

**DETERMINACION DE LA FILIACION Y ACCIONES DE ESTADO
EN LA REFORMA DE LA LEY N° 19.585, 1998**

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

[publicado en *Revista de Derecho* P. Univ. Católica de Valparaíso, 1999, pp. 39-109]

SUMARIO: I. EL ESTADO CIVIL DE HIJO. DETERMINACION, PRUEBA Y ACREDITACION. II. DETERMINACION DE LA FILIACION. III. ACCIONES DE ESTADO FILIAL. IV. LA SITUACION DE LA FILIACION TECNOLOGICA: HIJOS DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. V. EFECTOS DE LA DETERMINACION DE LA FILIACION. VI. PRUEBA Y ACREDITACION DE LA FILIACION DETERMINADA. VII. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO. VIII. COMENTARIOS PARA TERMINAR

I. EL ESTADO CIVIL DE HIJO. DETERMINACION, PRUEBA Y ACREDITACION

1. La filiación como vínculo natural y social

Suele definirse la filiación como la relación entre dos personas que consiste en que una es padre o madre de la otra¹. La definición, como puede fácilmente apreciarse, es tautológica, porque nos devuelve al concepto de padre o madre. Sin embargo, ella era y sigue siendo útil porque se sustenta en la comprensión general que existe sobre la paternidad y maternidad como un hecho natural que se produce con la procreación o reproducción humana mediante el ejercicio de las facultades sexuales.

¹ Así, SOMARRIVA, MANUEL, *La filiación. Estudio doctrinal y de legislación comparada*, Santiago, 1931, p. 19, siguiendo a Ripert escribe que “La filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de otra”. Del mismo modo la define en su *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, p. 390. Otros autores mantienen esta conceptualización: “la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre...” (ROSSEL, ENRIQUE, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 6ª

El acto de la generación y su resultado: un nuevo ser humano que viene al mundo indefenso y desvalido, es el núcleo central de la materia que nos ocupa. Hay filiación entre los hombres porque hay reproducción sexual: *rien de plus naturel que cela*, decía Napoleón².

La organización social que se fundamenta en los lazos de solidaridad y afecto que han de unir a quienes reconocen lazos de descendencia y consanguinidad no puede dejar de prestar atención al hecho de la procreación y a las relaciones que de allí surgen. Por eso la filiación, siendo un hecho natural y por ende prejurídico, pasa a constituir el sustrato de un reconocimiento público y punto de apoyo de un régimen jurídico que se traduce en un complejo de potestades, responsabilidades, derechos y deberes. La filiación natural pasa así a tener siempre una vocación jurídica, una pretensión de reconocimiento social.

El tránsito de la filiación de hecho natural a posición y relación jurídica, ha llevado a algunos a considerar que la relación entre padre e hijo es una realidad más del mundo del Derecho que de la corporeidad y la biología. Un enfoque sociológico de la paternidad o maternidad pueden llevar a afirmar que lo relevante de ellas no es el vínculo de sangre entre generante y generado, sino la relación social que se asume entre los sujetos, caracterizada por la voluntad de acogida o de corresponsabilidad parental.

El dilema entre comprender la filiación como un nexo natural biológico o como una relación formal construida por un cierto voluntarismo, se pone de relieve en el Derecho moderno³. A partir de la década de los setenta se había criticado fuertemente la concepción de la filiación del régimen clásico representado en la regulación del *Code Napoleon*. Se le acusa de extralimitar el poder de la voluntad del padre en la determinación de la filiación, y admitir sólo un acceso al estado de hijo fundado en el reconocimiento sea tácito o presunto (o sea, lo que hoy podemos llamar “voluntad de acogida”). Los cambios ideológicos de la época impusieron que se asumiera como una cruzada la reforma de los estatutos filiativos para que, junto con incorporar una igualdad entre la filiación legítima e ilegítima, se posibilitara en todo caso la investigación de

edic., 1992, p. 217); “Se llama filiación el vínculo que une al hijo con su padre o madre” (MEZA BARROS, RAMON, *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edic., Santiago, 1995, t. II, p. 9).

² Cfr. TRABUCCHI, ALBERTO, *Instituzione de Diritto Civile*, Cedam, 34ª edic., Padova, 1994, p. 279, quien sostiene que “el fenómeno de la procreación, que es el fundamento de la continuidad de la vida en el mundo, es regulado sobre la base de un derecho de los hijos, y con el recurso a criterios de responsabilidad y de autorresponsabilidad para quienes les han procreado”.

³ Comenta CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil II. La famille*, Puf, 18ª edic., Paris, 1997, p. 345, que “en la realidad, los dos criterios no son antagónicos. La relación afectiva se refuerza cuando es sostenida por la convicción de que corresponde a la realidad biológica; a la inversa, puede ser amenazada por la sospecha contraria”.

la verdadera filiación: no la formal o determinada por la voluntad del padre, sino la de la realidad natural. El principio de verdad biológica ha presidido como clave fundamental todo el proceso de reformulación del régimen legal de la filiación realizada en el ámbito jurídico occidental⁴.

No obstante, la aparición pública de las técnicas de reproducción asistida en la década de los ochenta, ha comenzado a modificar el panorama. La utilización de gametos de terceros que desean mantener su anonimato ha inducido a preguntarse si no se habrá ido demasiado lejos al enarbolar las banderas del naturalismo y la realidad biológica. La “voluntad de acogida”, la filiación por reconocimiento formal o tácito y la prohibición de investigar la realidad biológica, parecen regresar por sus fueros perdidos.

El proyecto de reforma al régimen de la filiación, que finalmente se ha convertido en la ley N° 19.585, publicada en el Diario Oficial de 26 de Octubre de 1998, durante su tramitación sufrió este mismo choque de concepciones entre “biologismo” y “sociologismo renovado” de la filiación. En sus inicios, el proyecto optaba por el principio de veracidad biológica, casi sin matices⁵. En la discusión en el Senado comenzaron las dudas y se planteó el rol de la posesión de

⁴ La reforma al Derecho de filiación en Europa fue anticipada por los países escandinavos a partir de los años 20, pero tuvo su inicio general después de la Segunda Guerra Mundial, y sobre la base de declaraciones y tratados internacionales sobre derechos fundamentales. De 1975 es la Convención europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio, y de 1979 es el fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos que condena a Bélgica por mantener una legislación que diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos otorgando a éstos menos derechos hereditarios (*Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979, Series A, N° 31; [1979-80] 2 EHRH 330). En algunas Constituciones Políticas se fijan principios que obligan al legislador a efectuar modificaciones al estatuto de los hijos: así en Alemania (ley de 19 de agosto de 1969), Italia (ley de 19 de marzo de 1975), Portugal (ley de 25 de noviembre de 1977), y España (ley de 13 de mayo de 1981). En otros ámbitos, el legislador opera sin el estímulo de una norma constitucional específica, como en Inglaterra (*Family Law Reform Act* de 1969), Holanda (ley de 1969) y Suiza (ley de 25 de junio de 1976). En Francia, la reforma se llevó a cabo por la ley de 3 de enero de 1972. Las ideas comunes del nuevo estatuto que se impone generalizadamente son la equiparación entre filiación matrimonial y extramatrimonial, y una gran apertura en orden al establecimiento de la filiación real por la vía judicial y la impugnación del estado aparente, con amplia admisibilidad de las llamadas pruebas biológicas. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. y RIVERO HERNANDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, t. II, Bosch, Barcelona, 1989, p. 29.

