecho a la igualdad ante la Ley*”; “*que el plazo de los 180 días siguientes al parto, sería carente de razonabilidad y que se debería a la errada extrapolación del plazo de 180 días desde la normativa de filiación matrimonial y de la presunción pater is est, a una situación que es de filiación no matrimonial como la que se alega en esta causa*” y en “*la imposibilidad de dar una interpretación al artículo 206 del CC que lo concilie con los principios sostenidos por la CPR*”. Nos llama la atención la postura del ministro Romero que, en esta oportunidad, concurre al voto por acoger el requerimiento, haciendo una extensa defensa del “*derecho a la identidad personal*”, situación contraria a la acontecida en las sentencias anteriores.

Con el nombramiento como ministro del TC de José Ignacio Vásquez, la postura favorable a la constitucionalidad ha ganado una amplia mayoría, un total

⁹⁹ El ministro José Ignacio Vásquez Márquez integra el TC por el periodo 2015-2024.

de seis ministros; mientras que los partidarios de la inconstitucionalidad han quedado reducidos solo a cuatro.

La integración actual del *TC* coincide con la analizada en esta sentencia y, como ya lo hemos señalado, esto se traduce en una situación desfavorable para los futuros requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra el artículo 206 del *CC*.

4.7.- Conclusiones y proyecciones hacia el futuro.

El análisis realizado nos ha permitido identificar las distintas etapas por las que ha pasado la jurisprudencia de nuestro *TC* en relación con el artículo 206 del *CC*.

Dentro de las sentencias analizadas, destacamos la sentencia rol 1340-09, no por ser la primera que declaró inconstitucional la totalidad del artículo 206 del *CC*, sino por hacerlo por la infracción del derecho a la igualdad ante la Ley y el derecho a la identidad, situación que no se repetirá en ninguno de los fallos siguientes.

La revisión hecha nos permite concluir que, a pesar de existir un consenso entre quienes votan por la inconstitucionalidad del artículo 206 del *CC* relativo a la infracción el derecho a la igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 19 N.º 2 de nuestra *CPR*, la forma como se produce la infracción a este derecho revela una diferencia importante entre quienes sostienen esta postura.

Los ministros que sostienen la inconstitucionalidad total del artículo 206 del *CC* buscan que no exista ninguna limitación temporal para el ejercicio de la acción de reclamación en contra de los herederos; mientras que quienes han sostenido la inconstitucionalidad parcial del artículo 206 del *CC* solo se muestran contrarios “*al plazo de 180 días siguientes al parto*”. Esta interpretación de todas formas limitaría el ejercicio de la acción de reclamación, pero a un plazo mayor de tres años.

La necesidad de reunir el quórum del artículo 93 N.º 6 de la *CPR* (seis ministros), para declarar inaplicable del artículo 206 del *CC* fue determinante para

que los ministros que apoyaran inicialmente la inconstitucionalidad total del artículo 206 CC pasaran a apoyar la inconstitucionalidad parcial y dejaran constancia de su opinión favorable a la inconstitucionalidad total en sus votos de concurrencia.

Existe una segunda diferencia entre quienes votan favorable la inconstitucionalidad, y dice relación con el sentido y alcance “*del derecho a la identidad*”. El ministro Raúl Bertelsen, desde un principio no consideró el derecho a la identidad como un derecho ligado a la dignidad humana, en la forma en que se sostuviera en la primera sentencia rol 1340-09, sino más bien, solo como el derecho a tener un nombre propio. Esta postura sumará posteriormente al ministro Francisco Fernández.

A pesar de que, el argumento anterior termina prevaleciendo en la votación favorable a la inconstitucionalidad, la infracción al derecho a la identidad se mantendrá en la argumentación de los votos de concurrencia. Creemos que no hay un expreso rechazo al argumento de la identidad, ya sea porque no exista un derecho como ese o porque no sea aplicable en los casos. Lo que se repite en todas las sentencias que acogen la inconstitucionalidad es que, dado que la inconstitucionalidad se declarará por violación al artículo 19 N.º 2 de la CPR, no es necesario hacerse cargo de la infracción alegada en relación con el derecho a la identidad.

A favor de la constitucionalidad se argumenta sobre la base de dos ideas: la existencia de la tesis amplia que señala que la regla general en materia de legitimación está dada por el artículo 317 inciso 2º del CC, y que el artículo 206 es una excepción aplicable solo a las dos hipótesis en el contenidas, lo anterior se traduce, “en la existencia de un problema de interpretación a nivel legal y no constitucional” y que se está frente a una “caducidad de la acción de reclamación por la muerte del presunto padre”, cuyo establecimiento es discrecional para el legislador. Como tuvimos oportunidad ver, esta última postura es la que impera actualmente en nuestro TC.

Las dos posturas anteriores fueron sostenidas prácticamente sin variaciones en las trece sentencias analizadas, y en la medida en que la Corte Suprema afirme su jurisprudencia sobre la posibilidad de demandar a los herederos del presunto padre o madre fallecidos haciendo primar el artículo 317 por sobre el artículo 206 del CC, la tesis de la inconstitucionalidad se verá reforzada, sobre todo por el argumento que, “se trataría de un problema de interpretación legal y no constitucional”.

Las proyecciones sobre el porvenir de la jurisprudencia constitucional en relación con este problema pueden hacerse suponiendo que los integrantes del TC no cambiarán su postura ya afirmada en las sentencias anteriores.

Cinco de los actuales ministros han rechazado consistentemente los requerimientos de inconstitucionalidad en contra del artículo 206 del CC: Carlos Carmona, Iván Aróstica, Domingo Hernández, María Luisa Brahm y Cristián Letelier. Debemos sumar, además, al ministro José Ignacio Vásquez quien, en la última sentencia analizada en este trabajo, de fecha 28 de julio de 2016, se pronuncia favorable a la constitucionalidad del artículo 206 del CC, dando así una amplia mayoría a esta postura.

