

FILIACIÓN, ALGUNOS APUNTES DESDE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

Jesús Ezurmendia Álvarez

1. ESTATUTO FILIATIVO Y LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE PRUEBA APLICABLE

Una de las instituciones reguladas por el derecho que mayor impacto tiene en la persona humana es la filiación. La construcción de la identidad de los seres humanos viene dada, entre otros factores relevantes, por la relación de cada individuo con sus padres. En el contexto de las relaciones de familia, el derecho no es la rama del conocimiento, ni siquiera dentro de las ciencias humanas o sociales¹, que mejor ha estudiado e intentado comprender el fenómeno de los vínculos afectivos entre las personas, siendo para ello mucho más adecuadas la sociología, la antropología y la psicología². Empero lo anterior, y, como se ha dicho, tratándose de una de las construcciones sociales más relevantes para el ser humano, y la importancia capital en el proceso de desarrollo y establecimiento de las personas, tanto en términos individuales como colectivos, el derecho se hace cargo de su regulación ante la inexorable realidad de sus consecuencias jurídicas³.

El concepto de familia encuentra en la filiación uno de sus principales ejes temáticos en lo que a regulación jurídica se refiere⁴, y es posible sostener que se trata de una de las materias que el derecho sustantivo ha regulado con mayor detención y exhaustividad, ya que del establecimiento, o no, de un vínculo filiativo entre dos personas se derivan una gran cantidad de derechos y obligaciones extrapatrimoniales, que abarcan desde deberes de cuidado y asistencia, a cuestiones patrimoniales como el derecho de alimentos y los derechos sucesorios⁵.

En ese sentido, el Derecho de familia, y especialmente la filiación, permiten visibilizar el rol del Derecho en la sociedad, pues se trata del núcleo esencial de la vida en comunidad, y su regulación suele estar íntimamente relacionada con el modelo de sociedad⁶, y por lo tanto el

¹ DEL PICÓ (2011) pp. 32-33.

² DÍEZ-PICAZO (1984) pp. 21.

³ OLIVA GÓMEZ y VILLA GUARDIOLA (2014). Véase también: SCHERPE (2016) pp.4

⁴ Para del Picó Rubio se entienden por relaciones de filiación “a un grupo social formado por los miembros que integran el hogar, emparentados entre sí por lazos de sangre, adopción o matrimonio, incluyéndose las uniones consensuales cuando son estables, es decir, basadas en la progenie común”. DEL PICÓ (2011) pp. 34.

⁵ CORNEJO AGUILERA (2010).

⁶ MARQUEÑO DE LLANO (2006) pp. 9.

modelo de familia como “núcleo esencial”⁷. Cuando se regula la familia y la descendencia se está planteado una visión o modelo de sociedad que, por más que se pretenda, no resultará jamás neutra ni aséptica. Cuando el derecho declara qué debe entenderse por familia, o cuando dos personas deben considerarse unidas por un lazo de filiación, está manifestando una voluntad específica de configuración social⁸. Esa configuración, se ha demostrado, no siempre se corresponde con la realidad imperante en un momento histórico-social, generando una tensión entre el modelo familiar -y filiativo- reconocido por el derecho y el que demanda una sociedad como la contemporánea⁹.

Lo anterior resulta del todo relevante, pues el reconocimiento del derecho de un modelo de filiación y de familia supone siempre, además de reconocimiento, protección. La protección de la familia y la filiación es uno de los fines del derecho que no suele problematizarse, siendo una necesidad social, política y jurídica prácticamente incuestionable¹⁰. Otra cosa es, como se ha dicho, qué contenido se le da al concepto de familia y filiación para poder protegerle y, por lo tanto, que otros modelos quedan, por alteridad, no reconocidos como tal, y por lo tanto no provistos de protección¹¹.

La filiación, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 en 1999, pretende crear un manto de protección a los vínculos de ascendencia y descendencia en el que los derechos y deberes a los que da origen se informen, interpreten y regulen conforme un conjunto de principios que deberán siempre tenerse en cuenta al momento de cualquier decisión a este respecto, especialmente la decisión judicial¹². Se trata de los principios de igualdad, libre investigación de la paternidad o identidad y el de protección del interés superior del niño, niña o adolescente (en adelante “NNA”)¹³. No es este un trabajo que pretenda abordar el contenido de dichos principios, haciendo presente que el objetivo es diverso y que se trata de una tarea que, tanto por *expertise* como por motivos metodológicos, le ha correspondido a quienes mayor cercanía han tenido con este tema desde una perspectiva sustantiva. Sin embargo, se deberán tratar en lo que comprenda su impacto en la determinación de cuestiones propias de la decisión judicial respecto de la filiación, especialmente respecto a la decisión probatoria, por lo que su revisita resulta obligada y, hasta cierto punto, bienvenida.

En el ámbito de la filiación es posible reconocer la frondosa regulación dedicada a su determinación, toda vez que la forma en que se lleva a cabo ésta, así como los diversos tipos que de esa determinación pueden derivarse, resulta importante por diversas razones procesalmente relevantes. Así, por ejemplo, la determinación de una filiación por técnicas de reproducción humana asistida impide la investigación judicial de una diversa, aunque fuere

⁷ Así es como denomina la Constitución chilena actualmente vigente a la familia en su artículo primero inciso segundo: “*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”. En el mismo sentido el art. 11. 2 de la CADH expresa que “*es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”

⁸ ESPINOZA COLLAO (2017). En el mismo sentido consúltese la obra BARCIA LEHMAN (2020)

⁹ ARANCIBIA OBRADOR y CORNEJO AGUILERA (2014) pp.222-228.

¹⁰ LEPIN MOLINA (2014) pp. 9-55.

¹¹ Ibid. Véase también: ARANCIBIA OBRADOR y CORNEJO AGUILERA (2014) pp.279-281

¹² Ibid. Véase también LEPIN (2014) pp. 33-35.

¹³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2007) pp. 35-52. BARCIA LEHMAN (2020) (2020), también LEPIN (2014) pp. 34-38.

biológicamente posible¹⁴, impidiendo el ejercicio de la acción de reclamación -y eventualmente de impugnación en forma conjunta- respecto de los hijos nacidos como consecuencia de la donación de gametos por un tercero¹⁵.

Asimismo, la aplicación del principio de libre investigación de la paternidad o maternidad permite a un hijo o hija interponer la acción de reclamación contra quien crea es su padre o madre, pero si se cuenta con una filiación ya determinada deberá ejercerse en forma conjunta, aunque respecto de otro sujeto, la acción de impugnación, para que el mismo proceso establezca que un sujeto es hijo o hija de A, pero al mismo tiempo declara que, entonces, no es hijo o hija de B, generando un caso de acumulación de acciones y litisconsorcio pasivo con intereses que pueden ser distintos, incluso diametralmente opuestos entre los emplazados¹⁶.

En el contexto de la regulación procesal de la filiación los grandes tópicos suelen ser dos, primero, un conjunto de reglas -tanto materiales como adjetivas- que buscan la determinación judicial de la filiación; y por otro lado, la reglamentación de los procesos a los que da origen una filiación ya determinada -sea voluntariamente o por sentencia judicial- especialmente ligados a los denominados “efectos de la filiación” como el derecho de alimentos, el cuidado personal y el derecho a una relación directa y regular¹⁷.

Dentro de la fecunda regulación antes mencionada, la prueba de la filiación ha sido objeto de particular comprensión por el legislador, siendo una de las áreas del derecho civil en que existen más reglas especiales explícitas, siendo la determinación de la filiación un nudo crítico que, dada su importancia y sus consecuencias, acapara gran atención¹⁸. En ese contexto, la decisión sobre si un determinado hecho está probado – en términos de Ferrer “está probado que P” tendrá como constante que ese enunciado fáctico tienda a ser el mismo “está probado que A es hijo o hija de B”¹⁹, o para fines de nuestro trabajo “está probado que F”, es decir, se ha probado la correspondencia con la realidad de el enunciado factico de que entre dos sujetos existe una relación de filiación.