En América Latina, la reforma se ha hecho en general según el molde europeo. Así, por ejemplo, en el Código de la Familia boliviano (de 1972), en Venezuela (por la ley de reforma al Código Civil de 26 de julio de 1982), en Perú (por el nuevo Código de 1984), en Paraguay (por el Código Civil de 1987 y la ley 204 de 2 de julio de 1993), y en Argentina (por la ley 23.264, de 23 de octubre de 1985).

El proceso de reforma a la filiación no parece concluido, ya que se emergen corrientes de pensamiento que piensan que se puede avanzar aún más en la uniformidad del tratamiento filiativo. Es así como en Francia se vuelve a modificar el estatuto de la filiación por la ley de 8 de enero de 1993, y en Alemania la ley de 16 de diciembre de 1997, en vigor desde el 1° de julio de 1998, reestructura los parágrafos del BGB relativos a la filiación. Esta iniciativa es una de varias leyes que modifican todo el Derecho de la infancia en ese país (cfr. FURKEL, FRANÇOISE, “Le nouveau droit de l’enfance en République fédérale d’Allemagne”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998 (3), pp. 804 y ss., en particular pp. 806-811).

⁵ En el Mensaje del Proyecto de ley de 9 de agosto de 1993 que se convirtiera luego en la ley N° 19.585, se sostiene lo siguiente: “Se consagra, asimismo, el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad.- En

estado en contraste con las pruebas biológicas, dando lugar a una norma que permite apartarse de las conclusiones de estas últimas (art. 201 CC). Se introdujo también una limitación a la impugnación de la maternidad fundada en la posesión notoria del estado civil (art. 218 CC). Por último, el principio naufragó casi completamente cuando se consagró la inimpugnabilidad de la filiación del hijo concebido mediante técnicas de procreación artificial ya que la paternidad y maternidad en ellas se determinan por el hecho de haberse “sometido” -se entiende voluntariamente- a esas técnicas (art. 182 CC).

¿Cuál es la concepción de la filiación en el nuevo texto legal? A nuestro juicio, es claro que toda la ley se construye sobre el concepto de la filiación como realidad natural constituida por la generación biológica. Así lo ponen de manifiesto numerosas normas; de partida la que califica de “consanguíneo” al parentesco derivado de descendencia (art. 28 CC). Bajo este concepto es posible entender la regulación de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación. Se quiere que el Derecho refleje lo que sucedió en la realidad: que una persona procreó a otra; “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad” declara solemnemente el nuevo art. 195 CC.

Esta concepción, sin embargo, es atenuada por normas que también tienen en cuenta la paz y la tranquilidad de la familia y del propio hijo. Existe un cierto derecho “al olvido”, a no escudriñar el pasado, a no saber. De esta manera, las normas que limitan la titularidad de las acciones de impugnación o reclamación, las que consideran la posesión de estado como factor de restricción de las acciones de impugnación o que le conceden fuerza probatoria prevalente, las que privilegian la voluntad de acogida en la procreación tecnológica, se basan, no en un desconocimiento de que la filiación es un hecho natural, sino más bien en que no conviene indagar si la realidad jurídico formal coincide o no con esa realidad biológica.

Pero, como decíamos, reconocer que la filiación es una realidad natural no significa que quede al margen de la ley, sino que debe ser recogida por ésta. La forma en que es recepcionada

este sentido el proyecto, al estatuirlo, más que otorgar derechos, sienta un principio general, que viene a revertir aquel establecido por el Código de Napoleón que prohibía expresamente dicha investigación y que inspiró a la ley chilena...- La admisión de las pruebas biológicas implica introducir un cambio muy notable en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto significa abordar el problema desde una perspectiva totalmente diferente a la existente hasta la fecha y que se vincula con la búsqueda de la verdad a la que antes se hacía referencia. En efecto, detrás de la reforma propuesta subyace la idea que la filiación deja de ser producto de un ‘acto gracioso’ del padre o madre que reconoce a un hijo como suyo y pasa a ser un hecho que se le impone a un sujeto, por modo heterónomo, como resultado de un proceso de búsqueda de la verdad, inserto en un juicio de investigación de la paternidad o maternidad”.

jurídicamente se traduce en tres conceptos: la filiación debe ser determinada legalmente, debe ser probada y debe ser acreditada frente a terceros.

2. Determinación legal, prueba y acreditación.

Conviene precisar estos tres conceptos que son claves y que, en general, han sido consagrados por la misma ley. Se trata de las nociones de determinación legal de la filiación, de prueba de la filiación y de acreditación de ésta.

Como sabemos, la filiación no es un hecho cualquiera, que pueda reservarse a alguna prueba puntual para algún efecto jurídico. Es un estado civil y por lo tanto su comprobación va a ser necesaria para una multiplicidad de efectos y relaciones, de manera que sería absurdo que se pretendiera cada vez una prueba judicial de la relación familiar. Es necesario preconstituir una constancia permanente que fije oficialmente el estado filiativo y pueda desplegar una eficacia general. Esta constancia inicial con vocación de permanencia y generalidad es a lo que en el texto de la ley, siguiendo la doctrina española, se da el nombre de “determinación de la filiación”, en cuanto “constatación jurídica del hecho biológico de la procreación: el establecimiento formal de la relación (biológica) de filiación”⁶.

Es la determinación la que atribuye el estado civil de hijo: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad con el título VII del Libro I de este Código”, dispone el nuevo art. 33 CC.

Así, por ejemplo, la filiación matrimonial queda determinada, esto es fijada oficialmente para todos, por el hecho de nacer el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio de la madre que lo dio a luz. La filiación no matrimonial quedará determinada, generalmente, por el acto de reconocimiento del padre o madre.

Para lograr sus efectos de permanencia y publicidad, la determinación debe ser recogida por el Registro público organizado para dar información sobre la posición de las personas naturales: el Registro Civil.

Ahora bien, en ocasiones para que la filiación quede determinada se necesitará un proceso judicial contencioso y una sentencia que la fije públicamente. En este juicio deberán presentarse

⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L, y otros, ob. cit., t. II, p. 40.

antecedentes que demuestren la realidad de la generación del demandante por obra del demandado. Tales diligencias son denominadas pruebas de filiación: por ejemplo, testigos, presunciones, absolución de posiciones. Dos pruebas de la filiación son especialmente relevantes: las pericias biológicas y la posesión notoria del estado civil de hijo.

Determinada la filiación, sea por presunción de paternidad o sentencia judicial, el hecho ingresa al Registro. Desde ese momento también puede ser necesario que, para efectos propios de la relación filiativa, sea necesario demostrar el hecho de que una persona es hijo de otra. En este campo, la ley utiliza dos expresiones: “prueba” y “acreditación”. La historia de su establecimiento⁷ nos aclara que la diferencia de expresiones proviene de que se quiso aludir a dos formas de utilización de la constancia registral: 1^a) con las partidas registrales se puede demostrar la filiación en un juicio y entonces se estará probando la filiación por medio de ellas) y 2^a) con las partidas se puede comprobar la filiación cuando ello sea necesario en el tráfico jurídico frente a terceros (la administración pública o particulares), y entonces se hablará de acreditación frente a terceros. Por eso el art. 181 CC dispone que “La acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el título XVII” (Del estado civil) (art. 181 *in fine* CC).

En definitiva, la filiación se determina legalmente por ciertos medios, que llamamos títulos de filiación. Se debe probar cuando requiere determinación por medio de la tramitación de un juicio y su culminación por sentencia declarativa. La filiación, ya determinada judicial o extrajudicialmente, se prueba y acredita frente a terceros por medio de las partidas del Registro Civil.