Solo cuatro ministros de la actual integración han votado a favor de la inconstitucionalidad: Nelson Pozo, Juan José Romero, Gonzalo García y Marisol Peña.

La integración actual del TC no deja margen a la posibilidad que futuros requerimientos de inaplicabilidad contra el artículo 206 del CC, puedan tener éxito.

4.8.- Análisis de algunos fallos que rechazan acciones dirigidas en contra de los herederos del fallecido padre o madre, fuera de los casos del artículo 206 del CC.

Analizaremos algunos fallos, en los que se ha dado aplicación a la tesis restrictiva, ya sea por los tribunales inferiores o superiores de justicia. Dichos fallos

han sido elegidos por ser citados reiteradamente por la doctrina y jurisprudencia¹⁰⁰.

4.8.1.- Rol N° 49.639-2001, del Primer Juzgado de Letras de Vallenar, de 24 de mayo de 2001.

Recae sobre una acción de reclamación de filiación no matrimonial, caratulados “Georgudis Alarcón, Rodrigo con Georgudis Tófalos, Juan y otros”. La acción es dirigida en contra de los herederos del pretendido padre del demandante.

Uno de los demandados interpuso, con el carácter de previo y especial pronunciamiento, la excepción de inadmisibilidad de la demanda interpuesta, por falta de fundamentos plausibles y por falta de legitimidad pasiva.

Por resolución, de fecha 24 de mayo de 2001, el Tribunal acogió la excepción, no dando curso a la demanda, por falta de antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda.

La Corte de Apelaciones de Copiapó confirmó la resolución, declarando la falta de legitimación pasiva de los demandados. Señaló que solo se puede accionar de reclamación de paternidad, en contra de los herederos del padre o madre fallecidos, en los casos del artículo 206 del CC.

Por su parte, la Corte Suprema conociendo un recurso de casación en la forma, Rol N° 3.279-2001, invalidó de oficio la resolución del Tribunal de primera instancia, que acogió la excepción de previo y especial pronunciamiento, reponiendo la causa al estado de contestación de la demanda. Cabe señalar, que el fallo no se pronuncia respecto a la legitimación pasiva, sino más bien a vicios procesales que hacen procedente anular de oficio la sentencia, toda vez que la excepción de falta de legitimidad pasiva no se refiere a ninguna de las excepciones dilatorias que prevé el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil,

¹⁰⁰ ETCHEBERRY COURT, Leonor. 2009. Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales. Revista Chilena de Derecho Privado (13): 260-261

ya que no se trata de la mera corrección de procedimiento, sino que atañe al fondo de la acción deducida, debiendo haberse resuelto una vez agotados todos los trámites propios del juicio ordinario de mayor cuantía.

4.8.2.- Rol N° 15.624, del 2° Juzgado de Letras de Melipilla, de 13 de octubre de 2004.

Dichos autos se caratulan “Ramírez, Diego y otros con Letelier Rojas, Gustavo y otros”. En esta causa se dedujo acción de reclamación de filiación no matrimonial, en contra de los herederos del presunto padre, quien falleció el 13 de junio de 2004.

Los demandados interponen recurso de reposición en contra de la resolución que dio curso a la demanda, toda vez que manifiestan que no son legitimados pasivos, y por tanto sería improcedente la demanda, de conformidad con el artículo 196 del CC.

El Tribunal acogió el recurso de reposición, basándose en los siguientes argumentos: la acción de reclamación de filiación no puede dirigirse en contra de los herederos del padre, una vez fallecido este, salvo la situación contemplada en el artículo 206 del CC; el artículo 317 del mismo Código debe entenderse en relación con el artículo 206, es decir, que se puede dirigir la acción en contra de los herederos del padre, en los casos de excepción del artículo 206; y por último, indican que el texto del artículo 5° transitorio de la Ley N°19.585 reafirmaría lo anterior.

Cabe señalar que esta última resolución fue apelada y la Corte de San Miguel la confirmó, sin modificaciones.

Luego, la Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo, lo acogió, aplicando la tesis amplia respecto a la legitimidad pasiva de los herederos.

4.8.3.- Rol N° 1.806-2004, de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 4 de noviembre de 2004.

Se trata de una acción de reclamación de paternidad dirigida por una madre, en representación de su hija menor, y en contra los herederos del padre fallecido, caratulados “Godoy Paredes Luisa con San Martín Conejeros, Silvia y otros”.

El Primer Juzgado Civil de Talcahuano, conociendo en primera instancia, acoge la demanda.

Posteriormente, la Corte de Apelaciones respectiva revoca dicho fallo, rechazando la acción dirigida en contra de los herederos del padre fallecido. Ello fundándose en los siguientes argumentos: el artículo 205 del CC indica que la acción de reclamación de filiación no matrimonial corresponde sólo al hijo contra su padre o madre, norma que demuestra que la acción de reconocimiento de paternidad es personalísima, siendo la única excepción el artículo 206 del CC; y que las acciones sean imprescriptibles no quiere decir que se transmitan, toda vez que las acciones de filiación, desde el punto de vista del legitimado activo y pasivo no se transmiten, por lo que no pueden ser demandados los herederos.

4.8.4.- Rol N° 2.820-2003, de la Corte Suprema, de 2 de noviembre de 2004.

El Tercer Juzgado Civil de Osorno conoció la causa Rol N° 26.172-D, caratulados “Mansilla Naipil, Jorge con Valdeavellano Soto, Julia”, sobre juicio ordinario de reclamación de filiación y acción de petición de herencia, rechazando la acción deducida en contra de los herederos del padre fallecido.

Luego, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 26 de mayo de 2003, confirmó el fallo apelado.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en la forma, acogiendo la tesis restrictiva, indicando en el considerando sexto: “*Que el inciso 2° del artículo 19 del CC preceptúa que para interpretar una expresión obscura de la Ley, puede recurrirse a su intención o espíritu, claramente manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento, por lo que en la especie resulta que la Ley sólo admite la reclamación de filiación en la forma restrictiva que establece el aludido artículo 206.*”

Concluye el fallo que el recurso será desestimado, por cuanto el demandante carece de legitimación contra los herederos de su supuesto padre, en los términos del artículo 206 del CC.