Si sostenemos, como hecho más arriba, que el derecho no tiene una aproximación neutra cuando regula la filiación -y la familia en general- debemos sostener, como consecuencia, que la forma en la que ha regulado en forma especial la prueba de filiación tampoco será una regla meramente procedimental, sino que es la proyección al *iter* probatorio de ese mismo modelo protegido. En ese sentido, el establecimiento de ciertas reglas que prohíben ciertos

¹⁴ El inciso segundo del artículo 182 del Código Civil señala “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Véase CORRAL TALCIANI (2010) pp. 71

¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2007) pp. 118.

¹⁶ Según lo dispone el artículo 208 del Código Civil. CORRAL TALCIANI (1999) pp. 39-109. En el mismo sentido RAMOS PAZOS (2010) pp.451.

¹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (2007) pp. 131-213 RAMOS PAZOS (2010) pp.458 y ss.

¹⁸ Lo que se funda, según diversos autores, en la cristalización del principio del derecho a la identidad y libre investigación de la paternidad del NNA, disponiendo la ley de una regulación extensa para permitir la determinación de la filiación. Véase LEPÍN (2014) pp.31-33. CORRAL TALCIANI (2010). pp. 69-77, el autor se refiere al derecho a la verdad biológica.

¹⁹ FERRER BELTRÁN (2005) pp. 20-27. Véase también FERRER BELTRÁN (2021) pp. 26.

medios de prueba, o que privilegian algunos por sobre otros, da cuenta del reconocimiento del ordenamiento jurídico de la necesidad de beneficiar ciertas construcciones sociales por sobre otras, aunque éstas cuentan con una verificación en el proceso, en aras de la protección de dichos modelos, generalmente en complemento de la aplicación de los principios que inspiran la filiación, especialmente el interés superior del NNA.

Así, por ejemplo, ocurre con el art. 201 del CC que expresa que la prueba científica de ADN, sin perjuicio de lo contundente que pueda ser su resultado, no deberá preferirse respecto de otras si de ello se deviene algún efecto que pueda afectar el interés superior de alguna forma. De la misma manera se manifiesta una preferencia por la prueba científica biológica de acuerdo con lo señalado en el art. 199 bis, y una desconfianza en la aptitud de los testigos para poder establecer el vínculo, como expresa el art. 198 inciso segundo.

2. PROBLEMAS ENTRE SISTEMAS DE VALORACIÓN Y REGLAS ESPECIALES. INFERENCIAS PROBATORIAS Y FILIACIÓN

La regulación sustantiva de la determinación de la filiación en sus aspectos probatorios supone un ejercicio de compatibilidad de dichas normas con la regulación del procedimiento en el que se deberían hacer valer. A ese respecto la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia (En adelante “LTF”) establece en su artículo 29 que *“Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”*²⁰, en lo que representa la consagración explícita de un sistema de libertad probatoria como uno de los pilares del estatuto procesal de familia, el que debemos entender complementado con el art. 32, relativo al sistema de valoración, en el que se señala que *“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.”*²¹. En ese contexto, la LTF se estructura para dotar a los Jueces y Juezas de familia de las herramientas probatorias para poder emprender la búsqueda de la premisa fáctica con un sistema libre, pero racional de prueba, el que, además²², resulta concordante con los principios de inmediación y oralidad, los que, conjuntamente considerados, suponen la intención expresa del legislador procesal, tal como consta en el mensaje de la Ley²³.

Asimismo, la doctrina civil ha señalado que la filiación supone un estatuto en el que prima “la libertad de prueba”, en la que la determinación de la búsqueda de la paternidad o maternidad sirve de pilar para que no existan mayores limitaciones en cuanto a los medios de juicio que se pueden allegar al proceso²⁴. Sin perjuicio de esta muy sentida declaración,

²⁰ Art. 29 LTF titulado “Libertad de Prueba”

²¹ Art. 32 inciso primero LTF, titulado “Valoración de la Prueba”

²² EZURMENDIA ÁLVAREZ (2020)

²³ Véase por ejemplo, el Mensaje Presidencial del proyecto de ley original. MENSAJE N° 81-336/, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5746/>. Fecha de Consulta 14 de junio de 2021. CARRETTA MUÑOZ (2014). FUENTES MAUREIRA (2015).

²⁴ Del Picó sostiene, siguiendo a la Ley que *“Uno de los aspectos más relevantes del juicio en que se ejerce la acción de reclamación de filiación es el relativo a la prueba, por dicha razón la Ley N° 19.585 ha establecido precisas reglas al respecto, que dicen relación con los siguientes aspectos:*

las normas respecto a la prueba de la filiación, tan pronto se adentran en su tratamiento en el Código de Bello, resultan particularmente específicas respecto a determinados medios de prueba, que tienden a construir un estatuto probatorio propio, en el que existe para ciertos medios de prueba, en ciertos contextos, un valor asignado apriorísticamente por el legislador, la exclusión de determinados medios de prueba o la preferencia específica por algunos de ellos²⁵. De lo anterior se deriva, entonces, que la concepción que la doctrina civil ha dado a la supuesta libertad de prueba se erige con perspectiva a la prueba de las obligaciones patrimoniales regulada en el Título XXI del Libro IV, así como las reglas respectivas del Código de Procedimiento Civil, la que no es otra cosa que un conjunto de normas reguladoras de la prueba propias de un sistema de prueba legal o tasada.

Se trata, por consecuencia, que la determinación de la filiación, atendida la importancia señalada en el acápite anterior, ha sido regulada con “mayor” libertad de prueba que lo dispuesto para la prueba de otras obligaciones, es decir, existe una morigeración de las reglas de la prueba legal o tasada, así como la incorporación de medios de prueba específicamente regulados que no han sido especialmente destinado al proceso civil en general, y que no se encuentran en el listado del art. 342 de la ley procesal civil, por ejemplo la prueba pericial biológica (que podría contenerse dentro del informe de peritos) o la denominada “posesión notoria del estado civil”, sobre la que volveremos más adelante. Sin duda, el sustento de esta libertad relativa estriba en la existencia de los principios que informan la filiación, y que suponen la protección de intereses que no podrían limitarse en la rigidez de las reglas de la prueba tasada civil.

Por lo anterior, es posible evidenciar sin mucho esfuerzo la fricción entre las normas sustantivas que regulan la prueba del vínculo filiativo y la regulación del proceso de familia, particularmente con el artículo 29, el que, además, es posterior.

En ese sentido, se ha sostenido que existiría una especialidad preponderante de las normas civiles respecto a la prueba de la filiación, y en un contexto más extenso, de la prueba del estado civil, que debe respetarse por sobre las normas generales dispuestas en la LTF para la tramitación y determinación de todas las otras cuestiones de familia cuyo conocimiento es competencia de los Tribunales de Familia²⁶.

En ese contexto, por ejemplo, la imposibilidad de la prueba testimonial del artículo 198 inciso segundo para probar la filiación²⁷, resulta contraria al propio artículo 29 precitado, así como a la regulación propia de un sistema de valoración racional, en las que atendido el principio

a) *El principio en materia probatoria en esta clase de juicios es que la paternidad o la maternidad pueden establecerse mediante toda clase de pruebas*”. DEL PICÓ RUBIO (2016). Véase CORRAL TALCIANI (2010) pp. 59-60. RAMOS PAZOS (2010) pp. 431 y ss.

²⁵ Tanto en el Código original, pero especialmente en la reforma introducida por la Ley N° 19.585 sobre filiación.

²⁶ RAMOS PAZOS (2010) pp. 435-437.

²⁷ En ese sentido, nota estas limitaciones a la libertad de prueba Del Picó Rubio, al señalar “*Pero este principio tan amplio de admitir toda clase de pruebas, tiene algunas limitaciones que establece el mismo Código Civil, ellas son:*

— *La prueba testimonial es insuficiente por sí sola para establecer la paternidad o la maternidad;*

— *Las presunciones deben reunir los requisitos del art. 1712, esto es, deben ser graves, precisas y concordantes.*” DEL PICÓ RUBIO (2016).

general de inclusión²⁸, no se limitan los elementos de juicio de los que se puede disponer, toda vez que no existe una imposibilidad epistémica originaria que permita sostener que los testigos podrían no ser adecuados para dar fe de la veracidad de un determinado enunciado fáctico²⁹.