De la determinación legal de la filiación tratan el art. 33 y los artículos 179 al 194 CC, que conforman el nuevo título VII del libro I.

De la prueba de la filiación que puede dar lugar a la determinación judicial de ella, tratan los arts. 198 al 201 CC.

De la prueba y acreditación de la filiación ya determinada tratan las normas de los arts. 305 y 309 CC, situados en el título XVII del libro I relativo a la prueba del estado civil.

3. La igualdad de los hijos y el estado civil: ¿Estado civil único o múltiple?

⁷ Cfr. 1º Informe de la Comisión de Constitución del Senado, respecto de la modificación al art. 305 CC.

“La ley considera iguales a todos los hijos” declara el nuevo artículo 33 del Código Civil en su última parte. Nadie ignora que es esta la aspiración fundamental que ha presidido toda la tramitación del proyecto, ya que sus impulsores consideraban que el régimen anterior que distinguía entre filiación legítima, natural y simplemente ilegítima, era injusto e inconstitucional por discriminatorio.

Pero más allá de las intenciones, e incluso del ingente esfuerzo final que hizo el Congreso para eliminar, no ya las diferencias de efectos de las filiaciones determinadas, sino incluso toda denominación que pudiera oler a discriminación⁸, lo cierto es que el estatuto filiativo que consagra el proyecto no es único y aplicable a todos los hijos como se pretendía por algunos.

Una cosa es la equiparación de la eficacia de la filiación determinada, es decir, que todos los hijos tengan los mismos derechos respecto de sus padres y los parientes de éstos, objetivo que –para bien o para mal- claramente ha sido conseguido por el texto legal.

Pero algo diverso es la conformación misma del estado filiativo. Es claro que en relación con la estructura de la relación filial el objetivo igualitarista se ha frustrado, y ello sencillamente porque la diferencia viene impuesta por la naturaleza de las cosas y principalmente por el reconocimiento social y jurídico del matrimonio como ámbito ordinario del ejercicio de la sexualidad y de la recepción de los hijos.

Y aunque el legislador haya sido presa de un sentimiento de pudor que le ha llevado a eliminar incluso las denominaciones técnico-legales referidas directamente a los hijos, y ha preferido el eufemismo de calificar la filiación que corresponde a esos hijos, es lógico que el oficio de distinguir e incluso de atribuir denominaciones diferentes que orienten el análisis y la aplicación de los textos, corresponde a los comentaristas y a los jueces⁹.

De esta forma, de acuerdo a la nueva nomenclatura acogida por la ley debemos distinguir: primero, entre filiación determinada y filiación no determinada. La filiación no determinada es

⁸ Este fue el acuerdo de la Sala del Senado que encargó a la Comisión de Constitución una nueva revisión del proyecto, que fue objeto del Informe Complementario de 22 de julio de 1998.

⁹ Como señala ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, 8ª edic., Barcelona, 1997, p. 217, “cuando los padres están determinados, la ley les liga en un estado de filiación con el hijo, estado en el que en todo caso y para todos los hijos, sus derechos son los mismos, con lo que no hay diferencia ni discriminación entre unos hijos y otros. Pero ello, no obsta a que, como los padres pueden estar casados entre sí o no, si no lo están, el hijo no pueda serlo de un matrimonio que falta, y por ello se le denomine no matrimonial. Lo que no es ni inexacto ni ofensivo ni discriminatorio... Llamarlos no matrimoniales es constatar el hecho de que sus padres no están casados”.

aquella que a pesar de existir en la realidad no ha sido recogida oficialmente por el Derecho. El artículo 37 CC, evitando la calificación de los hijos, da cuenta de esta situación: “La filiación de los hijos puede no encontrarse determinada respecto de su padre, de su madre o de ambos”.

La filiación determinada, por su parte, puede ser por naturaleza o adoptiva. A esta distinción se refiere el art. 179 CC. Su inciso primero habla de filiación por naturaleza; el inciso segundo no menciona propiamente la filiación adoptiva porque se ha querido dejar en libertad al legislador para que determine las diferentes formas de adopción que pueden dar o no lugar a un nuevo estado civil de hijo: “La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”. Mientras no se apruebe la nueva ley de adopción que se estudia en estos momentos en el senado, la única filiación adoptiva reconocida es la producida por la adopción plena de la ley 18.703.

Siguiendo la distinción, y dejando a un lado la filiación adoptiva, tenemos que la filiación por naturaleza puede ser, según el inciso primero del art. 179 CC, “matrimonial o no matrimonial”, lo que depende del hecho eventual de que los padres de un hijo estén o pasen a estar unidos en matrimonio.

Finalmente, pareciera que el art. 182 CC al establecer un estatuto específico para el “hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida” establece una nueva forma de estatuto filial que, a falta de denominación legal, llamaremos “filiación tecnológica”.

En conclusión, cinco son los posibles estados filiativos que pueden aplicarse a una persona, dependiendo de si se trata de hijo de filiación matrimonial, hijo de filiación no matrimonial, hijo de filiación no determinada, hijo adoptivo e hijo de filiación tecnológica.

La diversa estructura de los estatutos filiativos acogidos por la ley revela también ciertas diferencias relacionadas con la eficacia de la filiación. Veamos:

1º) Hijo de filiación matrimonial: el hijo de filiación matrimonial goza de un estatuto cuyo vínculo es siempre bilateral: involucra necesariamente al hijo con su padre y su madre. Además, el hijo matrimonial pasa a formar parte de la familia instaurada por ese matrimonio, es un miembro de la comunidad pluripersonal y orgánica en que consiste la familia constituida legalmente. Tiene propiamente un *status familiae*.

2º) Hijo de filiación no matrimonial: el hijo de filiación matrimonial goza de un estatuto cuyo vínculo es simple unilateral: puede ser hijo no matrimonial sólo de padre o sólo de madre, o de ambos pero en forma independiente, ya que nadie puede obligar al padre y madre del hijo matrimonial a vivir juntos o a tener relaciones entre ellos, vista la ausencia de matrimonio. Ya no puede decirse, como en la anterior regulación, que el hijo natural carece de familia o abuelos¹⁰, puesto que la nueva ley considera al hijo no matrimonial como descendiente de los ascendientes del padre y pariente de sus consanguíneos para todos los efectos (alimenticios, sucesorios, de atribución de guardas, etc.). Pero, como sostiene ALBALADEJO, no hay propiamente un ingreso a una familia constituida por los padres, ya que ésta no existe legalmente -y muchas veces ni siquiera fácticamente-. Es más, si el progenitor no matrimonial se encuentra casado, el hijo no tiene derecho a vivir en el hogar común sin el consentimiento del cónyuge de su padre o madre (art. 228 CC)¹¹. Por tanto hay que concluir que el hijo de filiación no matrimonial ostenta bajo la nueva normativa un *status* parental más que un propio *status familiae*¹².

3º) Hijo de filiación no determinada: Son los antiguos hijos simplemente ilegítimos. Es positivo el cambio de denominación que parece menos ofensivo y denigratorio. En cambio, es de lamentar que se suprimiera el derecho de estos hijos a lograr alimentos del presunto progenitor cuando no quisieran o no pudieran establecer fehacientemente la filiación.

Nuevamente, hemos de decir que este estatuto es unilateral, de manera que una persona puede ser hijo de filiación no determinada de ambos padres, o sólo de uno de ellos, cuando respecto del otro se ha determinado una filiación no matrimonial. No es compatible, en cambio, la filiación no determinada con la filiación matrimonial. Ambas se autoexcluyen por el carácter bilateral de la filiación matrimonial.