El fallo cuenta con un voto disidente del abogado integrante René Abeliuk¹⁰¹ y el ministro Kokisch, quienes estuvieron por acoger la casación, señalando que el artículo 206 admite dos interpretaciones:

a) una que indica que el único hijo que puede demandar a los herederos del presunto padre o madre es el que se encuentra en las situaciones del artículo 206. La razón sería que el artículo es una disposición especial y primaria sobre la regla general del artículo 317 del CC;

b) la otra interpretación es la que indica que el artículo 206 establece una excepción a la regla general, la que sólo puede aplicarse dentro de los límites y a los casos que ella señala, es decir, al caso del hijo póstumo y de aquel cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto.

En los demás casos, prima la regla general del artículo 317. Esto se explicaría porque el fallecimiento del padre antes del parto o del padre o madre dentro del plazo señalado por la norma, es el máximo que admite el legislador para considerar que el difunto puede ser su padre o madre. En los demás casos, no habría duda, y se admite sin limitaciones la acción del hijo.

Se indica, además, que esta última interpretación es la más adecuada al texto general de la Ley, y especialmente a los artículos 195, 196, 198, 199, 200 y demás del CC, que posibilitan una amplia investigación de la paternidad o maternidad, y la imprescriptibilidad de la acción de reclamación.

¹⁰¹ Cabe destacar el cambio de criterio de René Abeliuk, toda vez que en una primera etapa sostuvo la tesis restrictiva, para luego cambiar su criterio e inclinarse por la tesis amplia, en el voto disidente mencionado. En este sentido ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2000. La Filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 162 y 163p.

4.9.- Análisis de algunos fallos que acogen acciones dirigidas en contra de los herederos del fallecido padre o madre, fuera de los casos del artículo 206 del CC.

Cabe señalar que los tribunales han ido modificando su criterio, aceptando la legitimidad pasiva de los herederos del presunto padre o madre fallecida. Al respecto, se analizarán algunos fallos elegidos por contener argumentos que han sido reiteradamente citados por la Corte.

4.9.1.- Rol N° 3.750-2007, de la Corte Suprema, de 22 de agosto de 2007.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, lo rechaza, confirmando lo resuelto por el Tercer Juzgado Civil de La Serena y por la Corte de Apelaciones de La Serena, en el sentido de acoger demanda de reclamación de filiación, interpuesta en contra de los herederos del presunto padre.

El fallo se apoya en los siguientes argumentos:

- El artículo 205 del CC establece que la acción de reclamación de filiación no matrimonial corresponde al hijo en contra del padre o madre;

- Que las sentencias en materia de filiación producen efecto absoluto, siempre que se cumplan copulativamente las exigencias del artículo 316 del CC, entre ellas la de haberse pronunciado contra legítimo contradictor;

- Que el artículo 317 del CC, señala quiénes son legítimos contradictores, y en el inciso segundo dispone que lo son también los herederos del padre o madre fallecidos, siendo este artículo la regla general en la materia, procediendo la acción por expresa autorización de la Ley, en contra de los herederos;

- Lo anterior se refuerza teniendo presente el artículo 318, modificado por la Ley N° 19.585, que trata la multiplicidad de herederos en juicio.

- Que el artículo 206 del CC prevé dos situaciones especiales, en las cuales existe un plazo para demandar a los herederos del padre o madre fallecidos. La existencia de aquel lapso se explica porque el fallecimiento del padre antes del

parto, o del padre o madre dentro de los 180 días siguientes al parto, es el máximo que fija el legislador para considerar que el difunto pudo ser su padre o madre;

- Esta interpretación es la más adecuada a las reglas que consagran una amplia investigación de la paternidad o maternidad y consagran la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, y también con el artículo 1097 del CC, que indica que los herederos representan a la persona del causante y con la noción general de que los derechos y obligaciones son transmisibles.

4.9.2.- Rol N° 9.420-2010, de la Corte Suprema, de 21 de marzo de 2011.

Se trata de un recurso de casación en el fondo rechazado, confirmando lo resuelto por el Noveno Juzgado Civil de Santiago, en sentencia de 20 de agosto de 2008, y confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

La demanda fue interpuesta en contra de la sucesión del supuesto padre biológico del actor.

El fallo de la Corte Suprema, en el considerando quinto, señala que debe referirse a la procedencia de dirigir la acción de reclamación de filiación no matrimonial en contra de los herederos del presunto padre. Desde el considerando sexto al undécimo se esgrimen exactamente los mismo argumentos del fallo anteriormente citado, sin embargo, en el considerando duodécimo se da un nuevo fundamento, que indica que cuando la Ley ha querido impedir que se accione en contra de los herederos, lo ha señalado expresamente, como ocurría en el artículo 272 del CC, anterior a la Ley N° 19.585, que establecía: *“En los casos a que se refieren los números 2, 3 y 4 del artículo anterior, la calidad de hijo natural sólo podrá establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor, y siempre que la demanda se haya notificado en vida del supuesto padre o madre.”*. Lo mismo ocurre en el artículo 47 de la actual Ley de Matrimonio Civil, que indica: *“La acción de nulidad de matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges, salvo los casos mencionados en las letras c) y d) del artículo precedente.”*

El considerando decimotercero señala que otro argumento para aceptar la legitimidad pasiva de los herederos se obtiene al interpretar a contrario sensu el artículo 5° transitorio, de la Ley N° 19.585, ya que este indica que no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la promulgación de la mencionada Ley. Por tanto, si a la fecha en que entró en vigencia la Ley, es decir, el 27 de octubre de 1999, el padre o madre estaban vivos, luego de su muerte los herederos pueden ser demandados.

4.9.3.- Rol N° 28.905-2014, de la Corte Suprema, de 18 de mayo de 2015.

