

Concepción, quince de marzo de dos mil trece.

VISTO:

Se eliminan de la sentencia apelada sus fundamentos 9°, 10°, 11°, 12°, 13° y 14°, se la reproduce en lo demás y se tiene presente:

1° Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° inciso 4° de la ley N° 14.908, la madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o *que está por nacer*.

Por su parte el artículo 321 del Código Civil señala que se deben alimentos: 1° Al cónyuge; 2° A los ascendientes 3° **A los descendientes**; 4° A los hermanos y 5° Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

2° Que la procedencia de la demanda de alimentos a favor del hijo que está por nacer, no ha sido un tema pacífico, en lo que se refiere al legitimado pasivo, cuando se trata de una demanda deducida por la madre que no es la cónyuge del demandado.

Así, por ejemplo, la distinguida profesora y ex ministro de esta Corte señora Irma Bavestrello Bontá, en su libro Derecho de Menores, Segunda Edición Actualizada (Editorial Lexis Nexis, edición de Mayo de 2003), señala que "Al

referirse la ley a la madre del hijo que está por nacer, no cabe duda que se refiere a la cónyuge del demandado, por cuanto la favorece la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil”.

Otros autores como el profesor Juan Andrés Orrego Acuña, por el contrario, aceptan la posibilidad de admitir la demanda cuando la madre no tiene vínculo matrimonial con el demandado. (“Los Alimentos en el Derecho Chileno, Editorial Metropolitana, año 2007.”)

3° Que, diversas disposiciones legales y constitucionales nos llevan a aceptar como legitimado pasivo al presunto padre cuando no hay matrimonio con la futura madre.

En efecto, las disposiciones fundamentales sobre la materia, esto es el artículo 1° inciso 4° de la ley N° 14.908, que dispone que “la madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer” y el artículo 321 del Código Civil que dispone que “*Se deben alimentos, 3° a los descendientes*”, no hacen distinción alguna respecto de si hay vínculo matrimonial entre la madre del nasciturus y el demandado de alimentos, por lo que cobra vigencia el antiguo aforismo “donde el legislador no distingue no le es lícito al intérprete distinguir”.

No cabe duda que con dichas disposiciones legales, el legislador está cumpliendo con el mandato constitucional contenido en el artículo

19 N°1 de la Constitución Política de la República que, en su inciso segundo, señala que la ley protege la vida del que está por nacer.

Por otra parte en la "Convención Sobre los Derechos del Niño", ratificada por Chile y vigente desde el 12 de septiembre de 1990, en el preámbulo se hace presente que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal **tanto antes como después del nacimiento**" y en el artículo 2 se señala "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna** independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales."

Por último, en relación a lo argumentado por la señora Bavestrello para sostener que la ley se refiere a la *cónyuge* del demandado, debe tenerse presente que también existe en nuestro Código Civil una presunción legal de paternidad para el hijo no matrimonial en el artículo 210, modificado por Ley N° 19.585 de 1998, que establece que "El concubinato de la madre con el presunto padre, durante la época en que ha podido

producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad”.

4° Que, sin embargo, no basta con demandar a aquel a quién se le atribuye la paternidad, puesto que es necesario probar todos los requisitos legales para obtener la pensión de alimentos, esto es, un texto legal que otorgue al demandante el derecho de exigir alimentos, una persona obligada a otorgar los alimentos, necesidad del alimentante de obtenerlos y capacidad económica de las partes.

5° Que, en el caso en estudio, la demandante tal como lo estableció la jueza a quo en el fundamento 8° de la sentencia, acreditó el primer requisito, por cuanto probó que se encontraba embarazada y cuál era la fecha probable de la concepción.

Sin embargo, no se encuentra acreditado en autos que el demandado sea el obligado a prestar los alimentos, como se dirá a continuación.

6° Que, la demandante sostiene en su demanda que en el año 2011 conoció al demandado con quien inició una relación sentimental y con quien tuvo “relaciones sexuales en reiteradas oportunidades, encontrándome actualmente embarazada con 24 semanas de gestación,...” Agrega que la relación con el demandado terminó al enterarse que se encontraba embarazada, que su embarazo es de alto riesgo, que se encuentra sin trabajo, razón por la que necesita en forma urgente de su ayuda económica, lo que la obliga a presentar la

demanda, la que fundamenta en lo que dispone el artículo 1°, inciso 5° de la Ley N°14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

7° Que el abogado que representa al demandado, al contestar la demanda, señala que en ninguna parte de la demanda deducida en contra de su representado se alude a que don Cristian Sáez Arroyo sea el causante de que doña Evelyn Villagrán Cabezas se encuentre embarazada, señala textualmente: "al no haber una relación de los hechos y que esta coincida con el derecho que se reclama, no se puede querer determinar que mi representado sea el responsable de este embarazo, y asimismo se encuentre obligado por US. al pago de una pensión alimenticia, si en estos momentos mi representado no entiende el hecho y la circunstancia del porque se le ha demandado de alimentos, por lo cual al no existir una relación circunstanciada en los hechos y el derecho en esta causa de alimentos, se debe llegar imperiosamente al rechazo de esta demanda de alimentos." En seguida señala que su parte no desconoce el hecho que la demandante se encuentre embarazada, sin perjuicio de que responsabilidad legal a su parte no le corresponde, porque su representado no es el causante del embarazo de la demandante. Estos argumentos los repite en su escrito de apelación.