¹⁰ Cfr. MEZA BARROS, R., ob. cit., t. II, p. .110; RAMOS PAZOS, RENE, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 373.

¹¹ Es verdad que la norma del art. 208 CC fue redactada, como otras tantas disposiciones, de manera de incluir tanto a los hijos de filiación matrimonial como no matrimonial. Pero no es menos cierto que el impacto real de la norma afecta fundamentalmente a los hijos extramatrimoniales.

¹² Dice ALBALADEJO, M., ob. cit., pp. 217-218, “la filiación de los hijos de padres conocidos es o matrimonial o no matrimonial. Dando lugar a dos estados (con los mismos derechos de los hijos frente a sus padres, en cada uno de esos estados, pero dos estados): uno de familia, porque el hijo matrimonial está inserto en la familia que casándose formaron sus padres, familia que no existe si no hubo matrimonio; otro, parental, estado parental, y no simple estado de hijo, *status filii*, como el hijo no matrimonial tenía antes de la reforma de 1981, porque entonces el estado de filiación se le concedía le ligaba, al menos en ciertos aspectos, sólo con su padre... mientras que ahora el estado que se le concede también le liga en todos los aspectos con todos los parientes del padre porque le inserta en el grupo parental del que el padre forma parte...”.

4º) Hijo de filiación adoptiva: La adopción plena de la ley N° 18.703 se equiparará en sus efectos a la filiación matrimonial. Debe advertirse, sin embargo, que está en curso una modificación global de toda la regulación en la materia. Por eso, la ley de filiación omitió modificar expresamente las leyes N° 7.613 y 18.703.

5º) Hijos de filiación tecnológica: son los hijos concebidos mediante la aplicación de lo que la ley denomina “técnicas de reproducción humana asistida” (art. 182 CC). Lo escueto de la norma suscita interrogantes sobre la forma en que debe conjugarse con los estatutos anteriores. Lo veremos en el curso de este estudio¹³.

Esta diferencia de estructura de los estatutos filiativos reconocidos por la ley N° 19.585 manifiesta su máxima gravitación en relación con las formas de determinación del estado filial, y con las acciones para obtener su impugnación o reconocimiento judicial.

4. Las acciones de estado

Las formas de determinación que operan fuera del ámbito judicial como el hecho del parto, la presunción de la paternidad del marido o el acto de reconocimiento del hijo, no establecen una verdad absoluta e inimpugnable. Señalan oficialmente quiénes son el padre o la madre de una persona mientras no se demuestre judicialmente lo contrario. Se admite, entonces, con determinados requisitos y formas, que se impugne la filiación determinada, mediante el ejercicio de una acción judicial destinada justamente a destruir el estado filiativo aparente. Como resultado del juicio, si la sentencia acoge la acción el hijo quedará desprovisto de ese estado filial y pasará a la categoría de hijo de filiación no determinada.

Al revés, cuando no han operado ninguna de las formas extrajudiciales de determinación, la ley abre la posibilidad de investigar la paternidad o maternidad real, mediante el ejercicio de una acción judicial de reclamación del estado filial. En este caso, la sentencia que acoja la acción

¹³ Ver párrafo IV.

será a su vez una forma de determinación legal de la filiación reclamada. El hijo gozará del estado filial que le asigna esa sentencia.

La acción de reclamación no tiene mayor problema cuando se trata de una persona que originalmente no tiene una filiación determinada. Si es hijo de filiación no determinada pasa, por obra del juicio de reclamación, a tener la que le declara la sentencia.

Pero puede también darse el caso de que tenga ya una filiación determinada que no coincida con la paternidad o maternidad real. En tal caso, se impondría que primero se impugne la filiación aparente y luego se reclame la real. La ley, sin embargo, permite, y en algunos casos exige, que se tramiten conjuntamente ambas acciones de impugnación y reclamación. De esta manera, la sentencia que dé lugar a la demanda deberá simultáneamente dejar sin efecto la determinación de la filiación anterior y declarar la filiación reclamada.

Las acciones de impugnación y de reclamación de estado están reguladas en el nuevo título VIII del libro I del Código Civil (arts. 195 a 221 CC), y nos parece que esta regulación técnicamente constituye un avance, ya que las normas resultan mejor ordenadas y comprensibles que como estaban en la normativa anterior del Código.

Junto con las acciones de estado filial, de impugnación y reclamación, debe examinarse también la acción de desconocimiento de la paternidad de que se habla en el artículo 184, inc. 2º CC, en relación con el hijo concebido antes de matrimonio pero nacido dentro de él. Igualmente, la acción de nulidad del acto del reconocimiento debiera agregarse como una acción, que aunque no propiamente de estado, incide sustancialmente en él, puesto que invalidado el reconocimiento que determina una filiación, cae también la determinación operada en su virtud.

5. Principales innovaciones de la ley de 1998 en materia de determinación de la filiación.

Si se quisieran enumerar las principales innovaciones del régimen filiativo instaurado por la nueva ley en el Código Civil, más allá de la equiparación entre los efectos personales y patrimoniales de la filiación determinada, creemos que pueden señalarse los siguientes puntos:

1º Se consagra la determinación de la maternidad por el hecho del parto. Se consolida así una cierta evolución que el Código había tenido, admitiendo implícitamente esta regla tratándose de

la maternidad legítima y luego, a través de la reforma de la ley N° 19.089 al art. 271 CC, para la madre natural demente o sordomuda, aunque previo reconocimiento del curador.

2° Se rebaja la exigencia de admisibilidad de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. En la normativa anterior, la demanda de reconocimiento forzado de paternidad natural debía fundarse en un instrumento público o privado del cual se desprendiera una confesión manifiesta de paternidad o maternidad. La nueva normativa exige sólo que la demanda se acompañe de “antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda” (art. 196 CC).

3° Se liberaliza también el régimen de impugnación de la filiación matrimonial. En el régimen anterior, sólo el marido tiene derecho a impugnar la presunción de paternidad del hijo que nace dentro de matrimonio, y mientras viva nadie puede hacerlo por él. En la nueva regulación ese derecho se asigna al hijo, al representante legal del hijo (rol en que se incluirá a la madre que ejerza la patria potestad) (art. 214 CC) y también al tercero que se pretenda progenitor no matrimonial del hijo y ejerza la acción de reclamación simultáneamente con la de impugnación de la filiación matrimonial (art. 205 CC).

4° En cambio, se restringe la posibilidad de impugnar la maternidad determinada, por parte de los que se estimen perjudicados en sus derechos, los que ya no podrán ejercer la acción de impugnación, si la maternidad está acompañada de posesión de estado (art. 218 CC).

5° La admisibilidad de pruebas biológicas no es propiamente una innovación de esta regulación, ya que ellas cabían en los términos amplios del anterior art. 271 N° 2 CC que sólo limitaba los documentos fundantes de la demanda y nada decía sobre las pruebas del juicio. Lo que es nuevo es la regulación que se hace de las pruebas biológicas y, concretamente, de las consecuencias de la negativa a someterse a ellas así como de su valor probatorio en contradicción con la posesión notoria del estado de hijo (arts. 199 y 201 CC).

6° Se abre la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de estado con posterioridad al fallecimiento del supuesto padre o madre, pero sólo en un caso restringido: hijo póstumo o muerte del padre en los ciento ochenta días siguientes al parto (art. 206 CC)¹⁴.