En esta causa, la Corte rechaza un recurso de casación en el fondo deducido en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó el fallo de primera instancia, dictado por el Primer Juzgado de Familia de Santiago, respecto a una demanda de reclamación de filiación no matrimonial dirigida en contra de los herederos del fallecido y supuesto padre.

Los argumentos de la citada Corte son similares a los de los anteriores fallos, pero con algunas variantes, indicando:

- Que esta materia se inscribe en el marco del nuevo estatuto filiativo, establecido a partir de la dictación de la Ley N° 19.585, que reconoce la plena igualdad de todos los hijos, cualquiera sea el origen de la filiación y establece el derecho a la libre investigación de la paternidad o maternidad. Los principios que inspiran el nuevo régimen de filiación, y que deben estar presentes en la labor de interpretación e integración, son los de igualdad, derecho de identidad e interés superior del niño.

- Que el artículo 195 del CC plasma como directriz de las acciones de filiación la libre investigación de la paternidad y maternidad. Además, establece el carácter de imprescriptible e irrenunciable de la filiación, reforzado esto último por el artículo 208, inciso segundo, del mismo Código;

- Que son titulares de la acción de reclamación de filiación no matrimonial el hijo, contra su padre o madre, o cualquiera de éstos, cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente. - Que las sentencias en materia de filiación producen efecto absoluto cuando se cumplen los requisitos del artículo 316 del CC, entre ellas el de haberse pronunciado contra legítimo contradictor. Y el artículo 317 del CC establece quienes son legítimos contradictores, señalando que también lo son los herederos del padre o madre fallecidos, en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción.

- Que se infiere que el artículo 317 del CC, en concordancia con la regla de la imprescriptibilidad de la acción, establecida en el artículo 195 del mismo Código, consagra su transmisibilidad, sin limitaciones de ninguna especie en cuanto a su ejercicio. Pero existiendo una excepción a esta regla general, en el artículo 206 del CC, que prevé dos situaciones especiales en que la transmisibilidad de la acción a los herederos se encuentra sujeta a ciertos parámetros;

- Que esta interpretación hace prevalecer el derecho a la identidad, que inspira la nueva normativa en materia de filiación, vinculado con la dignidad humana. En el considerando noveno se cita textualmente el considerando décimo, del fallo del Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 1340-2009, el que será analizado en el siguiente capítulo de este trabajo.

- Que lo resuelto resulta armonioso y coherente con el contexto general de la Ley, especialmente con las reglas del párrafo 1° del Título VIII del CC, respecto a la amplia investigación de la paternidad o maternidad y la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la filiación, y con la norma del artículo 1097 del CC, que establece que los herederos representan a la persona del causante y con la noción general de que los derechos y obligaciones son, por regla general, transmisibles.

Cita además otros fallos resueltos en el mismo sentido, a saber: Roles Nos 3.249-2005, 4.783-2009 y 3.055-2010.

4.9.4.- Rol N° 2.760-2015 de la Corte Suprema, de 18 de mayo de 2015.

Este recurso se interpuso contra una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, que confirmó una sentencia de primera instancia, que acogió demanda de reclamación de paternidad dirigida contra los herederos del presunto padre fallecido.

El recurrente invoca la infracción de tres grupos de normas que considera vulneradas:

- a) infracción de los artículos 205, 206, 317 y 1097 del CC;
- b) conculcación del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585; y
- c) vulneración de las reglas reguladoras de la prueba, señalando los artículos 198, 199, 200 y 201 del CC, en relación con el artículo 32 de la Ley N° 19.968.

Dicha Corte, de conformidad al artículo 782 del Código de Procedimiento Civil y conociendo del citado recurso, en cuenta, lo rechaza por adolecer de manifiesta falta de fundamento, en base a los siguientes argumentos:

- Respecto a las supuestas infracciones, contempladas en la letra a) se indica que, si bien el artículo 205 del CC establece que la acción de reclamación de filiación corresponde sólo al hijo contra su padre o madre, esto no limita el dirigir la acción en contra de los herederos del reclamado, pues la norma se refiere a los casos en que el demandado de reclamación de filiación se encuentre vivo. En el caso que esté muerto, se aplican las reglas generales. Por otro lado, que el artículo 1097 del CC establece una norma general en esta materia, esto es la representación que los herederos tienen respecto del causante. Además, el artículo 317, inciso segundo, del CC prescribe que los herederos son legítimos contradictores en juicio de reclamación de filiación, lo que significa el asentamiento de un criterio amplio en esta materia. Se indica que esta última interpretación está

acorde con los objetivos de nuestro sistema legal en esta materia, fundado en el principio de igualdad y el derecho a la identidad, que se concreta en la facultad de cualquier persona de accionar con el fin de establecer su verdadera filiación.

Respecto a la infracción mencionada en la letra b) se dan los mismos argumentos y se indica, además, que la norma del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.585 debe ser comprendida dentro del contexto del sistema de investigación de paternidad que se consagra en nuestra legislación, en especial el derecho de investigar judicialmente los orígenes y paternidad de las personas. Así, se indica que es voluntad clara del legislador no limitar la investigación de la paternidad, pues de lo contrario se infringen principios jurídicos superiores e incluso constitucionales, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

Que en cuanto a la vulneración indicada con la letra c), esta tiene relación con la valoración de los medios de prueba aportados, en especial el peritaje de ADN y la posesión notoria del estado civil acreditada en el proceso, lo que también fue rechazado por la Corte, por constituir meras discrepancias con la ponderación de la prueba efectuada por los sentenciadores, no constitutivo de infracción de Ley.

4.10.- Otros fallos de la Corte Suprema.

Encontramos los siguientes fallos, que, al igual que el anterior citado, son declarados inadmisibles por la Corte Suprema, por manifiesta falta de fundamento, según lo preceptuado por el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, utilizando los argumentos vertidos en los fallos anteriores: Roles Nos 6.674-2015, Rol 37.478- 2015, Rol 37.990-2015, Rol 51-2016, entre otros.

