TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

ACTAS DEL V CONGRESO DE DERECHO DE FAMILIA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE

Nicolás Ibáñez Meza
(Coordinador y editor)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE
MÁS UNIVERSIDAD

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

ACTAS DEL V CONGRESO DE DERECHO DE FAMILIA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE

Nicolás Ibáñez Meza
(Coordinador y editor)

2024

Tendencias jurisprudenciales en materia de derecho de familia
Actas del V Congreso de derecho de familia de la Universidad Autónoma de Chile
Nicolás Ibáñez Meza

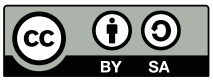
Primera edición: abril, 2024
Santiago, Chile
Ediciones Universidad Autónoma de Chile
https://ediciones.uautonoma.cl

© Universidad Autónoma de Chile
Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia
Santiago, Chile

Corrección de textos
Constanza Cariola

Diseño y diagramación
Ediciones Universidad Autónoma de Chile

ISBN: 978-956-417-028-2
Registro de propiedad intelectual: 2024-A-3158



Este material puede ser copiado y redistribuido por cualquier medio o formato, además se puede remezclar, transformar y crear a partir del material siempre y cuando se reconozca adecuadamente la autoría y las contribuciones se difundan bajo la misma licencia del material original.

EDICIONES
Universidad Autónoma de Chile

Índice

Prefacio
Nicolás Ibáñez Meza 8

La limitación de cambio de nombre «por una sola vez» contenida en la ley N.° 17.344 y el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes
Daniel Bravo Silva 9

Sobre la determinación del quantum de la compensación económica
Branco Aravena Cuevas 21

El derecho a la identidad y la pérdida de chance. Algunos comentarios a propósito de la jurisprudencia argentina
Isabel Wigg Sotomayor 35

La invalidación del procedimiento de incapacitación en Chile y su reemplazo por un sistema de autodeterminación de las personas con discapacidad
Laura Albornoz Pollmann 47

Sobre el concepto de «germen de autonomía» de los niños en la jurisprudencia nacional
Nicolás Ibáñez Meza 65

Criterios en torno a la posesión notoria del estado civil de hijo en la jurisprudencia reciente de la corte suprema y tribunal constitucional
Veronika Wegner A. 83

Derecho a ser oído en la ley nº 17.344. Aplicación directa del artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño, en sentencia de reemplazo dictada por la ilustrísima corte de apelaciones de La Serena en causa rol nº 221-2022 civil
César Vargas Rojas 101

Prefacio

Desarrollado el miércoles 14 de diciembre de 2022, con la participación de más de una decena de profesores y profesoras de Derecho de distintas facultades del país, este trabajo recoge parte de los estudios y experiencias expuestos en la quinta versión del Congreso de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Los profesores ponentes de dicha instancia, distribuidos en mesas temáticas, fueron los siguientes:

- Profesor Carlos Villagrasa Alcaide de la Universitat de Barcelona
- Profesora Marcela Acuña San Martín de la Universidad de Talca
- Profesora María Isabel Wigg Sotomayor de la Universidad Autónoma de Chile y la Universidad del Desarrollo
- Profesora Veronika Wegner Astudillo de la Universidad Adolfo Ibáñez
- Profesora Laura Albornoz Pollmann de la Universidad de Chile
- Profesor Pablo Acuña Bustos de la Universidad de Antofagasta
- Profesor Branco Aravena Cuevas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
- Profesora Angelina González Carrasco de la Universidad Santo Tomás
- Profesor César Vargas Rojas de la Universidad del Alba y la Universidad Católica del Norte
- Profesor Ricardo Vargas Morales de la Universidad Santo Tomás
- Profesor Daniel Bravo Silva de la Universidad Central
- Carolina Otey de la Fundación de abogados por los animales
- Profesor Nicolás Ibáñez Meza de la Universidad Autónoma de Chile

Tras una pandemia y en el esperado retorno a la presencialidad, en el referido evento se tuvo oportunidad de reunir a destacados exponentes del área del derecho de familia para desarrollar un eje temático que representa la orientación de esta obra como insumo para la necesaria actualización dogmática: las tendencias jurisprudenciales en materia de derecho de familia.

Los trabajos aquí expuestos representan el desarrollo de tópicos novedosos y recientes sobre distintos aspectos de la disciplina del derecho de familia, que van desde cuestiones de la identidad de niños, niñas y adolescentes, y su autonomía, hasta cuestiones

relativas a compensación económica y responsabilidad civil en derecho de familia. Con siete trabajos distintos, este libro pretende ser un pequeño aporte a la discusión académica y una devolución a la judicatura sobre la forma en la que se ha estado aplicando el derecho de familia en las distintas cuestiones.

Esta obra es fruto del esfuerzo y el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, la que a través de los años ha permitido sacar adelante y mantener la realización del Congreso de Derecho de Familia, que junto con el de Regulación y Consumo, ya se han vuelto tradicionales de nuestra Escuela. Por ello es que se expresan inmensos agradecimientos a la Universidad Autónoma de Chile y a la Facultad de Derecho, representada por nuestro decano Dr. Rodrigo Barcia Lehmann. Además, agradezco al equipo de Ediciones Universidad Autónoma de Chile, especialmente a Isidora Sesnic Humeres, quien una vez más hace posible poner a disposición de la comunidad una obra de esta especie.

Finalmente, debo agradecer a mi equipo de ayudantes. A quienes participaron activamente en el Congreso de Derecho de Familia como parte del comité organizador y muy especialmente a quienes participaron de la edición de este libro. A mi ayudante titular, licenciada Constanza Vásquez Pino, y a mis ayudantes de investigación, Maira Orellana Alarcón y Alex Peñailillo Peñailillo. Sin su dedicación y trabajo, sin duda no podría haber sido posible la realización de esta obra.

Nicolás Ibáñez Meza
Director
Profesor Derecho de Familia y Civil
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Chile

La limitación de cambio de nombre «por una sola vez» contenida en la ley N.º 17.344 y el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes

The "only once" name change limitation contained in law N.º 17.344, and the right to identity of child and adolescents

Daniel Bravo Silva[1]

RESUMEN

Se analiza la limitación al cambio de nombre «por una sola vez», contenida en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley N.º 17.344, en relación con el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, a partir de un proceso de cambio de apellido de un adolescente, que fue inicialmente desestimado por haberse autorizado el cambio de su nombre cuando era un niño.

Palabras claves: cambio de nombre, Ley 17.344, derecho a la identidad, niños, niñas y adolescentes, inconstitucionalidad.

1 Abogado, magíster en Derecho con mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, máster en Derecho de la Infancia y Adolescencia de la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Central de Chile, Región de Coquimbo. Dirección postal: Los Carrera 657, Oficina 301, La Serena, Chile. dbravosilva@bsyasociados.cl

ABSTRACT

The limitation on the change of name "only once", as stated in Article 1, Subsection 2, of Law Nº 17.344, in relation to the right to identity of children and adolescents, is analyzed based on a process of changing the surname of an adolescent, which was initially dismissed because a change of their given name had already been authorized when he was a child.

Keywords: Name change, Law 17,344, right to identity, children and adolescents, unconstitutionality

1. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la limitación al cambio de nombre propio, apellidos o ambos, «por una sola vez», contenida en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica, en el contexto del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes. El análisis surge a partir de un proceso seguido ante el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, en el que se rechazó la solicitud de cambio del primer apellido de un adolescente, fundada en la existencia de una resolución judicial dictada en un proceso anterior, cuando el peticionario era un niño, por la cual ya se había modificado su primer nombre. La mencionada decisión fue apelada por la peticionaria y, de forma previa a la resolución del recurso, la Corte de Apelaciones de Copiapó decidió plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad de la mencionada norma, la que fue resuelta por sentencia de 5 de julio de 2022, declarándose inaplicable por inconstitucionalidad dicho precepto.

Para tales efectos, se comienza reseñando los aspectos generales en torno al nombre y su modificación en el derecho chileno, luego se da cuenta de los antecedentes del caso, de la sentencia de primera instancia, del requerimiento de inaplicabilidad y su sentencia, para finalizar con algunos comentarios sobre las decisiones adoptadas en el proceso y sus consecuencias.

2. Nombre y cambio de nombre en el ordenamiento chileno

La doctrina nacional explica que el nombre es un atributo de la personalidad y, a falta de definición legal, lo conceptualizaba como «la o las palabras que sirven para distinguir a una persona de las demás» (Ruz, 2011, p. 183) o como «el conjunto de palabras que se utilizan para individualizar y distinguir una persona de las otras en la vida familiar y social» (Corral, 2018, p. 370). Por su parte, la jurisprudencia lo definía como «la designación que sirve para individualizar a una persona en la vida social y jurídica» (Ducci, 2016, p. 119). De la misma manera, ha expresado que el nombre

es un atributo de la personalidad y un «derecho substancial de toda persona», que le corresponde por el solo hecho de existir y le permite diferenciarse de cualquier otra (Barrientos, 2016, p. 99).

El nombre civil, esto es, el nombre como atributo de la personalidad, está compuesto de dos elementos, el pronombre, nombre propio, de pila o nombre propiamente tal, que individualiza a la persona dentro de su grupo familiar; y el o los apellidos, nombre patronímico o nombre de familia, que indica a los pertenecientes a un determinado grupo familiar (Orrego, 2023).

Desde mayo de 2021, tras la modificación introducida por la Ley Nº 21.334, sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres, el Código Civil define al nombre, en su artículo 58 bis, situado en el párrafo 2 del Título I del Libro I, como «el conjunto de palabras que sirve legalmente para identificar a una persona. Está formado por el o los nombres propios, y por el o los apellidos con que se encuentre individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento».

En el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, el nombre es un derecho, pues el artículo 7.1 de este tratado internacional sobre derechos humanos, establece:

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

A nivel interno, la Ley Nº 4.808, sobre Registro Civil, al regular el contenido de las partidas de nacimiento, en el artículo 31 expresa que estas, entre otras menciones, deben incluir:

> El o los nombres del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción, y el o los apellidos del nacido que correspondan, de conformidad con las disposiciones del Párrafo 2 del Título I del Libro I del Código Civil.

Aunque tradicionalmente en la doctrina civil chilena se ha sostenido que el nombre, en tanto atributo de la personalidad, es inmutable (Ruz, 2011, p. 184), lo cierto es que no tiene tal carácter, al menos de manera absoluta. Ello, pues el nombre civil puede modificarse en el curso de la existencia de una persona, y este cambio puede producirse por vía principal o de forma consecuencial (Orrego, 2023).

El procedimiento de cambio de nombre por vía directa se encuentra reglamentado, esencialmente, en la Ley Nº 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Por otro lado, también se consideran mecanismos de cambio por vía principal los establecidos en la Ley Nº 21.120, para la rectificación de sexo y nombre registral en razón de identidad de género, y el cambio de orden de los apellidos, en caso de personas mayores de edad, de los artículos 17 bis, 17 ter y 17 quáter de la Ley Nº 4.808, introducidos por la Ley Nº 21.334.

La Ley Nº 17.344 contempla un procedimiento judicial no contencioso, de competencia de los tribunales civiles, que permite obtener el cambio de los nombres propios y/o de los apellidos, en determinadas situaciones que la misma regula. Al respecto, la jurisprudencia ha destacado que el cambio de uno o más de los nombres o apellidos con que haya sido individualizado en su inscripción de nacimiento es una «facultad de toda persona» que cumpla con las exigencias de dicha ley (Barrientos, 2016, p. 99).

El artículo 1, inciso segundo, de esta Ley Nº 17.344 contempla varias causales que permiten el cambio de los nombres propios y/o de los apellidos, siendo la más frecuente la de la letra b), esto es: «Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios». Sin embargo, en todos los casos, con una especial limitación: «por una sola vez». Dicho precepto expresamente establece:

> Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez.

En general, se ha considerado que la Ley Nº 17.344 no solo busca satisfacer un interés individual del peticionario, sino que cumpliría una finalidad social, dado que busca «regularizar una situación anormal producida porque una persona en la realidad es conocida por nombres y/o apellidos que no constan en su respectiva inscripción» de nacimiento, y con ello tiende a ponerlos en consonancia (Barrientos, 2016, p. 99).

3. Antecedentes del caso

3.1. La gestión ante el juzgado civil

Ante el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, Rol Nº V-1395-2020, se presentó B. A. J. V.,[2] madre del adolescente E. I. C. J., de entonces catorce años, solicitando el cambio del apellido paterno de su hijo, de «C» a «Q», fundado en que había sido conocido por más de cinco años con un apellido distinto del inscrito, es decir, de conformidad a la causal de la letra b) del artículo 1 de la Ley N.º 17.344 (J., 2021).

La peticionaria manifestó que el apellido «C», que se quería modificar, correspondía al de la persona que reconoció a su hijo, es decir, se trataba de su progenitor legal,

2 En resguardo a la privacidad de los involucrados, solo se utilizarán las iniciales de los nombres y/o apellidos.

quien se desligó totalmente de los cuidados de su descendiente, tras el término de la relación sentimental entre ambos, y sin que su hijo tuviese contacto alguno con él.

Cuando E. I. C. J. tenía cuatro años, ella inició una nueva relación —que aún mantenía—, de la cual nacieron dos hijos: uno de más de ocho años y otro de casi dos años. De ese modo, desde temprana edad se relacionó con esta pareja, a quien reconocía en los hechos como padre, y usaba su apellido «Q» para individualizarse dentro de su círculo de amigos y ante la sociedad en general, por lo que solicitaba que en definitiva se estableciera como el suyo.

El actual apellido de su hijo le generaba confusión y vergüenza, al tener que explicar que correspondía al de su padre, que lo reconoció, pero que no participaba en su vida, y de quien no tenía recuerdos. Además, sus hermanos tenían otro apellido, y el progenitor de estos últimos había cumplido plenamente con el rol de padre a su respecto, es decir, se trataría de su padre de crianza.

Durante la tramitación del proceso, el Servicio de Registro Civil, al evacuar el informe de rigor, dio cuenta al tribunal de que la inscripción de nacimiento del adolescente presentaba una rectificación anterior, por sentencia de 18 de febrero de 2013, dictada por el Primer Juzgado Civil de Rancagua, Rol N.º V-31-2010.

De la revisión de esta última sentencia (*C. S.*, 2013), se desprendió que se había autorizado judicialmente el cambio del primer nombre del adolescente, de «R» a «E», por la causa de la letra b), del artículo 1 de la Ley N.º 17.344, a petición de ambos progenitores, y sin que se oyera en la causa al entonces niño. Cabe agregar que esta gestión judicial se inició cuando el niño tenía cuatro años, pero se resolvió a sus siete años.

En la gestión judicial ante el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, compareció el adolescente. En esta diligencia se presentó utilizando el apellido respecto del cual se solicitaba el cambio, «Q», señalando que se identificaba con este y que sus amigos lo conocían así. El adolescente, en síntesis, manifestó que su padre es la pareja actual de su madre, a quien conoció cuando era pequeño, y al ser consultado sobre su «padre biológico», señaló que solo conoce su nombre. Además, indicó que le molesta tener que explicar a la gente la diferencia de apellidos, entre el inscrito y el que usa. Finalmente, consultado respecto de su opinión sobre el proceso en curso, expresó en el considerando sexto que

> no obstante que en los hechos ya es conocido como E. Q., le gustaría cambiarse el apellido, dado que con ello evitaría las confusiones al respecto, y puesto que él se siente como E. Q. y es parte de su ser. (*J.*, 2021)

El Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó dictó sentencia el 10 de marzo de 2021, rechazando la solicitud de cambio del primer apellido del adolescente, en razón a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Nº 17.344, sosteniendo en el considerando décimo que

> habida cuenta de la existencia de una sentencia judicial que accedió con anterioridad a una solicitud de cambio de nombre promovida igualmente por la madre del adolescente y cuyo destinatario ha sido la misma persona titular de la partida de nacimiento que —nuevamente— hoy es pretendida de ser cambiada en el sentido expuesto en autos, y siendo claro el tenor del artículo 1º de la Ley Nº 17.344 en cuanto a que una persona solo podrá solicitar por una sola vez el cambio de nombres o de apellidos, o de ambos a la vez es que no se accederá a lo peticionado. (*J.*, 2021)

En contra de dicha sentencia se presentó recurso de apelación por la solicitante, ante la Corte de Apelaciones de Copiapó.

3.2. La cuestión de inaplicabilidad sobre el artículo 1, inciso segundo, de la Ley N.º 17.344

La Corte de Apelaciones de Copiapó, en el marco del recurso de apelación bajo su conocimiento, Rol Nº 80-2021, interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó. Requirió al Tribunal Constitucionalidad la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344, respecto a la frase «por una sola vez».

El tribunal de alzada expresó en su requerimiento que, en el caso concreto, la limitación que establece el precepto legal impugnado colisiona con diversos derechos —lo que se había denunciado en el recurso de apelación interpuesto por la peticionaria—, básicamente, el derecho a la identidad, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el derecho a la integridad psíquica, del artículo 19, número 1, de la Constitución Política de la República; el interés superior del niño, del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y el derecho a expresar su opinión y que esta sea tenida debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, del artículo 12.1 de la misma Convención (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022).

Más precisamente, la Corte de Apelaciones de Copiapó, en su sentencia de 13 de julio de 2022, manifestó en el considerando tercero que

> debido a que surgieron dudas acerca de la constitucionalidad de la limitación establecida en el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344 en relación al caso concreto, se decidió requerir al Tribunal Constitucional su pronunciamiento sobre la inaplicabilidad del referido precepto, fundándose el requerimiento en que, al limitar la norma legal el ejercicio del derecho a cambiar nombres o apellidos, o ambos a la vez, por una sola vez, colisiona con diversos derechos del ahora adolescente, tales como el derecho a la identidad, el derecho a la integridad psíquica y el interés superior del niño. (*J.*, 2021)

De esa manera, la Corte de Apelaciones de Copiapó estimó que la aplicación de la norma cuestionada había obligado al tribunal *a quo* a hacer prevalecer un procedimiento en que no se consultó la opinión del adolescente, en desmedro de aquel en que sí pudo ser oído. Esto, habiendo el adolescente manifestado y dado las razones que sustentaban su deseo en orden a que se permitiera modificar su apellido paterno, lo que a todas luces aparecía como incompatible con la normativa antes referida (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022).

3.3. La sentencia del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Por sentencia de 5 de julio de 2022, Rol N.º 11.969-2021, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión «por una sola vez» del artículo 1, inciso segundo, de la Ley N.º 17.344, en el proceso seguido ante el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Copiapó, por recurso de apelación, de forma unánime (8 votos a 0).

El Tribunal Constitucional, en el considerando cuarto de la sentencia de inaplicabilidad, reiteró su criterio en orden a que el derecho al nombre es un componente del derecho a la identidad personal, y explicó en el considerando sexto: «La identidad como derecho entonces implica reconocer entonces las características y rasgos que son los propios de una determinada persona y que constituyen atributos suyos que la diferencian del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico» (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022).

En el aspecto jurídico —expresó en el considerando séptimo—, pues a través del nombre la persona puede relacionarse «con un entorno familiar y las consecuencias jurídicas que ello conlleva», derivadas de la filiación, y añadió en el considerando octavo que

> como la determinación de los atributos o elementos de la identidad pueden entonces llegar a incidir en las relaciones que se tengan con terceros, dada la relevancia jurídica que ellos revisten como configuradores de la identidad de una persona, ellos deben constar en registros administrados por un servicio público especial. (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022)

El derecho a la identidad, para el Tribunal Constitucional, es uno los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», a los que alude el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política de la República de Chile, precisando en el considerando decimoprimero que

> sin perjuicio de que el derecho a la identidad personal no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución chilena, diversas sentencias de esta Magistra-

> tura lo han reconocido como un derecho de carácter implícito, ya que emana de la dignidad humana y, al encontrarse recogido implícitamente en diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022)

El Tribunal Constitucional reiteró su doctrina jurisprudencial en orden a que el derecho a la identidad comprende el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus progenitores y a ser cuidado por ellos. En el considerando decimotercero establece: «El nombre "como componente del derecho a la identidad personal, contribuye a construir una imagen de uno mismo, pero también cumple funciones sociales de relevancia"» (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022).

Al revisar la historia del establecimiento de la Ley Nº 17.344, el Tribunal Constitucional observó en el considerando decimonoveno «que ella tuvo por objeto llenar un vacío», dando «solución de problemas que, muchas veces, pueden tener caracteres serios o trágicos, e incluso, influir en el pleno desarrollo de la personalidad» (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022). En el considerando vigesimoprimero expresó que esta ley

> se pone en los casos en que, motivada por razones de interés público, se hace imperativa la necesidad de impedir la modificación de datos identificatorios de las personas. El cambio de nombre puede ser también complejo, toda vez que los datos de identificación de una persona se encuentran en un sinfín de registros e instituciones (…) En tal sentido, el nombre de las personas se caracteriza por tener una inmutabilidad relativa que asegura la certeza en la designación del sujeto. (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022)

Con todo, explicó en el considerando vigesimosegundo que la inmutabilidad no es absoluta,

> porque admite excepciones por razones justificadas, tales como son las consagradas en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344. Resulta que, considerando los avances de la tecnología (…) en las ocasiones en que se vea comprometido el derecho de identidad, como en el caso de autos, no es razonable que el legislador limite que el cambio de nombre se realice solo por una vez. (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022)

De ese modo, el Tribunal Constitucional estimó que restringir por una sola vez el cambio de nombre al adolescente en un caso concreto puede atentar contra los derechos fundamentales, específicamente contra el derecho a la identidad personal, teniendo en cuenta especialmente, en el considerando vigesimotercero, que «el mismo adolescente afectado manifestó que no obstante que en los hechos ya es conocido con el apellido ["Q"], le gustaría cambiarse el apellido», pues con ello evitaría las confusiones al respecto y que tal apellido era parte de su ser (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022).

Concluyó el Tribunal Constitucional en el considerando vigesimonoveno:

> La norma impugnada en el requerimiento impide al adolescente solicitar un nuevo cambio de su apellido por el que es conocido entre sus pares y que —según expresó él (…) se siente identificado y es parte de su ser, viéndose obligado a permanecer con el de su padre biológico, de quien el adolescente no conoce nada más que su apellido (…) Por lo anterior, y conforme a los antecedentes del caso, el precepto legal impugnado afecta el derecho de todo individuo a su identidad personal y, con ello, a su dignidad, como asimismo al derecho a la integridad síquica. (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2022)

Es importante destacar que este se trata del tercer requerimiento en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de la frase «por una sola vez» del artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344. En una primera oportunidad, por sentencia de 4 de junio de 2020, Rol Nº 7670-2019, rechazó por unanimidad (9 votos a 0) la inaplicabilidad del artículo 1 de la Ley Nº 17.344. Correspondió a un caso en que la solicitante había cambiado su nombre propio y sus apellidos, y solicitaba ahora un cambio de nombre propio y de sexo registral de masculino a femenino, fundado básicamente en que, durante la tramitación del requerimiento se había publicado la Ley Nº 21.120, sobre identidad de género, y que una declaración de inaplicabilidad no tendría efecto útil, dado que era posible acudir al procedimiento dispuesto por la referida ley (*M. R. S.,* 2020).

En la segunda ocasión, por sentencia de 5 de mayo de 2022, Rol Nº 10.975-2021, se acogió por unanimidad (8 a 0) el requerimiento y se declaró inaplicable la expresión «por una sola vez» del artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344, en un proceso seguido ante el Primer Juzgado de Letras de Vallenar, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Copiapó, por recurso de apelación. En este caso, el solicitante había sufrido el cambio de su primer apellido cuando tenía nueve años, por gestión efectuada por su madre, y ya teniendo veinte años de edad, quería recuperar el apellido de su padre biológico (*J. A. C. G.*, 2022).

4. Comentarios sobre las decisiones adoptadas en el proceso y sus consecuencias

Los progenitores de un menor de edad, en calidad de representantes legales del mismo, están habilitados legalmente para solicitar judicialmente el cambio de su nombre, de conformidad con el procedimiento de la Ley Nº 17.344. Esto, sin perjuicio de que los menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1 de la Ley Nº 17.344, pueden solicitarlo directamente, en los supuestos que indica:

> Si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta

> ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del defensor de menores y aun de oficio.

Ahora bien, si los progenitores obtienen tal modificación, sin intervención del hijo y a una corta edad, y posteriormente este último, ya siendo un adolescente, se identifica y es conocido por más de cinco años con nombres propios y/o apellidos distintos, y quiere rectificar su partida de nacimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344, el juzgado de letras en lo civil competente se vería obligado a rechazar tal solicitud. Sin embargo, aunque ajustada formalmente a la legalidad, no parece razonable tal conclusión a la luz de los derechos de niños, niñas y adolescentes. No debe olvidarse que en estas materias es plenamente aplicable el interés superior del niño, contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia. De esa manera, debe considerarse la participación de los niños, niñas y adolescentes en las decisiones que los afecten. En efecto,

> las consideraciones del interés superior del niño deben primar al momento de resolver sobre materias que les son propias, es decir tomando en consideración al niño o niña, como sujeto poseedores de derechos que deben ser respetados por los adultos y por el Estado. (Barrientos, 2016, p. 101)

La citada disposición, en este marco, vulnera el derecho a la identidad del adolescente —la cual, cabe recordar, no solo tiene una dimensión estática, sino también dinámica—, pues de aceptarse dicha restricción en el contexto reseñado, el adolescente estaría obligado a mantener un nombre con el cual no se identifica ni es conocido, descartándose consecuencialmente el que es producto de su identidad en sentido dinámico.

Esa es la línea argumentativa que se encuentra en la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol Nº 11.929-2021, que incidió en el proceso Rol Nº V-1395-2020 del Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, cuya apelación se encontraba pendiente ante la Corte de Apelaciones de Copiapó.

Se reafirma así el criterio establecido en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional, Rol Nº 10.975-2021, en orden a que el interés social que justificaría una restricción legal al número de veces que una persona puede solicitar un cambio de nombre, cede ante el derecho a la identidad personal y, por consiguiente, a la protección de la dignidad humana, dadas las particulares que el caso analizado se planteaba.

Por otro lado, el caso analizado demuestra la necesidad permanente de hacer efectivo el derecho de todo niño, niña o adolescente a ser oído, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los procesos de cambio de nombre, particularmente mediante una audiencia en que ellos puedan expresar su opinión sobre la gestión que se está desarrollando. En este sentido, resulta muy positivo que el Servicio de Registro Civil e Identificación recomiende constantemente, en sus informes

evacuados en estas materias, tales audiencias, práctica que se remonta a poco más de una década, aproximadamente.

A su vez, debe valorarse positivamente este tipo de gestiones de cambio de nombre, en la medida que sus fundamentos de hecho estén debidamente acreditados, como el caso objeto de este trabajo, en tanto se presentan como mecanismos de reconocimiento a las familias ensambladas y a la parentalidad social o de crianza. Es más, podrían contribuir —eventualmente— a sustentar posteriores acciones de filiación fundadas en la posesión notoria o para procesos de adopción por integración (Bravo, 2017, pp. 323-332).

Por otro lado, ha quedado abierta la posibilidad de accionar de inconstitucionalidad respecto a la frase «por una sola vez», del artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344 que, en el supuesto de acogerse, implicaría la derogación de tal precepto.

5. Conclusión

La sentencia del Tribunal Constitucional, en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344, en la expresión «por una sola vez», Rol Nº 11.929-2021, que incidió en el proceso Rol Nº V-1395-2020 del Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, cuya apelación se encontraba pendiente ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, fue plenamente consistente con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Era de justicia en el caso en concreto, al ser la única forma que permitiría al tribunal resolver favorablemente la solicitud de cambio de nombre, sin la limitación causada por haberse realizado previamente un cambio respecto del mismo solicitante.

También es especialmente destacable la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, luego de analizar el recurso de apelación interpuesto, y previa a pronunciar sentencia en el mismo, ante las dudas sobre la constitucionalidad de la limitación establecida en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley Nº 17.344, de requerir al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de dicho precepto, fundado precisamente en que tal restricción colisionaba con diversos derechos del adolescente.

Todo ello permitió, finalmente, dictar una sentencia estimatoria en la gestión judicial de cambio del apellido del adolescente, por vía de apelación, que se ajustó a su querer y sentir.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barrientos, J. (2016). *Derecho civil no codificado. Edición crítica de sus textos, concordados, comentados y anotados.* Legal Publishing.

Bravo, D. (2017). Las familias ensambladas y la adopción: la adopción por integración. En M. Acuña & J. Del Picó (eds.), *Estudios de Derecho Familiar* (pp. 323-332). Universidad de Talca.

Corral, H. (2018). *Curso de Derecho civil. Parte general.* Legal Publishing.

Ducci, C. (2016). *Derecho civil. Parte general.* Editorial Jurídica de Chile.

Ruz, G. (2011). *Explicaciones de Derecho Civil* (tomo I). Legal Publishing.

Orrego, J. (2023). Los atributos de la personalidad. *Juanandresorrego.cl*.

NORMAS CITADAS

Código Civil de la República de Chile (actualizado al 20/05/2023).

Ley Nº 21.120 (actualizada al 28/12/2022). Que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Ley Nº 21.334 (actualizada al 11/01/2022). Sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres.

Ley Nº 17.344 (actualizada al 14/05/2021). Que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica.

Ley Nº 4.808 (actualizada al 14/05/2021). Sobre Registro Civil.

JURISPRUDENCIA CITADA

C. S. (2013). Primer Juzgado Civil de Rancagua, 18 de febrero de 2013 (cambio de nombre), Rol Nº V-31-2010. Disponible en: https://juris.pjud.cl.

Corte de Apelaciones de Copiapó (2022). Tribunal Constitucional, 5 de julio de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad), Rol Nº 11.969-2021. Disponible en https://tramitacion.tcchile.cl.

J. (2021). Primer Juzgado Civil de Rancagua, 10 de marzo de 2021 (cambio de nombre), Rol Nº V-31-2010. Disponible en: https://juris.pjud.cl.

J. A. C. G. (2022). Tribunal Constitucional, 5 de mayo de 2022 (requerimiento de inaplicabilidad), Rol Nº 10.975-2021. Disponible en https://tramitacion.tcchile.cl.

M. R. S. (2020). Tribunal Constitucional, 4 de junio de 2020 (requerimiento de inaplicabilidad), Rol Nº 7670-2019. Disponible en https://tramitacion.tcchile.cl.