7° Se suprimen las restricciones a las acciones de impugnación fundadas en el estado civil de los demandados. Se le sustituyen por una referencia general a la obligación de indemnizar perjuicios si las acciones se ejercen de mala fe o con el propósito de dañar la honra del demandado (arts. 188 y 197 CC).

¹⁴ La ley 19.089 lo había ya permitido, reformando el art. 272 CC, pero sólo para la maternidad y siempre que el hijo fuera póstumo o si la madre fallecía dentro de los treinta días siguientes al parto.

II. DETERMINACION DE LA FILIACION

1. La filiación matrimonial

1.1. Concepto

La filiación matrimonial se caracteriza por el vínculo que une a los progenitores del hijo: se encuentran casados en el momento en que éste se concibe o nace, o pasan a estarlo con posterioridad al nacimiento. Así se concluye de la descripción de esta filiación que hace el art. 180 CC.

Por cierto no habrá filiación matrimonial si los padres han estado casados pero a la época de concepción del hijo ya no lo están, por ejemplo si ha sido engendrado con posterioridad a la declaración de nulidad del vínculo.

1.2. Clases de filiación matrimonial

La filiación matrimonial admite dos formas. Una que podríamos llamar filiación matrimonial de origen o innata que se determina junto con el nacimiento del hijo. En tal caso el hijo desde su mismo nacimiento es de filiación matrimonial. Así lo prescribe el art. 180 inc. 1º del Código: “La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo” (art. 180.1 CC).

La segunda forma es la de una filiación matrimonial sobrevenida o adquirida, que opera con posterioridad al nacimiento del hijo. En este último caso, el hijo nace, o con filiación no determinada o con filiación no matrimonial, y sólo por el matrimonio posterior de los padres y la determinación de la paternidad y maternidad, pasa a la calidad o estado de hijo matrimonial. Es lo que dice el artículo 180 CC en su inciso segundo: “Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento...” (art. 180.2 CC).

La filiación matrimonial de origen o innata incluye la anterior legitimidad de los hijos por concepción dentro de matrimonio y el caso de legitimación *ipso iure* de que hablaba el anterior art. 206 CC, respecto del hijo que siendo concebido antes del matrimonio viene a nacer dentro de él. Creo que con razón, la nueva regulación coloca ambos casos como filiación de origen, ya que debe presumirse que si alguien se casa con una mujer embarazada es porque asume que el hijo que lleva en su seno es suyo. No obstante, debe dejarse constancia que la presunción de paternidad en este caso se funda en el conocimiento del embarazo, de manera que si el marido demuestra que lo ignoraba, la presunción no puede aplicarse y se admitirá el desconocimiento de la paternidad (art. 184. 2 CC). De esta forma, el supuesto del hijo concebido antes de matrimonio y nacido en él, aunque regulado ahora conjuntamente como un caso de filiación matrimonial originaria o innata, conserva un cierto grado de especificidad.

La filiación matrimonial sobreviniente o adquirida no es más que una reformulación de la antigua legitimación por subsiguiente matrimonio, tanto en el caso en que se producía *ipso iure* por tener el hijo previamente la calidad de natural respecto de ambos padres, como cuando se reconocía al hijo como tal en el acto del matrimonio o con posterioridad a él. Se recordará que la ley N° 19.089 suprimió el plazo que se exigía originalmente para otorgar la legitimación. El art. 180.2 CC señala que la filiación será también matrimonial cuando los padres contraen matrimonio “siempre que la paternidad o maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece” (caso de la legitimación *ipso iure* del anterior art. 207 CC), o también cuando esa paternidad y maternidad “se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187” (art. 180.2 CC).

1.3. Elementos de la filiación matrimonial de origen o innata

La filiación matrimonial reproduce con una nueva nomenclatura la antigua filiación legítima. Por ello, los elementos que clásicamente se han venido enseñando como integrantes de ésta, pueden ocuparse casi literalmente en la actual normativa.

Así para que se produzca filiación matrimonial es necesario, en principio: 1º) Que una mujer haya dado a luz un hijo y que la maternidad esté determinada; 2º) Que la mujer que es la

madre esté casada; 3º) Que la concepción o el nacimiento del hijo se produzcan mientras esté vigente el matrimonio, y 4º) Que se compruebe la paternidad del marido de la madre.

Veamos cómo se aplican estos elementos en la nueva normativa:

1º) Determinación de la maternidad de la mujer

La determinación de la maternidad operará por el hecho del parto en virtud de la nueva norma del art. 183 CC, que reafirma el antiguo adagio *mater semper certa est*. (Paulo, D. 2.4.5).

2º) Matrimonio de la mujer

El matrimonio de la mujer que da a luz constará también en el Registro Civil por inscripción del acto matrimonial. El matrimonio que produce la filiación matrimonial no sólo es el válido sino también el nulo que produce efectos civiles en razón de su putatividad o de la regla especial del inciso segundo del artículo 122 CC para los casos de nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil o por falta o inhabilidad de los testigos. La ley ha ajustado el inciso segundo del artículo 122 CC para determinar justamente que la nulidad declarada por incompetencia o defecto de testigos “no afectará la filiación matrimonial de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error” (nuevo art. 122 CC).

3º) Concepción o nacimiento dentro de matrimonio

Si miramos el comienzo del matrimonio es necesario sólo que el nacimiento haya sido posterior a la celebración del vínculo. Si miramos la terminación del matrimonio (por nulidad o muerte) entonces es menester que al menos la concepción se haya producido constante aún el vínculo matrimonial.

Para determinar la fecha de la concepción rige la presunción de derecho del art. 76 que la nueva ley no ha alterado.

4º) Paternidad del marido

En general, cumplidos los elementos anteriores: maternidad, concepción o nacimiento dentro de matrimonio, la determinación de la filiación matrimonial queda completada por la aplicación de la presunción legal de que el marido de la mujer es el padre de la criatura nacida.

En caso de que no pueda aplicarse la presunción, la filiación matrimonial requerirá que la paternidad se compruebe judicialmente.

1.4. Formas de determinación de la filiación matrimonial de origen

La filiación matrimonial de origen puede determinarse básicamente por dos formas: una extrajudicial y otra judicial.

La extrajudicial se fundamenta básicamente en la presunción de paternidad del marido, mecanismo que supone la determinación previa tanto de la maternidad de la mujer que da a luz, como la comprobación del vínculo matrimonial que la une al marido.

Cuando no puede aplicarse la presunción legal de paternidad, la filiación matrimonial deberá ser objeto de determinación judicial.

a) La presunción legal de paternidad

La presunción legal de la paternidad del marido ha tenido una larga historia. Se ha hecho clásica la máxima de Paulo recogida en el Digesto según la cual *pater is est, quem nuptiae demonstrant* (D. 2.4.5). La presunción *pater is est* se basa en la consideración del matrimonio como sede del ejercicio exclusivo de la sexualidad entre marido y mujer.

La presunción aparece recogida en el nuevo art. 184.1 CC: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges”.

Quedan amparados bajo la presunción todos los hijos que nacen después de celebrado el matrimonio y constante su vigencia. De esta forma, los concebidos antes de la celebración pero nacidos en él se reputan también hijos del marido.

La presunción se extiende hasta los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo de trescientos días coincide con el del art. 76 CC y constituye la estimación legal de la duración máxima del embarazo. De esta forma quien nace transcurridos trescientos y un día desde que se disuelve el matrimonio, por muerte o declaración de nulidad, no queda

amparado por la presunción y no adquiere filiación matrimonial¹⁵. Si logra la determinación judicial de la paternidad del ex-marido esta será no matrimonial, ya que se le reputará concebido fuera de matrimonio (por ejemplo si el matrimonio se ha disuelto por declaración de nulidad).