CAPITULO 5: LEGISLACION EXTRANJERA

En este capítulo, nos referiremos a como otras legislaciones regulan la legitimación pasiva en la filiación, específicamente respecto a los herederos en la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, nos referiremos a la legislación de la República de Argentina, de México y a la legislación en España. Abarcaremos a la normativa correspondiente a cada legislación, respecto a la filiación en general y específicamente a la acción de reclamación de filiación.

5.1.- Normas jurídicas aplicables en Argentina

La normativa respectiva se encuentra en el CC y Comercial de la Nación, en el Libro Segundo Relaciones de Familia en el Título V Filiación.

Señalaremos la normativa que nos interesa, específicamente a la filiación extramatrimonial y las acciones de reclamación respecto a la filiación aludida anteriormente.

En el capítulo V: “*Determinación de la Filiación Extramatrimonial*”, en su artículo 570, señala las maneras de determinarse la Filiación Extramatrimonial consistente en el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.¹⁰²

En el capítulo VI: “*Acciones de filiación*”. Disposiciones generales, señalaremos el artículo 576: “*El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.*”¹⁰³

En el capítulo VII: “*Acciones de Reclamación de Filiación*” en el artículo 582 en su inciso 2° señala: “*El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.*”¹⁰⁴ También debemos señalar el inciso 3° y 4°: “*En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.*”¹⁰⁵

“*Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla, si el hijo hubiese muerto siendo menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado, desde que alcanzó la mayoría edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en*

¹⁰² CC y Comercial de la Nación, p 101, 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

¹⁰³ CC y Comercial de la Nación, p 102, 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

¹⁰⁴ CC y Comercial de la Nación, p 103, 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

¹⁰⁵ CC y Comercial de la Nación, p 103, 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos.”¹⁰⁶

Lo que podemos concluir de las normas expresadas, es que, a diferencia a la normativa de Chile, los herederos del progenitor se encuentran legitimados pasivamente, por ende, la acción es imprescriptible y no caduca, salvo en situaciones específicas en que hay caducidad para los herederos del hijo, si este fallece en las situaciones que indica el artículo 582 en su inciso 4° parte final.

5.2.- Normas aplicables en España.

La normativa aplicable recae en dos códigos, el CC y el Código de Enjuiciamiento Civil, en el Libro I De las personas, en Título V De la paternidad y filiación¹⁰⁷, y en el Libro IV De los procesos especiales, en el Título I “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, en el Capítulo III “*De los procesos de filiación, paternidad y maternidad, respectivamente*”.

El CC, no da una definición de filiación, señala los tipos de filiación que existen y sus efectos, artículo 108 a 111 del CC, distingue entre filiación por naturaleza y por adopción. La Filiación, por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial.

La filiación matrimonial, la filiación no matrimonial y la filiación adoptiva surten los mismos efectos.

En el Capítulo II “De la determinación y prueba de la filiación”¹⁰⁸ cuya normativa comprende el artículo 112 al 126, nos referiremos específicamente a la

¹⁰⁶ CC y Comercial de la Nación, p 103, 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

¹⁰⁷ CC, p 39 y 40.

¹⁰⁸ CC, p 40 a 42.

determinación de la Filiación No Matrimonial¹⁰⁹, establecida en la sección tercera cuyos artículos son desde el artículo 120 al artículo 126.

Artículo 120 “*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

1. ° *En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Servicio de Registro Civil e Identificación.*

2. ° *Por el reconocimiento ante el Encargado del Servicio de Registro Civil e Identificación, en testamento o en otro documento público.*

3. ° *Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Servicio de Registro Civil e Identificación.*

4. ° *Por sentencia firme.*

5.° *Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Servicio de Registro Civil e Identificación.”*

En el Capítulo III del CC “De Las Acciones De Filiación”, en su “sección segunda: De la reclamación”¹¹⁰ nos referiremos a determinadas normas. Así, el artículo 131 que es la norma general establece:

“Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.”

El artículo 133 que se refiere a la acción de reclamación de filiación matrimonial, que estipula lo siguiente:

¹⁰⁹ CC, p 41 y 42.

¹¹⁰ CC, p 42 y 43.

“1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrare capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida.”

De las normas señaladas, podemos concluir que el sistema español, la acción de reclamación es imprescriptible y tampoco caduca para el hijo, señala caducidad para los herederos del hijo fallecido, para ejercer la acción, cumpliendo determinadas condiciones, que son que haya fallecido antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrare la capacidad, o haber fallecido durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas que sirven de fundamento a la demanda.

También hacemos mención de la normativa del Código De Enjuiciamiento Civil, en el “Libro IV *De Los Procesos Especiales*”¹¹¹ específicamente en el Capítulo III “*De los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*”¹¹²

En específico, nos referimos al artículo 766 del código de enjuiciamiento civil, que expresa: Legitimación pasiva. En los procesos a que se refiere este capítulo serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se

¹¹¹ Código de Enjuiciamiento Civil, p 266.

¹¹² Código de Enjuiciamiento Civil, p 270 y 271.

pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos.

En consecuencia, de lo expresado antes, queda claramente determinado que los herederos, son los responsables pasivamente en las acciones de filiación y hace una diferencia con el sistema filiativo chileno, no habiendo en la legislación española caducidad para las acciones de filiación, respecto a la legitimación pasiva.

5.3.- Legislación de México

Respecto a la legislación mexicana, nos referiremos al CC Federal en el Título séptimo “De la Paternidad y Filiación” en el “*CAPITULO IV Del Reconocimiento de los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio*”, que abarcan del artículo 360 al 389.

El artículo 360 señala “*La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad*”.