Sobre la determinación del quantum de la compensación económica

On the determination of the quantum of financial compensation

Branco Aravena Cuevas[3]

RESUMEN

En el presente trabajo se examinan algunas cuestiones, a propósito de la determinación de la cuantía de la compensación económica. En primer lugar, se revisa el artículo 62 de la Ley N.º 19.947, en lo que concierne a su carácter no taxativo y la amplitud de la expresión «duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges», lo que permite considerar la convivencia prematrimonial. En segundo lugar, a partir de algunos criterios recogidos en la jurisprudencia y la doctrina, se proponen algunas pautas para el cálculo de la compensación económica.

Palabras clave: cuantía de la compensación, convivencia prematrimonial, cálculo de la compensación.

3 Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctorando en Derecho de la misma casa de estudios. Profesor agregado de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo: branco.aravena@pucv.cl. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

ABSTRACT

This paper examines various issues pertaining to the determination of the quantum of financial compensation. Firstly, it reviews Article 62 of Law Nº 19,947, particularly focusing on its non-exhaustive nature, and the breadth of the expression "duration of marriage and shared life of the spouses", which allows for the consideration of pre-marital cohabitation. Secondly, based on certain criteria gleaned from jurisprudence and doctrine, it proposes guidelines for calculating financial compensation.

Keywords: quantum of compensation, pre-marital cohabitation, calculation of compensation.

1. Introducción

La disciplina de la compensación económica en la Ley N.º 19.947 (en adelante: LMC) no comprende una fórmula para establecer la cuantía de la prestación que debe pagar el cónyuge deudor en favor del cónyuge beneficiario, a fin de corregir el menoscabo económico experimentado a causa de la dedicación a las labores familiares. Ello ha implicado que, en ocasiones, los Tribunales de Familia fijen el monto a pagar sin ofrecer mayores razones, fundando su decisión en una inferencia que va desde la mera enunciación de la valoración de la prueba, conforme con las reglas de la sana crítica hacia la determinación del monto, sin que se transparente cómo se arriba a este. Un ejemplo de ello es lo resuelto en una causa del Juzgado de Familia de Valparaíso, en sentencia de 2 de octubre de 2020, cuyo considerando vigesimoprimero demuestra esta falta de motivación:

> Que apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica, esto es, los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados y tomando en consideración los factores antes señalados y concurriendo respecto de la demandante los requisitos establecidos en el art 61 de la Ley Nº 19.947 para hacer procedente la compensación económica, se hará lugar a la demanda de compensación económica, debiendo considerarse en la fijación de su monto, además de lo ya señalado, las circunstancias patrimoniales de cada una de las partes, los ingresos que actualmente perciben, que la cónyuge junto a sus hijos vive en inmueble de la sociedad conyugal por el cual el demandado reconvencional paga dividendo por la suma de $282.042 que la cónyuge durante la convivencia matrimonial realizó estudios universitarios que le permitieron titularse como profesora de inglés. (*V. con B.*, 2020)

Esta carencia resulta problemática, puesto que la motivación es lo que legitima la función jurisdiccional en términos institucionales,[4] lo que a su vez impacta negativamente

4 Si bien Gascón (2010, p. 183) se refiere al análisis de la prueba, la idea bien puede extrapolarse a la motivación de la sentencia en general como garantía de una debida fundamentación, a fin de evitar saltos lógicos entre premisas y conclusiones.

en los litigantes, quienes se ven privados de conocer las razones que pueden ofrecer los adjudicadores frente a estos casos. Aquello, a su vez, incide en dos puntos: primero, al no saber qué es lo que resolverá el tribunal, se genera un ambiente de impredecibilidad, lo que merma la capacidad de adecuación de las estrategias y defensas de las partes. Segundo, como una consecuencia de lo anterior, los litigantes optan por solicitar montos elevados, a fin de contar con un mayor margen de negociación y determinación para el juez. De este modo, la decisión puede verse influenciada por el sesgo de anclaje, explicado por Thaler y Sunstein (2009), en términos que «se comienza con un ancla, la cifra conocida, y se ajusta en la dirección que se considera apropiada» (p. 40). El tribunal —seguramente— no concederá la pretensión en su totalidad, pero la corregirá, con la expectativa del litigante de que se aproxime a lo realmente esperado.

La ausencia de esta justificación ha dado lugar incluso a que se casara en la forma y de oficio un fallo de segunda instancia, tal como lo hizo la Corte Suprema en la causa Rol Nº 2003-2022, de 14 de octubre de 2022. En aquella ocasión, el máximo tribunal se pronunció respecto de la determinación del monto de la compensación económica, debido a que no se ofreció una justificación verificable para su fijación. Así se sigue del considerando tercero:

> Que, del estudio de la sentencia de segunda instancia, que reprodujo íntegramente la de primera, se advierte que ésta, si bien en su motivo décimo analiza la prueba rendida llegando a la conclusión de que se verifican los presupuestos de la compensación económica contenidos en el artículo 61 de la ley Nº 19.947 y luego complementa su análisis con el examen de los criterios enunciados en su artículo 62 para apreciar tanto la existencia del menoscabo como su cuantía, a la hora de determinar el monto específico del menoscabo económico sufrido por la cónyuge, se limita a indicar que «se ha tomado en cuenta principalmente lo que ha dejado de percibir por el ejercicio de su profesión, lo que se ve reflejado manifiestamente en un menoscabo de tipo previsional, teniendo solamente en cuenta los años de convivencia entre las partes». Se evidencia, entonces, que la sentencia carece de la fundamentación necesaria para justificar de qué modo alcanza el monto de la compensación económica que fija en lo resolutivo en $150.000.000. (*O. con E.,* 2022)

Por ende, a fin de mitigar este riesgo, es aconsejable contar con ciertas pautas o parámetros que sirvan para controlar la inconmensurabilidad de la compensación económica. Desde ya cabe anticipar que no es posible arribar a una fórmula exacta, cuestión que la doctrina denunció en su oportunidad (Pizarro, 2009, p. 53), pero no por ello debe abandonarse el intento de propuesta de unos criterios con los que se puede ganar en transparencia y predictibilidad.

En lo que sigue, abordo tres cuestiones: primero, la aplicación de los criterios del artículo 62 de la LMC, en particular lo concerniente a la extensión de tiempo que los tribunales consideran para la determinación del *quantum* de la compensación económica, lo que significa incluso tomar en cuenta la vida prematrimonial de los cónyuges. Segundo, examino algunos criterios para la avaluación de la prestación compensato-

ria, especialmente lo que dice relación con la base de cálculo; y tercero, propongo una propuesta de operatoria para su fijación. Finalmente, cierro este trabajo con algunas conclusiones.

2. Cuestiones vinculadas con la cuantificación de la compensación económica

2.1. La fisonomía del artículo 62 de la LMC y el factor temporal

La regla referida establece:

> Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.

Como puede verse, esta cumple una doble función: primero, sirve para determinar la existencia del menoscabo económico a que refiere el artículo 61 de la LMC. Segundo, funciona para precisar la cuantía de la compensación, a partir de un amplio abanico de criterios. Para la operatoria de cuantificación, convendrá señalar que este catálogo no es taxativo (Del Picó, 2019, p. 625; Hernández & Lathrop, 2022, p. 193), por lo que es posible echar mano a otros parámetros no considerados explícitamente por el legislador, los que incluso pueden inferirse de los ya establecidos. El propio artículo 62 de la LMC proporciona dos elementos que permiten abrir el espectro de criterios a considerar. Primero, cuando se refiere a que se considerarán «especialmente», el texto deja entrever que se puede acudir a otros criterios no previstos por el legislador (González, 2012, p. 61). Segundo, a propósito de los mismos criterios, el legislador regula como cuestiones distintas la duración del matrimonio y la vida en común de los cónyuges. Como se examinará, esta última puede haberse originado con anterioridad a la celebración del vínculo matrimonial, lo que incide en la cuantificación de la compensación. De este modo, se puede interpretar ampliamente este criterio, comprendiendo tanto la vida matrimonial como prematrimonial de las partes.

Así se estableció un fallo de casación en el fondo de 17 de agosto de 2022, Rol Nº 91.561-2021, en que la Corte Suprema consideró la convivencia prematrimonial para

efectos de cuantificar el menoscabo económico. El caso, en lo que interesa, es el siguiente: la relación entre las partes comenzó en 2001 y se casaron en 2009, cesando su convivencia en 2012. Al contraer matrimonio, la cónyuge tenía treinta y tres años, mientras que el marido, cuarenta y nueve. De esta relación nacieron tres hijos, en los años 2003, 2005 y 2007, es decir, con anterioridad a la celebración del matrimonio. Así las cosas, la vida prematrimonial se caracterizó por ser más extensa que la convivencia marital, además de haber sido el contexto temporal en el que los hijos nacieron, lo que permitió tener por verificada la exigencia del artículo 61 de la LMC. En este orden de ideas, en el fallo se anota en el considerando sexto que:

> la interpretación anterior se ve reforzada con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, que cumple la doble función de ser una norma que complementa el artículo 61 para determinar si se configura el menoscabo económico y también presta auxilio a los efectos de cuantificarla, en el evento que se concluya que existe, cuando establece como una de las circunstancias a tomar en cuenta, «la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges», ya que permite considerar una eventual convivencia pre matrimonial entre los cónyuges durante la cual se han producido los presupuestos del menoscabo económico, como es que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, esa persona no pudo realizar, además, un trabajo remunerado. Esta comprensión más amplia, está en consonancia con el espíritu de la institución que apunta, precisamente, a resarcir el daño económico que se pudo verificar, producto de la postergación de quien se dedicó a dichas tareas, haciéndose dependiente económicamente de su pareja y perdiendo o debilitando su autonomía para enfrentar una vida futura, después del divorcio, lo que permite aplicar también a su respecto el principio de protección del cónyuge más débil. En el caso que se conoce, los tres hijos de la pareja nacieron durante el período de la convivencia prematrimonial, habiéndose establecido que fue la demandante reconvencional quien se dedicó al cuidado de los mismos, sin realizar un trabajo remunerado. (*G. F. E. con A. J. E.,* 2022)

Por su parte, la tesis de la no taxatividad puede encontrarse en otra sentencia de la Corte Suprema, de 16 de marzo de 2021, Rol Nº 27.821-2019, considerando tercero, en los siguientes términos:

> El artículo 62 del cuerpo legal citado cumple una doble función, desde que los criterios que contempla deben utilizarse para, complementando lo señalado en el artículo 61 antes citado, establecer la existencia del menoscabo económico, como también para determinar su cuantía, pudiendo redundar su aplicación en un aumento o disminución del monto predeterminado, es decir, al operar como factores de corrección. Dichos criterios no son taxativos y permiten observar el menoscabo padecido en el pasado, aunque aparezcan, en cierto modo, en perspectiva de futuro, ya que algunos de ellos se preguntan por el estado actual y futuro de los cónyuges. (*A. M. C. con D. D. F.*, 2021)

Estos fallos permiten sostener que la extensión de la vida común de los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio y con posterioridad a esta, es relevante para la determinación de los supuestos de los artículos 61 y 62 de la LMC. Si bien se ha entendido que la compensación económica es una figura cuyo titular es el cónyuge beneficiario, y que puede impetrarse al momento de terminarse el vínculo —sea por nulidad o divorcio[5]—, esto no excluye la posibilidad de considerar el tiempo previo, permitiendo así la comprensión de la unidad temporal del proyecto familiar que trasciende al matrimonio y que se funda incluso en las relaciones que le anteceden.

Además de los criterios que sirven para medir el menoscabo económico, también hay que considerar una cuestión metodológica para su determinación, que dice relación con un análisis retrospectivo y prospectivo —respectivamente— de la relación matrimonial. En primer lugar, es necesario mirar hacia el pasado (Pizarro, 2009, pp. 41-43), prestando atención al sacrificio desplegado por el cónyuge postergado, lo que supone contrastar la realidad matrimonial a la luz de los criterios del artículo 62 de la LMC.[6] Por otro lado, se requiere también de una mirada hacia el futuro, en lo que concierne a la posibilidad de enfrentar la vida luego de la terminación del matrimonio (González, 2012, p. 88). Así se sigue, por lo demás, de la propia estructura de los artículos 61 y 62 de la LMC, en términos de que la segunda regla opera como filtro de procedencia para discutir si acaso existe menoscabo económico, y de haberlo, cuál es su cuantía. Esto significa que, a pesar de que el cónyuge beneficiario puede haberse postergado en favor de la familia, por distintas razones sobrevenidas, no se encuentra en una posición necesariamente desventajosa para enfrentar la vida de forma individual, una vez terminado el matrimonio, lo que puede significar incluso que no reciba una compensación económica.[7]

Esta forma de comprender las cosas se aviene con la tesis de la Corte Suprema, en cuanto a que la compensación económica tendría una naturaleza resarcitoria,[8] puesto

5 Además de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Nº 20.830, que crea el acuerdo de unión civil, y el artículo 19 de la Ley Nº 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

6 Esto se debe, según Pizarro (2009), a la naturaleza indemnizatoria de la compensación económica. Los criterios del artículo 62 de la LMC permiten medir la mayor o menor intensidad del menoscabo, con un enfoque retrospectivo. Un ejemplo de ello lo ofrece el autor, al marcar la diferencia entre el término de un matrimonio entre personas de avanzada edad, quienes se mantuvieron unidas por un largo período, versus el matrimonio reciente de personas de avanzada edad y que concluyen prontamente la relación matrimonial.

7 En González (2012) puede encontrarse una idea en este sentido: «Si se tienen condiciones económicas para enfrentar el futuro, sea por la calificación profesional que se detente o por bienes que se tengan —a cualquier título—, no habrá lugar a la compensación. Si ha habido una disminución o pérdida parcial de las aptitudes laborales (por no ejercicio de la profesión u oficio, falta de perfeccionamiento, etc.), la compensación debiera fijarse y durar en función de lo necesario para restablecer dicha capacidad» (p. 89).

8 A pesar de que la Corte Suprema entiende que la naturaleza jurídica de la compensación económica sería de carácter resarcitorio, estimo que en realidad debe considerarse como una finalidad de la institución, lo que permite orientar la aplicación de esta figura, en términos que debe prestarse atención al pasado y futuro del cónyuge beneficiario. En otro lugar he adherido a que su naturaleza

que el cónyuge beneficiario busca paliar, por medio la prestación del cónyuge deudor, las consecuencias del menoscabo padecido, con la expectativa de que sea corregido con miras a enfrentar la vida posterior a la terminación del matrimonio. Así se indica en un fallo de la Corte Suprema, el que consigna lo siguiente en su considerando octavo:

> Que, entonces, lo que justifica el resarcimiento de tipo económico es la actitud que uno de los cónyuges asumió en pro de la familia y la consiguiente postergación personal, por eso su naturaleza jurídica es la de ser reparadora o una forma de remediar el detrimento que experimentó porque no pudo desplegar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o mientras convivieron previo al matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que quería o podía, precisamente por los motivos indicados. Por lo tanto, son dichas circunstancias las que constituyen la causa mediata del deterioro económico que debe ser reparado, por ello, su origen se radica en el pasado, esto es, durante el periodo de la convivencia en las condiciones indicadas, y que influye en la vida futura del cónyuge que la solicita pues deberá enfrentarla sin el estatuto protector del matrimonio. (*G. F. E. con A. J. E.*, 2022)

Entonces, para sintetizar: primero, los criterios del artículo 62 de la LMC no son taxativos, lo que se afirma a partir de la expresión «especialmente», que deja abierta la posibilidad de acudir a otros criterios no previstos en la regla, o bien con cargo a la interpretación extensiva de algunos parámetros, como la vida común de los cónyuges, lo que envuelve la convivencia prematrimonial y matrimonial propiamente tal. Segundo, el análisis de la compensación económica precisa de una mirada retrospectiva y prospectiva, en términos que debe medirse cuánto sacrificio hubo, según el artículo 61 de la LMC, y en qué posición queda el cónyuge beneficiario para gestionar la vida postmatrimonial, desde un enfoque resarcitorio. De este modo, el menoscabo es la medida de la compensación económica, por lo que de su existencia depende que se conceda esta pretensión.

2.2. Bases para la cuantificación de la compensación económica

Resulta aconsejable prestar atención a lo resuelto por los tribunales, en orden a reconocer cómo se ha llevado a cabo la fijación del *quantum* compensatorio. Algunos fallos permitirán ilustrar esta idea, lo que servirá para justificar una propuesta de determinación de la cuantía de la compensación económica.

jurídica, en rigor, se trata de una obligación legal, lo que permite la aplicación supletoria del estatuto obligacional. Sobre esto me pronuncio en Aravena (2022, pp. 1-11). También puede verse al respecto Vidal (2008, pp. 294-300; 2009, pp. 74-75), quien desarrolla esta tesis. En todo caso, creo que no son cuestiones excluyentes, puesto que una cosa es la finalidad perseguida por esta institución, y otra el estatuto supletorio aplicable a la misma.

Un primer caso se encuentra en un fallo de la Corte Suprema, de 8 de agosto de 2022, en la causa Rol Nº 91.783-2021, el que, en lo pertinente, establece lo siguiente en su considerando segundo:

> Que, por lo tanto, al concurrir los requisitos previstos en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, procede acoger la demanda de compensación económica; y para su fijar su monto se tendrá presente, de manera prudencial, que la actora ejerciendo un oficio podría haber obtenido durante los cinco años y cinco meses de vida en común en que no ejerció actividad lucrativa, una remuneración de $400.000, correspondiente al ingreso mínimo mensual, de cuya suma, igual a $26.000.000 resulta razonable calcular un porcentaje de diez por ciento por concepto de cotizaciones y otro diez por ciento para fines de ahorro, pues el resto, lo probable es que habría sido destinado para solventar sus gastos personales y los del hogar; razón por la que corresponde fijar una compensación en la suma de $5.200.000. (*T. G. O. con C. S. C.*, 2022, sentencia de reemplazo)

Este considerando resulta interesante por dos razones: primero, porque toma como base de cálculo el ingreso mínimo remuneracional, bajo la comprensión de que es lo que podría haber percibido el cónyuge beneficiario, ejerciendo alguna actividad remunerada o lucrativa. Segundo, porque se concede una parte de esta suma —un 20% en total— a título de pago, descartando el otro 80%, que habría sido hipotéticamente empleado para solventar las necesidades propias y del hogar común.

En otro caso también se cuantificó la compensación económica con cargo a la base de un ingreso mínimo remuneracional, multiplicada por el tiempo que duró la convivencia en común, descontándose un 50% al resultado de la operatoria anterior:

> Así, se tuvo en consideración que la cónyuge demandante no poseía una cualificación profesional durante los tres años de vida en común, la remuneración que habría obtenido es, como dice la sentencia en alzada, el ingreso mínimo mensual a la fecha de la sentencia, esto es $326.500, valor que multiplicado por treinta y seis meses arroja un monto de $11.754.000; al que debe descontarse el 20% correspondiente a las cotizaciones previsionales y de salud y un 30% de aporte a la manutención propia y de la familia; lo que arroja un total de$5.877.000, que corresponde al monto de la compensación económica que el demandado deberá pagar a la actora. (*G. F. E. con A. J. E.,* 2022, considerando tercero)[9]

En otro fallo —esta vez de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de mayo de 2022—, el menoscabo económico se midió como el daño previsional que experimentó el cónyuge beneficiario. Para ello, la Corte se sirvió de un ingreso de $500.000, multi-

9 El cálculo a que refiere el considerando tercero del fallo anotado es el que determinó la Corte de Apelaciones de Antofagasta y que se obtuvo de la misma sentencia de casación, ya que no fue posible conseguir la sentencia de segunda instancia.

plicado por el número de meses que duró la convivencia matrimonial, extrayendo de este monto un 12% a título de ahorro previsional:

> Así las cosas, se estima que dicho menoscabo se verá resarcido suficientemente considerando el daño previsional efectivamente causado, el que hubiese alcanzado a lo menos a unos $500.000 mensuales, entre los meses de agosto de 1994 a marzo del año 2014, es decir, tomando los 236 meses que estuvo sin trabajar y un ahorro previsional de un 12% de un sueldo imponible promedio de $500.000, su pérdida previsional sería de $14.160.000. (*H. con S.,* 2022, considerando noveno)

Los tres casos tienen un factor en común, que dice relación con la base de cálculo de un ingreso mínimo remuneracional. Y tiene sentido que sea esta base, ya que es el propio artículo 61 de la LMC el que contrapone dos cuestiones: el trabajo doméstico y la imposibilidad total o parcial de ejercer alguna actividad económica. En cierto modo, es posible detectar que esta operatoria asume la existencia de un contrafáctico probable, esto es, que una persona que se dedica a las labores del hogar común y al cuidado de los hijos podría —en un escenario sin mayores variaciones y altamente plausible— dedicarse a ofrecer esos mismos servicios a cambio de una remuneración, a lo menos por el ingreso mínimo remuneracional mensual.

Así puede encontrarse en un fallo de la Corte Suprema:

> Que, a juicio de este tribunal, los hechos establecidos permiten inferir el menoscabo sufrido por la requirente, ya que el extenso período en que se dedicó al cuidado de los hijos y hogar común 27 años sin desarrollar una labor remunerada, resulta en una evidente lesión patrimonial, que no necesariamente cabe atribuir a su escolaridad incompleta o «escasa calificación», ya que si estuvo en condiciones de cuidar de sus cuatro hijos y dirigir y organizar las labores domésticas, al menos habría podido ejercer labores de cuidado similares a las que prodigó a sus hijos en forma remunerada respecto de terceros, u otras como las que realizó después de la separación de hecho, aun cuando fueren retribuidas en montos inferiores a los que hubiere podido optar de haber contado con una preparación técnica o profesional. (*A. M. C. con D. D. F.,* 2021, considerando cuarto)

Otra forma de justificar esta base de cálculo con cargo a un ingreso mínimo remuneracional es por medio de la avaluación de los trabajos domésticos, como ocurre en la sentencia de reemplazo del caso anterior:

> Que para los efectos de fijar el quantum de la compensación económica, esto es, mensurar la medida del menoscabo experimentado durante la vida conyugal y que se revela cuando termina el vínculo matrimonial, alguna doctrina ha sugerido que se traduce en valorizar, con las dificultades que conlleva, el trabajo realizado sin remuneración por el o la demandante de compensación económica, esto es, avaluar el trabajo doméstico. Este sería el primer elemento y fundamental para el cálculo.

> En palabras de la profesora Susan Turner[10], «La realización del trabajo doméstico durante el matrimonio es uno de los componentes básicos de la prestación posmatrimonial», sin perjuicio que además de ser un presupuesto de procedencia, «constituye un óptimo posible de compensar a modo de referente para sopesar el trabajo efectivamente realizado», es decir, puede ser, al mismo tiempo, un criterio importante para la valorización del menoscabo. (*A. M. C. con D. D. F.*, 2021, considerando segundo, sentencia de reemplazo)

La valoración del trabajo doméstico, según se anota arriba, dice relación con la ausencia de calificación para ejercer labores distintas y mejor remuneradas. Por el contrario, si se cuenta con esta preparación, la base de cálculo debería ser mayor. Así se sigue de la misma sentencia:

> La otra operación posible consiste en determinar el costo alternativo de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar, es decir, avaluar no lo que se hizo trabajo doméstico sino lo que se dejó de hacer por el o la requirente, criterio que aumentará la cuantía de la compensación si se trata, por ejemplo, de una persona que antes del matrimonio tenía un trabajo o expectativas de tenerlo, en función de su preparación.

2.3. La operatoria para cuantificar la compensación económica

A este respecto considero que una buena propuesta de cálculo es la de Pizarro, pues da cuenta de un procedimiento que comprende las diversas dimensiones del menoscabo económico. Con todo, hay algunos matices que creo pertinente incorporar. Por ello es que, a mi parecer, la secuencia que debe seguirse para cuantificar el menoscabo económico es la siguiente: primero, operar sobre la base de cálculo de un ingreso mínimo remuneracional, como escenario contrafactual probable de lo que podría haber realizado el cónyuge beneficiario, o bien como valoración del trabajo doméstico en sí mismo. La otra variable es que el cónyuge beneficiario hubiese desempeñado otras labores que requieren de cierta calificación o preparación y que, por tanto, le habrían permitido percibir un ingreso mayor al mínimo remuneracional. En tal caso, esta será la base de cálculo. Esta suma se multiplicará por el tiempo que haya durado la convivencia efectiva de los cónyuges, considerando para ello tanto la vida prematrimonial como la matrimonial propiamente tal, según se analizó más arriba. De esta forma se obtiene el monto bruto compensatorio.

Acto seguido, deben practicarse una serie de deducciones a este monto, que denomino como «descuentos sin retorno». Estas bajas resultan puramente estipulativas y probables, puesto que son aquellas que el cónyuge beneficiario no habría tenido

10 Turner, S. (2006). La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica. En H. Corral & M. Rodríguez (coords.), *Estudios de Derecho Civil II* (pp. 211-224). LexisNexis.

posibilidad de recuperar, como las cotizaciones legales para salud, equivalentes a una tasa de un 7%, o aquellos desembolsos que habría efectuado para la satisfacción de sus necesidades propias y familiares. En este segundo caso, los montos pueden variar prudencialmente, dependiendo del contexto familiar, el número de hijos, los ingresos del otro cónyuge, así como otras condiciones que pueden servir para justificar una mayor o menor tasa, así como ocurre en *G. F. E. con A. J. E.* (2022), en que se deduce un 20% a título de cotizaciones previsionales y otro 30% por desembolsos familiares.

Por lo pronto, discrepo de la deducción del porcentaje a título de ahorros previsionales, ya que se trata de un descuento con retorno, es decir, el cónyuge beneficiario sí lo recibirá al momento de jubilarse, por lo que no puede considerarse como algo a que no habrá derecho a percibir. Al respecto, coincido con Pizarro en cuanto a que ese monto constituye íntegramente compensación económica. Por otro lado, es razonable que si acaso hay reparos sobre la forma de pago de esta partida, una manera de solventarlo sería por medio del traspaso de fondos de capitalización previsional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley Nº 20.255, de forma tal que esta suma se encuentre disponible al momento de la jubilación del cónyuge beneficiario. Por eso estimo equivocado el criterio de *H. con S.* (2022), en que solo se considera el 12% del resultado del monto bruto a título de compensación económica. Esta propuesta, si bien tiene la virtud de identificar adecuadamente una base de cálculo verificable y compartible, ofrece una visión en extremo reduccionista del menoscabo económico que puede experimentar una persona, limitándola exclusivamente a la falta de ahorros previsionales, como si aquello fuera la única desventaja pecuniaria que puede padecer el cónyuge más débil. Además, esto supone implícitamente una jerarquización injustificada de dicho criterio en desmedro de los otros que pudieran considerarse a partir del artículo 62 de la LMC, cuando no existe tal.[11]

Una vez que se han practicado estas deducciones sin retorno, se obtiene el monto ilíquido, al que deben practicarse ciertos retoques. Para ello servirá la corrección por medio de los criterios del artículo 62 de la LMC, que pueden servir para aumentar o reducir el *quantum*, tal como se recoge en *A. M. C. con D. D. F.* (2021). Ahora, a diferencia de Pizarro (2009), quien se refiere a estos criterios, que «deben considerarse para mensurar la intensidad del menoscabo y sacrificio del cónyuge requirente durante el período que justifica la procedencia de la compensación» (p. 53) —es decir, en clave retrospectiva—, creo que también estos parámetros deben aplicarse para un análisis prospectivo, en que el juez de familia debe considerar el escenario probable del cónyuge beneficiario de acuerdo con los antecedentes de la causa, con los cuales puede aumentar o reducir el monto líquido. Como se anotó arriba, es posible que, a pesar del sacrificio desplegado por el cónyuge beneficiario, su menoscabo sea de menor entidad,

11 Según Riveros (2018, p. 54), no hay una jerarquización entre los criterios que establece el artículo 62 de la LMC. En el mismo sentido, véase Del Picó (2019, p. 625). Comparto esta opinión y, por lo mismo, creo que no es admisible que el *quantum* de la compensación económica se determine solo a partir de la ausencia de ahorros previsionales.

y ello puede deberse a circunstancias sobrevenidas, lo que justifica la variación del monto. Todo esto permitirá obtener el monto líquido de la compensación, que constituye efectivamente el contenido de esta prestación. Con cargo a esta suma es posible fijar las formas de pago, según lo dispuesto en el artículo 65 de la LMC.

Esta comprensión favorece un mejor control de la fundamentación judicial del monto compensatorio, pues se gana en transparencia y certeza en la determinación del *quantum*, junto con evitar, por lo pronto, una litigación infundada tendiente a la solicitud de sumas irreales y poco ajustadas a la experiencia conyugal.

3. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, es posible ofrecer algunos comentarios. En primer lugar, la determinación de la cuantía de la compensación económica no está predefinida por el legislador. Sin perjuicio de ello, es posible construir una operatoria para este propósito, lo que supone, en primer lugar, identificar la fisonomía del artículo 62 de la LMC, en tanto regla básica para precisar la existencia y cuantía del menoscabo económico. De este precepto se extrae que los criterios que conforman su catálogo no son taxativos y que incluso pueden interpretarse con cierta amplitud, como ocurre con la convivencia de los cónyuges, lo que permite considerar la vida matrimonial y prematrimonial.

En segundo lugar, una base de cálculo apropiada para determinar el menoscabo económico es el ingreso mínimo remuneracional, o los ingresos que podría haber percibido el cónyuge beneficiario de acuerdo con su calificación o preparación profesional. Ello puede deberse a una explicación contrafáctica de lo que podría haber realizado el cónyuge sacrificado, fuera del hogar y con idéntica capacidad de trabajo, o como una forma de valorar las labores domésticas en sí mismas.

Todo lo anterior contribuye a la elaboración de una operatoria que reconoce tres secuencias: primero, la obtención del monto bruto a partir de la multiplicación del tiempo que duró la convivencia efectiva de los cónyuges por el valor de la base de cálculo, sea el ingreso mínimo remuneracional o el ingreso que podría haberse obtenido del trabajo calificado del cónyuge beneficiario. Segundo, la deducción de ciertos descuentos sin retorno, esto es, aquellos que el cónyuge acreedor no habría tenido posibilidad de recuperar. Aquello permite obtener el monto ilíquido de la compensación. Tercero, la corrección del monto según los criterios del artículo 62 de la LMC, lo que permite obtener el monto líquido sobre el cual el tribunal puede decretar las formas de pago de esta prestación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aravena, B. (2022). Sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica y el régimen de garantías para asegurar su pago. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 5 de febrero de 2021. Rol Nº 1288-2020. *Revista Justicia & Derecho*, *5*(2), 1-11. https://doi.org/10.32457/rjyd.v5i2.1797

Del Picó, J. (2019). *Tratado de derecho conyugal.* Legal Publishing.

Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho.* Marcial Pons.

González, J. (2012). *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial.* Editorial Jurídica de Chile.

Hernández, G. & Lathrop, F. (2022). *Derecho de familias.* Tirant lo Blanch.

Pizarro, C. (2009). La cuantía de la compensación económica. *Revista de Derecho*, *22*(1), 35-54.

Riveros, C. (2018). *La compensación económica.* Der Ediciones.

Thaler, R. & Sunstein, C. (2009). *Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Penguin Random House.

Vidal, A. (2009). Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. *Revista chilena de derecho privado*, (12), 69-99. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000100002.

Vidal, A. (2008). La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. *Revista de Derecho PUCV*, *31*(2), 289-321. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200007

NORMAS CITADAS

Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947 (17 de mayo de 2004).

JURISPRUDENCIA CITADA

A. M. C. con D. D. F. (2021). Corte Suprema, 16 de marzo de 2021, Rol Nº 27.821-2019 (recurso de casación en el fondo, sentencias de casación y de reemplazo).

G. F. E. con A. J. E. (2022). Corte Suprema, 17 de agosto de 2022, Rol Nº 91.561-2021 (recurso de casación en el fondo).

H. con S. (2022). Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de mayo de 2022, Rol Nº 4374-2020 (recurso de apelación).

O. con E. (2022). Corte Suprema, 14 de octubre de 2022, Rol Nº 2003-2022 (recurso de casación en el fondo).

T. G. O. con C. S. C. (2022). Corte Suprema, 8 de agosto de 2022, Rol Nº 91.783-2021 (recurso de casación en el fondo, sentencia de reemplazo).

V. con B. (2020). Juzgado de Familia de Valparaíso, 2 de octubre de 2020, Rit C 2080-2019 (sentencia definitiva de primera instancia).

El derecho a la identidad y la pérdida de chance. Algunos comentarios a propósito de la jurisprudencia argentina

The right to identity and loss of opportunity: some comments on Argentine jurisprudence

Isabel Wigg Sotomayor*

RESUMEN

El derecho a la identidad reviste una especial atención en la jurisprudencia argentina, que puede perfectamente homologarse en nuestro país. Esto es, la posibilidad de que la falta de reconocimiento filiativo de un hijo por parte de un padre constituya una conducta antijurídica que se traduzca en un resarcimiento de los perjuicios que puede haber sufrido aquel niño no reconocido, por vulneración a su derecho a la identidad, en sus diversos capítulos indemnizatorios, especialmente, la pérdida de la chance como rubro a reparar.

Palabras clave: falta de reconocimiento de un hijo, pérdida de la chance, derecho a la identidad, responsabilidad civil, daño en materia de familia, daño moral, responsabilidad extracontractual, jurisprudencia argentina.

ABSTRACT

The right to identity receives special attention in Argentine jurisprudence that can be perfectly standardized in our country. That is, the possibility that the lack of filiative recognition of a child by a father constitutes unlawful conduct that translates into compensation for the damages that the unrecognized child may have suffered due to violation of their right to identity, in its various compensatory chapters, especially the loss of an opportunity as an item to be considered for compensation.

Keywords: lack of recognition of a child, loss of chance, right to identity, civil liability, damage in family matters, moral damage, tort liability, Argentine jurisprudence.

1. Antecedentes

El comentario que realizaré tiene como objeto el fallo de segunda instancia, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires de la Argentina, del 10 de junio de 2021 (*B. A. N. y otro con S. A. S.*), que se pronuncia sobre la responsabilidad civil que recae sobre uno de los progenitores ante la ausencia de reconocimiento voluntario de su hijo. En efecto, por sentencia dictada el día 5 de octubre de 2020, el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por la madre por sí y en representación de su hija menor de edad, condenando al padre a abonar una indemnización de daños y perjuicios, debido a la falta de reconocimiento voluntario de paternidad. Considero que su conducta constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas debe responder. Dentro de los rubros indemnizados, se contemplaba el daño moral y la pérdida de chance, fundado en que la hija se vio privada del aporte económico de su progenitor durante los primeros diez años de su vida, lo cual redundó negativamente en las posibilidades ciertas de una mejor calidad de vida. Asimismo, se reconoció que la madre de la niña resultó ser damnificada directa, a raíz de la lesión de sus intereses espirituales y patrimoniales por dicha conducta.

La sentencia fue apelada por el demandado, que cuestionó la aplicación al caso de las normas de responsabilidad civil y, por lo mismo, la procedencia y el *quantum* establecido para la totalidad de los ítems resarcitorios, sin embargo, la sentencia de alzada terminó confirmando el de primera instancia.

El fallo en comento plantea una serie de interesantes y controvertidos asuntos en relación con la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios, derivado de la falta de reconocimiento de un hijo y los ítems resarcitorios, como los siguientes: a) posibilidad de aplicación de las reglas de responsabilidad civil, por los daños derivados de la falta de reconocimiento de un hijo; b) procedencia de la pérdida de chance como un rubro indemnizatorio que se configura por la conducta antijurídica de uno de los padres, que se traduce en la falta de reconocimiento de un hijo de forma negligente; c) posibilidad de que la madre sea legitimada activa para demandar indemnización por sí, como consecuencia de la lesión de sus intereses materiales y espirituales; primero por la falta de contribución a los gastos que irroga la parentalidad y segundo por la indiferencia del padre de la niña, que indudablemente produjo repercusiones negativas en su entorno familiar y social.

Sin perjuicio de todas las cuestiones abordadas, la arista que analizaré en este comentario se formula mediante la siguiente pregunta: ¿Es la falta de reconocimiento de un hijo una conducta antijurídica que puede derivar en la indemnización de la pérdida de chance? La respuesta a esta pregunta con certeza resulta interesante, especialmente en el marco del contexto nacional, en que aún nos cuestionamos la posibilidad de indemnizar daños derivados de las relaciones de familia, pero en el que avizoramos que pronto se requerirá de un reconocimiento no solo a nivel doctrinario, sino también jurisprudencial.

Comenzaré realizando el presente análisis a partir de una serie de precisiones y distinciones. Primero, me referiré a la posibilidad de que la falta de reconocimiento de un hijo configure una conducta antijurídica generadora de responsabilidad, luego abordaré los ítems indemnizados, comenzando en primer lugar por el daño moral y luego expondré sobre la pérdida de la chance como capítulo indemnizatorio. Finalmente, puntualizaré cuál es el panorama chileno en esta materia. Todo, como se dijo, en el contexto del fallo analizado.

2. Hecho generador de responsabilidad: La falta de reconocimiento de un hijo como conducta antijurídica

Con la expansión de la sociedad moderna, la premisa clásica de que el derecho de familia está dotado de un contenido eminentemente ético, cuyas sanciones escapan del ámbito del derecho de daños, está teniendo una nueva mirada. Así, se ha permitido la posibilidad de que sea procedente la indemnización de perjuicios por ilícitos civiles que se originan en el seno de las relaciones familiares. Este sería precisamente el caso que me encuentro analizando, a propósito de la negativa del padre de reconocer en forma espontánea a un hijo.

Si bien en Chile aún este fenómeno no se ha reconocido por la jurisprudencia nacional, en Argentina de forma pionera se acepta de modo prácticamente uniforme que la falta de reconocimiento filial constituye un acto antijurídico, por cuyas consecuencias dañosas se debe responder, precisamente porque dicho hecho generador de responsabilidad se traduce en una lesión al derecho a la identidad del hijo no reconocido.

Lo recién expresado se traduce en dos grandes planteamientos que aquí intentaré precisar: en primer lugar, que la falta de reconocimiento no se trata de un acto voluntario del progenitor, sino más bien de una obligación jurídica, siendo su omisión culpable constitutiva de un actuar antijurídico. En segundo lugar, que el bien jurídico vulnerado se traduce en una infracción al derecho a la identidad de los niños, niñas o adolescentes.

2.1. La falta de reconocimiento filial es una obligación jurídica

Desde la perspectiva de nuestro vecino trasandino, hoy en día no existe duda de que la falta de reconocimiento de un hijo es una obligación jurídica cuya omisión genera responsabilidad. En efecto, su Código Civil y Comercial establece en el artículo 587 que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, siempre que se cumpla con los requisitos propios de la responsabilidad civil. Ello significa que aun cuando se utiliza la expresión «reconocimiento voluntario», la realidad es que dicha actuación no es un derecho potestativo del padre, porque si así lo fuera, no sería posi-

ble explicar cómo un hecho personal del progenitor, que queda a su entero albedrío, podría generar responsabilidad en caso de su omisión.

En todo caso, resulta importante destacar que esta hipótesis de daño indemnizable no siempre gozó de un reconocimiento legal. Antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial Argentino del año 2015, fueron la doctrina y la jurisprudencia las primeras responsables en determinar que la negativa del padre a reconocer en forma espontánea a su hijo de filiación extramatrimonial constituía un hecho que generaba responsabilidad.[12] Tal es así, que la sentencia que hoy analizamos aceptó la reparación del daño por negativa de reconocimiento, aun cuando se enjuició a la luz del antiguo Código de Vélez.

En este sentido, tradicionalmente en la Argentina se ha consentido que

> el reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente por el padre, pues la conducta omisiva produce un daño al hijo y, además, la especialidad del derecho de familia no impide que se apliquen los principios de la responsabilidad civil. (Medina, 1998, p. 149)

Distinto es el escenario de nuestro país, en donde la posibilidad de indemnizar los daños derivados por la falta de reconocimiento de un hijo no está reglamentado a nivel legal, ni tampoco conocemos de sentencias que hayan dado lugar a esta reparación. Sin embargo, creo que también es posible aceptar que la negativa de reconocimiento filial constituye una obligación jurídica cuya omisión podría eventualmente acarrear responsabilidad.

En principio se podría sostener que el reconocimiento de un hijo se trata de una forma voluntaria y extrajudicial de determinación de la paternidad o maternidad, que consiste en un acto jurídico, ya que es necesaria la declaración de voluntad del padre o la madre. La realidad es que en el año 2005 la Ley Nº 20.030 introdujo diversas modificaciones en materia de filiación. Entre ellas, para los efectos de este trabajo, corresponde traer a colación la incorporación del artículo 199, inciso segundo del Código Civil, que respecto de las pruebas biológicas que se pueden realizar en el marco de una reclamación de filiación, otorga al juez la facultad de dar a estas pruebas por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla; y el artículo 199 bis del mismo cuerpo legal, que permite que el juez ordene la realización de pericias biológicas en aquellos casos en que el demandado manifestare dudas o no compareciere a la audiencia preparatoria en los procedimientos de reclamación de la filiación, y además, para que el mismo otorgue valor suficiente a esa prueba o la excluya. Como podemos observar, «el reconocimiento ha dejado de ser un acto voluntario, siendo posible que el juez establezca la paternidad mediante la circunstancia de la prueba biológica» (Pizarro, 2014, p. 290).

12 A partir del *leading case* de 1988, en el que se reconoció la procedencia de la indemnización de daños al hijo, por falta de reconocimiento de un padre.

Así, es posible sostener que el reconocimiento de la filiación por parte de los progenitores no es solo un deber moral, sino que una obligación legal, cuya omisión es considerada una conducta antijurídica. Es decir, «no reconocer a un hijo propio es un acto ilícito que no exime al padre de la aplicación de los principios fundamentales del derecho, como es el no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo» (Nisnevich, 2020, p. 253).

Ahora bien, para que la falta de reconocimiento de un hijo constituya efectivamente una conducta antijurídica, a la luz del régimen de responsabilidad civil de aplicación general —me refiero al régimen subjetivo o por culpa—, será necesario que en dicha negativa del padre a reconocer a su hijo exista un factor de atribución: dolo o culpa. Debe existir una clara voluntad de rechazar la paternidad, pues solo en esos casos podríamos afirmar que esta condición recién enunciada se cumple y ello sucederá cuando se ha producido la omisión de reconocer un hijo de cuya existencia se tiene noticia. Adviértase que no se requiere una noticia certera, sino que es suficiente que exista una atribución para que nazca el deber de corroboración y consecuencialmente de responsabilidad.

En todo caso, para acreditar lo anterior es que surge la necesidad de contar con un pronunciamiento del tribunal competente, a través de una sentencia, basado en pericias de carácter biológico, que establezca con certeza la relación de sangre que une a un padre con su hijo, o sea, que se pruebe la paternidad del demandado (Kemelmajer de Carlucci, 1991), ya que por medio de esta sentencia podrá demostrarse que ese padre negó reconocer voluntariamente a quien era su hijo biológico. Esta negativa puede traer como consecuencia la existencia de un daño, ocasionado por la lesión de garantías fundamentales, específicamente, el derecho a la identidad del hijo.

2.2. El derecho a la identidad

El derecho a la identidad es una prerrogativa inherente a la persona, consustancial a la dignidad humana, ello toda vez que la identidad es el centro de gravitación del desarrollo de la personalidad del ser humano (Álvarez & Rueda, 2022). Así, toda persona tiene el derecho a la identidad, especialmente considerando su impacto en la personalidad, ya que de él se deriva el modo de ser de la persona, sus características particulares y propias que la distinguen del resto y la hacen única e irrepetible.

Respecto de este derecho, podemos distinguir dos dimensiones que conforman la identidad personal, una estática y otra dinámica. Por un lado, la fase estática «se conforma por los signos distintivos de la persona, por regla general, invariables y, los primeros visibles desde el mundo exterior» (Álvarez & Rueda, 2022, p. 125), como lo son la identificación física, biológica o registral de un sujeto, como el nombre, imagen, sexo, lugar y fecha de nacimiento, así como también sus huellas digitales, filiación y nacionalidad. Por otro lado, en un sentido dinámico «queda configurada por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, cambiante, y modificable por las vivencias experimentadas a lo largo de la vida» (Álvarez & Rueda, 2022, p. 125). Es

decir, la identidad dinámica trasciende a la estática y se extiende a la verdad personal o proyecto de vida de cada sujeto, es lo que constituye la «verdad de su biografía» (Schmidt & Veloso, 2001, p. 64).

Ahora bien, el fallo a comentar reconoce que aquel a quien se ha impedido satisfacer su derecho a la verdadera identidad, en sus dimensiones estática y dinámica, es titular activo de una indemnización congruente con el daño sufrido. Así, se señala que la falta de reconocimiento implicó para la hija no reconocida el perjuicio que supone en sí mismo la privación del derecho al uso del nombre, a la identidad y a gozar de su emplazamiento en el estado de familia. Asimismo, se destaca en la sentencia que la filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del derecho de familia, en tanto determina algo fundamental, como saber quiénes son, desde el plano jurídico, padres o madres de un determinado niño o niña, y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación. Efectivamente, el niño o niña tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación —y para tenerla, debió haber sido reconocido—, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, a la identidad individual y familiar, subyacente a ellos y como principio fundamental, del interés superior del niño. Así, el ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños que en concreto pudieran acreditarse.

Como podemos apreciar, en la Argentina, la actual articulación entre el derecho de daños y el derecho de familia permite el resarcimiento de los perjuicios que derivan de las relaciones familiares. Si bien ninguna norma general remite a las disposiciones de la responsabilidad civil, hay consenso respecto a que la pertenencia a una familia no anula los derechos que derivan de la singularidad de la persona y su dignidad (Molina de Juan, 2022). Parece indiscutible que, si entendemos que el propósito central de las familias no es otro que la protección y desarrollo de las personas que las integran, especialmente de las más vulnerables, el ordenamiento jurídico debe estructurar todos los mecanismos a su alcance para prevenir que uno de sus integrantes sufra un daño causado por otro y establecer un sistema de resarcimiento de los daños que se causen.

Parece especialmente relevante en este sentido que en el marco de la resolución de conflictos que se dan en el seno de la familia, se debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes, considerándolos sujetos de derecho con protección especial. Así, lo importante es que, en cada caso, el operador jurídico debe asegurar el ejercicio pleno de los derechos de la infancia y adolescencia. Así, a nuestro juicio, lo ha entendido la judicatura argentina.

En el fallo analizado por medio de este trabajo, se dio lugar a la reparación de los perjuicios que derivan de la falta de reconocimiento filial de un padre respecto de su hija, considerando que el hecho antijurídico de la falta consciente de reconocimiento del hijo propio «agravia el derecho a la identidad del niño» (Kemelmajer de Carlucci, 1991, p. 668). Además, lo destacable del fallo es que deja claro que la falta de reconocimiento no debe confundirse con el deber de prestar alimentos ni con ninguna

otra derivación patrimonial del vínculo paternofilial entre el progenitor y su hija. Así, se puede diferenciar entre los daños extrapatrimoniales sufridos por la hija ante la contumacia del padre en el reconocimiento del hijo y los daños materiales, que no se traducen en el cumplimiento de las obligaciones que tradicionalmente se relacionan con la relación filiativa, sino que lo que se reparará será la pérdida de chance.

3. El daño indemnizable

Como ya hemos señalado anteriormente, la sentencia analizada advierte que el hijo no reconocido tiene derecho a que se le resarzan los perjuicios que fueron ocasionados por su falta de emplazamiento en el estado de familia y en el de hijo, por no haber mediado un reconocimiento voluntario. Tal falta genera un daño indudable, que debe ser satisfecho, partiendo del principio de la reparación integral del daño. Estos daños que se deben restituir se traducirán en perjuicios extrapatrimoniales y en la llamada pérdida de chance, los que pasaremos a analizar a continuación.

3.1 El daño moral

El daño moral, sin lugar a duda es uno de los perjuicios que existirán ante la negativa del padre de reconocer voluntariamente a un hijo cuando tiene conocimientos de la paternidad que se le atribuye. «Sobre la admisibilidad de la reparación de este daño no existe controversia» (Pizarro, 2014, p. 294).

Es destacable del fallo en análisis que se reconoce que el daño moral supera lo meramente afectivo, los sentimientos y proyecta también sus efectos hacia otras zonas de la personalidad que merecen debida protección. Si bien es cierto que «la reparación del daño moral no comprende las carencias afectivas de las cuales se vio privado el hijo. Nadie puede ser obligado a entregar cariño» (Pizarro, 2014, p. 296), no debemos olvidar que, durante los primeros años de la vida, la falta de la figura paterna da lugar, en la vida de cualquier niño, a una mengua en su identidad espiritual.

Otro tema que debemos subrayar es el análisis que se hace de la determinación de la existencia del daño extrapatrimonial, el que transita por senderos más flexibles que los del daño patrimonial, lo que se deriva de su particular naturaleza claramente diferente a la de aquel, no solo por las presunciones *hominis*, sino también por la regla *res ipsa loquitur* («las cosas hablan por sí mismas»). Ocurre que por las normas de la experiencia es más o menos sencillo concluir que ciertos padecimientos y afecciones naturalmente se derivan de determinados hechos acreditados, como sucede a propósito de la falta de reconocimiento de un hijo. Así, «se afirma una verdadera presunción de daño a partir de la infracción al deber de reconocimiento» (Pizarro, 2014, p. 301), ello derivado en que la sola infracción del derecho a la identidad implica un perjuicio moral resarcible.

3.2. Pérdida de chance

Como planteamiento general podemos señalar que la pérdida de chance consiste en que el perjudicado pierda la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien material o inmaterial. Se trata, entonces, de acuerdo con como lo ha conceptualizado la doctrina francesa, en la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o la pérdida de la oportunidad de obtener una (Nisnevich, 2020). En el caso analizado, la *perte d'une chance* se traduce en la pérdida de la oportunidad de haber podido contar con mayor asistencia económica, lo que se habría traducido en una situación más holgada, en oposición con las restricciones materiales que tuvo que soportar el hijo no reconocido. Desde esta perspectiva, podemos reconocer que los daños derivados de la pérdida de una chance son diferentes a la obligación que se podrá reclamar por concepto de alimentos por parte del hijo no reconocido, el que se devengará recién una vez que se haya determinado su procedencia en virtud de una sentencia judicial.

En relación con lo anterior, reconoce la sentencia, desde la perspectiva del daño patrimonial, los perjuicios que se han causado derivan de la pérdida de chances, basado en que si el padre hubiese ejercido la paternidad de manera responsable o al menos respetuosa de los derechos fundamentales de su hija, esta habría contado con la posibilidad de vivir una infancia más plena y feliz, y desarrollar completamente su potencial, habilidades y personalidad.

A propósito de esta categoría de daño, la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2010) reseña que no tiene ningún sentido exigirle al reclamante que pruebe que sufrió de privaciones por carecer de aporte alimentario, pues es de público y notorio conocimiento que con mayores ingresos se tienen mayores posibilidades. Asimismo, señala dicha autora que «si desde el nacimiento la madre cubrió las necesidades del menor, esto no significa que el menor no sufrió daños y menos aún que no hiciera falta que el padre cumpliera con la obligación alimentaria impuesta por la ley» (p. 371).

Este razonamiento ha sido el criterio permanente que ha adoptado Argentina, decidiendo, por ejemplo, en otro fallo que

> corresponde otorgar una indemnización en concepto de daño material a quien no fue reconocido oportunamente por su padre, pues si bien en su hogar el reclamante tuvo satisfechas sus necesidades mínimas, la contribución de dicho progenitor desde el nacimiento le habría dado la chance de alcanzar una mejor asistencia y desarrollo en el ámbito educativo, cultural, espiritual y físico. (*V. S. A. con A. G. E.*, 2008)

En otra sentencia más reciente, del año 2023, se ha justificado la indemnización por el daño causado por la privación de oportunidades y posibilidades de cubrir satisfactoriamente los requerimientos del niño en materia de educación, salud, etc. y las carencias materiales que la falta de padre le produjo, por lo que se indemniza la limitación en su proyecto de vida en todos sus aspectos (*N. R. M. con M. N. R*, 2023).

Como podemos ver, en Argentina se abrió camino a aceptar la aplicación de las normas de responsabilidad en las relaciones familiares, a tal punto de considerar como agravante el hecho de que los daños se produzcan en el seno de la relación familiar. Esto da paso al resarcimiento de daños causados en el marco de la vulneración de deberes parentales, como sucede respecto del reconocimiento de un hijo, asegurando al hijo una reparación plena en relación con todos los daños que haya sufrido por dicha conducta antijurídica.

4. Panorama nacional

En relación con este tan interesante fallo de la judicatura argentina, cabe preguntarnos: ¿Cuál es el panorama en Chile? Esto exige plantearse dos cuestiones relevantes: en primer lugar, si es que el derecho a la identidad de los niños y niñas está reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, cuál es la consecuencia de vulnerar este derecho.

La respuesta a la primera interrogante es afirmativa. En efecto, a nivel internacional, el derecho a la identidad está consagrado, entre otras, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, se ha reconocido que el derecho a conocer la verdad biológica y la determinación de la filiación constituye un derecho humano, «corolario de la dignidad del hombre». A nivel interno, el derecho a la identidad está protegido por la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19, número 4, que garantiza el derecho al nombre, la identidad personal y la imagen de las personas. Además, existen leyes específicas, como la Ley de Adopción y la Ley de Identidad de Género, que buscan asegurar y respetar el derecho a la identidad de diferentes grupos de la población. Además, hoy día con la entrada en vigor de la Ley Nº 21.430, en su artículo 26, específicamente en su inciso segundo, se reconoce explícitamente el derecho de los niños y niñas a conocer la identidad de sus padres y/o madres, su origen biológico y a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley. Por lo tanto, el derecho a la identidad asume la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos.

Por otra parte, respecto a la segunda cuestión planteada —cuál es la consecuencia a la vulneración de este derecho—, estimo que aquí hay un gran problema que debe ser superado a la luz de lo que venimos explicando en los acápites anteriores. En nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han rechazado la procedencia de la indemnización de perjuicios en el caso de relaciones familiares, toda vez que «se reserva efectos o sanciones civiles específicos para el caso del incumplimiento de deberes familiares, y en ocasiones incluso tales sanciones no existen o son atenuadas» (Tapia, 2018, p. 25). Así, por ejemplo, a propósito de la filiación determinada con oposición del progenitor, la ley de familia ha asignado consecuencias jurídicas especiales:

> Se pierde la patria potestad y el derecho a cuidado personal del hijo (artículo 203 del Código Civil), pierde el derecho a pedir alimentos en su ancianidad respecto de ese hijo (artículo 324 del Código Civil); queda inhabilitado para ejercer la tutela o curaduría del hijo (artículo 357 inc. 2º, 448 Nº 1 y 462 del Código Civil) y no se podrá suceder abintestato respecto de su hijo (artículo 994 del Código Civil). (Tapia, 2018, p. 25)

El gran problema de estas consecuencias que determina la ley es que, si bien sancionan al progenitor, no se traducen en una solución efectiva que tenga por objeto reparar el impacto y las consecuencias negativas que pudo tener la falta de reconocimiento en la vida del niño no reconocido. A este respecto, cabe tener presente que no existe una remisión general a las reglas del derecho común patrimonial, que podría conllevar un resarcimiento pecuniario al daño que se ha causado.

En nuestro país, son escasas las demandas que existen en relación con este tema, toda vez que tradicionalmente se han rechazado. No obstante lo anterior, podemos citar la demanda de responsabilidad por falta de reconocimiento de un padre respecto de su hijo, ventilada ante nuestra justicia de familia, ante el Segundo Juzgado de Letras de Calama. Lo destacable de este fallo es que en primera instancia se reconoció el deber jurídico de reconocer a un hijo, sin embargo, se rechazó la demanda toda vez que no había antecedentes probatorios que acreditasen que el demandado hubiere conocido o estuviere al menos en condiciones de saber que era el padre (considerando séptimo). Lamentablemente, se apeló la sentencia, pero la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo del 17 de septiembre del año 2020 (*Alvarado con Alvarado*), confirmó el fallo de primera instancia, pero agregando que no existía un deber jurídico de reconocer a un hijo, por lo que la omisión no sería ilícita al no tener el demandado una posición de garante para con el demandante.

Tal como ha fallado nuestro país vecino, creemos que no existe justificación axiológica que imponga una desprotección de uno de los integrantes de la familia frente a otros para dar cumplimiento a un supuesto mandato de preservación de la paz familiar, justamente porque es la familia, la primera responsable de proteger a los miembros que la componen. En este sentido, un padre al no reconocer a un hijo, sin contar con una justificación suficiente, estaría privando a ese hijo de la posibilidad de conocer sus orígenes, lesionando su derecho a la identidad, daño del cual puede surgir la obligación de reparación, según el régimen general de responsabilidad extracontractual, si concurren los demás requisitos.

Así, es perfectamente posible sostener a partir de la doctrina emanada del fallo que se analiza, que, a pesar de que el derecho de familia constituye una rama con instituciones y reglas que difieren del ámbito patrimonial, nada obsta a la reparación de los perjuicios causados a propósito del ejercicio de las acciones que en el caso concreto de filiación se establecen en el ordenamiento jurídico.

5. Conclusión

Parece correcto el análisis de la sentencia argentina de indemnizar los daños causados a título de chance, toda vez que se está indemnizando un daño cierto, que consiste en que la víctima no ha podido ver realizada una oportunidad con la que contaba, que consiste en haber podido crecer y desarrollarse al lado de ambos padres, quedando en mejores condiciones que las que efectivamente vivió.

En todo caso, quedamos expectantes a cuál va a ser la solución que Chile dará eventualmente a estos casos, especialmente habiéndose incorporado la reciente Ley Nº 21.430. Si reconocemos que este derecho de los niños, niñas y adolescentes forma parte de la esfera de protección de nuestro ordenamiento jurídico, su vulneración debe acarrear una consecuencia que repare los daños causados a la víctima, a riesgo de que, si ello no es así, el derecho deja de ser una herramienta de protección a la víctima y se convierte en una mera manifestación, sin efecto alguno.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Álvarez, R. & Rueda, N. (2022). Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de la infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano. *Ius et Praxis, 28* (2), 124-144. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000200124

Medina, G. (1998). *Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento de hijo*. Jurídica Argentina.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2010). El nuevo derecho de Familia. Visión doctrinaria y jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana.

Kemelmajer de Carlucci, A. (1991). Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial (Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés). En F. Trigo & R. Stiglitz (dirs.), *Derecho de Daños en homenaje a Jorge MossetIturraspe* (pp. 665 y ss). La Rocca.

Molina de Juan, M. (2022). Relaciones familiares y daños en el derecho Argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 16 bis, 1314-1341.

Nisnevich, A. (2020). *La pérdida de chance y su cuantificación económica en el Código Civil y Comercial*. Tribunales Ediciones.

Pizarro, C. (2014). Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación. En C. Molina (ed.), *Responsabilidad Civil y Familia* (pp. 289-305). Editorial Thomson Reuters, La Ley.

Schmidt, C. & Veloso, P. (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*. LexisNexis.

Tapia, M. (2018). *Divorcio y responsabilidad civil*. Rubicón editores.

NORMAS CITADAS

Código Civil de la República de Chile (actualizado al 28/06/2023).

Código Civil y Comercial Argentino del año 2015 (actualizado al 28/06/2023).

Constitución Política de la República de Chile (actualizado al 28/06/2023).

Convención sobre los Derechos del Niño (aprobado 20/11/1989 y ratificado el 26/01/1990).

Ley Nº 20.030 (05/07/2005). Modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular

Ley Nº 21.430 (15/03/2022). Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado 16/12/1966 y ratificado el 10/02/1972)

JURISPRUDENCIA CITADA

Alvarado con Alvarado (2020). Corte de Apelaciones Antofagasta.

B. A. N. y otro con S. A. S. (2021). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires.

N. R. M. con M. N. R. (2023). Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza.

V. S. A. con A. G. E. (2008). CCCom de Trenque Lauquen.

La invalidación del procedimiento de incapacitación en Chile y su reemplazo por un sistema de autodeterminación de las personas con discapacidad

The invalidation of the disability procedure in Chile and its replacement by a system of self-determination of persons with disabilities

Laura Albornoz Pollmann[13]

RESUMEN

Este artículo versa sobre el procedimiento de incapacitación en Chile y la necesidad de incorporar por vía legal otras instituciones, ya vigentes en legislaciones comparadas, que den cuenta del proceso de subsumisión del derecho civil al derecho internacional de los derechos humanos. Concretamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas, que establece, entre otros, distintos mecanismos de protección y ejercicio adelantado de potestades de las personas, reponiendo el lugar que les corresponde como sujetos de derechos.