Desde esta perspectiva pareciera que quien está en mejor posición para determinar la inclusión de un determinado medio de prueba es el tribunal, al tenor de los enunciados sobre los hechos que vayan a ser objeto de prueba, debiendo limitarse a su incorporación solo de acuerdo a la regla establecida en el artículo 31, en la que se consagra la regla de exclusión de prueba en materia de familia. Sin perjuicio de ello, la *praxis* de los tribunales ha señalado lo contrario, estándose a lo dispuesto en las normas civiles respecto a la determinación judicial de la filiación y a sus contornos probatorios³⁰.

Casos particularmente llamativos, pero sobre todo relevantes, son algunos de los que se examinarán en el acápite siguiente, en el que se volverá sobre estos intereses en liza entre las normas procesales y la regulación sustantiva.

3. CASOS ESPECÍFICOS DE ESTUDIO, POSESIÓN NOTORIA, PRESUNCIÓN PATER IST EST Y ART. 199 DEL CC.

3.1- POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE PADRE, MADRE O HIJO

Una de las instituciones que mayor interés despierta en materia de filiación es la denominada posesión notoria del estado civil de padre y/o madre o hijo o hija. Es una figura cuya naturaleza jurídica -cuestión siempre metafísica, por cierto- ha resultado esquiva a la doctrina del derecho sustantivo de familia, existiendo a su respecto diversas tesis que han postulado principalmente dos ideas centrales: a) que se trata de una acción de filiación, especialmente atendida su ubicación el Título VIII del Libro I del Código Civil; b) así como quienes han señalado que se trata de un medio de prueba, más que la acción en sí misma, del vínculo filiativo³¹. Sin perjuicio de que para fines de este ensayo no se trata en sentido técnico de ninguna de las dos, sino de una forma especial de determinación judicial de la filiación social³², es innegable el interés procesal y probatorio que la figura reviste, especialmente a la luz de los requisitos establecidos por el art. 200 para tenerla por establecida.

²⁸ FERRER BELTRÁN (2007) pp. 42

²⁹ GONZÁLEZ COULON (2019)

³⁰ FUENTES MAUREIRA (2011)

³¹ En tal sentido véase lo señalado en GREEVEN BOBADILLA (2014) pp. 320.

³² En ese sentido véase lo señalado por la Corte Suprema en fallo reciente al sostener “*la posesión notoria del estado de filiación no puede estimarse restringida a ser meramente un medio probatorio y sólo a modo de excepción en juicio, sino que legitima la pretensión del menor que debidamente representado insta en estrados por su reconocimiento, no sólo porque ello no se encuentra prohibido ni limitado por el legislador del artículo 201 del ordenamiento sustantivo civil, sino porque permite al juzgador preferirla por sobre la constatación de la paternidad o maternidad biológicas en caso de contradicción, no existiendo en la especie ninguna grave razón que demuestre la inconveniencia de tal proceder en cuanto ello resulta más que conveniente considerando especialmente el interés superior del menor D.A.S.S., manifestado y acreditado en el proceso.* Corte Suprema, Rol: 18.213-2919. Cuarta Sala. 4 de marzo de 2021. Considerando Primero se la sentencia de reemplazo.

El art. 200 define la posesión notoria señalando en su inciso segundo:

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”

Se trata de una de las siempre esquivas definiciones del derecho civil, que en su pretensión de grandilocuencia semántica puede generar diversas interrogantes más que proporcionar respuestas, pero que, al menos, consagra a nivel legislativo el valor que se reconoce por el legislador al desempeño del cuidado en la crianza y establecimiento de los NNA, reivindicando en ello un vínculo filiativo de carácter social que privilegia la crianza por sobre la determinación biológica³³. La doctrina civil, por su parte, ha conceptualizado a la posesión notoria como “una especie de reconocimiento de hecho o social, de la paternidad o maternidad”³⁴, una consecuencia jurídica de “el ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma (filiación) con prescindencia de que quien lo ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él”³⁵.

Por lo anterior es que parecería correcto, como ha señalado TOBAR, que se trata de una situación fáctica, independiente de su compatibilidad con la veracidad biológica, que determina la existencia de un vínculo de filiación entre dos personas mediante el nombre, trato y presentación social de tal³⁶, a la que deberíamos agregar, como bien ha dicho la Corte Suprema³⁷, la preocupación por las necesidades afectivas y materiales del menor, cuestión capital en la determinación filiativa a la luz de los principios que la informan, en especial el del interés superior.

Desde una perspectiva probatoria las cuestiones relevantes que nos plantea la posesión notoria pueden listarse de la siguiente manera a) el contenido u objeto de prueba en la posesión notoria: nombre, trato y fama, así como la forma de probarlo; b) la asignación de un valor preferente por parte del legislador respecto de otros medios de prueba y c) la construcción de inferencias futuras o predictivas respecto de sucesos futuros. En dicho orden intentaremos dar una primera mirada exploratoria a cada uno de ellos.

a) Contenido y objeto de prueba del artículo 200, nombre, trato y fama

Al tenor de lo dispuesto en la norma, para poder establecer la filiación entre dos sujetos se requiere cumplir con los requisitos que la doctrina civil ha categorizado como “nombre”; “trato” y “fama”, sin perjuicio de que la regla no utilice tan sofisticada nomenclatura.

³³ GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 229-230

³⁴ GÓMEZ DE LA TORRE (2007) pp. 86-87. En el mismo sentido SCHMIDT HOTT y VELOSO VALENZUELA (2001) pp. 168.

³⁵ FANZOLATO (2007) pp. 170

³⁶ Para una descripción reciente del estado de la discusión sustantiva sobre posesión notoria del estado civil véase: TOBAR (2016) pp. 36-38

³⁷ “*Quien la invoca debe acreditar que ha sido conocido como hijo, proveyéndose a su educación y establecimiento, presentado como tal ante amigos y deudos, y que el vecindario lo ha reputado y conocido como tal tratado; y como concurren en la especie*” Corte Suprema Sentencia Causa Rol: C-18707-2018 de fecha 26 de agosto de 2019, Vistos de la Sentencia de reemplazo en relación al Considerando 6° del fallo de invalidación.

Primeramente, la ley no señala expresamente la necesidad de denominarle o nombrarle como hijo, ni de forma coloquial, putativa ni por haberse incluido el apellido de quien se comporta como padre o madre en la partida de nacimiento del NNA³⁸. Se trata, entonces, de una construcción que se ha hecho desde la doctrina y la jurisprudencia, en la que el uso de las palabras de la ley se ha entendido contener la necesidad de referirse al menor en calidad de hijo, ya que sería la única forma de constituir un tratamiento tal, cuestión que sí está reconocida en el inciso segundo del artículo y que, a nuestro juicio resulta ineludible, ya que no parece posible dar trato y fama de hijo a quien no se le nombra como tal³⁹. Asimismo, no creemos que sea necesario un documento formal, sino que una constancia a través de los medios de prueba que el propio inciso primero viene en señalar al efecto.

Luego, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo se requerirá un “trato” lo que desprende de la letra de la norma al señalar *“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”*, por lo que se requiere demostrar en el proceso que entre los sujetos ha existido una vinculación que da cuenta de tratarle como vástago, especialmente por la preocupación por su cuidado, educación y establecimiento⁴⁰.

Finalmente, la fama da cuenta de la parte final del artículo en el inciso segundo, y se refiere a que dicho trato sea exteriorizado fuera del seno familiar y que en el mismo sentido sea comprendido e internalizado por quienes les conocen, aunque no pertenezcan a la misma familia, ya que la norma señala que en *“el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”*⁴¹. Según sostiene GREEVEN, la diferencia entre estos dos últimos elementos vendrá dada por el alcance doméstico o al interior de la familia (trato) y su exteriorización hacia el resto de la sociedad, representado en las relaciones vecinales⁴².

Lo que la norma pretende, a nuestro juicio, es la corroboración judicial de la ocurrencia fáctica de un conjunto de representaciones generalmente asociadas a la filiación. Se trata, por consiguiente, a una construcción normativa derivada de una generalización empírica consagrada ya a nivel positivo por el que aquello que de ordinario hacen los padres por sus hijos es lo que se espera haya ocurrido en el caso particular. Así, se espera que los padres cuiden de los hijos de forma especialmente diligente ya que la norma requiere de un cuidado en la educación y establecimiento que sea “competente”, y que le doten de un entorno familiar que incluye presentarle como tal al resto de la sociedad, nombrándole en tal carácter⁴³.