El artículo 369 se refiere a las formas de hacer el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, “*El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:*

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Servicio de Registro Civil e Identificación;*
- II. Por acta especial ante el mismo juez;*
- III. Por escritura Pública;*
- IV. Por testamento;*

V. *Por confesión judicial directa y expresa*¹¹³”.

El artículo 382, se refiere a los casos cuando se puede investigar la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, “*La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:*

- I. *En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;*
- II. *Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;*
- III. *Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;*
- IV. *Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.*¹¹⁴

El artículo 388 establece cuando procede la acción de investigación de la paternidad. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.¹¹⁵

En consecuencia, de la normativa expuesta, podemos concluir que la acción de reclamación de filiación de un hijo, nacido fuera del matrimonio, es imprescriptible mientras vivan los padres, sin perjuicio que en principio hay una presunción para la maternidad que eventualmente puede ser impugnada, y cuando los padres hubieren fallecido siendo el hijo o hijos menores de edad, hay

¹¹³ CC Federal, p 43.

¹¹⁴ CC Federal, p 44.

¹¹⁵ CC Federal, p 45.

un plazo de caducidad para intentar la acción en cuatro años desde que alcanza la mayoría de edad. Entonces la normativa federal de México tiene cierta similitud con la normativa chilena respectiva.

CAPITULO 6: CONCLUSIONES

Durante esta investigación, y a partir del análisis de las normas jurídicas que han sido objeto de discusión y división en la doctrina y jurisprudencia local, sobre aspectos relativos a la legitimación pasiva de los herederos del padre o madre fallecidos en la acción de reclamación de filiación, ha sido posible concluir lo siguiente:

1. El artículo 206 del *CC*, que se señala en el cuerpo de esta tesis, permite confirmar incluso a priori que la acción de reclamación de los herederos está limitada en dos casos. En los demás casos, se restablecería el imperio del artículo 317 del *CC*, cuestión que se reafirma por el legislador, quien se debe interpretar que tuvo motivos para considerar como límite que el fallecido puede ser su padre o madre, y que el fallecimiento ocurra antes del parto o dentro del plazo señalado.

Esta tesis restringida que nos parece concordante, pero fuera de lugar, sostiene que la acción de reclamación de filiación en contra de los herederos se encuentra solo enfocada en los casos establecidos en el artículo 206 del *CC*, no existiendo en los demás casos posibilidad alguna para demandar a la sucesión. Por lo que, desde esta perspectiva, la acción de reclamación solo corresponde

ejercerla en contra de la sucesión: si el hijo es póstumo o si algunos de los padres fallecen dentro del plazo de ciento ochenta días siguientes al parto.

2. En la misma línea de la tesis mencionada anteriormente, entendemos que se establezca que entonces el artículo 317 del CC, no viene a establecer otras oportunidades en que procede la acción, sino solo a través de las acciones de filiación en general se establece el estado civil. En efecto, al regular esta última materia se reflejan las mismas normas establecidas previamente para las acciones de reclamación e impugnación de paternidad o maternidad, matrimonial o no matrimonial, y por consiguiente, al permitir dirigir la reclamación de paternidad en contra de los herederos del padre, lo hace solo en caso de excepción.

3. En la Ley N° 19.585, en su artículo 5 transitorio, solo se deja a salvo la situación del artículo 206, únicas excepciones en que se faculta para ejercer la acción de reclamación al fallecer el padre. En efecto, a pesar de que la Ley contemple un sistema de libre investigación de la paternidad, se limita por los plazos que establece el artículo 206 del CC.

4. Si bien uno de los argumentos para refutar la tesis de la legitimidad pasiva a la que adhiere esta investigación se basa en que la acción en comento se caracteriza por su imprescriptibilidad, es preciso aclarar que esa imprescriptibilidad dice relación con la no extinción por el simple lapso de tiempo, sin que esta supere las barreras de la vida misma, o sea que no impide que la acción pueda no regir por otros motivos, como lo sería la muerte del supuesto padre salvo en los casos expresamente señalados en la ley. Interpretación que nos parece correcta en la teoría, mas no en lo que debiese ser, a nuestro entender, la práctica en el derecho de familia, toda vez que el solo hecho de la muerte no debiese ser motivo para limitar el derecho de un hijo o hija a ser reconocido legalmente e incluso patrimonialmente.

5. Si el legislador hubiese querido plasmar en la ley que efectivamente siempre los herederos están legitimados para que se entable en contra de ellos la acción de reclamación de filiación, estaría a su vez atentando contra el principio de

igualdad ante la Ley, ya que se estaría explicitando una discriminación entre los hijos mencionados en el artículo 206 CC, o sea, el hijo póstumo o aquel cuyo padre o madre falleció dentro de los ciento ochenta días después del parto y, los demás hijos que quieran reclamar la paternidad del fallecido. Lo anterior, debido a que para los primeros se establece un plazo de caducidad de la acción de tres años, en tanto que para los demás no se establece ningún plazo para accionar.

Sin embargo, al examinar detalladamente los titulares de la acción de reclamación, se reafirma la idea de que el legislador quiso que esta solo procediera en contra de los herederos del supuesto padre o madre en los casos restringidos del artículo 206 CC. Si el supuesto padre o madre ha muerto bajo otras circunstancias diferentes, no serían, para el legislador, legitimarios pasivos los herederos del fallecido. En el conflicto de intereses entre el hijo que busca determinar la filiación y concurrir a la herencia, concluimos que el legislador ha optado por hacer primar los intereses de los herederos a no ser perturbados en la seguridad económica de su adquisición y el derecho a la integridad psíquica y la vida privada de ser exhumados los restos mortales del causante.

6. Ante el argumento de que la no existencia de legitimación pasiva de los herederos para la acción en análisis contravendría y lesionaría el derecho a la identidad consagrado internacionalmente, parte de la doctrina ha querido entender que derecho a la identidad es un derecho intrínseco de toda persona, por ende, tiene un valor extrapatrimonial, lo que lo diferencia de la filiación, cual parece tener similitudes con el derecho a la identidad personal, pero que no necesaria y específicamente se encuentra inmerso el este, pues sus atributos permiten que se pueda lograr ciertos derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos a alimentos y derechos hereditarios. A mayor abundamiento, es posible considerar que el derecho a la identidad contenga sin duda el derecho a conocer los lazos familiares que nos unen con otros individuos, lo que no significa que implique concretamente determinar legal y patrimonialmente ese vínculo cuando ya no se puede generar una relación directa entre ambos. Sin embargo, esta tesis planteada no representa lo que, a nuestro entender constituye el verdadero

espíritu de la determinación de la filiación y no recoge su vital importancia. Y es que nos parece innegable que la acción de reclamación de filiación es por sí el medio a través del cual se ejerce el derecho a la identidad personal por ser la vía jurídica que abre la investigación y da lugar al conocimiento y establecimiento serio de los orígenes y raíces de un individuo.