Los casos en los que no se aplica la presunción de paternidad son dos:

1º Hijo concebido antes de matrimonio y nacido después cuando el marido ignoraba la preñez de la mujer: “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...” (art. 184.2 CC). No obstante, la inaplicabilidad de la presunción no es automática, ya que requiere que el marido ejerza judicialmente una acción para desconocer la paternidad, la que se tramita como acción de impugnación. Si el marido ha reconocido al hijo por actos positivos caduca su derecho a desconocer la paternidad y se afirma su presunción.

2º Hijo concebido durante el divorcio de los cónyuges: El divorcio suspende la vida en común de los cónyuges, y por ello parece lógico que el hijo que conciba la mujer durante esta suspensión no puedan reputarse hijos del marido. Por ello, señala el art. 184.1 CC que no se presumen hijos del marido los nacidos después de los trescientos días siguientes “al divorcio de los cónyuges”.

Si se discute la fecha del nacimiento, deberá probarse por los medios ordinarios, ya que la nueva ley ha derogado los preceptos que permitían al marido, o sus herederos (tratándose del hijo póstumo), adoptar medidas de resguardo o seguridad para que la mujer divorciada no adulterara fraudulentamente la fecha del parto (antiguos arts. 191 a 198 CC). Las medidas eran criticadas por arcaicas, pero su derogación deja a la mujer en peor condición, ya que si el marido discute la fecha del parto, será ella – o el hijo capaz- quien tendrá ahora la carga de la prueba.

No se restablece la vigencia de la presunción por la simple prueba de la cohabitación de los cónyuges divorciados, como establece la normativa anterior (antiguo art. 190 CC). Ahora la

¹⁵ Se pone término así a la situación que determinaban los anteriores arts. 185 y 186 CC en cuanto a que el hijo nacido con posterioridad a los trescientos días desde la disolución del matrimonio, aunque no se presumía hijo del marido, debía ser objeto de una acción de desconocimiento que caducaba en el brevísimo plazo de sesenta días desde el nacimiento. Esta situación era criticada porque consentía en estimar legítimo a un hijo que de manera evidente no había sido concebido en matrimonio. Cfr. SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 408. También se ha eliminado la posibilidad que contenía el anterior art. 185 CC de contar los 300 días desde la fecha en que el marido comenzó a estar en imposibilidad física de acceder a su mujer, por lo que bajo la nueva regulación en tal caso el hijo gozará de la presunción de paternidad, pero es cierto que, comprobada la imposibilidad del marido en el tiempo de la concepción, ella será buen fundamento para acoger una acción de impugnación del estado de filiación matrimonial.

ley requiere un acto formal: “Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretado el divorcio, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo” (art. 184.3 CC)¹⁶.

En los casos en los que no se aplica la presunción de paternidad por desconocimiento o divorcio, sin embargo, podrá ejercerse la acción para solicitar la determinación judicial de ella, conforme lo dispone el inciso final del art. 184 CC. La misma norma nos aclara que la presunción de paternidad es una presunción simplemente legal y que puede impugnarse mediante el ejercicio de la acción correspondiente: “La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el título VIII” (art. 184.4 CC).

La presunción de paternidad es el medio por el cual queda determinada la filiación matrimonial, porque ella reúne en su funcionamiento tanto la previa determinación de la maternidad (que operará por el hecho del parto) y la comprobación del matrimonio. De esta forma, el solo hecho de nacer el hijo dentro del matrimonio es suficiente para que tenga determinada su filiación matrimonial, salvo que operen los casos que vimos de no aplicabilidad de la presunción. Es lo que dispone el art. 185.1 CC: “La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente”. En realidad, no es menester al hijo nacer constante el matrimonio de su padre, puesto que puede hacerlo dentro del plazo de trescientos días siguientes a su disolución.

¹⁶ La norma adolece del error de referirse al hijo nacido “trescientos días después de decretado el divorcio”. En realidad, debió decirse el nacido después de los trescientos días siguientes al divorcio.

b) La sentencia judicial

Para el caso de que no pudiera aplicarse la presunción de paternidad, sea porque no se ha comprobado la maternidad por el hecho del parto (art. 183 CC), por falta de la prueba del matrimonio de los padres, o por alguno de los hechos que determina la inaplicabilidad de la presunción de paternidad (por ejemplo, concepción antes del matrimonio y desconocimiento judicial del marido, o concepción durante el divorcio de los cónyuges), la única manera de llegar a determinar la filiación matrimonial de origen es mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de estado.

Es lo que dispone el art. 185 CC en su inciso final: “La filiación matrimonial podrá también determinarse por sentencia dictada en juicio de filiación, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo” (art. 185.3 CC).

1.5. La determinación de la filiación matrimonial adquirida

La filiación matrimonial sobreviniente o adquirida que se produce con posterioridad al nacimiento del hijo, puede quedar determinada de tres formas, según el orden en que queden determinados los hechos que la producen, esto es, la paternidad del marido, la maternidad de su mujer y el matrimonio entre ambos.

1º Hijo de filiación no matrimonial cuyos padres se casan

Si el hijo ya tiene determinada la filiación no matrimonial tanto respecto del padre como de la madre, sea por reconocimiento o por sentencia judicial, y sus padres contraen matrimonio, el acto del matrimonio determina la filiación matrimonial: “Tratándose del hijo nacido antes de casarse sus padres, la filiación matrimonial queda determinada por la celebración de ese matrimonio, siempre que la maternidad y la paternidad estén ya determinadas con arreglo al artículo 186...” (art. 185.2 CC).

2º Hijo de filiación no determinada cuyos padres se casan y lo reconocen en el acto del matrimonio

No se coloca en este caso el artículo 185 CC, pero es evidente que igualmente es el matrimonio que coincide con la determinación de la paternidad y maternidad, lo que determina la filiación matrimonial. Así lo comprueba el nuevo art. 38 de la Ley de Registro Civil, que dispone: “En el acto del matrimonio podrán los contrayentes reconocer los hijos habidos con anterioridad y la inscripción que contenga esa declaración producirá los efectos señalados en el inciso segundo del artículo 185 del Código Civil”.

El nuevo art. 37 de la Ley de Registro Civil ordena al Oficial del Registro Civil informar a los contrayentes de que pueden reconocer hijos comunes nacidos antes del matrimonio.

Es lógico que también procederá esta determinación cuando el hijo haya sido reconocido previamente sólo por uno de los padres, y el otro manifiesta su voluntad de reconocerlo en el acto del matrimonio.

3º Hijo de filiación no determinada o de filiación no matrimonial cuyos padres se casan y con posterioridad se determina la paternidad, la maternidad o ambas.

El art. 180.2 CC dispone que puede suceder que el reconocimiento por parte de los padres casados respecto del hijo nacido antes de su matrimonio, se produzca “durante su vigencia”. Pareciera que se requiere un reconocimiento conjunto, pero el art. 185.2 CC aclara que los reconocimientos pueden otorgarse separadamente por el padre o la madre y pueden no coincidir en el tiempo¹⁷. De esta manera, si a la época del matrimonio no estaba determinada la filiación respecto de uno o ambos padres, y tampoco se reconoce al hijo en el acto del matrimonio, la filiación matrimonial se completará cuando se otorgue el último de esos reconocimientos. Por eso dice el art. 185.2 CC que, no estando determinada previamente la maternidad o la paternidad, la filiación matrimonial adquirida se determina “por el último reconocimiento conforme a lo establecido en el párrafo siguiente”.