³⁸ Véase TOBAR (2016) pp. 46. GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 232.

³⁹ Véase Corte Suprema, Sentencia de 07 de septiembre de 2016, ROL N° 39477-2016; y Corte de Apelaciones de Arica, Sentencia de 19 de febrero de 2013, ROL N° 144-2012 citadas en GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 232.

⁴⁰ GANDULFO RAMÍREZ (2006). Véase también BARCIA LEHMANN (2020) pp. 425-426.

⁴¹ TOBAR (2016) pp. 48. GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 234.

⁴² GREEVEN (2014) pp. 331.

⁴³ En tal sentido la Corte Suprema, en data reciente ha señalado *“En el caso de autos, se acreditó que don WRS tiene la posesión notoria de la calidad de padre de J, y ésta, a su vez, de hija del demandante, lo anterior se desprende del set de fotografías incorporado, además de la existencia del certificado médico en el cual se indica que J es atendida desde los 7 años de edad y siempre ha sido acompañada por don W y doña JH. Asimismo, se acompañó también el informe escolar que relata que don W es el apoderado y ha estado presente en todas las actividades de J. A mayor abundamiento se puede agregar la declaración de testigos que indican*

Epistémica y probatoriamente lo anterior ha sido descrito por diversos autores con ocasión del rol de las máximas de la experiencia en el razonamiento inferencial propio del quehacer judicial de averiguación de la verdad sobre los enunciados sobre los hechos. Se trata de lo que GONZÁLEZ define como una generalización de un fenómeno cuya ocurrencia constante permite construir un proceso inductivo dotado de gran capacidad predictiva, y conforma una máxima, de ahí su denominación⁴⁴, y que cumple un rol determinante en la unión de dos piezas de información, una que nos es conocida, y otra que no lo es, permitiendo inferirla mediante un ejercicio lógico -la inferencia- en la que el enlace es, precisamente esta máxima⁴⁵. Es decir, si en el proceso se acredita el comportamiento de la madre o padre respecto del hijo o hija cumpliendo los requisitos ya descritos, se tendrá un hecho probado o premisa, de la cual será posible inferir una vinculación social propia de la relación madre/padre-hijo/hija.

Lo anterior resulta doblemente llamativo. En primer lugar, los hechos probatorios -también llamados indicios, premisas o *factum probans*- no son aleatorios ni dependerán de lo que las partes pretendan en el juicio, sino que vienen dados por el legislador como un molde en el cual los que se pretendan padre, madre o hijo, deberán subsumir su vida cotidiana, probándola al efecto. Estos hechos (nombre, trato y fama y sus antecedentes fácticos respectivos) son, en sí mismos, una generalización empírica extraída del comportamiento habitual de los padres hacia los hijos. En segundo término, y como consecuencia del punto anterior, que la máxima de la experiencia que sirve de enlace supone, asimismo, el comportamiento general y esperado de padres y madres respecto de quien se presente como su progenie, por lo que es posible señalar que la estructura del artículo 200 se erige sobre el comportamiento habitual de dos personas unidas por un vínculo de filiación⁴⁶.

Premisa o hecho base (nombre, trato y fama de
A respecto de B) ----Enlace (ME)---los
individuos que dan nombre trato y fama suelen
ser los padres de aquellos que reciben dichos
tratamientos-----> Conclusión
A es hijo de B

Cabe destacar, además, que esta estructura de inferencia no deja espacio a la construcción del enlace por parte del juez, sino que viene dada por parte del propio artículo 200, por lo

que desde el año 2004 don W ha tratado y reconocido a J como su hija dentro del grupo familiar, frente a amigos, nana, médicos y el establecimiento educacional. Además, la madre reconoce que desde 2004 a la fecha don W ha tratado como hija a J. Y finalmente es necesario destacar que J al cumplir la mayoría de edad compareció en autos ratificando todo lo obrado por su madre, lo cual deja en claro que, de haber sido mayor de edad al momento del inicio del juicio, ella habría accionado. Corte Suprema Rol: 12792-2019, Cuarta Sala. 14 de junio de 2020. Considerando Primero.

⁴⁴ GONZALEZ LAGIER (2014) pp. 87-90.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid. p. 87. Véase también sobre la estructura de las inferencias a BELTRÁN CALFURRAPA (2021). Para su aplicación en familia véase EZURMENDIA (2020) pp. 107-108

que será la fuerza normativa del derecho la que obligará a concluir la existencia de un vínculo de filiación entre las partes⁴⁷. A este constructo epistémico al que la norma ha reconocido a nivel legal se le suele denominar inferencia probatoria normativa, ya que es la norma la que ha sustituido la tarea del juez, ciñéndole a la comprobación procesal de los requisitos de aplicación, es decir de corroboración de la veracidad de la premisa en el proceso⁴⁸.

En cuanto a la forma de probar la premisa el legislador señala que deberá “*se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable*”, lo que puede interpretarse como una aplicación de las reglas generales respecto a la libertad de prueba contenidas en el artículo 29 de la LTF, pero resulta relevante pues en materia de filiación, como hemos señalado anteriormente en este trabajo, existen algunas limitaciones probatorias, pudiendo concluir que este caso no reviste carácter distintivo en ese sentido, y que el uso de la voz “testimonios” no circunscribe a la prueba testimonial la cualidad específica ni menos restrictiva de poder probarlos, sino que pareciera referirse a una enunciación del producto del medio de prueba, en el entendido de que todo medio de prueba supone, en términos amplios, dar testimonio de algún hecho o enunciado fáctico⁴⁹. Por lo tanto, se trataría simplemente de la aplicación de las reglas generales, es decir, la valoración racional conforme a las reglas de la sana crítica del art. 32.

Asimismo, cuando la norma se refiere a “circunstancias” parece quedar de manifiesto que se alude a supuestos de hecho que permitan construir inferencias probatorias epistémicas que den cuenta de la existencia de uno o todos los requisitos enunciados. Lo anterior permite mostrar con la posesión notoria del estado civil de forma muy clara la cadena de inferencias que puede llevarse a cabo por parte del juez en la construcción de la premisa fáctica, ya que de la prueba rendida podría acreditarse una “circunstancia” (inferencia probatoria epistémica) que dé cuenta del nombre -o trato o fama o los tres- que se presenta como la base de otra inferencia probatoria normativa que tiene como resultado una conclusión de existencia de la filiación⁵⁰.

b) La asignación de un valor preferente por parte del legislador respecto de otros medios de prueba

El artículo 201 señala en su inciso primero: “*La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras*”. Esta norma ha sido entendida generalmente como una regla de carácter probatorio, ligada a uno de los perennes resabios de la prueba legal en materia de filiación⁵¹. Ocurre en este caso una situación particular, pues la representación hecha por el legislador está dirigida especialmente a contrarrestar el resultado de un peritaje biológico cuyo resultado debe ser, aunque no lo diga la norma, positivo respecto de establecer el vínculo genético entre sujetos A y B.

⁴⁷ GONZÁLEZ (2014) pp.88.

⁴⁸ GONZÁLEZ (2014) pp.88.

⁴⁹ En tal sentido véase el notable trabajo de GONZÁLEZ COULON (2021) pp. 328.

⁵⁰ FERRER (2021) pp. 36. GONZÁLEZ (2014) pp. 86. BELTRÁN (2021) pp. 143-145.

⁵¹ Véase GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 242-244.

Lo anterior, nos permite reflexionar sobre un escenario poco habitual en el escenario ritual contra la incertidumbre que supone el proceso, cual es contar con una cantidad de información exhaustiva que nos permita establecer de forma meridiana la verdad de un enunciado fáctico en cuanto a su correspondencia con la realidad. En materia de filiación, la prueba pericial biológica de ADN supone un medio de prueba que es considerado, *a priori*, como inmejorable⁵², se trata de un mecanismo rápido y generalmente accesible que entrega resultados de una definitividad y contundencia comparable con muy pocas otras. Tanto es así, que el propio legislador le da un tratamiento específico en el art. 199 y 199 bis del Código Civil, demostrando una gran confianza en sus características.