Palabras claves: derechos humanos, incapacitación, capacidad, protección.

13 Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Sevilla. Profesora asociada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Email: lalbornoz@derecho.uchile.cl

ABSTRACT

This article deals with the incapacitation procedure in Chile and the need to legally incorporate other institutions, already in force in comparative legislation, that account for the process of submission of civil law to international human rights law. Specifically, the United Nations Convention United Nations for People with Disabilities, which establishes, among others, different mechanisms for the protection and early exercise of powers of people, replenishing their rightful place as subjects of rights.

Keywords: Human rights, incapacitation, capacity, protection.

La capacidad natural de las personas y la posibilidad de autodeterminarnos constituye, como sabemos, uno de los aspectos esenciales de los derechos que ostentamos como seres humanos, que incluye, por cierto, la capacidad de ejercerlos en el contexto patrimonial, personal y familiar. Para que lo anterior tenga efectos y no esté expuesto a abusos, se requiere de una legislación que prevea mecanismos de apoyos y salvaguardas eficientes, en el marco del respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, y nuestro país todavía adolece de ella.

Cualquiera que consulte acerca del trámite de incapacitación de una persona adulta mayor, en la página web de ChileAtiende,[14] se encontrará con la descripción que de dicho procedimiento se ha elaborado, a objeto de facilitar la gestión de un trámite de recurrente consulta por quienes están en la situación de afectación grave de la salud mental de un ser querido o simplemente un familiar. Como era de esperar, dicha página indica lo siguiente: «Es el acto judicial (solicitud), que se realiza para que se declare que determinada persona está incapacitada de administrar sus bienes, ya sea porque tiene algún tipo de demencia o porque dilapida los bienes que posee».

Para mi sorpresa, en la misma página se da la posibilidad de acceder a un enlace que permite al usuario acceder en línea a este servicio con la frase «quisiera este trámite disponible en línea». Lo anterior es una demostración evidente de la facilidad que existe en nuestro país para privar a una persona de su capacidad de actuar en la vida jurídica y también social, y la imperiosa necesidad, como señalamos en el primer párrafo, de adecuación de nuestra legislación a los estándares internacionales de derechos humanos.

El 17 de septiembre de 2008 fue publicado en Chile el Decreto N° 201, por medio del cual se promulgó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

14 Sitio administrado por el Gobierno de Chile, que persigue, entre otros propósitos, entregar información y facilitar la gestión de asuntos de carácter no contencioso.

(CDPD), de Naciones Unidas y su protocolo facultativo.[15] Según Bariffi, uno de los principales retos que supone la entrada en vigor del texto de la CDPD, ha sido

> la correcta adaptación de las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidades intelectuales y mentales, considerando discriminatoria toda distinción que se base en la condición de discapacidad. (p. 15)

El artículo más importante de la CDPD es el 12, a través del cual Naciones Unidas pretende que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás. Es decir, que se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten, sin que en ningún caso les sea por ello, privada su capacidad de obrar. En este sentido, establece en el apartado 3 que «los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», y deberán, asimismo, proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Lo anterior, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Esas «salvaguardias» asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona con discapacidad, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias, además, serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, como veremos más adelante.

Así las cosas, los principios que inspiran la Convención son, entre otros, el respeto a la dignidad inherente a la persona humana, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas. A nuestro entender, lo que la Convención pretende, en definitiva, es que los Estados partes dejen de preguntarse «¿hasta qué grado necesita una persona con discapacidad que se modifique su capacidad de obrar para realizar una vida plena en nuestra sociedad?» y comiencen prontamente a plantearse «¿qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa misma persona, para desarrollar su vida en igualdad con los demás?»

Como sabemos, el concepto de discapacidad más de acuerdo con los estándares de Naciones Unidas es el que emana del denominado «modelo social», que es aquel

15 En dicho decreto se incluye a todas aquellas personas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (artículo 1).

que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas (sin discapacidad), pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social (Victoria, 2013).

El modelo social, dice Bariffi (2014), entiende que la discapacidad se configuró como una idea elaborada desde la sociedad, que fijó ciertas «normalidades», y a través de ellas omite a las personas con discapacidad, invisibilizándolas. Por tal motivo, el modelo social recoloca a la persona con discapacidad en el centro de las decisiones que tienen que ver con su propia vida. Para lograrlo demanda la eliminación de cualquier tipo de impedimento que atente contra la igualdad de oportunidades (p. 31), basado en la idea de que todas las personas poseen no solo un valor intrínseco inestimable, sino también que son intrínsecamente iguales en lo que se refiere a su valor, más allá de cualquier diferencia social, física, mental, intelectual o sensorial (Palacios, 2008, p. 26). Ello no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas y las tiene en cuenta en forma positiva (Bariffi, 2014, p. 43).

Así, si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no están radicadas en la persona en situación de discapacidad, sino en la sociedad de la que aquella forma parte. El modelo social apuesta, entonces, por la reconfiguración de la sociedad, hacia un prototipo que permita hacerse cargo de las necesidades de todos los individuos. «A dichos fines el modelo social aboga por una serie de medidas, entre las que se destacan la accesibilidad universal, el diseño para todos, y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad» (Bariffi, 2014, p. 34).

Por lo anteriormente expuesto, es que dentro del ámbito de las Naciones Unidas se comenzó a cuestionar la legitimidad de la figura de la «sustitución» en la toma de decisiones de personas con discapacidad, por parte de los ordenamientos nacionales, en circunstancias que pudieran resultar discriminatorias. El artículo 12, número 2, de la Convención, cuando se refiere al derecho de ejercer la capacidad jurídica, dice relación con el derecho a llevar a cabo la capacidad de obrar, tomar decisiones a nombre personal, sin el ministerio o la autoridad de otro.[16] En este sentido, dicho artículo no

16 Véanse los principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA), entre los que cabe destacar: 1) «"Legal capacity" is best translated as the "capacity for rights and capacity to act"». 2) «"Legal capacity" for the purpose of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities means both the capacity for rights and the capacity to act. This applies in the legal systems of all countries for all people, including those with disabilities». 3) «The right to enjoy and exercise legal capacity applies equally to all people, including those with disabilities,

recoge un derecho absoluto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que establece una garantía de igualdad en el ejercicio del mismo. Esto supone que el Estado puede restringir el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, pero no puede hacerlo por motivo de discapacidad. Para comprender de forma adecuada las implicancias y consecuencias jurídicas de dicho artículo, es necesario evidenciar cuándo nos encontramos ante un caso de discriminación por motivo de discapacidad y cuándo no.

La CDPD claramente reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a tener capacidad jurídica para ejercer en nombre propio los derechos reconocidos en dicho instrumento, así como todos los demás derechos reconocidos en otros tratados internacionales. Consecuentemente, la presunción de capacidad no se limita exclusivamente a que una persona sea considerada capaz hasta que se demuestre que es incapaz, sino más bien que una persona con discapacidad tiene como presupuesto capacidad jurídica (capacidad de obrar) y solo podrá ser limitada respecto de actos específicos, siempre y cuando dicha limitación no esté basada en un criterio discriminatorio, como la existencia de una discapacidad mental o intelectual. Así las cosas, la discapacidad no puede ser por sí misma una justificación para la denegación del ejercicio de la capacidad jurídica. Consecuentemente, las legislaciones que contienen causas de interdicción que directamente hacen referencia a una discapacidad —en Chile, por ejemplo, los sordomudos que no pueden darse a entender claramente son considerados incapaces absolutos—, se encuentran frontalmente en contradicción a la CDPD. En efecto, como hemos dicho, el apartado 3 de la Convención incluye los mecanismos necesarios para garantizar que cualquier persona con discapacidad pueda, con autonomía, independencia y libertad, ejercer su capacidad jurídica en relación con todos los aspectos de la vida, lo que implica, en la práctica, el reconocimiento de la plena garantía de la accesibilidad en todas sus dimensiones.

La discriminación por motivos de discapacidad, señala el artículo 12, número 2,

> es cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o resultado obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo de dichas personas.

Esta definición es de máxima relevancia, ya que se refiere a discriminación «por motivo» de discapacidad y no a la discriminación dirigida «a personas con discapacidad». Esta diferencia no es en absoluto banal, toda vez que nos permitirá considerar a las personas con discapacidad en base a su situación real, independientemente de si está en posesión o no de un certificado emitido por la COMPIN (Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez), evitando con ello su descarte.

irrespective of the nature or effects of their disability or apparent need for support. Legal capacity cannot be questioned or challenged based on disability» (*Internationaldisabilityalliance.org*).

No obstante lo anterior, la legislación vigente sigue admitiendo que se declare incapaz a una persona por razones tales como deficiencia mental, deficiencia intelectual o deficiencia sensorial, y en estos casos, se procede a conferir a una persona denominada «tutor/a» la capacidad jurídica para intervenir en su nombre. Efectivamente, los códigos civiles de origen romano, como el nuestro —cuyo principal propósito ha sido el de resguardar el derecho a la propiedad privada—, han regulado diversos aspectos relativos al ejercicio de la capacidad jurídica, basados en la dimensión patrimonial de los derechos (contratos, derechos reales, responsabilidad civil, sucesiones, etc.), pero dejando de lado, o abordando insuficientemente, la dimensión personal de aquellos (matrimonio, patria potestad, adopción, decisiones sobre el cuerpo o la salud, etc.). Bajo ese prisma, se ha usado como remedio o herramienta legal de protección de las personas con discapacidad, el de la «representación sustitutiva», modalidad que, sin embargo, no ha permitido en muchos casos, trasladar la toma de decisiones de tipo personal al tutor o representante. Lo anterior, especialmente cuando se trata de derechos personalísimos que solo puede llevar a cabo la persona en nombre propio, como podría ser el matrimonio o el derecho al sufragio ejercido por sí misma.

Así las cosas, si pretendemos ser congruentes con el tratado de Naciones Unidas, toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica, entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, consagrado en el párrafo 2 del artículo 12, y debiera ser modificada.

Nuestra legislación señala que «toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces» (artículo 1446 del Código Civil), distinguiendo entre los absoluta y los relativamente incapaces: «Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente» (artículo 1447, inciso primero del CC). La capacidad, por su parte, se define como la aptitud legal para adquirir derechos, ejercerlos y contraer obligaciones (Errázuriz, 1991, p. 139; Barcia, 2010, p. 68). El artículo 1445 del CC, en su inciso final, dispone que «la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra» (Alessandri, Somarriva & Vodanovic, 2011, p. 248). Esta debe existir al momento de celebrarse el acto o contrato.

Luego, el artículo 1446 declara que «toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces». Los incapaces se dividen en absolutos y relativos. Los primeros son aquellos individuos que quedan excluidos del tráfico jurídico y que no pueden actuar, sino siendo representados por su tutor o curador. Se trata de los impúberes, los dementes y los sordos o sordomudos que no se puedan dar a entender claramente, y cuyos actos se sancionan con nulidad absoluta, tal como lo expresa el artículo 1682, inciso segundo del CC. La nulidad, ni absoluta, ni relativa, debe ser declarada judicialmente y el acto produce efecto mientras no se declare la nulidad, no obstante, sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del acto o contrato.

Los segundos, vale decir, aquellos que, si bien actúan representados para buena parte de los actos jurídicos, pueden en determinadas circunstancias actuar por sí solos siempre que sean debidamente autorizados por quienes les representan[17] —aunque en algunas circunstancias se requiere además de autorización judicial[18]—, son el menor adulto y el disipador declarado interdicto de administrar lo suyo. Así, el legislador considera que aquellas personas denominadas incapaces absolutos, no tienen el discernimiento que se requiere para actuar en la vida jurídica. En este sentido, se entiende que el denominado «demente» se equipara a un menor de doce o catorce años —según sea mujer u hombre, respectivamente—, y que es tal su falta de discernimiento, que de ninguna manera pueden actuar por sí solos.[19] En cambio, el incapaz relativo puede consentir aun cuando su voluntad sea imperfecta o no vinculante (Jarufe, 2022, p. 17).

El Código Civil chileno establece a este respecto, dos instituciones de guarda para los incapaces: la tutela y la curatela. Ambas instituciones consideran la representación de la persona calificada como incapaz e intervienen respecto de ellas, representándolas o autorizándolas, dependiendo del caso. En el mismo sentido, se considera el nombramiento de un tutor o curador que se encarga tanto del cuidado y vigilancia de los bienes como de la persona incapaz, a objeto de proporcionarle la debida protección.[20] Algunos autores como Ruz (2012) expresan que el tutor es una figura que se refiere a los menores de edad y que la curatela, en cambio, estaría reservada para los menores adultos y a quienes sean declarados interdictos por causa de demencia (p. 543). No nos parece tan clara aquella distinción, sino que creemos, más bien, que se confunden ambas figuras, cuyo contenido y objetivo no es sustancialmente distinto, o al menos no como se distingue en el derecho extranjero.

Como señala la profesora Jarufe (2022), si bien el legislador no las define, queda en evidencia que no son instituciones semejantes a las señaladas en otros ordenamientos jurídicos bajo iguales denominaciones. La tutela implica facultades de representación y aborda no solo los aspectos patrimoniales, sino también personales del incapacitado, actuando como mecanismo de sustitución de capacidad (artículo 267 del Código Civil español). La curatela, por su parte, tiene una finalidad de naturaleza asistencial y «solo respecto de los actos expresamente determinados en la sentencia o de aquellos para los cuales el tutor requeriría de autorización judicial», sin que la representación de la

17 Recordemos que el menor adulto es capaz para la administración y goce de su peculio profesional e industrial (artículo 46, CC), puede adquirir libremente la posesión de las cosas muebles (artículo 723, CC), puede testar (artículo 1005, CC) y reconocer a un hijo(a) (artículo 262, CC.), etc.

18 Artículos 255, 1236, 1322, entre otros, del Código Civil.

19 Al menos en teoría, la razón que habría tenido el legislador para equiparar en términos jurídicos ambas situaciones dicen relación con la identidad del presupuesto fáctico (la falta o disminución de la capacidad natural).

20 Las guardas (tutelas y curadurías o curatelas) son cargos impuestos a ciertas personas en favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores (artículo 338, CC).

persona sujeta a curatela se entienda de manera implícita en ella. Sería, entonces, a juicio de la autora citada, un mecanismo de complemento de capacidad (artículos 289 y 290 del CCE) (Jarufe, 2022, p. 18).

Junto a lo anteriormente señalado, la interdicción (incapacitación en otras legislaciones) es un procedimiento judicial por el cual se procede a anular y/o limitar la capacidad jurídica de una persona, privándole de la facultad de actuar por sí misma en la vida jurídica. Se nombra a un representante, que la va a suplir en todas o algunas decisiones no solo de carácter patrimonial, sino también extrapatrimonial. Por tal motivo, como afirma Barcia (2010), «el demente interdicto no pueda testar, ni tampoco pueda celebrar matrimonio» (p. 73). Este mecanismo, a la luz de los principios rectores de la CDPD, no debería seguir siendo utilizado, debido a que una vez que dicho procedimiento finaliza y la interdicción es declarada e inscrita en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, todos los actos que realice la persona serán nulos absolutamente. Una vez que haya procedido la declaración indicada en el párrafo anterior, cabe como posibilidad excluyente, la designación de un representante legal para administrar sus bienes, de conformidad a lo establecido en el artículo 486 y ss. del CC. En el mismo sentido, el artículo 4 de la Ley Nº 18.600, de 19 de febrero de 1987,[21] que establece normas sobre deficientes mentales.

De más está decir que el mecanismo aquí señalado, imperante todavía en muchos sistemas jurídicos en la región, no se ajusta con el principio de igualdad de la capacidad jurídica —corazón de la Convención de personas con discapacidad— y provoca graves vulneraciones de derechos fundamentales. Por eso se sigue demandando un procedimiento de adecuación a la brevedad, entendiendo que la discapacidad es una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad.

En Chile, la Ley Nº 20.422, publicada el 10 de febrero de 2010, estableció normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, y se hizo cargo de la Convención antes señalada, en la definición contenida en su artículo 5. Sin embargo, en el mandato de la Convención a los Estados que la han ratificado, importa no solo la publicación de normas que se hagan cargo del contenido de la Convención, sino también la eliminación efectiva de toda discriminación basada en una discapacidad. Así, que no pueda esta circunstancia ser alegada como causa de impedimento del disfrute o ejercicio de los derechos, cuestión que no hemos obser-

21 «Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley Nº 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente».

vado hasta ahora.[22] ¿Qué significa esto? A nuestro parecer, la opción de «proteger» a las personas con discapacidad mediante la institución jurídica de la «incapacitación» y la «representación sustitutiva en la toma de decisiones» (tenga esta, el nombre de tutela, curatela, guarda o cualquier otro), no puede seguir siendo una opción posible o válida, a la luz de lo que estipula la propia Convención citada. Así las cosas, debemos entender esta garantía como un límite al poder del Estado que, aunque crea que la representación sustitutiva es la mejor herramienta de protección, ya no puede seguir utilizando esta vía y se encuentra en la obligación de contemplar otras alternativas que «protejan», pero al mismo tiempo «no reemplacen» la voluntad de «todas las personas con discapacidad».[23]

Así las cosas, de facto, al no haberse producido una adecuación de la normativa civil, ya sea para eliminar procedimientos discriminatorios que hoy vulneran derechos de las personas con discapacidad, o porque no se hayan creado nuevas instituciones que se hagan cargo de la exigencia de la Convención, sigue manteniéndose un estatus de incumplimiento. En efecto, hasta ahora la legislación chilena, pese a la ratificación del tratado, continúa perpetuando un procedimiento de privación de capacidad, a través de medidas como la incapacitación judicial (y el sometimiento al correspondiente sistema de guarda) y la posibilidad de impugnar los actos jurídicos celebrados por una persona sin la capacidad jurídicamente requerida para ello. Creemos que el debate sobre el que debe avanzar nuestra legislación de manera imperiosa es la eliminación de los procesos de incapacitación existentes hacia quienes no se consideran suficientemente capaces, modificando con ello la capacidad que, como atributo de la personalidad, es inherente a la condición de persona humana y, por lo mismo, no puede modificarse. La readecuación de esta normativa debería estar orientada sentar las bases de una nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y para ello resultaría adecuado, a nuestro parecer, reclasificar las materias propias de la minoría y mayoría de edad, la emancipación, tutela y guarda de menores de edad.

Este nuevo enfoque

> no se trata de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos,

22 Como ha señalado López (2020), «son tan variados los estados en los que puede encontrarse una persona con discapacidad o cualquier otra condición que mal podría una incapacidad basarse en ellas. No se trata de un hecho objetivo como sí lo es la edad (no haber cumplido los 18 años): de ahí que podamos seguir hablando de incapaz respecto del menor de edad. Esto, pues, nos guste más o menos, y a pesar de existir excepciones en la realidad, ello fija de manera clara una causal de incapacidad» (p. 26).

23 En este sentido, las Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad, respecto de los informes remitidos por los Estados partes en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, resultan concluyentes. Respecto del Informe de Túnez, ver puntos 22 y 23 (CRPD/C/TUN/CO/1, 13 de mayo de 2011). Respecto de España, ver puntos 33 y 34 (CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011). Respecto de Perú, ver puntos 24 y 25 (CRPD/C/PER/CO/1, 20 de abril de 2012).

> sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido. (Ley 8/2021, p. 5)

Efectivamente, se busca que las personas en situación de discapacidad adopten, en el ejercicio pleno de sus derechos humanos, sus propias decisiones y que estas no estén determinadas por otras razones tales como normativa arcaica, infraestructura no ajustada a sus necesidades, falta de formación de la sociedad en su conjunto, etc. Lo que la profesora Vivas Tesón denomina "humanizacion de las legislaciones nacionales e internacionales" (2020, p.192). Todos los aspectos anteriores requieren, sin duda alguna, un cambio en la lógica en la que han funcionado, entre otros, el poder judicial, sus agentes internos, externos y coadyuvantes. Junto a lo anterior, es importante considerar que dentro de toda la gama de situaciones que pueden presentarse en materia de discapacidad, solo cabe centrarse (en cuanto a la capacidad jurídica se refiere) en quienes vean afectadas su facultad de autogobierno, vale decir, de resolver sus propios asuntos (Jarufe, 2022, p. 21).

Concordamos plenamente con la profesora Jarufe, cuando afirma que lo establecido en la Convención «no pretende que las personas privadas de razón puedan actuar libremente en la vida jurídica, sino que más bien de que nadie pueda ser despojado de su capacidad de modo general, ni mucho menos a priori» (2022, p. 22). Así las cosas, resultaría inadmisible conservar el procedimiento de interdicción, de frecuente aplicación en nuestro país, ni considerar que un determinado grupo de personas sean consideradas incapaces para actuar en el mundo del derecho.

Una de las alternativas reconocidas en el derecho internacional, como lo señalamos anteriormente, es la consagración de la figura del «apoyo», que no es otra cosa que la asistencia que otra persona confiere a la persona con discapacidad, para tomar decisiones que le afecten, o a través de algún mecanismo institucional, dentro de los cuales no se descarta, como última *ratio*, la representación en la toma de decisiones. Decimos en «última *ratio*», ya que en general las medidas deben estar dirigidas a atender las materias propias de las necesidades personales emanadas de la vida cotidiana de las personas en situación de discapacidad y no solo las materias que sigan relación con asuntos de carácter patrimonial. La obligación de apoyo es, como señala la profesora María Iglesias, «un eje de derecho que integra la capacidad de actuar de la persona» (2018, p. 2).

En este sentido, el apoyo al que hace referencia el artículo 12 de la CDPD, según la magistrada Rebolledo, se refiere a «aquella persona, organismo, allegado, institución que, a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora para la toma de decisiones y con él la manifestación del ejercicio de la capacidad jurídica» (Sentencia RIT A-9-2020). La existencia de «apoyos» suficientes debe proporcionarse haciendo aplicación del principio de proporcionalidad, atendida la aptitud real de la persona y no bajo estándares preestablecidos (artículo 12, número 4, CDPD). El criterio antes señalado, fijará, asimismo, la extensión del apoyo y el señalamiento de los actos que las personas con discapacidad no podrían realizar por sí mismas, a objeto de que exis-

ta una relación razonable entre la aptitud de conocer y querer, y las posibilidades de actuación en la vida jurídica, así como el eventual régimen de protección que proceda (Martínez de Aguirre, 2014, pp. 97 y ss.).

Una enfermedad o una condición natural o sobrevenida no puede ser, según Jarufe (2022), lo que determine la necesidad de apoyo. Si una enfermedad o condición no trae consigo una alteración de los aspectos volitivos de una persona, no se requeriría de ninguna medida auxiliar. Por lo anterior, afirma, deben adoptarse, de preferencia, «medidas que no limiten la autonomía de la persona con discapacidad, de forma tal que aquellas que supongan un proceso de reemplazo de su voluntad por la de otra, sean usadas en última ratio» (p. 22). Por último, si bien es importante velar por la promoción de la autonomía, también es preciso proteger a la persona con discapacidad, cuyas facultades de conocer y querer se vean alteradas (artículo 12, número 4, CPCD), estableciendo la institución de las «salvaguardias» (distintas de los apoyos), que bajo ningún aspecto pueden extenderse de un modo indefinido.

Otro aspecto importante a considerar, a objeto de garantizar los derechos de las personas con discapacidad (de igual manera como lo han hecho legislaciones comparadas que se han ajustado a lo establecido en la Convención), es dar preferencia a «medidas voluntarias», es decir, adoptar aquellas que pueda tomar directamente la persona en situación de discapacidad, de manera previa. Entre estas medidas se encuentran los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela y la existencia de guardas de hecho ante situaciones específicas. Así las cosas, resulta interesante revisar la legislación comparada, en especial la española, que recientemente ha reformado el Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta estableció un sistema que logra combinar, a nuestro juicio, acertadamente, la debida protección que debe proporcionárseles a las personas con discapacidad, pero respetando su autonomía de la voluntad. Esta reforma incluye instituciones tales como: apoyo, guarda de hecho, curatela y defensor judicial.

En primer lugar, el apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona en condición de discapacidad se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona.

> Desde el punto de vista procedimental, la provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad los requiera…, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos. (Ley española Nº 8/2021, p. 6)

En segundo lugar, guarda de hecho se refiere a una persona, que de manera muy recomendable debería ser un familiar. La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, es un espacio de solidaridad y afecto entre sus integrantes, especialmente hacia aquellos que requieren más protección, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Este

mecanismo no supone un procedimiento judicial previo que asigne al guardador esa calidad formal (de ahí su nombre), que además puede que la propia persona con discapacidad no quiera. Así las cosas, cuando un guardador realiza una actuación en representación de la persona con discapacidad, será necesario que obtenga una autorización judicial para ese acto específico, previo análisis de las circunstancias que lo justifican.

En tercer lugar, la curatela (cuidado) viene siendo una de las instituciones más antiguas en nuestro ordenamiento jurídico (Claro, 1908, p. 176). Tiene una finalidad de carácter asistencial, que es la de socorrer a la persona con discapacidad en el ejercicio de su autonomía, pudiendo solo excepcionalmente atribuirse un rol en la representación de aquella.

Finalmente, el defensor judicial supone una figura que en la legislación ibérica interviene en el caso de que exista un conflicto de interés entre la figura del apoyo y la persona con discapacidad, o cuando, en una situación determinada, es imposible que la figura de apoyo ejerza la función que le corresponde.

Especialmente destacada resulta, en mi opinión, la descripción que realiza la profesora Vivas del surgimiento de nuevas categorías civiles al alero de la discapacidad. En efecto, la autora explica la evolución legislativa que presentó España, influenciada por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y cuyo hito fundamental es la Ley Nº 41/2003 sobre Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad. Fruto de esta evolución, la respuesta clásica del derecho civil frente a la discapacidad —esto es, la incapacitación judicial de la persona que la sufre y su sometimiento a guarda, o la impugnación de sus actos como medida de protección *a posteriori*— se abre a nuevas posibilidades. En efecto, si observamos el ordenamiento español, podemos darnos cuenta cómo figuras como la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada fueron adecuadas, ya que eran consideradas rígidas y escasamente adaptadas a la idea de promover la autonomía de las personas con discapacidad.

Si tomamos lo anterior como ejemplo, será necesario en nuestro ordenamiento revisar normas propias del derecho internacional privado, nacionalidad, efectos del matrimonio y su disolución (en especial tratándose de familias con hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo), derechos de usufructo de vivienda familiar o reglas sobre filiación cuando hay progenitores o hijos con discapacidad. También experimentarían modificaciones puntuales algunos aspectos relativos al régimen de administración de bienes, cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo. En el mismo sentido, resultarán afectadas algunas reglas relativas al derecho sucesorio y el de contratos, donde la capacidad de ejercicio de los derechos supone la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva.

En este orden de ideas, es determinante comprender que las personas con discapacidad son sujetos plenamente capaces, en una doble dimensión: de titularidad y de

ejercicio de sus derechos, por lo que es necesario considerarles como tales. Lo anterior, ya que el hecho de considerarles como capaces tendrá efectos en el ámbito de la responsabilidad, lo que podría generar como consecuencia un cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. De esta forma, los aspectos que deben ser considerados bajo la lógica de la voluntad preferente de la persona en situación de discapacidad permitirán expresar la propia e intervenir de manera activa en los actos o contratos que le involucran, dejando al juez un rol de supervigilancia del cumplimiento de estos principios, bajo la lógica de la necesidad y proporcionalidad.

Esta enunciación de obligaciones y sus correlativos derechos, que tiene el mérito de poner el foco en la persona y no en su discapacidad, y hacerlo desde la mirada de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está siendo incumplida por Estados como el nuestro, toda vez que no ha logrado ser plasmada en normas que ajusten lo que en la actualidad y ya desde hace mucho tiempo, hizo suya nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, lo que en la práctica sucede, es que se está impidiendo que las personas con discapacidad puedan disfrutar plena y efectivamente los derechos contemplados en el estatuto internacional, constituyendo una seria vulneración de un porcentaje muy importante de la población del mundo.[24]

Como señala la profesora Vivas (2020), el respeto de los derechos humanos de las personas con capacidades diferentes no presenta solo un aspecto negativo o de abstención, sino también positivo o de acción, debiéndose, pues, adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de aquellos. De manera tal, que como lo indica el artículo 19 del mismo tratado, las personas en situación de discapacidad lleven adelante una vida independiente e inclusiva en la comunidad, a través de las diversas herramientas disponibles para aquello (procedimiento de modificación de la capacidad o de provisión de apoyos) y desterrando otras, como el procedimiento de incapacitación que aún vergonzosamente existe en Chile. Ello no solo provoca una enorme inseguridad jurídica, provoca, además, el daño ocasionado al privarse indebidamente a la persona de sus derechos, de su capacidad jurídica, nombrándosele un representante que gobierne su vida, en lugar de un mecanismo de apoyo o asistencia para la toma de decisiones personales y patrimoniales (p. 5). Es necesario, como se afirma, «centrarse en la autonomía individual y autodeterminación de la persona con apoyos (solo cuando éstos sean necesarios y no de mantenerla en el ámbito de discapacidad)» (p. 6). La capacidad jurídica ya no se gradúa, sino los apoyos, y habrá que revisar si a los dieciocho años proceden guardas de hecho o de otro tipo hasta la curatela representativa, que queda como lo último de lo último. Frente al binomio tradicional del derecho civil (persona capaz vs. persona incapaz) surge, entonces, una categoría intermedia de «persona con discapacidad psíquica o física o sensorial», que

24 Véase: Cabra de Luna, Bariffi & Palacios (2007, pp. 61-70).

requiere de procedimientos y herramientas de protección idóneos (Turner & Vivas, 2010, p. 270).

Resulta interesante, a nuestro parecer, revisar la interpretación que los tribunales de justicia en Chile han llevado a cabo a través de sus fallos, materializando el contenido de la Convención para personas con discapacidad, especialmente del espíritu del artículo 12 de esta. En este sentido, la sentencia del tribunal de primera instancia, de 16 de febrero de 2021, RIT A-9-2020, dictada por la magistrada doña Macarena Rebolledo Rojas, jueza titular del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, resuelve en su considerando decimonoveno rechazar la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción de la menor de edad, atendido a que se acreditó en juicio, que no existió trabajo con los padres (ambos, padre y madre con déficit cognitivo) que pudiese justificar la privación de su cuidado por parte de sus progenitores. Asimismo, no se desarrolló un trabajo que generara confianza y fuera pertinente a esos padres, como así lo mandatan las convenciones internacionales en la materia, y además lo dispuesto por los artículos 8, 9, 12, 13, 15, 17, 18 y 19 de la Ley Nº 19.620; artículo 226 del Código Civil, artículos 30 y 42 de la Ley Nº 16.618, artículo 8, puntos 12 y 28, y siguientes de la Ley Nº 19.968; Convención Internacional de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su observación General Nº 5.