8° Que si bien la demandante en su escrito de demanda funda su petición de alimentos en la

circunstancia de "que mantuvo relaciones sexuales con el demandado", afirmación que, naturalmente, por sí sola no es suficiente para respaldar su acción, lo cierto es que más adelante, en la parte petitoria, **le atribuye** la paternidad del hijo que está por nacer, cuando solicita que se condene al demandado al pago de \$100.000 como pensión alimenticia en beneficio, según señala, de "**nuestro hijo** que está por nacer".

9° Que, como puede apreciarse de lo expuesto en los motivos que preceden, la demandante le atribuye al demandado la paternidad del hijo que está por nacer y el demandado niega tal hecho.

Pero del examen de las pruebas rendidas por las partes no resulta acreditado que el demandado sea el padre del hijo que esta por nacer.

En efecto, la única testigo presentada por la demandante señala que las partes tenían una relación desde junio de 2011, que incluso fueron a su casa dos veces, que la demandante le contó que tenían una relación y que sabe de las relaciones sexuales entre ellos por el dicho de la actora y declara que ella, la testigo, "no opina al respecto"; el demandado al declarar ante la jueza a quo señala que no ha tenido con la demandante relación sentimental, que tuvieron relaciones sexuales durante el año 2011, no recuerda fecha y que no recuerda haber tenido relaciones sexuales durante el año 2012.

Las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, señalan

que no basta con tener una relación sentimental o mantener relaciones sexuales para atribuirle a una persona la paternidad; se han dado casos incluso de mujeres que han tenido relaciones sexuales con dos hombres el mismo día, quedando embarazada la mujer y lográndose conocer la paternidad solamente con el examen de ADN.

Tampoco se logró establecer la presunción legal de paternidad señalada en el artículo 210 del Código Civil, toda vez que no se probó la existencia de concubinato.

Se debe tener presente que la ley no define lo que se entiende por concubinato, el Diccionario de la Real Academia Española define a la concubina como "Manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido" y concubinato "Comunicación o trato de un hombre con su concubina". El profesor don René Ramos Pazos señala que lo que caracteriza el concubinato es el hecho de que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial y entre los requisitos del concubinato señala que la relación debe tener un cierto grado de estabilidad, con lo que se excluyen las relaciones sexuales accidentales, discontinuas o intermitentes. (Derecho de Familia, Quinta Edición Actualizada, Tomo II, página 620 y siguientes)

La única prueba rendida en autos al respecto, consistente en la declaración de la testigo de la demandante, es insuficiente para acreditar que existió entre las partes no solamente relaciones sexuales, sino también una estabilidad y duración en dicha relación, puesto que la testigo no se refiere a ello. No puede soslayarse que los dos testigos del demandado declaran que el demandado no ha estado separado de hecho de su cónyuge y que no saben de una relación entre demandante y demandada.

10° Que, en suma, no se ha logrado acreditar que el demandado sea el padre del niño que está por nacer y que se encuentre por ello en la situación del artículo 321 N°3° del Código Civil, por lo que la demanda de alimentos deberá ser rechazada, sin perjuicio de los derechos que tiene la demandante una vez que nazca el hijo.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, se revoca la sentencia dictada el veintiocho de diciembre de dos mil doce, por la juez de familia señora Alicia Valentina Bravo Ojeda y en su lugar se declara que no se hace lugar a la demanda de alimentos deducida por doña Evelyn Nayadet Villagrán Cabezas en contra de don Cristian Marcel Sáez Arroyo, sin costas, por estimar que tuvo motivos plausibles para litigar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministro señora Rosa Patricia Mackay Foigelman.

No firma la abogada integrante señora Gabriela Lanata Fuenzalida, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse ausente.

Rol N° 38-2013.

Pronunciada por la Primera Sala de Verano integrada por los Ministros Sr. Freddy Vásquez Zavala, Sra. Patricia Mackay Foigelman y abogada integrante Sra. Gabriela Lanata Fuenzalida.

Gonzalo Díaz González
Secretario

En Concepción, a quince de marzo de dos mil trece, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente.

Gonzalo Díaz González
Secretario