Por ello, cuando se cuenta con una prueba de ADN los tribunales suelen determinar casi de forma automática la existencia de la filiación -o la falta de ella si fuere negativo- incluso cayendo en el riesgo de lo que GASCÓN ha denominado sobrevaloración tanto semántica como epistémica⁵³. En ese contexto, entonces, huelga señalar por qué el propio legislador, a una reducida distancia geográfica del art. 199 bis, consagra una regla como la del 201 inciso primero, toda vez que su aplicación está pensada para un supuesto específico, que no es otro que contar con una prueba científica de fiabilidad alta e incuestionada que establece quien es el padre o madre biológico de una persona.

La respuesta a esta interrogante, a nuestro juicio no es estrictamente probatoria ni tampoco particularmente epistémica. Contando con la información disponible con una completitud que pocos procesos judiciales permiten, el sentenciador deberá enfrentarse a dos verdades contrapuestas de forma diametral, la correspondencia biológica, derivada de la prueba de ADN, y la correspondencia social. Es decir, si logra tener por probados los requisitos del art. 200 por el plazo de 5 años tendrá, por mandato legal expreso, que tener por acreditada la filiación social de A respecto de B, al mismo tiempo que sabrá, con un margen de error tendiente a 0, que en realidad ese mismo sujeto A es hijo biológico de B. Con toda esa información disponible el juez no deberá tomar entonces una decisión exclusivamente fundada en lo que haya contenido en la premisa fáctica, sino que deberá optar ante igualdad de acreditación entre un estatuto biológico de filiación y uno social. Esa decisión, en todo caso, no le corresponde por regla general al órgano judicial, sino que ha sido tomada por el legislador como una decisión de política pública de respaldo a la función social de la crianza, educación y cuidado de los NNA, que supone mantener – o establecer judicialmente- la relación filial con quien la ha desarrollado ininterrumpidamente, haciéndose cargo debidamente de las necesidades del menor⁵⁴.

Por lo tanto, nos parece que no se trata de decidir en términos procesales lo que Ferrer señala como “esta probado que p”⁵⁵, sino que, estando probado tanto P como Q, decidiré F” porque la ley considera que, de no mediar una circunstancia especial, deberá estarse al vínculo social por sobre el meramente genético.

⁵² DEL PICÓ RUBIO (2016) párrafo 298. RAMOS PAZOS (2010) pp.431-432.

⁵³ Lo anterior supone, en términos de la autora, dotar a los resultados de la pericia de un nivel de deferencia tal alto que deforma su percepción, tanto en cuanto a sobrevalorar lo que quiere decir (semánticamente) como su aporte para la corroboración de la veracidad de un enunciado (epistémico). GASCÓN ABELLÁN (2013) pp. 183-186.

⁵⁴ GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 231.

⁵⁵ FERRER (2005) pp. 20-27.

Con todo, el inciso segundo deja a salvo un espacio de discrecionalidad judicial para revertir la regla del inciso anterior, estableciendo una fórmula de salida por la vía de la excepción al señalar “*si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico*”. Con ello, el juez vuelve a tener control de una decisión final, pero nuevamente no representa una cuestión que se decida por la vía de la prueba, sino que, teniendo probados tanto P como Q podrá determinar F respecto de Q si considera que el desarrollo, educación o establecimiento del menor se verán favorecidos con su padre o madre biológico⁵⁶. Lo anterior, naturalmente, deberá fundarse en circunstancias que sí hayan sido probadas en el proceso, como podrían ser atentados contra los derechos fundamentales del NNA en su ambiente familiar, carencias educativas producto de los medios limitados de los que dispone su familia o, incluso, factores no imputables a los padres sociales, sino que meramente relacionados con las mayores proyecciones de desarrollo emocional, material y espiritual que se asocian a las circunstancias del padre o madre biológico⁵⁷. Cuando el juez considera las circunstancias actuales del NNA, así como las que han ocurrido precedentemente su ejercicio no representa particular dificultad, al menos no más que la tarea propia de la determinación judicial de los hechos ya acaecidos; sin embargo cuando debe sopesar la potencialidad de hechos que podrían ser consecuencia de su decisión debe hacer un ejercicio prospectivo, tal como vemos en el siguiente literal.

c) Construcción de inferencias futuras o predictivas respecto de sucesos futuros

En el proceso de toma de decisión sobre la procedencia de la excepción al artículo 200 contemplada en el artículo 201 el juez debe hacer un ejercicio que, atendida ciertas circunstancias, puede revestir particular interés y complejidad desde el punto de vista probatorio. Para poder descartar la filiación social y preferir la biológica se requiere que existan “*graves razones que demuestren la inconveniencia*” las que pueden ser a nuestro juicio de tres tipos. La primera será cuando conste en el proceso la existencia de circunstancias o hechos que hayan supuesto una vulneración de los derechos del NNA con su familia social, los que son de tal entidad que aconsejan determinar la filiación hacia su padre o madre biológico. La segunda puede ser que, sin mediar graves circunstancias en su familia social existan antecedentes que permitan al sentenciador creer que el NNA tendrá mejor desarrollo y establecimiento con su o sus progenitores biológicos. La tercera es que se de una combinación de las dos previas.

En las dos hipótesis anteriores el juez debe evaluar los antecedentes del acervo probatorio desde otra perspectiva, ya que no es el objeto de prueba la filiación en sí misma, ya que para ello cuenta ya con toda la información necesaria, sino de proyectar hacia el futuro el lugar

⁵⁶ Para un estudio detallado de que se entienden por graves razones nos remitimos a lo dicho por Gómez de la Torre: “*Si se entiende en sentido estricto, aquellas posesiones notorias derivadas de la comisión de ilícitos, debería mantenerse la posesión notoria de estado civil de hijo o hija pese a que fue él mismo(a) quien demandó la filiación. En cambio, si se entiende en sentido amplio, no comprende solo la situación ilícita, sino cualquier situación grave, incluyendo la preferencia del hijo o hija. En este último caso, el juez debería ponderar qué es lo más beneficioso para el “interés del hijo”*”. GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 250.

⁵⁷ *Ibíd.*

donde una persona encontrará un mejor entorno para su mejor desarrollo social, emocional y material.

Este ejercicio prospectivo revista una singularidad, pues el juez no debe tener por probados enunciados fácticos sobre el pasado, retrospectivamente, sino que debe establecer un evento futuro, una narración proyectada de lo que cree ocurrirá en cada uno de los entornos que demandante y demandado le ofrecen al NNA. Este razonamiento “hacia adelante” no es nuevo para los jueces de familia, pues deben aplicar un razonamiento igualmente prospectivo en la determinación de ciudadanos personales y relaciones directas y regulares, en las que de los antecedentes actuales y pasados se decide de cara hacia el futuro, es decir, como señala acertadamente Valenzuela “En alguna medida las evidencias sobre hechos deben permitir la afirmación de verdad de un enunciado considerando la probabilidad de ocurrencia de un determinado hecho en el futuro que permita justificar la medida cautelar”⁵⁸.

Este mismo ejercicio en el contexto probatorio puede visualizarse en la decisión probatoria cautelar, tanto penal como civil, en la que los antecedentes aportados respecto al *fomus boni iuris* (o *fomus comici delicti* en su caso) sirven para mirar hacia el pasado, pero se debe proyectar cierta información hacia el futuro (*periculum in mora*), como puede ser el riesgo de insolvencia del demandado en el caso civil⁵⁹, o el peligro de fuga o para la investigación en el caso penal⁶⁰. Con todo, la decisión cautelar reviste siempre la posibilidad de revisión y se agotará con la tutela definitiva que entrega la sentencia, complejidad mayor, en cambio se puede verificar en el caso de la posesión notoria.