Esta sentencia de primera instancia fue ratificada por la emanada de la Corte Suprema, de fecha 2 de noviembre de 2021, que afirma:

> que el Estado se ha comprometido al suscribir la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece como obligación general asegurar y promover el ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. (artículo 4)

En forma específica, en el capítulo sobre igualdad y no discriminación, señala que se «garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo, conminando a adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables» (artículo 5). Destacamos en particular lo señalado en los considerandos cuarto, quinto y sexto de la sentencia, que haciendo suyo el artículo 6 de la Convención,[25] afirma:

25 Artículo 6, CPCD: «Los Estados partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, comprometiéndose a tomar todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito antes indicado».

> Es deber de los órganos del Estado apoyar a los padres para que la niña se mantenga en su familia de origen, quienes durante la tramitación de la presente causa han mejorado aquellos aspectos relacionados con las condiciones habitacionales y de higiene del hogar, establecieron nexos con las redes cercanas a su domicilio y fueron evaluados satisfactoriamente en causa proteccional seguida en favor de la hermana de la niña de esta causa, no obstante las limitaciones propias de su discapacidad intelectual, lo que demuestra que ambos progenitores tienen la voluntad de hacerse cargo de su hija y que poseen facultades para ejercer su cuidado personal.

En ese contexto, razona adecuadamente la sentencia al señalar

> que el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para apoyar a los padres en el ejercicio de su maternidad y paternidad, por lo que se requiere de programas que actúen en forma coordinada, atendiendo a sus aspectos particulares, bajo la supervisión del tribunal.

Por último, en relación con el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, afirma que

> se descartó alguna inhabilidad de los padres y se señaló que aquellos antecedentes que podrían sugerir negligencia en sus cuidados, fueron subsanados durante la tramitación de la causa, y que apartarla de su familia no contribuye a satisfacer su interés superior, en la medida que clausura el desarrollo de una opción que le puede permitir ser restituida a su entorno familiar, y conectar con sus raíces, siempre que el Estado cumpla con su responsabilidad de prestarle la asistencia que requiere. [26]

Como podemos observar, las ideas fundamentan el razonamiento de la Corte, dicen relación con la idea que hemos reiterado a lo largo de todo este artículo, en orden a respetar la voluntad de la persona discapacitada (en algunos casos, declarada incapacitada por decisión judicial), salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría (IDIBE, 2015).

Como bien nos recuerda la profesora Turner, en el moderno derecho de los derechos humanos de las personas con discapacidad[27] han surgido nuevas manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad que es necesario analizar y considerar en el ajuste normativo que se sigue en nuestro país. Estos dicen relación con, por ejemplo, asignar sin intervención judicial alguna y de manera inmediata, un representante legal para asistir a la persona con discapacidad; el señalamiento voluntario de la tutela realizada por la persona interesada de manera previa o en pleno uso de sus facultades,

26 Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros señora Andrea Muñoz S., ministros suplentes Roberto Contreras O., señora Dobra Lusic N., y las abogadas integrantes señoras María Cristina Gajardo H. y Leonor Etcheberry C. No firman los ministros suplentes señor Contreras y señora Lusic, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado ambos su período de suplencia. Santiago, 18 de octubre de 2021.

27 España y en países como Francia, Italia, Alemania, Austria, Portugal, Brasil y Perú.

además de la indicación de la forma como la guarda debe ser cumplida (Turner & Vivas, 2010, p. 270); el denominado «mandato preventivo», el «contrato de alimentos», el «patrimonio protegido» como patrimonio de afectación, etc. Todas las anteriores, figuras que se han introducido en el derecho civil, a objeto de fijar «un marco de autoprotección que permita a una persona organizar, planificar y disponer anticipadamente acerca de una posible etapa de su vida, demostrando con ello un irrestricto respeto de la libertad individual» (p. 270).

La Convención de Naciones Unidas es un instrumento vinculante y obligatorio, y la mantención de procedimientos como los de «incapacitación» vigentes en Chile, constituyen todavía una trasgresión a los derechos humanos de las personas con discapacidad, que debemos ajustar. Si bien parece difícil abandonar la visión paternalista tradicional, hay un imperativo legal y además moral que nos obliga a hacerlo. El respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, así como el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad y sus decisiones presentes o pasadas están sobre la mesa, es labor de los juristas al menos, seguir clamando por ellas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alessandri, A., Somarriva, M. & Vodanovic, A. (2011). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general.* Editorial Jurídica de Chile.

Barcia, R. (2010). *Lecciones de Derecho Civil chileno. Del acto jurídico* (tomo I). Editorial Jurídica de Chile.

Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas].

Cabra de Luna, M., Bariffi, F. & Palacios, A. (2007). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*: *La Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Editorial Universitaria Ramón Areces.

Claro, L. (1908). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (tomo IV). Editorial Jurídica de Chile.

Errázuriz, M. (1991). *Manual de Derecho Romano. Historia Externa de Roma. Del Acto Jurídico. De las Personas* (tomo I). Editorial Jurídica de Chile.

IDIBE. (2015). No puede desconocerse la voluntad de la persona discapacitada en cuanto a la persona que debe ser nombrada como su tutor, siempre y cuando no existan razones objetivas que permitan concluir que ello la perjudicaría. *Idibe.org*.

Iglesias, M. (2018). Modelos de apoyos: ¿cómo construir un apoyo? *Doctrina Práctica*, (5), 133-162.

Jarufe, D. (2022). La capacidad de ejercicio: un análisis crítico de las normas del código civil y la necesidad de su modernización, más allá de la interpretación del artículo 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista chilena de derecho privado*, (38), 9-61. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722022000100009

López Barba, Elena (2020). *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio.* Madrid: Editorial Dykinson.

Martínez de Aguirre, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Aranzadi.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.

Ruz, G. (2012). *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en Familia* (tomo V). Legal Publishing.

Victoria, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, *46*(138), 1093-1109.

Turner, S. & Vivas, I. (2010). La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos. *Revista de derecho*, *23*(2), 270-271.

Vivas, I. (2020). La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, *V*(14), 191-198.

Sobre el concepto de «germen de autonomía» de los niños en la jurisprudencia nacional

About the concept of "germ of autonomy" of the children in national jurisprudence

Nicolás Ibáñez Meza[28]

RESUMEN

En la aplicación obligatoria del derecho del niño a ser oído, los tribunales de justicia chilenos han creado el concepto de «germen de autonomía» para referirse a aquellas situaciones en que la voz del niño no puede ser omitida. El presente trabajo busca ahondar sobre tal idea, determinando los lineamientos sobre los que se construye y las posibilidades que abre.

Palabras clave: autonomía, germen, derecho a ser oído.

ABSTRACT

In the mandatory use of the children's right to be heard, the Chilean justice courts have created the concept of "germ of autonomy" to refer to those situations when the voice of the child cannot be omitted. This paper seeks to give a deep analysis on this idea, determining the guidelines where it is built, and the new possibilities opened by it.

Keywords: Autonomy, germ, right to be heard.

28 Nicolás Ibáñez Meza, abogado. Magíster en Docencia Universitaria y en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Civil y Familia Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Chile. Doctor candidato en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. nicolas.ibanez@uautonoma.cl / nmibanez@uc.cl

1. Introducción

En cumplimiento del mandato contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los tribunales superiores de justicia chilenos han promovido el ejercicio del derecho de niños, niñas y adolescentes[29] a ser oídos en los juicios en los que se deciden aspectos relevantes de sus vidas. En cuestiones como adopción, cuidado personal o régimen comunicacional, el hacer participar a los niños en el procedimiento aparece como una cuestión no solo trascendente, sino en cierta medida también imprescindible.

En este sentido, existe un criterio jurisprudencial especialmente llamativo que ha sido utilizado para defender tal importancia del derecho a ser oído y que con frecuencia se invoca por los tribunales nacionales chilenos. Se trata del «germen de autonomía», concepto a través del cual se ha sostenido la imposibilidad de prescindir de la voz del niño, cuando en ellos se aprecie el referido germen. De ahí que se explique que, si no se ha dado la participación de esos niños, los portadores del «germen», en los procedimientos en los que se discutan cuestiones relevantes de sus vidas, la sentencia que se dicte en aquel, amerita ser casada en la forma por omisión a trámite esencial. En este trabajo se buscará ahondar sobre el contenido de dicho concepto, y del mismo modo, tratar de explicar lineamientos sobre aquel que permitan identificar sus fortalezas y debilidades.

2. Aproximaciones a la idea del principio de autonomía progresiva de los NNA

No es novedoso sostener que el derecho del niño a ser oído es «uno de los valores fundamentales de la Convención de Derechos» (CRC/C/GC/12, 2009, p. 2) y del paradigma de protección integral que trajo al incorporarse a los sistemas jurídicos que le ratificaron. Reconocer al niño con voz es un lineamiento poderoso que recuerda su carácter de persona y de sujeto interesado en su propia vida, la que no puede quedar solo a decisión del mundo adulto, si de manera real se desea sacar de la retórica al planteamiento que reconoce al niño como sujeto de derecho. Baratta (2007) afirma en este sentido que

> esto significa, con la sola limitación sustancial debida a las fases diferentes del desarrollo de su competencia expresiva y lingüística, que el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él; como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos. (p. 20)

29 En adelante e indistintamente como NNA.

En este orden,

> el derecho del niño a ser oído forma parte de los cimientos sobre los cuales se construyó la nueva visión jurídica de los niños, funcionando como derecho individual, pero también como sustento, manifestación o condición de otros derechos y principios basales del sistema. (p. 18)

Por ejemplo, se ha recalcado por la doctrina[30] y alguna jurisprudencia,[31] el poderoso vínculo existente entre el principio de interés superior del niño y el derecho a ser oído. Esta interacción es ampliamente desarrollada por los planteamientos dados por la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño[32] relativa al principio de interés superior.

Así las cosas, el reconocimiento del niño como sujeto de derecho–persona–ser con voz, trae varias consecuencias. La primera será asumirle como titular de sus derechos. Esto es, establecer que son suyos desde la exigibilidad e incluso disposición (Couso, 2006, p. 151). Los derechos del niño ya no son solo mandatos al mundo adulto, como era en la época del paradigma tutelar que precedía a la Convención de Derechos, sino también atribuciones para sus legitimarios. Con ello, el planteamiento demanda, como una condición necesaria, dotar al niño de cierta individualidad, apreciándole como un ente separado tanto física como jurídicamente de los demás.

Dicho planteamiento no debe ser confundido con términos como la emancipación o la total independencia. Es pertinente considerar una idea lógica, pero importante en este sentido, y que es que incluso tras la atribución de su carácter de sujeto de derecho,

30 En este sentido, véase: Ibáñez (2022, p. 8), Krausz (2021, pp. 17 y 53), Muñoz (2020, p. 506), Etcheberry y Fuentes (2018, p. 113), Carretta (2018, p. 96), Barcia (2013, p. 34), Vargas y Correa (2011, p. 180), Rivero (2007, p. 166), Lathrop (2004, p. 222) y Mangione (1998, p. 570).

31 *Godoy con Palza* (2012, considerando décimo).

32 CRC/C/GC/14 (2013, p. 47) afirma: «La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño». Por su parte, en los párrafos 53 y 54, se expresa: «El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior».

individual y dueño de sus propios derechos, aquel importantísimo titular sigue siendo una persona atravesando una joven etapa de desarrollo. Dicho en términos más simples, darle derechos, voz y una progresiva autonomía en el ejercicio de sus derechos a aquel, no le resta el carácter de ser un niño, niña o adolescente.

Derivado de ello, y según los planteamientos de la misma Convención de Derechos en su artículo quinto y decimoctavo, la autonomía no se contrapone con su necesaria dependencia del mundo adulto, especial y prioritariamente de su familia. De hecho, bien afirma Lozano (2016) que «el individuo (…) nunca se constituye como persona aislada, sino como persona en una sociedad de personas de las que depende de alguna manera, [y por ello] su autonomía siempre es relativa» (p. 75). Entonces, como el niño requiere de su familia para alcanzar su desarrollo, ello implica que asumir al niño como parte integrante del grupo sociofamiliar no contradice, ni en todo, ni en parte, la calidad de sujeto de derecho que estos ostentan. Así, la visión emancipadora de los niños en orden a otorgarles una total y temprana independencia fundado en que ello significa (o significaría) la calidad de titulares de derechos, entra en contradicción con los propios derechos del niño y, en sí, un atentado contra su persona en temprano ciclo de desarrollo.

Una segunda cuestión derivada del otorgamiento de la calidad de sujeto de derecho es comprender el vital reconocimiento del niño como un ser sintiente y pensante (Rivero, 2007, p. 58), cuyos sentimientos y pensamientos son siempre susceptibles de ser exteriorizados, si así se desea. Y cómo no. Si exteriorizar el sentir «es un derecho esencial de todos los seres humanos» (Lathrop, 2004, p. 201), lo que «por excelencia alcanza también a los niños» (Ibáñez, 2023, p. 26). Esto conlleva visualizar al niño como un agente dueño de la visión de su propio entorno, como también de las opiniones que va formando sobre aquel, las que sean o no compartidas por los adultos, son válidas como toda otra opinión. Con ello, el niño no siempre tendrá la razón, pero ello no impide que se le prive de exteriorizar dichos sentimientos solo fundado en ser niño, precisamente, porque en otros casos sí podría tenerla y ser la voz más sensata en algún determinado conflicto. Pues bien, acá también está esa autonomía antes reconocida, esta posibilidad de poder formar su propia visión y de exteriorizarla de alguna forma por sí mismo.

En tercer lugar, y aun de manera lógica a este punto, el planteamiento bajo análisis implica reconocer calidades jurídicas que permitan dotar al niño de lo requerido para lograr la ejecución de sus derechos en términos reales y no solo simbólicos. En otros términos, dar titularidad en los derechos no es solo una atribución de dominio sobre aquellos («mis derechos, tus derechos»), sino también de ejercicio. Es decir, acá se involucra el reconocimiento de un espacio de capacidad jurídica que permita dotar de la habilidad necesaria para decidir, conforme a la preferencia del titular, cómo y cuándo se ejercen los derechos que posee.

Dicho requerimiento, si bien puede entrar en contradicción con las nociones propias de la capacidad civil cuando de niños y adolescentes se trata —y ello fundado en la

categoría de «incapaces» que les entrega el artículo 1447 del Código Civil—, queda matizado con las reglas que la misma Convención aporta. Según Turner y Varas (2021), la capacidad civil y la autonomía progresiva tienen ámbitos de aplicación diversos, ya que «mientras que el régimen protector de la incapacidad debiera regir los actos patrimoniales del adolescente, el reconocimiento de su autonomía progresiva debiera aplicarse a los actos que realice en el orden personal o extrapatrimonial» (p. 152). Así, y como esta vez se trata de derechos fundamentales y no de la capacidad de contratación, dichas reglas civilistas quedarían fuera de aplicación en principio.

No obstante, incluso con tal precisión, habrá un segundo muro de tope que hace cuestionar la ejecución de los derechos dados a su titular, y que no es otra que la propia calidad de NNA. Es menester cuestionarse, entonces: ¿Los niños pueden ejercer sus derechos por sí? Y en la afirmativa, ¿cómo lo harán? ¿Qué rol tienen los padres y progenitores en dicha tarea?

La propia Convención de Derechos entrega la regla:[33] de manera progresiva, los derechos serán ejercidos por el NNA, conforme a la evolución de sus facultades. Entonces, la cuestión a dirimir a esta altura no es si los niños, especialmente los más pequeños, tienen o no derechos, sino determinar que la forma de ejercerlos será conforme a su crecimiento y cada vez de manera más autónoma respecto de sus progenitores y del propio Estado, hasta llegar a ser no más que una recomendación o consejo. Así, en las épocas de mayor juventud, es claro que los derechos del niño no podrán ser ejercidos por aquel, tomando los padres, y en subsidio el Estado, el rol de ejercer en nombre del niño los derechos dispuestos a su favor. Acá está el principio de autonomía progresiva. Afortunada resulta la frase de Zermatten (2003), que indica que

> las prestaciones y la protección deben ser masivas en la infancia y reducirse al filo de los años del niño, hasta no ser más que una red tendida sobre la cuerda del equilibrista para que no se haga demasiado daño si por desventura cayera. Pero el recorrido sobre el filo debe ser efectuado por el propio funámbulo, y no por los espectadores. (pp. 16-17)

Con todo, podría entenderse que la autonomía, existente en todos los NNA, dispuesta para el ejercicio de sus derechos, no tiene un punto inicial definido, como sí lo tendrá en su término con la mayoría de edad. No se trata de una frontera que se cruza a determinada cantidad de años o de un hito que permita con claridad señalar cuándo se es autónomo y cuándo no. Se trata de una ruta evolutiva, de un proceso que da cuenta de la madurez, del resultado del conocimiento y vivencia de experiencias que

33 Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

van permitiendo habilitar al niño para que decida tanto ejercer sus derechos como no hacerlo. En este camino el apoyo y acompañamiento de la familia es crucial, no solo porque son quienes van cediendo paulatinamente poder de decisión al niño en cuanto ejercicio de los derechos, sino también porque no todos los derechos evolucionan a la vez de la misma forma en términos de dar la misma autonomía, lo que implica que la familia siempre tendrá un rol imprescindible en el ejercicio de los derechos, incluso hasta la mayoría de edad.

Derivado de tal situación, es compleja la justificación de las fijaciones de edades establecidas por las leyes fundadas en la idea de autonomía progresiva para el ejercicio de determinados derechos. A modo de ejemplo, analizando solo algunas normas chilenas y sin que implique ni una valoración, ni un reproche, puede advertirse que es frecuente que el legislador nacional fije edades en cierta medida de forma aleatoria y carente de sistematización.[34] Así, no existe un hilo que permita comprender por qué existe reconocimiento de autonomía para determinados asuntos y para otros no.

En este sentido, el hecho de ser el legislador quien determine efectivamente cuándo hay autonomía para el ejercicio de un derecho en específico y de manera abstracta, llena de contradicciones el análisis. Por ejemplo, que una adolescente pueda tomar una decisión tan importante como interrumpir su embarazo sin que su familia se entere,[35] pero no pueda comprar una cerveza,[36] teniendo autonomía para lo primero, pero no para lo segundo, es una situación un tanto incomprensible. Lo mismo ocurre en el caso de que un adolescente pueda firmar un contrato de trabajo desde los quince años,[37] pero no uno de matrimonio,[38] considerando que en ambos estatutos derivados de contratos, cuando son celebrados por adolescentes, podrían darse situaciones de abuso de poder, dominación, pérdida de escolaridad y de posibilidades de desarrollo. Un último ejemplo, que ya está corregido normativamente, era el incomprensible supuesto que estuvo vigente durante casi seis meses en la legislación nacional, en el

34 Véase en este sentido, Domínguez (2016).

35 Según el artículo 119 del Código Sanitario reformulado por la Ley Nº 21.030, «la voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale. Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, **se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale**. En el caso de que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos en el inciso anterior, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece» (el destacado es del autor).

36 Así se indica en el artículo 4, número 6 de la Ley Nº19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

37 Artículo 13 b, Código del Trabajo.

38 Según la reforma introducida por la Ley Nº 21.515 a la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947.

cual un adolescente varón podía contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo desde los dieciséis años,[39] pero si tenían contactos sexuales, se cometía un delito,[40] siendo autónomos para contraer nupcias, pero no para iniciar su vida sexual propia de una vida matrimonial.

Así, y aun cuando la realidad es la presentada, lo cierto es que no parece ser la ley el medio más idóneo para fijar cuándo se es autónomo respecto de determinado derecho, y ello precisamente porque esa autonomía, además de ser progresiva, será distinta en cada caso. No solo distinta en cada niño, sino también dependiendo del derecho que se trate, ya que un niño no adquiere autonomía de manera ni absoluta ni general. Recuérdese, es progresiva y caso a caso, atendiendo a las situaciones en particular en las que el niño se encuentra. Por ejemplo, un niño de ocho años será completamente autónomo para escoger sus amigos y sus preferencias de deportes, pero no para decidir si quiere o no seguir asistiendo a la escuela, o si desea o no tomarse una determinada medicación.

Con ello, la autonomía progresiva como principio, al igual que el interés superior del niño, termina siendo una cláusula general o concepto jurídicamente indeterminado que, llenado por la familia o por el poder, y con plena consideración a la voz del niño, permitiría establecer cuándo un niño específico tiene la autonomía suficiente que le otorgue la facultad para decidir sobre un derecho en particular y cuándo no. Por tanto, la autonomía no sería una cuestión que pueda ser susceptible de estandarizarse mediante la rígida técnica de las reglas legales, porque ello puede bien desconocer la madurez de un niño que hubiera alcanzado por debajo de una determinada edad, o peor que eso, se podría asumir sin respaldo alguno que a determinada edad ya se es lo suficientemente maduro para decidir sobre determinado derecho, dándole derechos a quien no sabe bien qué hacer con ellos o negándoselos a quienes los demandan y tienen perfecto conocimiento y deseo de ejercerlos. El derecho al voto es un útil ejemplo en este sentido.

3. El concepto jurisprudencial de «germen de autonomía» de los NNA

Sin parecer sobreabundante, es menester reiterar que la autonomía progresiva no tiene que ver con el reconocimiento de los derechos, sino con su ejercicio. No se trata de

39 Nótese que la Ley Nº 21.400 de acceso igualitario al matrimonio fue publicada en diciembre de 2021, pero entró en vigor a noventa días después, es decir, en marzo de 2022. Recién a finales de diciembre de 2022, se elevó la edad para contraer matrimonio a los dieciocho años con la Ley Nº 21.515.

40 El artículo 365 del Código Penal, vigente hasta agosto de 2022, expresaba que «el que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio». Este artículo fue derogado por la Ley Nº 21.483.

determinar si los niños tienen o no un determinado derecho de los que ofrece la Convención y la legislación a su favor, sino revisar si dicho derecho puede o no ser ejercido por sí y bajo su decisión en un determinado modo y momento. Como se indicó, tal elemento deviene de su crecimiento y madurez progresiva, caso a caso, aun cuando el legislador fije estándares, bien para establecer o bien para desconocer la autonomía en distintas cuestiones.

Así, como proviene del caso a caso, no está claro en qué momento esta inicia. Si se comprende la adquisición de los derechos humanos desde que se ostenta la calidad de tal, lo cierto es que todos los derechos que se reciben han de ser ejecutables y reclamables, si se desean considerar derechos en el sentido real de la palabra. Analizado desde la autonomía, claro que hay derechos que quedarán a la espera de ser ejecutados por su propio titular hasta que este tenga edad suficiente como para reclamarlos, como son los de libertad de pensamiento, religión y asociación, los de protección a su vida privada o las garantías procesales en el caso de infracción de ley. En otro sentido, habrá derechos que puede afirmarse que desde que el niño es tal existen y pueden ejercerse por sí, como el propio derecho a la vida, el de no discriminación o, importante para este caso, el derecho a ser oído.

Así, si se toma de base que el artículo 12 de la Convención de Derechos que ya antes fue explicado, considera que los niños tienen derecho a expresarse, a que se les oiga y que se les escuche según su evolución de facultades, edad y madurez (Ibáñez, 2023, pp. 25 y ss.), es pertinente analizar el elemento basal del derecho: la expresión.

Invito a pensar en todas las formas de expresión de NNA, es decir, desde un adolescente declarando en un tribunal, hasta uno bailando una coreografía de TikTok; desde una niña protestando por no gustarle una determinada comida, hasta las adolescentes marchando en el contexto de las protestas sociales; desde un pequeño niño de meses de edad llorando por haberse asustado en los brazos de un desconocido, hasta un joven de diecisiete años decidiendo la carrera universitaria que desea para el futuro. Tomados todos estos casos y tantos otros que se puedan ocurrir, es válido cuestionar: ¿Qué grado de madurez es necesario para poder expresarse? ¿Es necesario que se otorgue determinada autonomía para poder expresar los deseos y sentimientos ante una autoridad? Un gran y rotundo «no» es la única respuesta posible en un sistema jurídico regido por una Constitución política que nos dice que se nace libre e igual que todos. Libre desde el nacimiento, libre de llorar, libre de querer, libre de desear, en resumen, libre de expresar el sentir. En estos términos, la autonomía para expresarse y ser oído no es progresiva en su origen y fundamento, sino más bien en su forma. Van cambiando los medios por los cuales se exterioriza, especialmente con el desarrollo del habla. Con ello, el niño es autónomo para expresarse y ser oído desde su nacimiento.

Por otra parte, conviene analizar el término «germen». La Real Academia Española entrega cinco acepciones en su diccionario, siendo útil para este trabajo la quinta. Se comprende al germen como principio u origen de una cosa material o moral. Es en definitiva el comienzo, el inicio de una determinada situación. Con ello, si se trata del

germen que permite facultar al niño para el ejercicio del derecho en base a la autonomía, puede afirmarse que inicio del ejercicio del derecho a ser oído por su titular nace en el mismo momento que aquel, es decir, desde que ostenta la calidad de niño.

Con todo, si se analizan otras acepciones dadas por la Real Academia Española, la conclusión sigue reforzándose. En su primera acepción se le presenta como el esbozo que da principio al desarrollo de un ser vivo. Luego, en la tercera acepción se le define como el primer tallo que brota de una planta. Tomando esta situación, puede afirmarse que el niño, como ser vivo, tiene cualidades propias de su calidad humana, como es el poder expresarse, lo que constituyen los primeros esbozos que dan principio a su desarrollo como persona que, además, se le reconoce como pleno sujeto de derechos. Como es claro, su voz irá manifestándose de diversas formas y extensiones a lo largo de su vida y desarrollo, formando un árbol con los distintos elementos que incorpore, todos los cuales surgieron de su primer brote, de un primer tallo que representó el permitirle expresarse desde que pudo y en las formas que pudo hacerlo.

4. La construcción jurisprudencial en torno al concepto de germen de autonomía de NNA

Reconociendo que el niño tiene su germen de expresión autónoma desde que nace, la pregunta a abordar es desde cuándo puede estimarse, judicialmente hablando, que dicha expresión podría valer como un elemento de presencia indispensable en los conflictos sometidos a la judicatura. Con ello, se analizará cuándo y cómo es que se ha considerado que la presencia de los niños portadores del germen de autonomía sea, en definitiva, un elemento de validez del procedimiento. Lo anterior, ya que aun cuando se hubiera precisado que en verdad todos los niños tienen dicho germen de autonomía para ejercer su derecho a ser oído desde que nacen, solo en ciertos casos y consideraciones tiene su presencia valor para los tribunales nacionales.

Se presentará el estado de la cuestión a través de la jurisprudencia. Puede afirmarse que desde el año 2015 se ha plasmado en algunas sentencias la imposibilidad de prescindir de la voz del niño que porte el denominado «germen de autonomía». A través de aquel se entiende que el derecho del niño a ser oído se impone como un requisito del procedimiento de carácter esencial, por lo que su omisión acarrea casación en la forma, invalidándose la sentencia a su consecuencia.

La primera sentencia que refiere al concepto bajo análisis es del máximo tribunal nacional del año 2015 en una causa sobre impugnación y reclamación de filiación no matrimonial, a través de la cual se indica:

> QUINTO: Que por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño, alrededor de 11 años, éste ya goza de un **germen de autonomía**, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de

> ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión: «En general» lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa. (*Moreno con Díaz,* 2015)

Luego, en 2016,[41] también la Corte Suprema invocó la noción del germen de autonomía, indicando:

> Sexto: Que, por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño alrededor de 7 años, ya goza de un **germen de autonomía**, que conforme deviene en su proceso de crecimiento físico, síquico y social, va progresivamente consolidándose, circunstancia que incumbe ser apreciada y considerada por los sentenciadores. Se reafirma, de este modo, que el deber de otorgarle la posibilidad de ser oído en la sustanciación del proceso en el que se pretende determinar aspectos de filiación que inciden directamente en su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo que, al no hacerlo, se configuró la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión: «En general» lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa. (*Norambuena con Órdenes y otra,* 2016)

Previo a la valoración, conviene comparar los aspectos de las sentencias basales, ambas de Corte Suprema, que refieren al concepto de germen de autonomía.

41 Idéntico criterio y referencia en *Leiva con Rodríguez* (2022), a propósito de una niña de ocho años en causa de nulidad de reconocimiento.

Cuadro Nº 1:
Comparación de sentencias de Corte Suprema de 2015 y 2016, que mencionan al germen de autonomía.

Sentencia CS	Edad NNA	Necesidad de apreciación	Autonomía como fruto de desarrollo	Atribución del germen	Materia	Sanción
2015	11 años	Refiere: «la cual debe ser apreciada por los sentenciadores»	No refiere, solo indica: «éste ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando»	Ya lo tiene desde antes: «este ya goza»	Cuestión relativa a la identidad: «reafirmando que el deber de otorgar a éste la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad»	Casación en la forma por omisión a trámite esencial
2016	7 años	Refiere: «circunstancia que incumbe ser apreciada y considerada por los sentenciadores»	Refiere: «ya goza de un germen de autonomía, que conforme deviene en su proceso de crecimiento físico, síquico y social, va progresivamente consolidándose»	Ya lo tiene desde antes: «ya goza»	Cuestión relativa a la identidad: «Se reafirma, de este modo, que el deber de otorgarle la posibilidad de ser oído en la sustanciación del proceso en el que se pretende determinar aspectos de filiación que inciden directamente en su identidad»	Casación en la forma por omisión a trámite esencial

5. Valoración de la noción del germen de autonomía de NNA

Del análisis del criterio jurisprudencial por acá tratado, y separadas que fueran sus distintas aristas y variables en el cuadro anterior, pueden advertirse algunas cuestiones relevantes que permiten valorar e identificar los beneficios, perjuicios y nudos críticos que la noción del germen de autonomía de NNA configura.