Queda la duda de si es posible determinar la filiación matrimonial adquirida en este caso, mediante el ejercicio de acciones de reclamación de estado, cuando uno o ambos padres aunque casados se han negado a reconocer al hijo que les nació antes del matrimonio. La duda surge ya

¹⁷ Se mantiene así el criterio que confirmara en el Código la modificación de la ley N° 19.089 al art. 209 CC. Antes de ella, era cuestión debatida.

que tanto el art. 180 CC como el 185 CC parecen disponer sobre la base de que la “matrimonialización” sólo se produce después del matrimonio por acto de reconocimiento voluntario.

No obstante, pensamos que, atendido el tenor del inciso final del art. 185 CC, que se refiere en general a la posibilidad de determinación judicial de toda filiación matrimonial, procederá también esta forma de determinación.

Hay que destacar que a pesar de haber quedado determinada la filiación matrimonial adquirida de esta forma, ella puede quedar sin efecto si se produce la repudiación alguno de los actos de reconocimiento que la conforman. En tal evento, si no se repudia el reconocimiento del otro progenitor, el hijo mantendrá la filiación respecto de él, pero con carácter de no matrimonial.

2. La filiación no matrimonial

2.1. Concepto

La filiación no matrimonial se define por oposición a la matrimonial. Tendrán esta filiación aquellos hijos cuyos padres no han contraído matrimonio entre ellos. Por eso, el texto legal se contenta con caracterizar la filiación matrimonial, y señalar que “en los demás casos, la filiación es no matrimonial” (art. 180.3 CC). Debemos entender que se refiere a la filiación determinada, ya que la no determinada es más bien un supuesto de ausencia de filiación legal.

Por hipótesis, todos los hijos que tengan determinada la filiación respecto de uno sólo de sus progenitores, serán de filiación no matrimonial. Como ya hemos dicho, la filiación matrimonial por su misma estructura exige la doble parentalidad. No así la filiación no matrimonial, cuyo vínculo es unilateral.

La filiación no matrimonial puede ser paterna o materna, pero no admite otras clasificaciones. Los casos de filiación adulterina (hijos concebidos por uno de los cónyuges durante el matrimonio pero con un tercero) o de filiación incestuosa (hijos concebidos por personas que tienen impedimento de parentesco para casarse entre sí) no tienen incidencia en nuestra legislación. Ni siquiera se han reproducido las restricciones que, fundándose en el interés

del hijo, otras legislaciones extranjeras imponen para que se determinen la paternidad y maternidad del concebido en relaciones incestuosas¹⁸.

2.2. Formas de determinación

Según el art. 186 CC, “la filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación”. A este precepto debe añadirse lo previsto en el art. 183 CC que dispone que la maternidad queda determinada legalmente por el parto.

De esta manera, los medios o formas de determinación legal de la filiación no matrimonial son tres para la maternidad y dos para la paternidad.

Para la maternidad son: el hecho del parto, el reconocimiento y la sentencia judicial.

Para la paternidad son sólo el reconocimiento y la sentencia judicial en juicio de reclamación de estado.

2.2.1. Determinación de la maternidad por el parto

Ya vimos en relación con la filiación matrimonial que la maternidad queda determinada por el parto en conformidad con el nuevo art. 183 CC. La norma, que en materia de maternidad matrimonial no cambia las prácticas habituales del régimen anterior, es una trascendente innovación tratándose de la maternidad no matrimonial.

En efecto, en la regulación anterior la maternidad requería reconocimiento de la madre, el que normalmente se daba al momento de inscribir el nacimiento del hijo. La disposición del artículo 183 CC, en cambio, no precisa ni siquiera un acto de reconocimiento tácito: del hecho del alumbramiento permite que quede determinada quién es la madre del hijo: “La maternidad

¹⁸ Así, por ejemplo, en España se dispone que si está determinada legalmente la filiación respecto de un progenitor, no puede reconocerlo el otro si es consanguíneo en línea recta o hermano del primero, salvo que, tratándose del hijo menor o incapaz, exista previa autorización judicial. En este caso, alcanzada la plena capacidad, el hijo puede invalidar la última determinación por medio de declaración auténtica. Si el reconocimiento es mayor de edad y capaz es preciso su consentimiento, expreso o tácito, sin el cual el reconocimiento de la filiación incestuosa no produce efectos (arts. 125 y 123 CC). En igual sentido, el art. 251 del Código Civil italiano.

queda determinada legalmente por el parto...” (art. 183 CC). Pero ello se subordina a la posibilidad de que quede alguna constancia oficial del hecho del nacimiento y de quién ha sido la madre del nacido. En esto merece elogio la nueva ley que ha cuidado de señalar que la determinación se produce a condición de que el hecho del nacimiento y las identidades de la madre y del hijo consten en las partidas del Registro Civil (art. 183 CC).

El nuevo artículo 31, N° 4 de la Ley de Registro Civil complementa lo anterior al prescribir que en la inscripción de nacimiento debe dejarse constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, “cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz”.

Por cierto, si esta determinación no corresponde a la realidad la mujer que aparece como madre, o su supuesto hijo, podrán ejercer la correspondiente acción de impugnación de la maternidad así determinada.

Por otro lado, en los casos en los que no conste en el Registro Civil la identidad de la madre, porque la declaración del requirente de la inscripción de nacimiento no coincide con el comprobante de parto, o porque éste no contiene el nombre de la madre, o porque no existe comprobante de facultativo médico, la maternidad deberá determinarse, o por reconocimiento o por sentencia judicial: “En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes” (art. 183.2 CC).

Debe destacarse que nuestro ordenamiento ha considerado, de este modo, que existe un deber de asumir la maternidad y la paternidad, que va más allá de la intimidad o sentimientos de deshonor que puedan experimentar los padres por haber traído al mundo un hijo fuera de matrimonio. Es diverso el criterio asumido por otras legislaciones como la francesa, en la que se considera que existe un derecho de la madre a permanecer en el anonimato dando lugar al llamado “nacimiento bajo X”¹⁹. Algo similar ocurre en la ley española que permite a la madre no matrimonial dejar sin efecto la determinación de la maternidad por el hecho del parto²⁰.

¹⁹ La ley de 8 de enero de 1993 instituyó el “*accouchement dans l’anonymat*” conocido vulgarmente como “*accouchement sous X...*”. El art. 341-1 del Código Civil dispone que, cuando se produzca el alumbramiento, la madre puede demandar que sea preservado el secreto tanto de su ingreso en el hospital o clínica como de su propia identidad. En tal caso, el acta de nacimiento sólo dará cuenta del hecho del parto pero no hará mención alguna de la madre. Cfr. CARBONNIER, J., ob. cit., pp. 424-425.

²⁰ El art. 47 de la Ley de Registro Civil española dispone que si no consta el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el Encargado del Registro debe notificar sin demora el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos, caso en el cual la madre dentro de los quince días siguientes a la notificación puede

Entre nosotros, se ha zanjado el posible conflicto de intereses en favor del derecho a la identidad del hijo.

2.2.2. El reconocimiento

a) Naturaleza jurídica

Se ha discutido en la doctrina extranjera si el acto de reconocimiento de un hijo es propiamente un acto jurídico en sentido técnico, o más bien una mera afirmación de paternidad a la que la ley le atribuye el efecto de servir de título de determinación. En este último caso, el reconocimiento entraría más bien en la categoría de los hechos jurídicos o supuestos de hecho de la norma²¹.