La diferencia notable entre un cuidado personal o una relación directa y regular y una filiación en liza por los art. 200 y 201 estriba en el riesgo de error y la posibilidad de revisión. En un cuidado personal o relación directa y regular la decisión produce aquello que ha sido denominado cosa juzgada provisional, en este caso cosa juzgada sustancial provisional. Sin perjuicio de no compartir la categorización de la *res judicata* que la doctrina nacional ha asignado a este tipo de causas, creemos que el efecto práctico es el mismo, se trata de sentencias definitivas firmas cuyo contenido puede ser revisado en un nuevo procedimiento si han cambiado la circunstancias, lo que incumbe, por de pronto, la posibilidad de resolver de forma parcial o diametralmente distinta al primer proceso⁶¹. Por su parte, un juicio de filiación que se decide conforme lo descrito en los artículos en comento produce cosa juzgada material sin que exista provisionalidad ni posibilidad de revisión, por lo que la consecuencia del error judicial en la determinación del hecho futuro relativo a quien dará mejor cuidado al menor es sumamente delicada.

3.2- PRESUNCIÓN DE PATERMINDAD *PATER IST EST*

⁵⁸ VALENZUELA (2018) pp. 843-845.

⁵⁹ Art. 290 y siguientes del CPC

⁶⁰ Art. 140 CPP. VALENZUELA (2018). pp. 845.

⁶¹ En ese sentido, en otro trabajo he señalado no compartir esta nomenclatura, optando simplemente por señalar que la única cosa juzgada es la material, y cuando se permite revisar el mismo objeto entre las mismas partes ante un cambio de circunstancia no es que se trate de una cosa juzgada provisional diversa, sino simplemente una excepción legal a la cosa juzgada material. EZURMENDIA ÁLVAREZ (2021) pp. 181-183.

El artículo 184 inciso primero del Código Civil señala: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.*”, norma que, además, debe entenderse complementada por la disposición contenida en el art. 21 de la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil que reza: “*para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil*”⁶². Sin perjuicio de alguna parte de la doctrina civil no considera que las dos normas tengan exactamente la misma construcción, y que se trata de mecanismos diversos de determinación de la filiación por la vía de la presunción⁶³, para efectos de nuestro análisis probatorio consideraremos que se trata de normas que buscan la misma consecuencia, usando la misma regla inferencial.

El establecimiento de presunciones por parte del legislador puede ser estudiado desde la perspectiva de la teoría de la prueba como una arquitectura inferencial, a las que GONZÁLEZ denomina, como hemos dicho más arriba, inferencias probatorias normativas⁶⁴, y que se caracterizan por participar de la estructura de las inferencias probatorias, consistentes en un ejercicio por el cual mediante el razonamiento lógico se logra conectar una pieza de información disponible, denominado hecho probado o premisa, con “un enunciado sobre los hechos o hipótesis fáctica (los hechos a probar; estos hechos a probar no son otros que aquellos que puedan subsumirse en los supuestos de hecho genéricos que contempla la norma cuya aplicación se invoca”⁶⁵, obteniendo una conclusión, consistente en un tener por acreditado en el proceso en un determinado enunciado fáctico.

En dicho ejercicio tiene particular relevancia la utilización de un enlace o garantía que permite unir la información conocida con aquella que se aspira a conocer, y que puede venir dada por una construcción judicial o legislativa⁶⁶. Si el enlace es una construcción del propio sentenciador se fundará en una generalización empírica o máxima de la experiencia (inferencia epistémica), mientras que cuando ha sido el legislador le viene dada por la norma que el juez debe aplicar (inferencia normativa)⁶⁷. Es decir, en la estructura de las inferencias probatorias normativas existe una información que debe constar en el proceso, a la cual el legislador le asigna un enlace que permite -de forma obligatoria- tener por cierto un hecho desconocido. A su vez, las consecuencias de la aplicación de estas inferencias pueden constituir una conclusión que puede no ser rebatible, que suele denominarse presunción de derecho o *iure et de iure*, o puede invertir el *onus probandi*, redistribuyendo la carga de probar el hecho contrario a quien esté interesado, denominadas *iuris tantum*, permitiendo su derrotabilidad⁶⁸.

⁶² Art. 21 Ley N° 20.830.

⁶³ RODRÍGUEZ (2018).

⁶⁴ GONZÁLEZ (2014) pp. 88. También GAMA (2019) pp. 220-224.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ GAMA (2019) pp. 223.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ La idea de “derrotabilidad” es usada por Bravo para explicar la falta de aplicación de una regla de derecho en sus propios términos en casos extraordinarios. Para aplicar esta nomenclatura a las presunciones puede citarse a Carbonell. Véase respectivamente: BRAVO (2013), CARBONEL (2021) pp.378-379: “*se puede producir, siempre en terminología de Mendonca, la destrucción de la presunción, en los casos en que frente a*

Ejemplos estas inferencias probatorias normativas son, precisamente, presunciones como la del artículo 184 inciso primero y la contemplada en el art. 76 del Código Civil, que establece de forma “inderrotable” la época de la concepción en un lapso que va de los 180 a los 300 días contados hacía atrás desde la media noche del día en que principia el nacimiento, sin que pueda admitirse siquiera la posibilidad de probar lo contrario⁶⁹, por más que la ciencia haya demostrado que existe la posibilidad de plazos mayores o menores

A su turno, la regla del artículo 184 inciso primero -y por añadidura la del art. 21 de la Ley de AUC- construye una regla de atribución de filiación matrimonial o por la vía de la convivencia civil respecto de los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio -o AUC- y hasta los 300 días posteriores a su disolución. Sin embargo, a diferencia de lo señalado en el art. 76 respecto de la fecha de la concepción es posible derrotarla, tanto mediante las hipótesis del propio artículo como mediante las reglas generales, especialmente por la prueba biológica.

Este tipo de inferencias probatorias normativas son interesantes porque, a diferencia de otras figuras propias del razonamiento probatorio, su función no es necesaria o exclusivamente epistémica. La consagración de la regla del art. 184 puede explicarse mediante una función epistémica en tanto busque acercar el conocimiento al tribunal, es decir, permitirle establecer un vínculo de filiación respecto de un sujeto en función del vínculo jurídico que tenía con la madre en un determinado momento. Sin embargo, y aunque se estudien desde la perspectiva probatoria, este tipo de inferencia responden, asimismo, a otro objetivo, que es proteger un determinado valor o principio que el ordenamiento jurídico considera relevante⁷⁰. Lo anterior resulta de capital importancia, pues el objetivo mencionado puede muchas veces sobreponerse a la finalidad epistémica de la inferencia normativa, e incluso permitir explicar mejor su existencia.

Así, la regla del art. 184 inciso primero tenía en su origen una intención dual, facilitar la determinación de la filiación matrimonial, ya que epistémicamente lo habitual era que los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio fueran, efectivamente, hijos del marido⁷¹; pero, asimismo, suponía una regla de protección de la filiación matrimonial por sobre las entonces denominadas extramatrimoniales⁷². Lo anterior, previo al advenimiento de las pruebas de ADN, resultaba sumamente relevante para poder establecer de alguna forma la

la regla “Si x, se presumirá que y”, se pruebe la negación de y en el caso concreto, es decir, por prueba en contrario del hecho presumido, con lo que pierde fuerza el enlace. Estos son casos de derrotabilidad de la presunción, en el sentido de que no se producirá el efecto de dar por probado el hecho presumido, lo cual solo puede ocurrir respecto de las presunciones iuris tantum.” Véase también.

⁶⁹ CARBONELL (2021) pp. 378. GAMA (2019), pp. 223.

⁷⁰ GONZÁLEZ (2014) pp. 86; 88-89. CARBONELL (2021) pp. 383.

⁷¹ Como ha señalado Varsi “si bien dispensa de probar el hecho biológico reposa en el presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio, tales como la fidelidad y la cohabitación” Véase. VARSÍ (2013) pp. 133.