En primer lugar, el valor dado en las sentencias al derecho del niño a ser oído, manifestado en su derecho a participar en juicio, es de trámite esencial. No obstante, para permitirse tal configuración y sanción se deberá estar al nivel de autonomía que el

niño tenga o lo que la Corte Suprema define como «el germen de autonomía» que pudiera tener. De esto deriva que el concepto sigue siendo vago y en cierta medida parece antojadizo, ya que no refleja ni explica cuáles son las circunstancias o aptitudes que llevaron a determinar que esos niños sí cuentan con el referido germen. De hecho, si se considera que todos los niños, solo por serlo, están en un «proceso de crecimiento físico, síquico y social, [que] va progresivamente consolidándose», no se comprende bien cuál es la razón de que se haya así estimado a partir de cierta edad.

No obstante lo anterior, parece ser que dicha relevancia al derecho del niño a ser oído, dado a través de la configuración del germen de autonomía, solo se advierte cuando se trata de cuestiones identitarias del niño o de mantención del vínculo familiar. Es decir, como el criterio jurisprudencial se anida en causas que versan sobre materias de cuidado personal o algún asunto relativo a la determinación o alteración de la filiación, se considera que en tales aspectos y derechos, la voz del niño tendría un carácter imprescindible. Claro está que así es, porque los niños desde muy temprana edad tienen ya la autonomía suficiente para poder aportar su visión a lo que, en definitiva, «los llevan a construir las nociones personales definitorias de [su] ser» (Ibáñez, 2020, p. 143).

Así, no se ha encontrado pronunciamiento alguno que advierta que en otras materias o cuestiones se reconozca la imposibilidad de prescindir de la voz del niño con el mismo grado de exigencia. Tratándose de otros asuntos, como serían derechos sociales o cuestiones de salud, no se apreciaría que se le otorgue el mismo grado de relevancia, confirmando que la autonomía que habilita para ejercer el derecho del niño a ser oído no se manifiesta de la misma forma en todos los derechos en un determinado momento.

Luego, es destacable que desde los siete[42] años se advierte que existiría dicho germen en los niños. No obstante, en las sentencias se reconoce que la determinación no es una regla clara, sino algo que debe ser considerado con arreglo a las circunstancias del caso, como ya se hubiera explicado.

Ahora bien, en un análisis más minucioso puede percibirse que lo que acarrea la sanción impuesta es la omisión a la opinión de las niñas que tienen el germen de autonomía. Es decir, que la Corte Suprema parte del supuesto que el referido germen de autonomía ya está en las niñas, y a partir de ello construye la sanción jurídica procesal indicada. Con todo, incógnita es la forma en la que se supo que en esos casos había autonomía suficiente, no explicitando fórmula alguna que permita en el futuro determinar su presencia o ausencia en otros casos.

Así las cosas, se insiste en todas las sentencias que el germen de autonomía ya lo tienen las niñas, reconociéndolas como hábiles para ejercer el derecho a ser oídas en los juicios que tendrán incidencia directa en los elementos que afectan su identidad o su cuidado. Con todo, esta interpretación abre la puerta a validar que el germen de

42 En las otras sentencias se trata de niñas de once y ocho años.

autonomía, como punto de inicio del ejercicio independiente del derecho en cuestión, estaría presente desde un momento anterior, lo que siguiendo a las explicaciones antes dadas, podría invocarse que es desde su nacimiento. No obstante, dicha interpretación puede ser muy amplia y desconocería la fórmula por la cual la autonomía es invocada por la Corte Suprema.

Derivado de lo anterior, el hecho de utilizar a la autonomía como el elemento basal del criterio de interpretación dado, y considerando la forma en que ha sido utilizado, implica asumirle necesariamente como una especie de filtro posibilitador del ejercicio del derecho del niño a ser oído en ciertos juicios y por ciertos niños. De aquello deriva, entonces, que no todos los niños tendrán la misma condición ni posibilidad en cuanto al ejercicio del derecho a ser oídos ante los ojos del máximo tribunal, y por su parte, tampoco será igualmente relevante su ejercicio en todas las materias.

La Corte Suprema asume que las niñas de autos ya tienen el germen de autonomía consigo y que esto es lo que les habilita para exigir el ejercicio del derecho en comento, pero todo ello lo hace tomando como centro la consideración a una determinada edad.

Todas las sentencias indican que «debe considerarse que conforme a la edad de la niña, aproximadamente 11 años [o 7 años en el caso de la sentencia de 2016], esta ya goza de un germen de autonomía», lo que deja en claro que la autonomía no proviene de otra fuente que no sea la edad. Por eso es que resulta insostenible que por reconocerles el germen desde antes como algo que ya tienen, implique asumir que a toda edad el ejercicio del derecho es tomado en las mismas condiciones, alejándose de la visión que entiende que la autonomía necesaria para expresar las visiones y que ellas sean oídas surge desde que el niño nace.

De hecho, la sentencia del año 2016 profundiza más en la forma que la edad y el crecimiento crea la autonomía que utilizan como fundamento, cuando recalca que la niña «ya goza de un germen de autonomía, que conforme deviene en su proceso de crecimiento físico, síquico y social, va progresivamente consolidándose». Leído a la inversa, sin dicho crecimiento físico, síquico y social progresivamente consolidado, no hay autonomía, y por tanto, no hay exigibilidad como trámite esencial al escuchar a los niños. A los ojos de la judicatura, y por más crudo que se lea, los niños tendrán que crecer para que se les respete su derecho a ser oídos. Así, se ratifica la conclusión de considerar a la autonomía como un filtro posibilitador del derecho del niño a ser oído.

Como resultado de lo anterior, si no se aprecian entonces los elementos de edad y crecimiento invocados, como ocurre en los niños más pequeños, que podrían ser los menores de seis años, la omisión a que estos aporten su opinión en sus propias causas no es un elemento que pueda considerarse como trámite esencial, tornándose, por tanto, prescindible. De ello deriva, entonces, que no se consideraría como un trámite

esencial que el niño sea representado o que su voz incida en el juicio que afectará su identidad o relación familiar.

Aunque pueda parecer la conclusión lógica de todo lo explicado hasta ahora, lo cierto es que ella es una respuesta que no lograría satisfacer los estándares ni de la Convención, ni tampoco de la Ley de Garantías y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en Chile. En orden a abandonar la sectorización de los niños y de sus derechos, el artículo 28 de su texto, referido al niño a ser oído, «inicia con la expresión "todos", lo que impone la primera y no menor exigencia. No se trata de algunos niños o de niños bajo ciertas condiciones o características, sino de todos, sin excepción» (Ibáñez, 2023, p. 21). Pues bien, siendo el mandato bastante claro, de ello deriva que, si se continúa con la aplicación del concepto de germen de autonomía hacia el futuro, de ello devendría un directo y abierto incumplimiento a los derechos de niños, niñas y adolescentes en el país.

Finalmente y aunque parece ser solo una casualidad, todos los casos, tanto de la Corte Suprema como de la Corte de Apelación que se han ocupado por reconocer el término de germen de autonomía, todas ellas versan sobre causas que involucran solo a niñas. No obstante, se estima que ello no advierte que el factor sexo sea un elemento de incidencia en el análisis como para concluir que solo ellas, y no los niños, gocen de esta interpretación, ya que como se mostró, la edad es el elemento de incidencia en esta cuestión.

6. Conclusión

Si bien el germen de autonomía nace, o debería nacer, en momentos distintos según el niño y el derecho que se trate, lo cierto es que en cuanto a los derechos de expresión y de ser oído, aquellos surgen desde la propia existencia del niño. Si un niño es capaz de expresarse, tiene derecho a ser oído, aun cuando de aquello poco o nada pueda ser considerado en la decisión particular, o dicho de otra forma, que la manera en que se le escuche no sea en integridad. En esto consistiría su derecho, y por tanto, no se requiere autonomía progresiva para expresarse o para ser oído. La autonomía sería un criterio de valoración sobre lo oído, pero no una condición de posibilidad, exigibilidad ni respeto del derecho del niño a ser oído. De ser así, las normas habrían dado la advertencia explícita de ello.

Por otra parte, si bien se aprecia la importancia que el ejercicio del derecho a ser oído tendría para los tribunales superiores de justicia chilenos, a punto tal de elevarle a un trámite esencial del procedimiento cuya omisión acarrea casación en la forma, dicho planteamiento termina siendo criticable desde el mismo contenido del derecho a ser oído en los términos reconocidos tanto por la Convención de Derechos como por la Ley de Garantías y Protección Integral sobre los Derechos de la Niñez y Adolescencia Nº 21.430.

Primero, si bien se reconoce que es la autonomía la que promueve que la voz del niño, en cuanto sujeto de derecho, pueda expresarse, valorándole como una cuestión imprescindible, del mismo modo y en interpretación inversa, termina negando la procedencia del derecho a niños que carecen del germen, que reconocen como derivado de la edad. Con ello, como los niños más pequeños no tienen autonomía ni su germen, escucharles termina siendo prescindible y casi facultativo, relativizándose un derecho dispuesto en favor de todos los niños y solo derivado de la calidad de tal, consistente en darles la especial oportunidad de ser oídos.

En segundo término, no se establece en ninguna sentencia un criterio, recurso, antecedente o evaluación que permita determinar por qué esos niños sí tienen el germen de autonomía, en términos tales que permita con claridad distinguir su ausencia en otros casos. Por ello, y tal cual como se criticaba respecto del legislador en los casos señalados antes, en cierta medida el criterio es antojadizo y carente de base técnica.

Por último, el condicionamiento hecho al ejercicio del derecho viene dado por elementos que no están establecidos ni en el artículo 12 de la Convención de Derechos ni en el 28 de la Ley Nº 21.430, ya que ninguna norma refiere que el derecho del niño a ser oído procede en la medida que se cuente con autonomía suficiente. Esto hace también criticable la privación del derecho que procede a una cantidad importante de niños a los cuales, tal como a los que portan el germen de autonomía, una decisión judicial puede cambiar su vida por completo, especialmente cuando se trata de cuestiones que afectan su cuidado, o incluso, su propia identidad personal y familiar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Baratta, A. (2007). Democracia y derechos del niño. Justicia y Derechos del Niño, (9), 17-25.

Barcia, R. (2013). La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. Revista Ius et Praxis, *19*(2), 3-52.

Carretta, F. (2018). Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico. Revista de Derecho, (243), 93-118.

Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído. Revista de Derechos del Niño, (3 y 4), 145-166.

Domínguez, C. (2016). Autonomía en materia de niñez: Tensiones y perspectivas. En M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI* (pp. 101-112). Thomson Reuters.

Etcheberry, L. & Fuentes, C. (2018). El derecho de los niños a ser oídos. En Unicef (ed.), *Constitución política e infancia: una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (pp. 111-147).

Krausz, A. (2021). Tutela efectiva del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia de Chile [tesis de magíster, Universidad de Chile].

Ibáñez, N. (2023). Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile. En P. López (dir.), *Estudios de Derecho de Familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales de derecho de familia* (pp. 17-45). Thomson Reuters.

Ibáñez, N. (2022). El derecho a participación como condición de posibilidad del interés superior del niño. En *IX Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y Adolescencia* (pp. 1-13). Defensoría de la niñez de la Provincia de Córdoba.

Ibáñez, N. (2020). El respeto a los derechos de la identidad familiar de los menores chilenos hijos de migrantes. En C. Domínguez (coord.), *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (pp. 143-160). Thomson Reuters.

Lathrop, F. (2004). El derecho del niño a ser oído. En D. Martinic (coord.), Nuevas Tendencias del Derecho (pp. 201-231). LexisNexis.

Lozano, A. (2016). Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, *14*(1), 67-79.

Mangione, M. (1998). El derecho del niño/niña/adolescente a ser oído/escuchado. En El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, X Congreso Internacional de Derecho de Familia (pp. 570-573).

Muñoz, S. (2020). *Interés superior del Niño.* Metropolitana.

Rivero, F. (2007). El interés del menor. Dykinson.

Turner, S. & Varas, J. (2021). Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva. *Revista de Derecho Privado,* (40), 149-171.

Vargas, M. & Correa, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. Revista Ius et Praxis, *17*(1), 177-204.

Zermatten, J. (2003). El interés Superior del Niño. Del análisis literal al Alcance Filosófico. *Informe de trabajo 3-2003* (Institut international des droits de l'enfant, Francia), 1-30.

NORMAS CITADAS

Comité de Derechos del Niño CRC/C/GC/14 (2013). *Observación General del Comité de Derechos del Niño Nº 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*

Comité de Derechos del Niño CRC/C/GC/12 (2009). *Observación General del Comité de Derechos del Niño Nº 12. Sobre el derecho del niño a ser escuchado.*

Código Civil de la República de Chile (01/01/1857).

Código Penal de la República de Chile (12/11/1874).

Convención sobre los Derechos del Niño (26/01/1990).

Código del Trabajo (16/01/2003).

Ley Nº 19.925 (19/01/2004). Sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

Ley Nº 19.947 (17/05/2004). Establece nueva ley de matrimonio civil.

Ley Nº 21.030 (23/09/2017). Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Ley Nº 21.400 (10/12/2021). Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ley Nº 21.430 (15/03/2022). De Garantías y Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Ley Nº 21.483 (24/08/2022). Modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica.

Ley Nº 21.515 (28/12/2022). Que modifica diversos cuerpos legales para establecer la mayoría de edad como requisito esencial para la celebración del matrimonio.

JURISPRUDENCIA CITADA

Godoy con Palza (2012). Corte Suprema, 23 de julio, Rol Nº 1992-2012 (Casación en el fondo, cuidado personal). Disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/4105/2012.

Leiva con Rodríguez (2022). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de junio, Rol Nº 1042-2021 (Apelación de sentencia definitiva, invalidación de oficio. Nulidad de reconocimiento). Disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/25509/2022.

Moreno con Díaz (2015). Corte Suprema, 18 de agosto, Rol Nº 38322-2015 (Casación en la forma y en el fondo, reclamación de filiación no matrimonial). Disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/4713/2015.

Norambuena con Órdenes y otra (2016). Corte Suprema, 26 de septiembre, Rol Nº 38322-2016 (Casación en la forma y en el fondo, impugnación y reclamación de paternidad). Disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/6558/2016.

Criterios en torno a la posesión notoria del estado civil de hijo en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional

Criteria regarding the notorious possession of the civil status of a child in the recent jurisprudence of the supreme court and the constitutional court

Veronika Wegner A.[43]

RESUMEN

El presente trabajo contiene una revisión exhaustiva de jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y de los últimos diez años de la Corte Suprema, a fin de analizar las diferentes líneas argumentativas en torno a la configuración de la posesión notoria del estado civil de hijo en nuestro ordenamiento.

Palabras clave: posesión notoria, determinación de la filiación, legislación indígena.

ABSTRACT

This paper contains an exhaustive review of recent jurisprudence of the Constitutional Court and the last ten years of the Supreme Court, in order to analyze the different lines of argument regarding the configuration of the notorious possession of the civil status of a child in our legislation.

Key words: notorious possession, determination of parentage, indigenous law.

43 Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Avda. Padre Hurtado Nº 750, Viña del Mar, oficina C-206.
Correo electrónico: veronika.wegner@uai.cl.

1. Introducción

Como es sabido, la posesión notoria del estado civil de hijo se encuentra regulada en el Código Civil, en los artículos 200 y 201. La primera disposición dispone en su inciso segundo que

> la posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

Esta sirve, de conformidad al inciso primero de la norma en comento,

> también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.[44]

Luego, de acuerdo con el artículo 201, «debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras», pero —según señala el inciso segundo— «si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico».

A continuación, revisaremos algunos criterios relevantes en torno a la posesión notoria del estado civil de hijo o hija regulada en los artículos 200 y 201 del Código Civil, a partir de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre la materia. En este sentido, se revisará la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol Nº 9560-2020 de 29 de julio de 2021, en el que se impugna la constitucionalidad del artículo 200, inciso primero, del Código Civil, en la frase «siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos». Esto, para establecer si se justifica o no constitucionalmente aquel requisito temporal en el caso *sub lite*, y si resulta exigible en todo caso a la luz de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia.

Por otro lado, se examinará la jurisprudencia de la Corte Suprema de los últimos diez años en materia de posesión notoria, para distinguir las diferentes líneas argumentativas que se han sostenido —principalmente— en torno a los siguientes temas: (1) si la posesión notoria puede servir para impugnar la maternidad y/o paternidad cuando esta se encuentra legalmente establecida o solo puede operar en aquellos casos en donde no haya filiación determinada. Esto es, si el instituto tiene la virtud de confrontar una realidad jurídica o solo una fáctica, como la verdad biológica. (2) Si la posesión notoria de la calidad de hijo o hija puede servir como fundamento de una acción de reclamación de paternidad o maternidad, en su caso, o solo cumple un rol como

44 El destacado es nuestro.

medio de prueba en un proceso de familia ya iniciado. (3) Si la posesión notoria de la calidad de hijo o hija puede servir como fundamento en una acción de impugnación (y reclamación de paternidad o maternidad), en su caso, o solo cumple un rol como medio de prueba en un proceso de familia ya iniciado.

2. ¿Es siempre necesaria la concurrencia de un plazo de a lo menos cinco años continuos para la configuración de la posesión notoria de estado civil de hijo o hija?

En causa Rol Nº 9.560-2020, fallo del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 2021, se revisa el recurso de inaplicabilidad planteado respecto del inciso primero del artículo 200 del Código Civil,[45] cuando dispone para efectos de la acreditación de la posesión notoria la frase «siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos».

Para el recurrente de inaplicabilidad, el precepto

> es injusto considerando casos como el que ocurre en la gestión pendiente, en que la madre desde hace un año ha negado cualquier tipo de régimen comunicacional entre el padre y su hijo, con lo que el plazo pasa a ser una barrera infranqueable para con el padre. (foja 1866) (sic)

En concreto, los autos se inician por demanda de impugnación y reclamación de paternidad, presentada por el señor Aedo Sánchez en contra de Moreno Sepúlveda (requirente de inaplicabilidad), respecto del niño de iniciales F. V. M. S. En primera instancia, luego de las pruebas periciales de rigor, se estableció la paternidad acreditada del demandante. El demandado refiere

> que su lazo afectivo con el niño es inquebrantable, y así también lo entienda la madre, quien se ha hecho parte en la causa y ha señalado que por la acreditación biológica es que el señor Aedo se ha opuesto a las visitas decretadas en su oportunidad por el Juzgado de Familia. (foja 1867)

Sin perjuicio de ello, el Tribunal tuvo por acreditado que el vínculo entre el niño y el demandado y su familia, se mantuvo durante los primeros tres años de vida, por lo que no pudo establecer la existencia de posesión notoria. En razón de lo anterior, se presenta un recurso de apelación que constituye la gestión pendiente que motiva la presentación ante el Tribunal Constitucional. Para el requirente se vulnera la carta fundamental en sus artículos 1 y 19, número 2,

> puesto que se tiene un período de tiempo en la ley sin fundamento científico, psicológico o moral, sin tomar en cuenta que una relación paterno filial, de cinco años

45 En causa Rit C-5453-2019, seguida ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol Nº 2841-2020-Familia.

> no será más sólida ni más conocida entre familiares y deudos que una de cuatro años y once meses. (foja 1867)

Para el tribunal, la norma en la parte impugnada se sustenta en «a lo menos sobre dos pilares, (a) dar seguridad jurídica de la existencia de la posesión notoria del estado civil de hijo y, (b) asegurar de forma seria y manifiesta la existencia del vínculo referido» (considerando vigesimotercero). De esta forma, la exigencia de un plazo se establece para efectos de

> consolidación y permanencia del ejercicio de la función de padre o madre a lo largo del tiempo, pues a partir de ello se construye además la dimensión subjetiva de la propia identidad de la persona, a partir de la auto comprensión y significación de su entorno afectivo y familiar. (considerando vigesimoquinto)

Es por ello que el tribunal entiende razonable y necesaria la exigencia de un plazo «como prueba de tal permanencia, continuidad y consolidación (…) para dar por jurídicamente establecido el estado de padre, madre e hijo, si es que su establecimiento se sustenta el cumplimiento de tales roles y no en antecedentes genéticos» (considerando vigesimosexto), decidiendo en definitiva rechazar el requerimiento deducido.

Si bien el tribunal cumple formalmente con resolver el asunto sometido a su competencia, desaprovecha la oportunidad de pronunciarse acerca de la conveniencia del tiempo exigido en el artículo 200 del Código Civil para estos efectos. La exigencia de una estabilidad y permanencia en el nombre, trato y fama es evidente para efectos de la construcción de la identidad que se pretende, pero la cuestión está en los supuestos como el planteado u otros, en los que la fuerza de las cosas hace inviable o imposible el cumplimiento de la exigencia contenida en la norma. Pensemos en un menor que no ha cumplido todavía una edad que permita el cómputo del plazo, pero que, sin embargo, ha construido su identidad a través de los requisitos señalados en el artículo 200 del Código Civil. ¿Resulta conveniente a la luz de su interés superior privilegiar la filiación biológica de un padre o madre ausente durante los primeros años de ese niño o niña?

En alguna jurisprudencia de la Corte Suprema hemos podido advertir la posibilidad de soslayar la exigencia del plazo de cinco años para efectos de la acreditación de la posesión notoria. Así, en *I. G. R con L. J. L.* (2015),[46] sentencia de 4 de mayo de 2015, se impugna la resolución que tuvo por establecida la paternidad biológica del demandante, pese a que el niño de autos había recibido el trato, nombre y fama de hijo del demandado, por un lapso menor de cinco años. Lo anterior, «pues la edad del niño, a la época de la interposición de la demanda, era inferior a dicho período de tiempo» (considerando cuarto), razonando los sentenciadores del fondo «que no obstante que es posible prescindir en casos calificados de la exigencia temporal de la posesión notoria, en el caso concreto, es más compatible con el interés superior del

46 Ministros: Cerda, Blanco y Chevesich. Abogados integrantes: Lagos y Etcheberry.

niño hacer primar la paternidad biológica» (considerando cuarto). Sin embargo, la Corte establece que

> por tratarse la posesión notoria del estado civil de un medio probatorio de excepción, pues tiene la capacidad de prevalecer incluso por sobre una verdad científicamente comprobada, su procedencia debe sujetarse estrictamente a las exigencias que el legislador impuso. De este modo (…) la voz «a lo menos», es un límite que no admite laxitud en su aplicación. (considerando séptimo)

Luego con la misma fecha, pero en autos *C. S. B. con E. C. I.* (2015), los hechos asentados son similares. En el caso concreto, los sentenciadores tuvieron por establecida la paternidad biológica del demandante, sin perjuicio de reconocer que en los hechos concurren los elementos de la posesión notoria del estado civil de hija respecto del recurrente, pero no por el plazo exigido por la norma del ya citado artículo 200. En esta causa, si bien la Corte resuelve en definitiva rechazar el arbitrio intentado, por no admitirse laxitudes en la aplicación del plazo, establece, sin embargo, que

> aceptando que el plazo de a lo menos cinco años que señala la ley como presupuesto configurativo de la posesión notoria del estado civil de hijo, pudiera ceder frente a circunstancias específicas, en virtud de principios supralegales, como el interés superior del niño u otros, y aceptar la concurrencia de la referida posesión notoria aun concurriendo un tiempo menor del exigido, dicha posibilidad se estrella con los hechos acreditados en autos.[47]

De esta forma, la Corte deja abierta la posibilidad de una lectura eventualmente referencial del plazo contenido en el aludido artículo 200 del Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, en la jurisprudencia revisada, no encontramos fallos de la Corte Suprema que prescindieran en concreto del requisito temporal para efectos de la acreditación de la posesión de estado.[48,49]

47 «En efecto, hace especial fuerza a la conclusión arribada por la sentencia impugnada, la circunstancia que la madre de la niña cuya filiación se impugna, contrajo matrimonio con su padre biológico, con quien se encuentra viviendo actualmente» (considerando octavo). En doctrina, para Rodríguez (2017), «la posesión notoria del estado de hijo es una prueba de presunciones que sirve para establecer una filiación. No es causa de pedir en una acción de reclamación, ni tampoco en una acción de impugnación» (p. 274).

48 No obstante lo anterior, en todos los fallos revisados sobre la cuestión, se resuelve acoger los recursos de casación en el fondo planteados por infracción a la exigencia del plazo previsto en el artículo 200 del Código Civil. Así también en causa *Montiel Quintuy con Almonacid Paredes y otra* (2021), considerando noveno (ministros: Blanco, Chevesich, Contreras y Muñoz. Abogado integrante: Gajardo).

49 Un caso en el que aparentemente se prescinde del plazo es *Valero Barros con Bustamante Castillo y otra* (2016) (ministros: Muñoz, A. Sandoval, Chevesich, Juica y Muñoz S., segunda sala de verano). En el voto mayoritario se señala que «la posesión notoria de hijo respecto de (…) no se encuentra determinada, desde que como se viene diciendo, falta el elemento temporal». Sin embargo, en el voto minoritario de las ministras Chevesich y Muñoz se establece que «la conveniencia del hijo debe ser la primera consideración [de este modo] aparece más aconsejable que el niño mantenga la filiación determinada, condición que se estima le favorece, más aún si no se acreditó ningún hecho que autorice aplicar la

3. ¿Es la posesión notoria un medio de prueba (de excepción)? ¿O puede servir de fundamento en una acción de filiación?

Hace ya algunos años, un criterio fuertemente asentado en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores consistía en que la posesión notoria del estado civil no tenía asidero como fundamento de una acción autónoma de reclamación de filiación, sino que se trataba estrictamente a un medio probatorio.

Así, *Sotomayor Henríquez con Villarroel Velásquez y otro* (2013)[50] trata del caso prototípico: una madre que interpone en representación de su hijo o hija una acción de impugnación y de reclamación de paternidad en contra del padre biológico de su hija y de su actual pareja, quien ha colaborado en su cuidado y crianza, a fin de que se establezca el vínculo filiativo en razón de la posesión notoria, allanándose ambos demandados a las acciones deducidas. Sin perjuicio de la acreditación del nombre, trato y fama, y del tiempo necesario, los tribunales de instancia decidieron rechazar las acciones deducidas, toda vez que las normas atingentes «no autorizan crear un estado por el transcurso del tiempo, sino que más bien posibilitan enervar acción de reclamación fundada en la verdad biológica haciendo improcedente que se revierta un estatuto filiativo que se posee y goza» (considerando tercero). De este modo, la posesión notoria de estado

> solo sirve para probarlo, pues no es una acción sino un medio de prueba de filiación, lo que se infiere de relacionar el artículo 200 del Código Civil, ubicado en el párrafo de las reglas generales del Título 8º que regula las acciones de filiación con las normas del artículo 201 e inciso 2º del artículo 309 del mismo cuerpo legal. (considerando tercero)

En el caso, la Corte Suprema resuelve rechazar el recurso de casación deducido, agregando que «las acciones legales ejercidas, las que han sido previstas para aquellos casos en que no existe coincidencia entre la filiación legal y la innata» (considerando octavo).

De la misma manera se resuelve en *I. G. R. con L. J. L.* (2015),[51] considerando séptimo; *C. S. B. con E. C. I.* (2015),[52] considerando séptimo; *García López y otra con S. S. L. M.*

parte segunda del artículo 201 del Código Civil, no debiendo olvidarse que tendrá igualmente acción para impugnar el reconocimiento cuando haya llegado a la mayoría de edad, si así lo quiere, lo que, además, resguarda su derecho a la identidad, desde que este derecho fundamental no sólo se refiere al conocimiento de los orígenes de una persona, sino que también posee un aspecto dinámico, que significa que las personas se van haciendo o construyendo su identidad con las experiencias de vida, con el lugar en que ha crecido y la educación que ha recibido, entre otros muchos aspectos, de manera que puede sostenerse que un niño de seis años, ciertamente, ya ha ido forjando algunos rasgos de su identidad, y, entre ellos, está el ser hijo de una persona determinada».

50 Ministros: Blanco, Chevesich y Valdés. Abogados integrantes: Prado y Halpern.

51 Ministros: Cerda, Blanco y Chevesich. Abogados integrantes: Lagos y Etcheberry.

52 Ministros: Cerda, Blanco y Chevesich. Abogados integrantes: Lagos y Etcheberry.

Á. (2015),[53] considerando noveno; *Nanculeo Catrileo con Ñanculeo Ñancupil* (2016),[54] considerando cuarto; *Fuentes Soto con Sandoval Lorca y otra* (2016).[55] En todos estos casos se estima que la posesión notoria no genera un estado civil, sino que constituye un medio de acreditación dentro de un procedimiento de filiación (Rodríguez, 2017, p. 254), quedando vedada la posibilidad de impetrarse como acción independiente (Barcia, 2020, p. 428). Se indica además que las acciones de filiación están previstas para los casos en que no existe concordancia entre la filiación legal y la «innata», quedando otras vías para satisfacer las pretensiones de los interesados (vbgr. adopción o repudio, dependiendo del caso).[56]

Sin embargo, este criterio comienza a aparecer en votos minoritarios a partir de finales del año 2015. Así en *Muñoz Bastidas con Muñoz Sepúlveda* (2015)[57] se resuelve en el voto mayoritario la inexistencia de infracción de ley en un caso en que

> los juzgadores comprobaron la filiación del actor mediante la configuración de un medio probatorio expresamente reconocido por el legislador, el cual, como se viene diciendo, tiene un especial valor, suficiente para acreditar el hecho de la paternidad, máxime si en autos no se produjo prueba biológica que pueda enfrentarse a la posesión notoria de la calidad de hijo establecida en autos, por lo que no es siquiera necesario realizar el ejercicio de prelación de los medios probatorios que ordena el artículo 201 ya citado. (considerando séptimo)[58]

La argumentación principal para sostener que es posible interponer una acción de filiación fundada en la posesión notoria de la calidad de hijo o hija consiste en que no

53 Ministros: Dolmetsch, Blanco, Juica. Abogados integrantes: Correa y Etcheberry.

54 Ministros: Blanco, Chevesich y Muñoz Gajardo. Abogados integrantes: Pizarro.

55 Ministros: Blanco, Chevesich y Dahm. Abogados integrantes: Correa y Pizarro.

56 En *G. A. A. A. con Calderón Esquivel* (2016)- (Ministros: Carreño, Muñoz, Blanco y Chevesich. Abogado integrante: Correa), se intentó a través de una gestión voluntaria impetrada por la madre biológica de una niña, que se declare la posesión notoria respecto de su madre de crianza, pareja de la primera. En este caso, los tribunales de instancia rechazaron de plano la acción, por concluir que se trataba de un arbitrio manifiestamente improcedente. En el voto en contra, de los ministros Blanco y Muñoz, se estimó vulnerado el artículo 54-1 de la Ley Nº 19.968, que excluye la posibilidad de rechazar de plano una demanda que diga relación con «las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas», pese a que en los votos previos se haya estimado que la posesión notoria no puede entenderse como una acción independiente.