7. La ratificación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, indican que es necesario y exigible el reconocimiento legal de un hijo nacido fuera del matrimonio, ya que todos los hijos son iguales. Permitir este reconocimiento solo en algunos casos y no en todos los eventos implica necesariamente una vulneración del derecho a la identidad y el trato igualitario entre los hijos, lo que tiene como resultado consecuencias graves, ya que conlleva a serios problemas sociales, como es la desprotección, rechazo de la sociedad por no tener el reconocimiento legal y lo peor, es de no poder gozar de todos los derechos que tiene un hijo legítimo, como ejemplo de esto acceder a participar en la herencia de su padre, lo que independiente de ser una acción de carácter patrimonial corresponde a un derecho existente y ligado al reconocimiento legal, otorga la igualdad entre todos los hijos e hijas que protege el derecho internacional, y por lo tanto propende a la dignidad humana, principio estrechamente relacionado con la identidad.

8. En el contexto histórico en que la Corte Suprema, al conocer y fallar la primera causa sobre la acción de reclamación de filiación no matrimonial, consideró que los herederos del presunto padre fallecido no podían ser demandados por el hijo, ya que este carecía de legitimación activa contra ellos, por lo que el hijo solo podía reclamar su filiación en vida del supuesto padre o madre, siguiendo la doctrina mayoritaria de los tratadistas nacionales, estableciéndose la prevalencia del artículo 206 del CC, por sobre el artículo 317 inciso 2°, la respuesta a la hipótesis planteada en este trabajo hubiese sido negativa, es decir, no procedería la acción de reclamación contra los herederos del padre premuerto, interpretación con la cual esta tesis no concuerda por las siguientes razones:

a) **Elemento Interpretativo armónico y sistemático de la Ley:** el citado artículo 206 del CC, es por esencia contrario al fin pretendido por las acciones de filiación: la búsqueda de la verdad biológica a través del ejercicio del principio de libre investigación de la paternidad o maternidad. Por el contrario, dicha disposición, por tener un sentido contrario al conjunto de la Ley de Filiación, debe quedar limitada a las hipótesis expresamente descritas en ella, teniendo una aplicación restringida o limitada. Fue recogido por la CS, manteniendo el criterio, rechazando la excepción de caducidad interpuesta por los herederos demandados, quienes alegaban la falta de legitimación pasiva de los herederos. Finalmente, la CS en otro fallo y por voto unánime de los ministros mantuvo los mismos argumentos expuestos, asentando la interpretación sobre la legitimación pasiva o transmisibilidad de la acción de reclamación de filiación a los herederos.

b) **Texto positivo: El inciso 2° del artículo 317 del Código Civil:** constituye la regla general en materia de acciones de filiación, pues “el legislador no distingue situaciones particulares, pues, luego de definir quiénes son legítimos contradictores, amplía el concepto y lo extiende también a los herederos. Por consiguiente, no puede sino entenderse en que la Ley autoriza al hijo para dirigir la acción de reclamación en contra de los herederos del presunto padre si este fallece antes de la demanda y para continuarla en su contra, si el deceso tiene lugar en el curso del juicio”.

c) **Examen Constitucional:** a nuestro parecer, el TC, confirmo esta posición en la sentencia Rol N° 1340-2019, denominada como “amplia”, reconociendo los siguientes fundamentos:

1. Que el artículo 317 del CC, consagra una regla de carácter general en materia de legítimos contradictores, en concordancia con el artículo 318, del mismo cuerpo legal.
2. Que el artículo 206 del CC, es una norma de carácter excepcional y que solo se aplica a la hipótesis claramente descrita en ella;

3. Que debe atenderse a lo expuesto en el artículo 1097 del CC, en materia de representación de los herederos de las obligaciones y derechos transmisibles del causante;
4. El carácter de imprescriptible de la acción de reclamación de filiación, de acuerdo con los principios generales de la Ley de Filiación. y;
5. El principio de libre investigación de la paternidad y maternidad, que consagra la misma Ley.

Reconocida la transmisibilidad de la acción de reclamación de filiación por el máximo interprete constitucional, se posiciona con fuerza la tesis basada en los principios inspiradores de la Ley de Filiación y, en especial, el principio de la libre investigación de la paternidad y la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, de lo contrario se estaría privando este derecho al hijo, con lo cual no solo estaría infringiendo la ley chilena, sino también el artículo 7° de la Convención de los Derechos del Niños y el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica.

9. Con respecto al principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad en la acción de reclamación de filiación, ya que la acción es la forma como se ejerce el derecho a la identidad personal, consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile y que ingresa al ordenamiento jurídico interno por aplicación del artículo 5° inciso 2°, de la CPR.

Esta doctrina fue adoptada TC, al reconocer al derecho a la identidad personal digno de protección legal y constitucional; *“el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley consagra”*. De igual manera, aunque la CPR no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por esta estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos

tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social. La estrecha relación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo de la *CPR*, y que se rigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En la misma línea jurisprudencial, el artículo 206 *CC*, se declaró inconstitucional, por afectar el derecho a la identidad personal, argumentando que *“no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad solo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del CC, pugne con el artículo 5°, inciso segundo, de la CPR, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1° inciso primero. Esta doctrina contribuye a generar diversas soluciones jurídicas frente a los conflictos de intereses entre el ejercicio de las acciones de filiación y, en particular, de la acción de reclamación de filiación no matrimonial y los eventuales intereses de los herederos del supuesto padre o madre, lo que pueden oponerse a diversas actuaciones procesales antes los Tribunales de Familia que afecten o puedan llegar a afectar el derecho de la identidad personal del hijo”*.