⁷². Ibid.

filiación, ya que sin la pericia biológica resultaba del todo difícil⁷³. Esta determinación quedaba reservada a la existencia de un matrimonio, y por lo tanto daba certidumbre filiativa – y con ello todas las consecuencias que de ella derivan- a quienes nacían al amparo del artículo 102 del código civil⁷⁴.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19585 quedaron derogadas las distinciones más notorias entre tipos de filiación, y junto con ello se consagraron un conjunto de principios que informan el estatuto filiativo. Con todo, y pese al cambio de redacción para distanciarse del cómputo del art. 76⁷⁵, el núcleo y la estructura de la regla del art. 184 inciso primero no fue modificada, e incluso se hizo recientemente extensiva al AUC⁷⁶, lo que sumado a la existencia, habitualidad y confianza del legislador en la pericia de ADN hace preguntarse cuál es la pertinencia de mantenerla⁷⁷. A nuestro juicio, no existe una razón epistémica preponderante sino meramente residual, pues es posible encontrar elementos de juicio que puedan derrotarla fácilmente, sino que creemos que se sustenta principalmente en su función protectora de la filiación. No se trata ya de proteger al matrimonio y la prole que de él pueda derivar, sino de proteger el derecho a la identidad y el interés superior del NNA en tanto valor o principio relevante para el derecho de familia, dotándolo de una filiación presunta, pero que le da un contexto social determinado, impidiendo la indeterminación. Como señala GÓMEZ DE LA TORRE:

“Lo favorable de la presunción es que el niño o niña cuente, a partir del momento de su nacimiento, con una filiación determinada, que no dependa de la voluntad del padre, quien deberá asumir en forma inmediata la responsabilidad de la crianza, mantención y educación, quedando abiertas las acciones legales pertinentes si así no lo hiciera”⁷⁸

Lo anterior no produce hoy grave perjuicio pues, naturalmente, la acción de reclamación, la de desconocimiento e impugnación podrán establecer el verdadero vínculo con quien corresponda en el evento de aparecer un sujeto que reclame una filiación biológica.

La residualidad de la función epistémica quedará, entonces, reducida a aproximar la verdad jurídica respecto de la filiación en casos en los que no existe posibilidad de prueba de ningún tipo en contrario, y en la que existiendo un matrimonio serán considerados como hijos quienes se enmarquen en los supuestos del 184 inciso primero.

⁷³ Célebre resulta la cita a Díez-Picazo quien con elocuencia señalaba “*La concepción de un hijo o hija es un acto de carácter íntimo que no puede ser objeto de una demostración directa, automática e inequívoca*” citado por GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 130.

⁷⁴ VARSÍ (2013) pp. 134

⁷⁵ Como señala Del Picó Rubio la regla del 184 actual fue modificada con la Ley de Filiación, ya que “el art. 180 del Código Civil vigente hasta la Ley N° 19.585, el cual presumía como padre al marido respecto de los hijos nacidos después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, norma que coincidía con el art. 76, lo que no sucede con el actual art. 184.” DEL PICÓ RUBIO (2016) Párrafo 272.

⁷⁶ Aunque solo a parejas de distinto sexo.

⁷⁷ “*Se advierte que el legislador no tuvo la intención de debilitar la presunción de paternidad del antiguo artículo 180 del citado cuerpo legal, es más, eliminó la exigencia de que el nacimiento se produzca después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio y amplió el período que la comprende a todos los hijos que nazcan dentro de matrimonio*” Corte Suprema, Rol:7080-2008. Cuarta Sala. 26 de enero de 2009. Considerando Octavo.

⁷⁸ GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 135.

Asimismo, creemos que extender la inferencia probatoria normativa al AUC no fue pensado con fines epistémicos, y ni siquiera protectores, sino que, posiblemente, se haya pensado en establecer un índice lo mayor posible de identidad de efectos entre el matrimonio y el AUC, dentro de los cuales la presunción *pater is est* resultaba necesaria.

Finalmente corresponderá decir que la presunción, en tanto reviste el carácter de *iuris tantum*, puede ser derrotada tanto por las alternativas que da el propio artículo 184, referidas a la denominada acción de desconocimiento⁷⁹, como mediante el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación conforme a las reglas generales, tal como lo señala el inciso final de la norma.

3.3- PRESUNCIÓN DE FILIACION EN CASO DE NEGATIVA A REALIZAR PRUEBA CIENTÍFICA

El artículo 199 del CC prácticamente no tiene desperdicio desde la perspectiva probatoria. Supone, en primer lugar, en los primeros tres incisos una consagración sin parangón en el derecho chileno del valor de la pericia biológica, tal como hemos señalado más arriba. La norma sigue en los dos incisos finales con el establecimiento de una presunción legal de filiación -o de ausencia de ella- ante la negativa injustificada a la realización de la pericia de ADN.

La norma reza en sus incisos cuarto y quinto:

La negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda.

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

La norma transcrita puede ser abordada desde dos perspectivas. La primera, como un mandato al juez de construir una inferencia probatoria normativa, tal como se ha descrito en el acápite anterior, que establece como conclusión el tener por probado un enunciado sobre los hechos, en este caso la filiación. Al respecto podemos decir que la regla tiene la particularidad de ser elástica o bidireccional, pues permite presumir dos hipótesis fácticas que, además, son directamente antagónicas, como es al existencia o inexistencia de la filiación entre A y B, dependiendo de la posición procesal que quien se niega injustificadamente a la pericia⁸⁰.

⁷⁹ Art. 184 inciso segundo “No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido”

⁸⁰ En ese sentido, la Corte Suprema ha sostenido “Que, es en este contexto normativo que se debe encuadrar y reflexionar sobre los supuestos fácticos del proceso, resultando innegable que el Sr. Muñoz Olivos no es el

A su turno, podría sostenerse también que la norma supone la protección de un valor o principio, tal como lo hemos descrito en el art. 184 inciso primero, y que por ello positiviza una -discutible- máxima referida a que quien se niega a la realización de un examen biológico de forma injustificada es porque conoce o cree conocer el resultado perjudicial para sus intereses. De esta manera, la regla del 199 inciso cuarto sería una norma de distribución de incentivos probatorios más que una presunción, pues pretende promover la pronta realización de la pericia, bajo una amenaza de tener por probada la efectividad o ineffectividad de la filiación, de ahí el apercibimiento del inciso final⁸¹.

Pero una segunda cuestión que puede reflexionarse, a nuestro juicio más cercana al propósito de la norma, es que la existencia de la presunción no mira en protección de la filiación como principio o valor preponderante, ni en el interés superior del NNA, al menos no directamente. Creemos que la norma en comento, los incisos cuarto y quinto, son normas satelitales a los primeros dos incisos, y que tienen como función proteger el estatus privilegiado de la prueba biológica en sí misma, no de la filiación.

El artículo tiene como *ratio legis* fortalecer el rol de la prueba de ADN de cara a la determinación judicial de la filiación⁸², y por lo tanto tiene sentido lógico que los incisos siguientes a la disposición que da valor absoluto a la pericia estén directamente en función de ella, para promoverla, incentivarla y protegerla⁸³. Se trata entonces de una presunción en que el resultado de la inferencia normativa no es relevante en sí misma, sino que se establece como mecanismo de resguardo de la “verdadera” forma de determinación de la filiación, deviene en un instrumento para que el mecanismo que el legislador busca, el ADN, pueda operar en el mayor número de casos posibles.

4. RELEVANCIA ACTUAL DE LA EXPOSICIÓN Y REFLEXIONES FINALES

padre de la adolescente cuya paternidad se discute, no solo atendido los resultados obtenidos del examen pericial privado incorporado en autos, sino además porque dicha información resultó corroborada por la propia actuación de la madre de ésta, quien no compareció al juicio, no actuó en defensa de los intereses de su hija ni permitió la realización de una prueba que hubiera permitido dilucidar la verdad biológica, razón por la cual se debe estimar que se infringió el artículo 216 en relación con el artículo 199 del Código Civil y ello ha influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, todo lo cual permite acoger el libelo de nulidad sustantiva impetrado y torna innecesario el análisis de las restantes normas que se sindicaron como vulneradas” Corte Suprema. Rol: 76203-2020. Cuarta Sala, 11 de enero 2021. Considerando Séptimo.

⁸¹ En ese sentido la Corte Suprema “*En segundo lugar, y de acuerdo con una interpretación sistemática, debe notarse que el legislador ha querido que se establezca la verdad respecto de la filiación, y en tal sentido, ha determinado como principios los de la libre investigación de la paternidad, permitiendo a las partes establecerla a través de todos los medios probatorios posibles, y castigando a quienes pretendan esconder dicha verdad o entorpecer su búsqueda. El sentido de la sanción impuesta en el artículo 199 inciso cuarto del Código Civil no es otro que el de impedir que, de mala fe, se pretenda burlar la ley y los derechos que le asisten a la persona de su identidad, imponiendo obligaciones que recaen sobre todos, con prescindencia de una eventual relación causal con el hecho reclamado”* Corte Suprema, Rol: 1081-2018, Cuarta Sala, 20 enero 2019. Considerando Quinto.