57 Ministros: Sandoval, Aránguiz y Pierry. Abogados integrantes: Prado y Correa González.

58 En el voto en contra de Cisternas y Matus, las acciones de reclamación se establecen en favor de quienes ostentan la posición de hijo biológico o consanguíneo, y que «la posesión notoria del estado civil de hijo, corresponde a un medio probatorio para acreditar el referido vínculo sanguíneo, que en la especie el demandante reconoce que no concurre, de manera que se yerra por los jueces del grado considerar que la posesión notoria corresponde a una acción de filiación autónoma, pues su naturaleza responde a la de un medio de convicción abonado, que tiene por objeto establecer una determinada filiación, respecto de quien reclama el reconocimiento del referido vínculo sanguíneo, de manera que quien tiene la convicción de no poseer dicha relación genética, carece de legitimación para reclamarla» (considerando sexto).

existe en el Título VIII del Libro I del Código Civil, relativo a las acciones de filiación, disposición alguna que impida invocarla como fundamento de una acción, y solo como excepción, en especial, tratándose del hijo como legitimado activo.

Así, en causa Rol Nº 18.707-18, sentencia de 26 de agosto de 2019, considerando séptimo, con voto en contra;[59] *W. R. S. M. con A. W. F. E. y J. S. H.* (2020),[60] considerando sexto, con voto en contra;[61] Rol Nº 31597-2018,[62] sentencia de 17 de julio de 2020[63] (considerando cuarto).

Pese a establecerse este criterio de forma constante en los votos mayoritarios de la judicatura posterior al año 2015, en autos *Sánchez Rivera con Rojas Reyes y otro* (2020)[64] se vuelve al criterio de la posesión notoria como medio de prueba, en una causa en donde la abuela paterna de un adolescente cuyo padre había fallecido, fue demandada de impugnación de filiación.[65] En la prevención del ministro Cancino se señala que es de opinión de acoger el recurso,

> teniendo especialmente presente que el padre biológico del adolescente se encuentra fallecido, circunstancia que, en su parecer, plantea un cuestionamiento a la posibilidad de establecer, por esta vía, una nueva filiación, sobre la base de su ausencia. En cuanto a lo expresado al inicio del considerando séptimo, previene igualmente que, en su concepto, la posesión notoria del estado civil no es puramen-

59 Con voto en contra del Ministro Blanco, quien estima que «la posesión notoria del estado civil de hijo, estima que no tiene cabida en el presente caso, pues, según se señaló, la filiación del demandante está legalmente determinada; y porque, conforme al inciso primero del artículo 201 del Código Civil, si está debidamente acreditada, se la puede preferir ante las pruebas periciales de carácter biológico en caso que haya contradicción entre unas y otras; presupuesto fáctico que no se tuvo por acreditado».

60 Ministros: Blanco, Chevesich y Repetto. Abogados integrantes: Barra y De la Maza.

61 En el voto en contra de los ministros Blanco y Repetto se establece la opinión de rechazar el recurso toda vez que «al encontrarse determinada legalmente la paternidad de la menor de autos, la demanda conjunta de impugnación y reclamación de paternidad es improcedente conforme a lo dispuesto en los artículos 195 y siguientes del Código Civil, por cuanto el marco legal establecido por el legislador para dichas acciones tiene como principio rector la búsqueda y establecimiento de la verdad biológica por sobre consideraciones de orden familiar o social».

62 Ministros: Chevesich, González, Muñoz y Silva. Abogado integrante: Barra.

63 Identificador Westlaw Thomson Reuters CL/JUR/69289/2020.

64 Ministros: Blanco, Dahm, Muñoz, Repetto y Silva.

65 «La posesión notoria del estado civil de hijo es un medio de prueba y no constituye una acción autónoma de filiación, toda vez que las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad, consagradas por el nuevo estatuto filiativo se sustentan en la premisa de la verdad biológica (…). Tal presupuesto, como se dijo, no se cumple en el caso *sub lite*, desde que la filiación legal que tiene N.C. respecto de quien lo reconoció como hijo, coincide con la realidad biológica, existiendo otras vías jurídicas para satisfacer la pretensión de la parte demandante, como la llamada adopción por integración».

te un medio de prueba, porque bajo ciertas circunstancias, que no son las del caso, podría convertirse en fundamento para accionar.[66]

Luego, en la jurisprudencia más reciente, emanada de la sala integrada por ministros y abogados integrantes, es posible advertir nuevamente un cambio en la lectura de la institución, reconociéndose esta como también como acción, aun cuando no sea controvertida e incluso sea reconocida la paternidad biológica por la parte demandante, en especial consideración del interés superior del niño[67] y su opinión manifestada en juicio.[68]

En cualquier caso, las alegaciones sobre la existencia de posesión notoria solo pueden servir para la acreditación del estado civil propio, no pudiendo oponerse como defensa en caso de establecerse la filiación biológica que un tercero ostenta la posesión notoria de padre de la hija demandante.[69]

66 En el voto en contra de los ministros Dahm y Muñoz se sostiene que «la Ley Nº 19.585, no reconoce como único fundamento de la filiación la verdad biológica, desde que en diversas ocasiones opta por una solución distinta, como ocurre en el caso de autos, cuando esa realidad biológica colisiona con la posesión notoria, en que se prefiere prima facie a esta última, o en el caso de la filiación que tiene su origen en técnicas de reproducción asistida, en que se prohíben las acciones de reclamación en impugnación (artículo 182 del Código Civil) que pudieran develar el origen biológico del hijo (a), e incluso al admitirse la institución de la repudiación, que procede independiente de que el "repudiado" por el hijo o hija, sea o no su padre o madre biológico. Dicho cuerpo legal reconoce, además, la regulación de una filiación que no está basada en la "naturaleza", aludiendo derechamente a la institución de la adopción» junto con entender que «no resulta razonable sostener que la legislación actual, promotora de mayores derechos de los hijos, habría negado la opción que antes le fue reconocida, de ejercer una acción judicial para establecer un determinado estado civil, basado en la posesión notoria, restringiendo su uso a la posibilidad de ejercerla excepcionalmente ante la reclamación de una filiación biológica que no se encuentra determinada, sin que exista ningún fundamento legal que avale dicha postura».

67 En este sentido, en doctrina, véase: Hernández y Lathrop (2022, p. 241).

68 Causa *Muñoz Carrasco con Zúñiga Miranda y otro* (2020) (ministros: Blanco, Muñoz y Zepeda; abogados integrantes: Barra y Etcheberry). Voto en contra de los ministros Blanco y Zepeda, «quienes fueron de opinión de rechazar el recurso, por estimar que al encontrarse determinada legalmente la paternidad del menor la demanda conjunta de impugnación y reclamación de la misma es improcedente (…) reforzada por el hecho de contemplarse la institución de la posesión notoria como medio de prueba, y no como una acción especial».

69 Causa *Pérez Morales con Sekul González* (2016) (ministros: Muñoz, Blanco, Chevesich; abogados integrantes: Matus y Quintanilla): «la posesión notoria que establecen los artículos 200 y 201 del Código Civil una forma de probar el estado civil, no es susceptible de ser utilizada como defensa o excepción para acreditar el estado civil respecto de un tercero y no el propio, como pretende el recurrente».

4. ¿Procede en los casos en que la filiación esté previamente determinada?

Otra cuestión que aparece en los casos revisados es si la alegación de existir posesión notoria es procedente en los casos en que la filiación esté determinada o solamente es plausible en los casos en que exista indeterminación de este vínculo.[70]

Así, en la mayoría de las sentencias revisadas es una constante que la posibilidad de alegar la posesión notoria de la calidad de hijo o hija se circunscriba a los escenarios en donde no se encuentra determinada la filiación. En este sentido, en causa Rol Nº 7986-2015,[71] se sostiene que la posesión notoria no es una institución prevista para enervar un reconocimiento de paternidad efectuado previamente (considerandos tercero y cuarto).

Por su parte, en *García López y otra con S .S. L. M. Á* (2015)[72] se sostiene que

> otra cosa es que nuestro legislador reconozca la posibilidad de que desacreditado por medio de un examen pericial biológico el vínculo sanguíneo que configura la filiación, una determinada situación social, como lo es la posesión notoria del estado de hijo, pueda hacer al juez preferir dicha última circunstancia por sobre la evidencia científica, pero ello sólo procede en el ámbito del ejercicio del derecho de la investigación de la paternidad, en cuanto se indaga una verdad desconocida, oculta o dudosa, de modo que no parece como plausible ni procedente su ejercicio en el caso de autos, ya que quienes tienen el vínculo biológico son a quienes la ley les reconoce su carácter de padre y madre, entonces en estricto rigor, no hay vínculo de filiación dudoso que deba ser investigado. (considerando décimo)

Se confirma este criterio en autos Rol Nº 59.106-2016[73] (2017), donde se interpuso recurso de casación en el fondo en contra de sentencia de segunda instancia que revocó la de primera, por la que se había acogido demanda de reclamación de filiación materna interpuesta por H. S. E. C. C. en contra de la sucesión de doña E. F. C. H. En lo medular se señala que

> el derecho chileno permite que la calidad de hijo respecto de una determinada persona también pueda acreditarse mediante la posesión notoria de dicho estado civil [y] cobra mayor relevancia en los casos de filiación indeterminada, constituyendo dicha institución un medio trascendente para poder determinarla y, de consiguiente, gozar de aquellos derechos patrimoniales y extrapatrimoniales que el ordenamiento jurídico consagra a las personas en su calidad de hijos. (considerando quinto)

70 Sobre este particular, en doctrina, véase: Barcia (2020, pp. 915-916).

71 Ministros: Muñoz, Blanco y Chevesich. Abogados integrantes: Quintanilla y Rodríguez.

72 Magistrados: Dolmetsch, Blanco, Juica. Abogados integrantes: Correa y Etcheberry.

73 Ministros: Blanco, Muñoz y Cerda. Abogados integrantes: Etcheberry y Correa.

Sin embargo, en causa *D. A. S. S. con Ríos Gallardo* (2012)[74] se aprecia un cambio de criterio, cuando se dispone en el considerando cuarto de la sentencia de reemplazo del fallo de casación, que es procedente su alegación

> sin que la circunstancia de no haberse controvertido la paternidad biológica del demandado R.S.S.C pueda coartar el legítimo ejercicio de su derecho a establecer su propia filiación, como elemento básico y esencial de su identidad personal. Y ello debe ser así, además, porque ninguna de las normas citadas ni de las demás del estatuto de filiación del referido código contiene, ni expresa ni tácitamente, tal limitación. Por el contrario, el propio legislador del citado artículo 201 del mismo cuerpo legal se pone en el caso de la contradicción entre la verdad biológica y la verdad social de la filiación, y concede preferencia legal a la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, por sobre la verdad biológica establecida.

5. La posesión notoria para confrontar la filiación materna

En algunos casos se ha resuelto que no es posible la alegación de posesión notoria para impugnar la maternidad. Así, en Rol Nº 15.210-2015[75] (2015):

> los sentenciadores del grado estimaron que no existe en la legislación nacional una acción de impugnación de maternidad basada en la posesión notoria, sino que solo por medio de las causales de falso parto y suplantación del mismo, las que son normas de derecho estricto, por lo que la acción por la que se impugna la maternidad de la demandada debe rechazarse. (considerando quinto)

Sin perjuicio de lo anterior, se estima su procedencia para la reclamación de maternidad, en los casos en que no esté establecida (Rol Nº 59.106-2016,[76] 2017, considerando décimo).

Un interesante caso de doble inscripción, causa *C. T. P. con C. P. T.* (2017),[77] trata de un procedimiento de impugnación de maternidad y, en subsidio, de ineficacia del acto de reconocimiento de maternidad, seguido por C. T. P. en contra de C. P. T., a fin de que se establezca que no es hijo de su fallecida hermana A. M. T. P., por el cual se requería la cancelación de la inscripción de nacimiento respectiva, practicada en el Servicio de Registro Civil de Identificación de Las Condes, el año 1973.

74 Ministros: Blanco, Muñoz, Repetto y Silva. Abogado integrante: Etcheberry.

75 Magistrados: Dolmetsch, Blanco, Juica. Abogados integrantes: Correa y Etcheberry.

76 Ministros: Blanco, Muñoz y Cerda. Abogados integrantes: Etcheberry y Correa.

77 Ministros: Blanco, Chevesich y Cerda. Abogados integrantes: Rodríguez y Correa.

El demandado, de nacionalidad argentina, había nacido diez años antes en la ciudad de Buenos Aires y fue inscrito en Chile por su hermana y marido, luego de reconocerlo por escritura pública, pese a no ser su madre biológica. En este caso, queda asentado que el interés de la actora es esencialmente patrimonial, toda vez que el demandado obtuvo la posesión efectiva de los bienes dejados por su hermana al fallecer. Contestando la demanda, el demandado alega para sí la existencia de la posesión notoria de la condición de hijo de la fallecida y que solo con ocasión de la presente acción habría tomado conocimiento de la supuesta existencia de una madre biológica, distinta de la pretendida. Que su padre abandonó el hogar común cuando él tenía diecisiete años y que junto a su madre viajaron a Montevideo para ubicarlo, y que ahí, el demandado contrajo matrimonio. La demandante sostiene la improcedencia de la posesión notoria, toda vez que el demandado cuenta con una filiación determinada, como da cuenta la convención probatoria acordada, así como el certificado de nacimiento emitido por el Registro Civil de las Personas de la Municipalidad de Buenos Aires, Argentina. La omisión de ponderación de este último instrumento lleva a la Corte a sostener que «ha quedado sin respuesta un planteamiento de la esencia del conflicto, cual el de si la posesión notoria del estado de hijo tiene alguna posibilidad, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en Chile, de influir en la determinación de lo pendiente», acogiendo de esta forma el recurso de casación en el fondo.

En la respectiva sentencia de reemplazo se sostiene que atendidos estos medios probatorios y siendo indiscutible que el demandado es hijo de G. B. P. y que, por lo tanto, tiene una filiación legalmente determinada y vigente, «resulta lapidario para el éxito de la defensa, por cuanto la tesis de la posesión notoria del estado civil de hijo no tiene ni puede tener lugar contra filiación legalmente determinada» y agrega que

> la preferencia que le otorga el artículo 201 del Código Civil caso alguno está prevista para una confrontación de esa circunstancia fáctica —la posesión notoria— con una filiación determinada conforme a derecho, como se desprende, por lo demás, del mismo tenor del precepto, que la enfrenta a las pruebas biológicas, nada más. (considerando quinto sentencia de reemplazo)

Concluye que «ningún efecto jurídico pudo surtir el acto mediante el cual [AMTP] reconoció como hijo suyo al demandado, procediendo a la inscripción correspondiente en Chile, el año mil novecientos setenta y tres» (considerando sexto sentencia de reemplazo). De esta forma se revoca la sentencia y se acoge la demanda de impugnación de maternidad impetrada.[78]

78 Otro caso de doble inscripción, pero en donde se rechaza el recurso por no haberse planteado las acciones que corresponden, en *Muñoz Plaza y otro con Muñoz Leiva* (2015).

6. La regla de preferencia de la posesión notoria de la calidad de hijo o hija por sobre la prueba pericial biológica

Sobre la correcta aplicación de la regla de preferencia de la posesión notoria de la calidad de hijo o hija por sobre la prueba pericial biológica, encontramos fallos que la establecen considerando especialmente en la opinión del adolescente para corroborarla,[79] destacando que ello no obsta la posibilidad que tiene una vez que alcance la mayor edad de «impugnar el reconocimiento».[80] E incluso se ha dado primacía a esta institución, en causas donde existe vulneración de derechos de parte del padre social. Así se ha resuelto que

> por el contrario, lo que se advierte de dichos razonamientos es que la judicatura del fondo considera que existen graves razones que demostrarían la inconveniencia de hacer prevalecer las pruebas periciales de carácter biológico, más allá de haberse probado los presupuestos de la posesión notoria, por el interés superior del niño, ya que el informe pericial sicológico señala «que no es recomendable que se acoja la demanda por la inestabilidad que produciría en éste y el desajuste emocional que le ocasionaría; por cuanto dicha pericia, como los antecedentes ventilados en la causa por medida de protección dan cuenta de una historia de vida compleja y expuesta a múltiples cambios de diversa índole en el niño y en lo que además aparece de un modo preponderante el abandono afectivo de la madre, lo que ha ido ocasionando dificultades emocionales que han requerido intervención reparatoria en su favor, de tal manera que un nuevo cambio, abrupto y complejo de comprender teniendo seis años de edad no resultaría beneficioso para éste, más aún cuando tanto la relación con el demandado como padre y la familia de éste es un factor positivo y protector en la vida del niño que debe ser considerado» [y] (…) que, por otra parte, el recurrente comete un error al sostener que la legislación obliga a privilegiar la verdad biológica, desde que el estatuto filiativo que nos rige, en diversas ocasiones, opta por una solución distinta, como en el caso de autos, cuando esa realidad biológica colisiona con la posesión notoria, en que se prefiere prima facie a esta última[81]. (Rol Nº 35516-2021, 2021)

79 Causa *Kuncar Lavín con Siade Kuncar* (2019), (ministros: Chevesich, Fuentes, Maggi, Muñoz y Silva, primera sala).

80 Léase «repudiar el reconocimiento» (considerando sexto).

81 Ministros: Muñoz, Repetto y Zepeda. Abogados integrantes: Etcheberry y Gajardo.

7. La posesión notoria del estado civil de hijo o hija en la legislación indígena

En autos *Sandoval Galindo* (2022)[82] se revisa una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que confirmó la de primer grado, declarándose el tribunal incompetente para conocer y resolver una solicitud en procedimiento especial indígena seguido en gestión voluntaria ante el Tercer Juzgado Civil de la misma ciudad y que perseguía la declaración de posesión notoria de varios interesados respecto de su madre.

Ninguno de los peticionarios tenía filiación determinada y dos de ellos se encontraban fallecidos al momento de la solicitud, al igual que la madre pretendida. Se acompañó a los autos por parte del Subdirector Nacional de la CONADI, Informe Técnico que concluía que los solicitantes eran hijos de la madre supuesta, tras haberse entrevistado a tres personas, dos de ellas mayores de setenta años, «que efectivamente conocieron a la madre de los solicitantes, y que han vivido en el sector desde siempre, y que dan fe de haber conocido a la familia de los solicitantes», por lo que era posible acreditar la relación de parentesco, conforme lo dispuesto en el artículo cuarto de la Ley Nº 19.253.

Los tribunales de instancia resolvieron rechazar la solicitud en razón de dos cuestiones: en primer lugar, por haberse fundado la solicitud en lo dispuesto en los artículos 200, 309 y 310 del Código Civil, normas que se refieren a las acciones de filiación y al valor que debe otorgar el juez de familia a las posesiones notorias de estado civil. Y en segundo lugar, por existir tribunales especializados para conocer y resolver la solicitud planteada, siendo estos asuntos de exclusiva competencia de los Tribunales de Familia, según dispone el artículo octavo de la Ley Nº 19.968.

El recurso de casación en el fondo interpuesto por los recurrentes y que origina la causa que revisamos se funda —en lo que nos interesa— en la infracción de lo dispuesto en el artículo cuarto de la Ley Nº 19.253. La disposición en comento señala —en lo pertinente— que

> para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director.

La Corte tiene a bien acoger el recurso intentado, dictando la respectiva sentencia de reemplazo por la que se declara que el Tribunal Civil de primera instancia es competente para conocer la solicitud tendiente a la declaración de estado de posesión notoria de hijos respecto de la madre pretendida. Para arribar a esta conclusión destaca

82 Ministros: Blanco, Chevesich y Repetto. Abogados integrantes: Ruz y Etcheberry.

que nuestro máximo tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de estas materias, constituyendo entonces este fallo una confirmación de una línea jurisprudencial que viene desarrollándose desde el año 2006.[83]

En este sentido son relevantes los siguientes aspectos. El artículo cuarto de la Ley Nº 19.253 constituye una norma especial que prima por sobre la legislación común, no solo en cuanto al fondo del asunto, esto es, los antecedentes necesarios para tener por establecida la posesión de estado civil, sino que en cuanto a la forma de hacer valer esta especial circunstancia. De este modo, como lo dispone el inciso primero del mencionado artículo cuarto, para su acreditación «bastará la información testimonial de parientes o vecinos», a diferencia de las exigencias contenidas en la parte final del inciso primero del artículo 200 del Código Civil, en que se señala que la posesión notoria servirá para acreditar suficientemente la filiación «siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable».

Por su parte, en cuanto a la forma de hacerla valer, el artículo cuarto señala que la acreditación «podrá rendirse en cualquier gestión judicial», lo que excluiría la necesidad de un juicio de filiación con legítimo contradictor, pudiendo intentarse en un procedimiento voluntario como el que origina estos autos. Señala la Corte a este respecto que

> la Ley N°19.253 se separa de la legislación común, pues no ha puesto otra exigencia que se rinda una declaración o testimonio de parientes o vecinos, en «cualquier gestión judicial», esto es, conforme al adjetivo indefinido que se destaca de la norma, sin ninguna distinción del tipo negocio o procedimiento, sea este contencioso o no contencioso, indistintamente, uno u otro, sea el que sea. La única interpretación que conduce a un resultado lógico y coherente de la regulación que se pretende con el empleo de este adjetivo asociado a la gestión judicial que se emplee, no puede entonces restringirse en su sentido, alcance y aplicación, tanto más, si la propia ley ha establecido que incluso no es necesario poner en movimiento el aparato jurisdiccional para conseguir los mismos fines, pues bastaría, extrajudicialmente, un informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena suscrito por su Director, para tener por acreditada la posesión notoria del estado civil. (considerando quinto)

Añade el fallo que son dos los contenidos relevantes de la norma:

> el primero, se refiere a que la posesión notoria «para todos los efectos» servirá tratándose de indígenas «como título suficiente», para «constituir» los mismos efectos que emanan de la filiación y del matrimonio civil, conforme a la ley común. El

83 Véase: sentencias de Corte Suprema *Roa Llaulén* (2016), ministros: Blanco, Dahm y Pfeiffer; abogados integrantes: Pizarro y Etcheberry; y *López López* (2016), ministros: Cerda, Blanco y Chevesich; abogados integrantes: Correa y Pizarro.

segundo, refiere al régimen de excepción que tiene su forma de acreditarla, pues basta para este estatuto especial que ella se produzca, en sede judicial, con una declaración o testimonio de parientes o vecinos, bastando para ello que se rinda en cualquiera gestión judicial; o, extrajudicialmente, con un informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena suscrito por el Director.

De esta forma, se concluye que sujetándose una pretensión de declaración de posesión notoria en lo indicado en el ya citado artículo cuarto de la Ley Nº 19.253 «en cualquier gestión judicial» —procedimiento voluntario sin legítimo contradictor—, como lo es el que promovieron los solicitantes, «pueden verificarse las condiciones previstas en la regulación indígena, lo que hace que dicho tribunal sea competente para conocer y resolver la solicitud», pudiendo prescindirse en estos casos de las reglas del Código Civil en cuanto a la acreditación del estado civil, y de la Ley Nº 19.968, en cuanto a la competencia de las acciones de estado.

8. Conclusiones

De conformidad con los fallos revisados, la lectura de las acciones de filiación se sustenta en la prevalencia de la verdad biológica por sobre la filiación formal. Sin embargo, si bien esto se comprende desde la aplicación de los principios de la búsqueda de la verdad biológica y la libre investigación de la paternidad y la maternidad, no se ajusta necesariamente con otro principio fundamental, que es el interés superior del niño, niña o adolescente, y el derecho a la identidad que tiene todo individuo, con independencia de su edad. En este sentido, la configuración de esta última viene dada esencialmente por una serie de cuestiones, entre ellas, «las experiencias de vida, con el lugar en que ha crecido y la educación que ha recibido, entre otros muchos aspectos».[84] De ahí que la construcción social de la identidad resulta tan relevante para estos efectos, debiendo recordarse que en el caso de la posesión notoria existe una norma expresa que da preferencia a la verdad social por sobre la filiación biológica y solo en caso de ser aquella norma perjudicial, se preferirá la consanguinidad paterna o materna.

Por otro lado, en cuanto a las exigencias de cumplimiento del plazo previsto en el artículo 200 del Código Civil, si bien en principio se comprende su necesidad para efectos de poder desvirtuar una filiación biológica, nos parece que en muchos casos el plazo podría resultar excesivo, a la luz de otras formas de establecimiento de la filiación. Así, en los casos de declaración de susceptibilidad de adopción,[85] según lo que se señala en

84 Fundamentación del voto en contra de las ministras Chevesich y Muñoz, en *Valero Barros con Bustamante Castillo y otra* (2016).

85 De acuerdo con lo señalado en el artículo 12 de la Ley Nº 19.620, «procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de

alguna jurisprudencia para casos calificados o incluso en las propias reglas vistas para la configuración de la posesión notoria de la calidad de hijo o hija en la legislación especial indígena, los plazos podrían ser inferiores o podría prescindirse derechamente de aquellos, en su caso.

Creemos que es necesaria una lectura unívoca de estas normas, que permita dar certeza a los intervinientes acerca de su aplicación y que releve la importancia del derecho a la identidad de los individuos, dando preeminencia a la construcción de ella desde la socioafectividad, más allá de la consanguinidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barcia, R. (2020). *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia* (tomo II). Thomson Reuters.

Hernández, G. & Lathrop, F. (2022). *Derecho de Familias.* Tirant lo Blanch.

Rodríguez, M. (2017). *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Jurídica de Chile.

NORMAS CITADAS

Código Civil de la República de Chile (vigésima octava edición oficial).

Ley Nº 19.253 (5/10/1993). Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Ley Nº 19.620 (5/08/1999). Dicta normas sobre Adopción de Menores.

Ley Nº 19.968 (30/08/2004). Crea los Tribunales de Familia.

JURISPRUDENCIA CITADA

C. S. B. con E. C. I. (2015). Corte Suprema, 4 de mayo, Rol Nº 2248-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/2440/2015.

C. T. P. con C. P. T. (2017). Corte Suprema, 29 de noviembre de 2017, Rol N°33.778-2017 (casación en el fondo).

D. A. S. S. con R. S. S. C. y otro (2021). Corte Suprema, 5 de abril, Rol Nº 18213-2019 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/47805/2021.

Fuentes Soto con Sandoval Lorca y otra (2016). Corte Suprema, 7 de septiembre, Rol Nº 39477-2016 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/6320/2016.

G. A. A. A. con Calderón Esquivel. Corte Suprema, 12 de abril de 2016, Rol N°8.422-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/2472/2016

García López y otra con S. S. L. M. Á. (2015). Corte Suprema, 4 de noviembre de 2015, Rol N°15.210-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/6664/2015.

I. G. R con L. J. L. (2015). Corte Suprema, 4 de mayo de 2015, Rol N°2250-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/2441/2015.

las siguientes situaciones: N°2 No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses". Agrega la norma que [s]i el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días».

Kuncar Lavín con Siade Kuncar (2019). Corte Suprema, 9 de noviembre de 2022, Rol N°3.622-2022 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/42915/2022.

López con López (2016). Corte Suprema, 15 de septiembre, Rol Nº 20175-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/6438/2016.

Montiel Quintuy con Almonacid Paredes y otra (2022). Corte Suprema, 4 de abril, Rol Nº 88894-2021 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/12537/2022.

Moreno Sepúlveda con Corte de Apelaciones de Santiago (2021). Tribunal Constitucional, 29 de julio, Rol Nº 9560-2020 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/66068/2021.

Muñoz Bastidas con Muñoz Sepúlveda (2015). Corte Suprema, 19 de octubre, Rol Nº 4939-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/6547/2015.

Muñoz Carrasco con Zúñiga Miranda y otro (2020). Corte Suprema, 20 de agosto, Rol Nº 16219-2019 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/76113/2020.

Muñoz Plaza y otro con Muñoz Leiva (2015). Corte Suprema, 29 de octubre, Rol Nº 1733-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/6498/2015.

Nanculeo Catrileo (2016). Corte Suprema, 29 de marzo, Rol Nº 816-2016 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/10269/2016.

Pérez Morales con Sekul González (2016). Corte Suprema, 27 de julio, Rol Nº 38321-2016 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/5321/2016.

Roa Llaulén con Sin Identificar (2016). Corte Suprema, 23 de junio, Rol Nº 19766-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/4537/2016.

Sánchez Rivera con Rojas Reyes y otro (2020). Corte Suprema, 17 de julio, Rol Nº 31597-2018 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/69289/2020.

Sandoval Galindo (2022). Corte Suprema, 9 de mayo, Rol Nº 83641-2020 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/16365/2022.

Sotomayor Henríquez con Villarroel Velásquez y otro (2013). Corte Suprema, 21 de octubre, Rol Nº 4311-2013 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/2318/2013.

Valero Barros con Bustamante Castillo y otra (2016). Corte Suprema, 18 de mayo, Rol Nº 35532-2015 (casación en el fondo). Disponible en Westlaw Thomson Reuters. Cita online: CL/JUR/3295/2016.

W. R. S. M. con A. W. F. E. y otro (2020). Corte Suprema, 14 de julio de 2020, Rol N°12.792-2019 (casación en el fondo).

Derecho a ser oído en la ley nº 17.344. Aplicación directa del artículo 12 de la convención sobre los derechos del niño, en sentencia de reemplazo dictada por la ilustrísima corte de apelaciones de La Serena en causa rol nº 221-2022 civil

Right to be heard in law nº 17.344. Direct application of article 12 of the convention on the rights of the child, in a replacement judgement issued by the illustrious court of appeals of La Serena in case rol nº 221-2022 civil

César Vargas Rojas[86]

RESUMEN

La presente investigación analizará el derecho a ser oído y la aplicación directa de este en la jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena y su vinculación con el derecho a la identidad, concluyendo que entre estos dos principios existe una estrecha correlación e integración.

Palabras clave: ser oído, infancia, convención, cambio de nombre.

86 Académico Universidad del Alba, La Serena Chile. Correo electrónico cesar.vargas@udalba.cl

ABSTRACT

This research will analyze the right to be heard and its direct application in the jurisprudence of the Court of Appeals of La Serena, and its link with the right to identity, concluding that there is a close correlation and integration between these two principles.