10. En base a los principios rectores consagrados en la Ley de Filiación, a saber, la igualdad ante la Ley de todos los hijos e hijas, el principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad como ejercicio del derecho a la identidad personal y el interés superior del niño, todos los cuales se encuentran

consagrados y garantizados constitucionalmente en virtud del artículo 5°, inciso 2°, de la *CPR*, y se manifiestan en la normas jurídicas que rigen la filiación y las acciones de filiación cuyas características esenciales son entre otras, la indisponibilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad y transmisibilidad, así como de su carácter de orden público y declarativo.

El carácter de transmisibilidad de la acción de reclamación de filiación tanto matrimonial como no matrimonial en que los herederos están legitimados tanto activa como pasivamente, dando así una respuesta positiva a la hipótesis de esta tesis, más aún cuando está prohibido por ley establecer diferencias arbitrarias para el ejercicio de los derechos como es el de identidad, como es una condición: la vida o muerte de los progenitores al momento de ejercer la acción o el acceso al cadáver.

En definitiva, a pesar de reconocer aspectos ciertos en las tesis que adhieren a la no aceptación de la legitimación pasiva en los herederos del padre o madre fallecido en todos los casos, entendemos que estos aspectos dicen relación con un contexto histórico y con las interpretaciones literales que puede dársele a la ley, y consideramos que toda clase de norma relativa al tema en cuestión debiese ser modificada con motivo de establecer claridades que den protección a todos los hijos e hijas en todos los casos, por lo que estamos de acuerdo y adherimos plenamente a la interpretación que se sustenta en los principios inspiradores de la Ley de Filiación y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que se desarrollaron, más aún cuando a través de ellos se establece con precisión el verdadero sentido y alcance de las disposiciones que componen las acciones filiativas de reclamación de filiación que integran el sistema filiativo chileno.

BIBLIOGRAFIA

19.620, Ley N°. 1999 Ultimas modificaciones 2007. Ley N° 19.620 Adopcion de Menores. Biblioteca del Congreso Nacional. [En línea] 1999 Ultimas modificaciones 2007. [Citado el: 22 de Enero de 2019.] www.bcn.cl.

ABELIUK MANASEVICH, Rene. 2000. La filiacion y sus efectos. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 2000.

ACUÑA, JUAN ANDRES ORREGO. 2014. La Filiacion y La Proteccion de los Incapaces. La Filiacion y La Proteccion de los Incapaces. Santiago : www.juanandresorrego.cl, 2014, pág. 1.

ADROHER BIOSCA, S Y BERASTEGUI, Pedro. 2000.La adopcion internacional: Una nueva migracion. 8, Madrid : Revista Migraciones, 2000, Vol. VIII.

CIVIL, CODIGO DE ENJUICIMIENTO. 2016. Codigo de Enjuicimiento Civil. Madrid : s.n., 2016.

CODIGO CIVIL. 2018. Codigo Civil. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 2018.

RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Comentario de la Setencia del Tribunal Constituciona de 29 de Septiembre de 2009, mediante la cual se declara inaplicable el articulo 206 del CC. Santiago de Chile : Instuto Libertad y Desarrollo, 2010.

COURT MURASSO, Eduardo. 2000. Nueva Ley de Filiacion. Santiago : Editorial Conosur, 2000.

ETCHEBERRY COURT, Leonor. 2009.Derecho de Familia, Sucesorio y Regimenes Matrimoniales. Santiago de Chile : Revista Chilena de Derecho Privado, 2009.

CORRES TALCIANI, Hernan. 1999.Determinacion de la filiacion y acciones de estado en la Reforma de la Ley N°19.585.. Valparaiso : Revista de Derecho .

DOMINGUEZ BENAVENTE, R Y DOMINGUEZ AGUILAR, R. 1998. Derecho Sucesorio. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 1998.

CIRELLO BRUÑOL, Miguel. 2007.El intereses superior del niño en el marco de Convencion Internacional sobre los Derechos del Niño. Santiago : UNICEF, 2007.

ERIKSON, E. 1964. Insight and responsibility. New York : Norton, 1964.

GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. 2007. El sistema de filiacion chileno. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 2007.

LEPIN MOLINA, Cristian. 2014.Los Nuevos Principios del Derecho de Familia. Santiago : Revista Chilena de Derecho Privado, 2014.

LOPEZ RIVERA, Gisella. 2001. Nuevo Estatuto de filiacion y los derechos esenciales. Santiago : Editorial Conosur, 2001.

QUINTANA VILLA, Maria Soledad. 2013.. Derecho de Familia. [aut. libro] Maria Soledad. QUINTANA VILLA. Derecho de Familia. Valparaiso. : Ediciones Universitarias Valparaiso., 2013.

RAMOS PAZOS, Rene. 2003. Derecho de Familia 4ta Edicion. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 2003.

RICHARDS, B. 2004. ¿What is identity? Londres : s.n., 2004.

ROSSEL SAVEDRA, Enrique. 1965. Manual de Derecho de Familia. Santiago : Editorial Juridica de Chile, 1965.

SENADO, DIARIO SESIONES DEL. <https://www.bcn.cl>. <https://www.bcn.cl>. [En línea] [Citado el: 30 de Enero de 2019.] www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=667450.

SOMARRIVA, Manuel. 1963. Derecho de Familia. Santiago : Nascimento, 1963.

SUPREMA, CORTE. 2009. 4783, 4783-20019. Santiago : Ilustrisima Corte Suprema, 2009.

UNICEF. https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30197.html. UNICEF. [En línea] [Citado el: 15 de febrero de 2019.] www.unicef.org.

VELOSO, Paulina. 2001. La filiacion en el nuevo Derecho de Familia. Santiago : Editorial Conosur, 2001.