⁸² RAMOS PAZOS (2010) pp. 436.

⁸³ GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 263.

En el presente ensayo se ha pretendido, sin ningún fin exhaustivo, la presentación de algunas particularidades del estatuto filiativo chileno a la luz de la teoría de la prueba. En tal cometido, se ha intentado mostrar como existe un sistema de prueba libre en la LTF, pero que presente marcadas excepciones en materia de determinación judicial de la filiación, en la que parece existir una suerte de vacancia de reglas de prueba legal o tasada. Esta aparente contradicción ha sido explicada y se ha esbozado una posibilidad de conciliación poniendo el acento en las características especiales que informan la filiación a nivel sustantivo, especialmente los principios protectores de ésta y el rol que el derecho a la identidad y la libre investigación de la paternidad y maternidad tienen en el ámbito del derecho de familia.

Asimismo, se ha intentado problematizar sobre tres instituciones muy relevantes para la determinación de la filiación en sede judicial y que revisten interés desde el derecho probatorio, como son la posesión notoria del estado civil, la presunción *pater is test* y la presunción de filiación -o falta de ella- por negativa a la realización de la prueba biológica. En ese tránsito se puso de manifiesto la complejidad de la institución del art. 200, y como sus supuestos pretenden regular en forma positivizada los roles sociales que se asignan a la crianza y establecimiento de los hijos. A su vez, la asentada noción de que los padres o madres son realmente quienes crían y no quienes engendran ha sido puesta bajo el foco de la teoría de la prueba, intentando explicar como las reglas de la evidencia permiten lograr los fines de protección sustantiva que tiene como norte el legislador de familia y como es posible proyectar ese ethos en el ámbito del proceso, teniendo presente que existe una gran cantidad de disposiciones legales destinadas a regular la determinación judicial de la filiación.

Por su parte, se ha descrito desde el razonamiento inferencial como las presunciones pueden entenderse como inferencias probatorias normativas capaces de cumplir un rol epistémico que toma una posición secundaria respecto de la idea de protección de valores o principios relevantes que se hace evidente en materia de filiación.

Finalmente, como ha quedado claro a lo largo de este trabajo, es posible sostener que el estatuto filiativo en cuanto a su determinación judicial orbita completamente en función de la prueba pericial biológica, la que cuenta con un valor legal casi absoluto, poniendo al centro de toda la regulación tanto material como procesal la prueba de ADN, estableciendo mecanismos de promoción y protección de ésta de cara al proceso. Exceptúa esta tendencia de forma notable el art. 200 en lo que, a nuestro juicio, no puede constituirse como un medio de prueba ni como una acción de filiación autónoma, sino como los requisitos de la determinación judicial de una filiación social privilegiada por sobre el ADN, y que salvo motivos muy justificados se erige como la única vía de derrotabilidad de la sobrevaloración epistémica y la altísima deferencia que el legislador tiene para con aquella.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. ARANCIBIA OBRADOR, María José, & CORNEJO AGUILERA, Pablo (2014). “El Derecho de familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos”. *Ius et Praxis*, N° 20, Vol 1.
2. BARCIA LEHMAN, Rodrigo (2020): *Estructura del Derecho de Familia y la Infancia*. Thomson and Reuters.

3. BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón (2021). “Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional”. *Ius et Praxis*, N° 27.
4. BRAVO, Pablo (2013). "Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, pp. 13-46
5. CARBONELL, Flavia (2021): “Presunciones y Razonamiento Probatorio”, en Ezurmendia, Jesus (edit), *Proceso, Prueba y Epistemología*. (Tirant lo Blanch) pp.373-414.
6. CARETTA MUÑOZ, Francesco (2014). “La desformalización del proceso judicial de familia e infancia”. *Revista de derecho*. N°42. Valparaíso.
7. CORNEJO AGUILERA, Pablo (2010). “Estatuto Filiativo y Derechos Constitucionales”. *Derecho y Humanidades*. N° 16, Vol. 2.
8. CORRAL TALCIANI, Hernán (1999). “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585, 1998”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso.
9. CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”. *Ius et Praxis*, N°16.
10. DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2011). “Evolución y actualidad de la concepción de familia: una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. *Revista Ius et Praxis* N°17, Vol.1. pp. 31-56
11. DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2016): *Derecho de Familia*, Thomson and Reuters, décimo séptima edición.
12. DÍEZ-PICAZO, Luis (1984): *Familia y Derecho*. Madrid, Civitas, pp. 21
13. ESPINOZA COLLAO, Álvaro Daniel (2017). “¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar”. *Tla-melaua*, N°10(41).
14. EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2021): *Reflexión Contemporánea sobre la cosa juzgada*. Bosch Editorial.
15. EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2020). “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”. *Revista chilena de derecho*, N°47(1).
16. FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España, Marcial Pons.
17. FUENTES MAUREIRA, Claudio (2011). “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”. *Revista de derecho*. N°18 (1). Coquimbo.
18. FUENTES MAUREIRA, Claudio (2015). “Los dilemas del juez de familia”. *Revista chilena de derecho*, N°42(3).
19. GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2006). “La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y meta criterios de determinación”. *Gaceta jurídica*. N°314 (1).
20. GASCÓN ABELLÁN, Marina (2013): “Prueba científica. Un mapa de retos”, en Vásquez, Carmen (edit), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Barcelona) pp. 183-186.
21. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2017): *Sistema Filiativo. Filiación Biológica*. Tirant lo Blanch.

22. GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2021): *El Testimonio como Prueba*. Editorial Bosch
23. GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2019). “Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto”. *Revista chilena de derecho*. N° 46(3).
24. GONZÁLEZ LAGIER, Alejandro (2014): “Presunción de inocencia, verdad y objetividad” en García, Juan y Bonorino, Pablo. (edit), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción* (Madrid, Editorial Comares) pp. 85-116.
25. GREEVEN BOBADILLA, Nel (2014): *La filiación. Derechos Humanos fundamentales y problemas de su actual normativa*. Editorial Librotecnia.
26. LEPÍN MOLINA, Cristian (2014). “Los nuevos principios del derecho de familia”. *Revista chilena de derecho privado*. N° 23. pp 9-55.
27. OLIVA GÓMEZ, Eduardo y VILLA GUARDIOLA, Vera Judith (2014). “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”. *Justicia Iuris*. N° 10. Vol.1.
28. RAMOS PAZOS, Rene (2010): *Derecho de Familia*. Tomo II.
29. RODRÍGUEZ, María Sara (2018). “El acuerdo de unión civil en Chile. Aciertos y desaciertos”. *Ius et Praxis*. N°24.
30. SCHERPE, Jens (2016). “The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law”. *European Family Law*. Vol. II. Edward Elgar Law.
31. GAMA, Raymundo (2019): *Las presunciones en el Derecho*. Tirant lo Blanch
32. VALENZUELA, Jonatan (2018). “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. *Polít. crim*. Vol. 13, N° 26.
33. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2013): *Tratado de Derecho de Familia. Tomo IV Derecho de Filiación*. Gaceta Jurídica Perú.

NORMAS CITADAS

1. Constitución Política de la República.
2. Código Civil.
3. Código de Procedimiento Civil.
4. Ley N°19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.
5. Ley N°20.830, Crea el Acuerdo de Unión Civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.
6. Ley N°19.968, Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Corte Suprema, Rol: 18.213-2919. Cuarta Sala. 4 de marzo de 2021. Considerando Primero se la sentencia de reemplazo.

2. Corte Suprema Sentencia Causa Rol: C-18707-2018. 26 de agosto de 2019, Vistos de la Sentencia de reemplazo en relación al Considerando 6° del fallo de invalidación.
3. Corte Suprema, Rol: 1081-2018, Cuarta Sala, 20 enero 2019
4. Corte Suprema Rol: 12792-2019, Cuarta Sala.14 de junio de 2020.
5. Corte Suprema, Rol:7080-2008. Cuarta Sala. 26 de enero de 2009.
6. Corte Suprema. Rol: 76203-2020. Cuarta Sala, 11 de enero 2021.