Keywords: To be heard, childhood, convention, name change.

1. Introducción

El día 26 de enero del año 1990, Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño,[87] que fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el día 20 de noviembre del año 1989. El artículo 12 del instrumento internacional reconoce que los niños, niñas y adolescentes (NNA) deben ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, en consonancia con la legislación nacional en vigencia. En ese contexto, el presente análisis jurisprudencial se centrará en el estudio de la sentencia dictada por el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de la ciudad de La Serena, causa Rol Nº V-202-2020, que rechazó la solicitud de cambio de apellido conforme a lo establecido en la Ley Nº 17.344. La sentencia fue revocada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, que, conociendo de un recurso de apelación en causa Rol Nº 221-2022 CIVIL, procedió a hacer una aplicación directa del derecho a ser oído, revocando la sentencia de primera instancia y acogiendo, en definitiva, la solicitud de cambio de apellido.

El presente análisis jurisprudencial se centrará en analizar el razonamiento adoptado por el Tercer Juzgado de Letras de la ciudad de La Serena. Conociendo de una solicitud de cambio de apellido, amparados en la Ley Nº 17.344, luego de haberse vertido en dicha gestión no contenciosa toda la prueba, el juzgador derechamente rechazó la solicitud de cambio de apellido. Sustentó la decisión en la falta de capacidad legal del representante del niño de autos, decisión que fue revocada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la ciudad de La Serena, en causa Rol Nº 221-2022 CIVIL. Esta hizo primar la voluntad del niño de autos por sobre formalismos anacrónicos que limitan el interés superior del NNA en nuestra legislación.

Tanto el fallo del tribunal *a quo* como el fallo del tribunal *ad quem*, debe ser observado con absoluta independencia, toda vez que en la especie, la decisión del juzgador *a quo* es absolutamente discordante con el tribunal *ad quem*. Ambos sentenciadores hacen una interpretación disímil en cuanto al interés superior del NNA, pero por sobre todo, dotan de contenido diverso el núcleo esencial, el derecho a ser oído. El fallo de primera instancia fue absolutamente limitativo o restrictivo de este derecho, en relación con

87 En adelante e indistintamente como CDN.

el contenido que le otorga o delimita el tribunal de alzada, en donde el mismo debe primar por sobre cualquier disposición legal formalista que limite vaciar el contenido de este derecho en la especie.

Así las cosas, del análisis de ambas sentencias, buscaremos establecer un contenido esencial del derecho a ser oído en el marco de la Ley Nº 17.344 y la intervención de NNA en este tipo de gestiones no contenciosas.

2. El caso

En atención a que el presente caso involucra una situación privada dentro del contexto de familia, es que omitiremos señalar de manera expresa los nombres y apellidos de los intervinientes. En ese contexto, los supuestos fácticos del caso se resumen en lo siguiente:

Se inició gestión voluntaria o no contenciosa sustentada en la Ley Nº 17.344, con el objeto de proceder con el cambio de apellido de un niño de trece años (nacido el año 2007), quien luego de un proceso de vinculación desde los cinco años de edad, procedió a incorporarse a una familia de acogida especializada (FAE), en virtud de autorización otorgada por el Juzgado de Familia de La Serena en el año 2013. Ese mismo año, el niño de autos comenzó su etapa escolar, identificándose siempre con los apellidos de su familia de acogida, mas no con los apellidos de la familia biológica. Por este motivo, acreditándose los supuestos establecidos en el artículo 1, letra b), y demás normas pertinentes de la Ley Nº 17.344, se procedió a efectuar la solicitud del cambio de ambos apellidos del niño, en consonancia con los de su familia de acogida.

Por resolución de fecha 21 de octubre del año 2020, el tribunal dio por iniciada gestión voluntaria de cambio de apellido del niño de autos. Con fecha 1 de febrero del año 2021 se publicó extracto en el *Diario Oficial*, en donde se señaló el cambio de apellidos del niño de autos, a fin de cumplir con lo dispuesto en la Ley Nº 17.344. Con fecha 27 de abril del año 2021 se recibió información sumaria de dos testigos, que fueron contestes en el hecho de que el niño de autos era conocido hace más de cinco años con los apellidos de su familia de acogida, mas no con los apellidos de su familia biológica. Con fecha 13 de diciembre del año 2021, el Servicio de Registro Civil, evacuó informe en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Nº 17.344. Este informe señaló en lo pertinente que los solicitantes, en este caso los padres de la familia de acogida, no tenían la representación legal del niño de autos, por lo que en la especie, la única persona que podía accionar era la madre biológica del niño, en atención a que en ella recaía la representación legal, conforme a la legislación vigente. A su vez, el informe evacuado por el Servicio de Registro Civil, señaló que en virtud de lo establecido en el artículo 12 de la CDN, se debía oír al niño de autos, a fin de tomar el parecer en cuanto al cambio de apellidos solicitado por su familia de acogida.

Con fecha 28 de diciembre del año 2021 se llevó a cabo audiencia especial, dispuesta por el tribunal, a fin de oír al niño de autos. En esta audiencia participó el juez, el secretario del Tribunal y la abogada solicitante. Con fecha 31 de diciembre del año 2021, la causa quedó en autos para fallo. Con fecha 19 de enero del año 2022, el tribunal dictó sentencia en la causa, rechazando la solicitud de cambio de apellidos del niño de autos. Sustentó la decisión jurisdiccional en que el artículo 43 del Código Civil dispone que son representantes legales de una persona el padre, la madre, el adoptante y su curador. Así, complementado con lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio de la Ley Nº 19.585, se concluyó que el ejercicio de la patria potestad correspondía al padre o madre, y por consiguiente, los solicitantes al no ser padre o madre del niño de autos, carecían de la representación legal para solicitar el cambio de los apellidos.

Con fecha 24 de enero del año 2022 se interpuso recurso de apelación en subsidio a recurso de reposición en contra de la sentencia de fecha 19 de enero de 2022, sustentando el libelo pretensor se revoque la sentencia del tribunal *a quo*. Argumentó la defensa del solicitante que se habían transgredido disposiciones de la CDN. El tribunal rechazó el recurso de reposición, por ser improcedente y concedió el recurso de apelación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena para su conocimiento y fallo.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo del asunto vía apelación, revocó la sentencia dictada por el tribunal *a quo*, adoptando dos líneas argumentativas. La primera de ellas, hace referencia a la interpretación del artículo 1 de la Ley Nº 17.344. Razonó el tribunal de alzada que la norma en comento contiene una hipótesis que permite que un niño, que no tiene representante legal y que manifieste su intención de querer cambiarse el nombre o los apellidos, debe ser oído, debiendo el juez acceder incluso de oficio, debiendo primar la voluntad del niño manifestada en la audiencia llevada a cabo para los efectos. El segundo argumento que utiliza el tribunal *ad quem* para revocar la sentencia recurrida, radica en la interpretación extensiva del artículo 3.1 de la CDN (interés superior), del artículo 7 (derecho al nombre) en relación con el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica, y con el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con estas dos líneas argumentativas, la Ilustrísima Corte de Apelaciones decidió revocar la sentencia recurrida y dictar sentencia de reemplazo, acogiendo, en definitiva, la solicitud de cambio del nombre del niño en los términos peticionados. Se hace presente que la sentencia en el tribunal de alzada es adoptada por dos ministros titulares y una abogada integrante. Un ministro y la abogada integrante estuvieron por revocar la sentencia recurrida y una ministra titular, por confirmar la misma. Finalmente la sentencia quedó firme y ejecutoriada, debiendo procederse con el cambio solicitado ante el Registro Civil e Identificación.

3. Fallo del tribunal *a quo*

El tribunal *a quo*, luego de una tramitación normal dentro de una gestión voluntaria o no contenciosa, dictó sentencia en la causa, rechazando la solicitud de cambio de nombre del solicitante, basando su decisión de rechazo en dos argumentos estructurales, a saber:

En relación con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Nº 4.808, inciso primero, que señala que «sólo podrán pedir rectificación de una inscripción las personas a que ésta se refiera, sus representantes legales o sus herederos», el juzgador de la instancia consideró que debía interpretarse en relación con lo establecido en el artículo 43 del Código Civil. Este dispone que «son representantes legales de una persona el padre, la madre, el adoptante y su curador». Además, que debía ser complementado con lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio de la Ley Nº 19.585. El tribunal *a quo* concluyó que el ejercicio de la patria potestad correspondía al padre o madre.

Respecto a la naturaleza jurídica de la potestad que otorga a los tutores el Programa de Familia de Acogida, se presenta como una alternativa de cuidado preferente para NNA, privados «temporalmente» de su medio familiar por una orden judicial, reza la sentencia. La interpretación que hace el tribunal *a quo*, induce a concluir que el solicitante no reúne las características de representante legal del niño en atención a lo dispuesto en el artículo 43 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Nº 4.408.

4. Fallo del tribunal *ad quem*

Elevado el recurso de apelación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, el tribunal de alzada procedió derechamente a eliminar los considerandos octavo al décimo, resolviendo revocar la sentencia apelada, en virtud de los siguientes fundamentos:

Razona, en primer término, sobre el artículo 1, inciso final, de la Ley Nº 17.344, que autoriza el cambio de nombre y apellido, el cual señala expresamente:

> Si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negase a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores y aún de oficio.

Continúa señalando que la norma referenciada resulta inequívoca, haciendo énfasis en que incluso personas menores de edad quedarían facultadas para pedir el cambio de uno o más de los nombres o apellidos con que hayan sido individualizadas en su inscripción de nacimiento. Así las cosas, el juzgador *ad quem* señala, de manera muy armónica y determinante:

> Esta norma jurídica, adelantada a su tiempo, considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en plena sintonía con los avances que en esta materia se ha desarrollado por la jurisprudencia internacional, nacional y en la doctrina especializada.

En ese orden de ideas, haciendo un análisis de la causa, el tribunal de alzada previene que en audiencia de fecha 28 de diciembre del año 2021, el niño de autos manifestó ante el tribunal *a quo* su voluntad de querer cambiar sus apellidos y los motivos que justificaban su solicitud.

Razona, en segundo término, sobre una cuestión controversial tanto en la doctrina como en la jurisprudencia especializada, que es precisamente la invocación del referente interpretativo que configura el principio de interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la CDN. En particular, sobre el derecho al nombre, regulado en el artículo 7 de aquel instrumento, en relación con el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica; y el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Reflexiona que el derecho al nombre está indisolublemente ligado a la personalidad del niño, a su identidad, y cumple con la función de servir como un medio de identificación al permitir la identidad del sujeto. Por esto, las normas internacionales y la normativa interna deben ser interpretadas conforme a parámetros que entrega el interés superior del niño, toda vez que la aceptación o rechazo de la solicitud implica derechamente una afectación en su dignidad, al haber sido conocido socialmente con otros apellidos.

5. Análisis del caso

El análisis del presente caso será abordado en tres dimensiones fundamentales: los puntos de tensión que generaron al final de la tramitación y el rechazo de la solicitud de cambio de nombre del niño de autos.

5.1. Primera línea de tensión: la delimitación necesaria del concepto de principio

El principio del interés superior del NNA se posiciona como un verbo rector dentro de las normativas internas, tanto sustantivas como procesales, que deben observar los países que han ratificado la CDN.

Este principio se encuentra referenciado en una serie de artículos de la Convención, haciendo del mismo un principio rector dentro del sistema de protección internacional de NNA. Sin embargo, la Convención no entrega una delimitación conceptual del principio, y por consiguiente, su núcleo esencial para poder delimitar su contenido y alcance, queda delegado a las normativas internas y a la labor jurisprudencial de los juzgadores nacionales que tienen a su cargo la protección de NNA.

En la legislación chilena, el principio del interés del NNA está recogido en dos textos legales que deben entenderse y armonizarse entre sí. Nos referimos al Código Civil de la República de Chile y a la Ley Nº 19.968, que crea y establece los Tribunales de Familia, los cuales entraron en funcionamiento el año 2004 con una reforma estructural sin precedente alguno al sistema de tramitación y resolución de los conflictos de familia.

Así las cosas, la delimitación conceptual que se debe hacer del principio del interés superior del niño no puede analizarse sin previamente determinar lo que se entiende como principio. Cuando hablamos de principios, nos estamos refiriendo a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad (Dworkin, 1989, p. 72). En otro orden de ideas, los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Alexy, 1993, p. 67).

Para Lepín (2014), se tratan de un «mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que sobre la base de una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada supuesto en particular» (p. 13). En efecto, la referenciación a un principio implica o exige, a lo menos, un estándar multifactorial que debe observarse por otros principios o estándares que, a lo menos, entreguen un modelo contorneado o núcleo esencial que nunca debe ser alterado por el legislador o el juzgador en sus labores de justicia y equidad. Sin embargo, el gran problema al que se enfrentan los operadores jurídicos en las funciones de justicia y equidad, no se concentra en una delimitación de los contornos conceptuales de los principios, sino que el problema radica en subsumir y dotar de contenido el principio al caso particular y concreto. En otras palabras, debe —a lo menos— entenderse que los «principios» son verbos rectores de carácter complejo —*complexus*—, toda vez que su operativización dependerá de los grados de especificidad de la norma interna y la capacidad sustantiva del juzgador de delimitarlo precisamente al caso particular y concreto.

Por otra parte, y en atención al objeto de estudio, queda por delimitar el contorno del concepto interés superior del NNA. La tarea resulta, al igual que en el caso anterior, una actividad compleja, que va a recaer en el juzgador y que siempre deberá hacerlo en consideración a los presupuestos fácticos del caso particular y concreto. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido una línea sostenida de contribuciones en la materia, que de una u otra forma han ido contorneando los límites conceptuales de lo que se debe entender como interés superior del NNA. Este principio alude al pleno respeto de los derechos esenciales del NNA, y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.

Hoy en día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una «visión infantocéntrica o puerocéntrica, la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de estas se construyan y fundamenten a través del principio de interés superior de los niños y niñas» (López, 2008, p. 234)

Por otra parte, el interés superior del niño constituye un principio jurídico fuertemente arraigado en el derecho internacional de los derechos humanos. Está consagrado como un mecanismo que pretende asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de NNA, los cuales han sido igualmente consagrados en forma paralela a los derechos fundamentales de las personas mayores de edad (Bécar, 2020, pp. 574-575).

Así, el interés superior del NNA es el resultado de la actividad interpretativa de los tratados internacionales en relación con la normativa interna, siempre en miras de buscar la mayor realización intelectual, espiritual, profesional y personal de un NNA, teniendo presente siempre las condiciones y posibilidades tanto de su red de apoyo como las que otorgue un Estado determinado en un cierto y determinado momento.

Hasta este punto, todo resulta meramente conceptual, toda vez que de la delimitación conceptual misma del principio del interés superior del NNA genera o posibilita que exista *per se* una complejidad en su aplicación. En la práctica, la labor jurisprudencial del juez de familia resultará trascendental para dotar de contenido fáctico el principio propiamente tal. Sin embargo, la gran problemática a la cual se enfrentará el juzgador es precisamente determinar efectivamente dicho contenido al caso particular y concreto. En efecto, el juez deberá auxiliarse en otras disciplinas —particularmente de las ciencias sociales y médicas— para poder determinar esta mayor realización posible de un NNA, y así proceder con una interpretación y determinación del contenido.

Conforme a lo que hemos reseñado hasta ahora, el principio del interés superior del niño presenta o formula una doble dificultad en su apreciación práctica. El primer problema es precisamente su indeterminación conceptual, propia de los principios inspiradores de los ordenamientos jurídicos. El segundo problema radica en el hecho de la observancia a elementos particulares y concretos, y la capacidad técnica que tiene un juez de familia para interpretar y proceder con la aplicación o subsunción del contenido de los principios.

En ese orden de ideas y habiendo identificado —a lo menos para el objeto de la presente investigación— la problemática que plantea el concepto de interés superior del niño y su aplicación práctica, es que procederemos a la formulación del objeto de la presente investigación. Este se centrará en la identificación y delimitación de los elementos que necesariamente tiene que tener el juzgador en el conocimiento y fallo de los asuntos de familia. Lo anterior, con observancia al interés superior del NNA según los estándares que actualmente requiere y exige este principio, con miras a cumplir con los estándares mínimos requeridos en materia de niñez e infancia.

La importancia de generar esta relación relativa de las problemáticas a las cuales se enfrentará el juzgador al momento de conocer y fallar los asuntos de familia, radica precisamente en proponer y establecer estándares mínimos de suficiencia y satisfacción del principio, teniendo a la vista un conjunto de variables que el juzgador deberá ponderar en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, se debe dotar de un contenido

efectivo y real al principio de interés superior del NNA, siendo una obligación de carácter profesional y estatal, en cuanto a su investidura como tercero imparcial llamado a la resolución del conflicto de familia.

Para lograr este objetivo, se deberán analizar un conjunto de variables que afectan directamente la decisión del juzgador de familia, teniendo especial consideración la especificidad y determinación del estado de necesidad del NNA; las condiciones económicas de los progenitores o quienes por ley deban satisfacer el cuidado y manutención de los mismos, la procedencia de una manutención especializada, en el evento de que el NNA posea necesidades o requerimientos especiales en atención a su condición; la circunstancia de los padres y la relación directa y regular que mantengan respecto de sus hijos, al momento de plantearse el problema de familia; y la autonomía individual de los adolescentes que no se encuentran en una situación de necesidad tutelar.

De este conjunto de variables, procederemos a determinar criterios mínimos en cuanto al interés superior del NNA, los cuales se deberán tener en consideración por el juzgador al momento de fallar un caso de familia.

Llegados a este punto, podemos añadir que la importancia de la presente investigación se estructura en tres dimensiones de interés en la materia. La primera de ellas es relativa a buscar —en mayor o menor medida— un contenido mínimo esencial del principio del interés superior del niño, toda vez que tanto el legislador nacional como las convenciones en la materia solo referencian la existencia del principio, mas no generan un contorno o un límite conceptual del mismo. Así, la investigación es la disciplina llamada a determinar el límite conceptual en atención a la revisión tanto de la jurisprudencia como de la doctrina jurídica más relevante.

La segunda dimensión se centra en comenzar a identificar elementos comunes y transversales de ese mínimo esencial, de manera tal de establecer mínimos esenciales de satisfacción del principio y que los mismos sean observados por todos los jueces que tienen a su cargo la promoción y protección de los derechos de la infancia. En definitiva, observar un mínimo asegurable y tutelable por el Estado en su función de garante.

La tercera dimensión es que en base a dichos mínimos tutelables, se pueda seguir una construcción de otros mínimos que merecen una tutela, ya sea especial en el caso de existir NNA con necesidades especiales, o en su defecto, se pueda seguir una construcción de carácter expansiva, que de una u otra manera permita generar mayores y mejores elementos de satisfacción del contenido del principio en comento.

5.2. Segunda línea de tensión: la capacidad

La segunda problemática que se plantea en el caso analizado es lo que se debe entender como representación legal de un NNA. Para los efectos, debemos partir de un análisis básico y trascendental, que se reduce a delimitar los conceptos de capacidad y representación legal.

Una tradicional definición de capacidad, reafirmada el profesor Corral (2018), nos indica que la capacidad es «la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para ejercer derechos y ejecutar obligaciones por sí misma y sin el ministerio de la ley» (p. 385). De esta definición, es posible sustraer la concurrencia de dos tipos de capacidades: la de goce y la de ejercicio.

En cuanto a la primera de ellas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1446 del Código Civil, es posible colegir que la regla general es que todas las personas tengan plena capacidad en su diario vivir, por lo que el ser humano, *per se*, posee capacidad de goce. Así las cosas, y siguiendo al profesor Ducci (2010):

> Desde el nacimiento, el ser humano puede ser sujeto de relaciones jurídicas, puede ser titular de derechos; en otros términos, adquiere personalidad. Uno de los atributos de la personalidad es precisamente lo que se denomina capacidad de goce; es decir, la posibilidad de ser titular de derechos. Pero ser titular de derechos no implica necesariamente el que se esté habilitado para ejercitarlos personalmente. Esta posibilidad es lo que se denomina capacidad de ejercicio. (p. 101)

El segundo tipo de capacidad se traduce en la potestad del titular de un derecho para poder ejercer dicho derecho y que el ejercicio del derecho se agote y produzca los efectos que el ordenamiento jurídico previene. Corolario será el ordenamiento jurídico que establecerá las denominadas incapacidades, las que limitarán definitiva o temporalmente el ejercicio de los derechos a su titular, por concurrir alguna situación prevista por el legislador. Así las cosas y siguiendo el razonamiento del profesor Ducci (2010):

> El fundamento de la existencia de este tipo de incapacidades están establecidas en razón de que el legislador considera que determinadas personas no tienen discernimiento para actuar en la vida jurídica o no tienen el suficiente discernimiento para actuar en ella correctamente. (p. 122)

En conclusión y conforme a lo señalado en el artículo 1446 del Código Civil, la capacidad sería la regla general y las incapacidades serían la excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto a las incapacidades, tradicionalmente se han distinguido dos tipos: la incapacidad absoluta y relativa. Las incapacidades absolutas son aquellas que limitan de manera permanente al titular del derecho a ejercer el mismo, debiendo actuar en la vida del derecho, representado por su representante legal. Por su parte, la incapacidad relativa se entiende como aquellas limitaciones no permanentes, establecidas por el legislador en razón de que el titular del derecho en algún momento o espacio temporal dentro de su proceso de evolución humana, adquirirá la madurez suficiente o adquirirá una autonomía volitiva para obrar en la vida del derecho.

En el contexto señalado, y a modo de conclusión, nuestra legislación en el artículo 1447 señala que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos

o sordomudos que no se den a entender claramente. Por su parte, el mismo artículo en comento señala que son incapaces los «menores» adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

5.3. Tercera línea de tensión: los NNA como sujetos con plena capacidad, conforme al principio de autonomía progresiva

Llegados a este punto del presente comentario, debemos prevenir que las reglas de capacidad se encuentran reguladas principalmente en el Código Civil, texto avanzado para su época, pero anacrónico en nuestros días, y que si bien aún sigue siendo alabado en países que han sido receptivos del sistema *civil law*, no es menos cierto que en materia de familia, niñez e infancia, derechamente no se ajusta a las nuevas protecciones y tratamiento de los NNA.

Teniendo clara la prevención anterior, en materia de capacidad, nuestro ordenamiento jurídico establece que las personas que tienen una edad superior a dieciocho años son plenamente capaces, aquellos de una edad inferior, adolecen de incapacidad para obrar en la vida del derecho, y dependiendo de la normativa, se establecerán normas especiales de capacidad y responsabilidad. Así, en materia de familia y en cuanto a lo que respecta el presente comentario, el artículo 16 de la Ley Nº 19.968 considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años, y adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años. Esta normativa debe entenderse siempre en atención a lo preceptuado en el artículo 43 del Código Civil, el cual señala expresamente que son representantes legales de una persona, el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador.

En efecto, desde el punto de vista legal, resulta evidente que todos los menores de edad deben actuar representados de manera válida en la vida del derecho, de manera tal que todos sus actos produzcan efectivamente los efectos que el ordenamiento jurídico previene para dichas actuaciones.

No obstante lo anterior, y a pesar de tener una claridad respecto de la representación legal de los menores de edad, ¿cómo podemos incorporar principios integradores en materia de niñez e infancia sin que necesariamente exista una trasgresión legal? Pues bien, para responder esta interrogante, es necesario abordar la respuesta en una doble dimensión. La primera de ellas es relativa a la forma de entender el contenido y alcance del principio de autonomía progresiva de los NNA. La segunda dimensión está vinculada a la aplicación del contenido de aquel principio por el juzgador.

El principio de autonomía progresiva se entiende tradicionalmente como aquella capacidad de los NNA en el marco del ejercicio de sus derechos, a ser tratados y enfrentados al mundo jurídico conforme a su desarrollo mental y físico. En ese sentido, la autonomía progresiva se configura como una piedra angular dentro de la determinación y operativización del contenido fundamental de los derechos fundamentales

y esenciales. Así, en la especie, la autonomía progresiva de los NNA es una forma de dotar de contenido el derecho fundamental, toda vez que teniendo en consideración los elementos del desarrollo mental y físico, se podrá determinar la forma de aplicación del derecho a ser oído. En otras palabras, uno de los contenidos esenciales y que revisten el carácter de ser material, es el desarrollo progresivo, el cual se configura como un subprincipio material que integra y armoniza, pero por sobre todo, da contenido al derecho.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de reflexionar en torno a esta segunda dimensión, que versa y se concentra en la forma en que el juzgador operativiza el contenido esencial del principio. Así, en la especie, la forma en que se materializa el derecho a ser oído es aplicando el subprincipio de autonomía progresiva en el caso particular y concreto. Así las cosas, el hecho de que un juez de la República realice una entrevista con el NNA, es efectivamente una forma de dotar de contenido material el derecho fundamental, toda vez que a través de esa examinación, podrá percibir por sus propios sentidos la forma en que ese NNA, en virtud de su madurez, comprende y entiende los efectos jurídicos que tendrá la resolución del caso a través de la sentencia.

Si entendemos que el derecho fundamental se satisface con ese hecho, estaríamos cerrando la puerta a dotar de otros subcontenidos del derecho a ser oído. Así, la sentencia del tribunal *a quo* satisface materialmente el derecho fundamental al llevar a cabo la audiencia especial. Sin embargo, resulta un yerro entender que el derecho se encuentra satisfecho, toda vez que en la especie, faltó una integración de otro subprincipio trascendental en la materia, que es el denominado derecho de la identidad. Lo anterior, toda vez que si se analiza la sentencia del tribunal *ad quem*, la integración de este subprincipio dota de un nuevo contenido al derecho a ser oído. Esto es, no tan solo observarlo desde una satisfacción material —la entrevista reservada o audiencia especial—, sino también desde el derecho a la identidad personal que tienen los NNA. En virtud de su autonomía progresiva es necesario, caso a caso, determinar si es consciente y lo suficientemente maduro para entender los efectos que se podrían ocasionar, en este caso, con la dictación de la sentencia, que en definitiva ordene el cambio de nombre y/o apellidos.

Esta línea de tensión resulta fundamental para lograr aseverar que en nuestro país falta una capacidad de integración de principios de la niñez e infancia, y de sus normas protectoras internacionales que se encuentran vigentes y ratificadas por Chile. Lo anterior, basándonos en el ejercicio hipotético de que si el juzgador de primera instancia hubiere integrado el derecho a ser oído desde su esfera material —audiencia privada o audiencia especial— con el derecho a ser oído en su esfera fundamental —aplicación de la autonomía progresiva en el caso particular y concreto—, la sentencia hubiere sido en un sentido contrario. Ahora bien, el problema no es de falta de integración de principios, sino que es de carácter estructural, toda vez que el juez que conoció de la causa, era un juez civil, mas no uno de familia. Este tiene la asesoría de un consejero técnico o eventualmente puede indagar con otras disciplinas el real estado de la autonomía progresiva del NNA.

6. Consideraciones finales

Para el presente análisis jurisprudencial —que motivó la intervención de este autor en las V Jornadas de Derecho de Familia— resulta de vital importancia analizar, toda vez que se ha generado, a partir de este fallo, una línea jurisprudencial de los tribunales de alzada, de naturaleza integradora tanto en su esfera material como en su esfera fundamental. Lo anterior, observando en particular la autonomía progresiva y el derecho a la identidad como subprincipios del derecho a ser oído en los procesos judiciales.

Se formó una discusión a propósito de la pregunta que hizo un estudiante asistente a las Jornadas, sobre quién era el juzgador más capacitado y con más recursos para poder realizar una entrevista que garantice la esfera material del derecho a ser oído y la esfera fundamental de este derecho. Esto es, observar tanto la autonomía progresiva como el derecho a la identidad en el caso particular y concreto. La respuesta a dicha interrogante es una propuesta *reformatoria legem*, esto es, proponer una reforma a la Ley Nº 17.344, por la que se modifique la competencia del juez, cuando el solicitante de cambio de nombre y/o apellido sea un NNA, en donde será un juez de familia quien deba conocer el asunto.

Dicha respuesta no fue baladí, sino que se basa en la estructura y formación de los Tribunales de Familia, así como de las personas que ayudan al juez a tomar la decisión, ya sea por la opinión del consejero técnico o por los informes que puedan emanar profesionales adscritos a los programas de niñez e infancia. O inclusive, a través de la designación de un curador *ad litem*, quien vele por los intereses de sus representados, los cuales podrían ser hasta diversos a los de los solicitantes.

Para concluir, se propone una modificación legal en ese sentido, de manera tal de ir generando un especial cuidado de la intervención de los NNA en los procesos judiciales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales.

Corral, H. (2018). *Curso de Derecho Civil Parte General.* Thomson Reuters.

Ducci, C. (2010). *Derecho Civil Parte General.* Editorial Jurídica de Chile.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio.* Ariel.

Bécar, E. (2021). El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno. *Actualidad Jurídica,* (42), 527-580.

Lepín, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (23), 9-55. https://doi.org/10.4067/s0718-80722014000200001

López, R. (2015). El interés superior del niño: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales Niñez y Juventud, 13*(1), 51-70. https://doi.org/10.11600/1692715x.1311210213

NORMAS CITADAS

Código Civil de la República de Chile.

Ley Nº 19.968 (25/8/2004). Que crea los Tribunales de Familia.

Ley Nº 17.344 (10/9/1970). Que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Modifica Ley Nº 4.808 sobre registro civil.

JURISPRUDENCIA CITADA

Godoy (2022). Tercer Juzgado de Letras de La Serena, 19 de abril de 2022 (gestión voluntaria no contenciosa). Disponible en: www.poderjudicial.cl.

Godoy (2022). Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, 2 de mayo de 2022 (apelación sentencia definitiva). Disponible en: www.poderjudicial.cl.

Tendencias jurisprudenciales en materia de derecho de familia recoge parte de los estudios y experiencias expuestos en la V versión del Congreso de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

Los siete trabajos acá expuestos representan el desarrollo de tópicos novedosos y recientes sobre distintos aspectos de la disciplina del derecho de familia, que van desde cuestiones de la identidad de niños, niñas y adolescentes, y su autonomía, hasta cuestiones relativas a compensación económica y responsabilidad civil en derecho de familia.

Este libro pretende ser un pequeño aporte a la discusión académica y una devolución a la judicatura sobre la forma en la que se ha estado aplicando el derecho de familia en las distintas cuestiones.