Entre nosotros, se ha discutido también si el reconocimiento tiene efecto constitutivo o meramente declarativo²².

La nueva ley, por cierto, no ha entrado a decidir explícitamente estas cuestiones que son más del ámbito académico que de incumbencia del legislador.

No obstante, los nuevos textos tienden a confirmar la tesis que estima que el reconocimiento es un acto jurídico de carácter declarativo.

La naturaleza de acto o negocio jurídico se observa en el artículo 187 CC cuando señala que “El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos”²³. No se trata de una mera afirmación incidental o secundaria de paternidad o maternidad, sino de una declaración pública de esa paternidad o maternidad.

desconocer la filiación. De allí que los autores configuren esta forma de determinación como una especie de reconocimiento presunto a falta de oposición de la madre (ALBALADEJO, M., ob. cit., t. IV, p. 245).

²¹ ALBALADEJO, M., ob. cit., t. IV, p. 230 sostiene que el reconocimiento no es más que una afirmación de paternidad biológica al que la ley atribuye las consecuencias jurídicas con prescindencia de los propósitos del autor. “No es, pues, el reconocimiento un negocio jurídico” concluye.

²² Un resumen del debate puede verse en RAMOS PAZOS, R., ob. cit., pp. 367-373.

²³ Además, de que se trata de un acto y no de un mero hecho jurídico da prueba que la ley se refiera expresamente a la nulidad por vicios de la voluntad del reconocimiento (cfr. art. 202 CC).

Además, del art. 181 CC que señala que la filiación produce sus efectos de manera retroactiva a la época de la concepción, podemos concluir que el reconocimiento, como todos los demás medios de determinación, no constituyen la filiación sino que la reconocen o declaran.

Debe considerarse que el acto de reconocimiento es recepticio, puesto que puede quedar sin efecto por la repudiación del hijo o sus herederos²⁴.

El acto de reconocimiento es siempre unilateral, pero puede ser subjetivamente simple: si concurre uno sólo de los padres; o subjetivamente complejo: si concurren ambos padres conjuntamente en el mismo instrumento. Se exceptúa el reconocimiento en testamento donde obviamente no podrán concurrir ambos padres.

Finalmente, el acto de reconocimiento es solemne, irrevocable y no susceptible de modalidades (art. 189.2 CC)²⁵. En caso de que se pusiera algún plazo o condición éstas cláusulas invalidarían el reconocimiento.

b) Objeto del reconocimiento

¿Cuál es el objeto del reconocimiento? Según algunas opiniones de autores extranjeras basta una mera afirmación de paternidad o maternidad, sin que sea necesario una expresión de voluntad de efectuar el reconocimiento²⁶. Nos parece que el texto del art. 187 CC no apoya este postulado: no parece suficiente una mera afirmación accidental de paternidad, sino una expresión de voluntad de querer revelar públicamente que una determinada persona es hijo del autor del reconocimiento: debe declararse “con el determinado objeto de reconocer al hijo”.

Por cierto no es suficiente como reconocimiento el acto por el cual se expresa una cierta impresión o creencia de que tal persona puede ser hijo del reconociente. Debe existir una declaración de paternidad, sin que importen los motivos que llevan al autor a efectuar tal declaración.

²⁴ Podría objetarse la naturaleza de acto recepticio por no requerir la expresa aceptación del destinatario, pero parece evidente que, puesto que la ley otorga el derecho al repudio, la aceptación sigue siendo requerida, sólo que se presume por la falta de repudiación.

²⁵ Aun cuando la ley anterior no lo explicitara, la doctrina afirmaba que el reconocimiento era irrevocable y no susceptible de modalidades. Por todos, véase SOMARRIVA, M., *Derecho ... cit.*, pp. 514-517.

²⁶ ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, t. IV, p. 229.

En esto, por lo demás, no hay variación, puesto que con las mismas palabras se pronunciaba el antiguo art. 271.1° CC. Por ello sigue vigente lo sostenido unánimemente por la doctrina, en el sentido de que debe tratarse de una declaración de paternidad o maternidad “directa, dispositiva, no siendo por lo tanto suficiente una declaración meramente enunciativa o incidental”, aunque tampoco sea preciso explicitar la intención de otorgar al reconocido los derechos que le corresponden como hijo no matrimonial²⁷.

c) ¿Quién puede reconocer?

Según los arts. 186 y 187 CC puede reconocer la persona que se declara padre o madre de otra. No importa qué relación existe entre ambos, si están o no casados, o si existe parentesco que impida el matrimonio. No se necesita que se declare sobre quién es el otro progenitor del hijo, según lo aclara el art. 187.2 CC.

El autor del reconocimiento no debe probar la verdad de la paternidad o maternidad, ya que si no coincide con la realidad queda la posibilidad de que el hijo repudie o que la filiación así determinada sea impugnada. Pero parece claro que el reconocimiento se funda en una cierta presunción de que el declarante es en realidad padre o madre de la persona que reconoce como hijo suyo. De allí que sea razonable que si, en algún caso extraordinario, es indudable claro que el autor del reconocimiento no puede ser el progenitor del reconocido, como por ejemplo si el reconociente es menor en edad que el reconocido, el reconocimiento no será admisible como forma de determinación de la filiación, y deberá rechazarse por el Registro Civil si se pretende su subinscripción²⁸.

¿Puede reconocer una persona incapaz? Evidentemente no podría el demente o el sordomudo analfabeto ya que carecería de valor su declaración, por la incapacidad absoluta que les afecta. No procedería que el reconocimiento lo hiciera su representante legal por no haberlo autorizado la ley y tratarse de un acto personalísimo²⁹. El disipador podría reconocer sin el

²⁷ Por todos, SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 506, y FUEYO, FERNANDO, *Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Universo, Santiago, 1959, t. III, p. 449.

²⁸ ALBALADEJO, M., ob. cit., t. IV, p. 234.

²⁹ Para la legislación anterior, así SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 508. Se ha suprimido la excepción que introdujera la ley 19.089 de 1991, en el art. 271.1° CC y que permitía al representante legal de la madre demente o sordomuda reconocer un hijo. La eliminación de esta posibilidad se ha debido a que en el nuevo sistema la

concurso de su guardador ni de la justicia. El hijo menor adulto sujeto a patria potestad puede reconocer por sí mismo (art. 262 CC). Lo mismo se aplicará en caso de que esté sujeto a guarda por analogía³⁰.

El reconocimiento puede otorgarse por medio de mandatario, salvo que se trate de reconocimiento por acto testamentario: “El reconocimiento por acto entre vivos... podrá realizarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto” (art. 190 CC).

d)¿A quién se puede reconocer?

Se puede reconocer a cualquier persona viva, sea menor o mayor de de edad, capaz o incapaz, siempre que no tenga ya determinada una filiación sea de ambos padres o al menos respecto de un progenitor del mismo sexo que el que ahora pretende reconocer. Es lo que expresa el art. 189 CC, cuando dispone que “no surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta”. Debemos entender que se trata de una filiación incompatible con la que emanaría del reconocimiento. En este caso, el que quiere reconocer al hijo como suyo deberá impugnar la filiación determinada y reclamar judicialmente la que cree pertenecerle (art. 189.1 CC *in fine*). La sanción del reconocimiento que afecta a un hijo con filiación determinada no queda clara en la ley, pero parece claro que no puede ser la nulidad, ya que ello requeriría una declaración judicial en tal sentido. Nos inclinamos, entonces, por la inexistencia, ya que la ley declara que *ab initio* este acto no puede surtir efectos³¹.

maternidad quedará, en casos ordinarios, determinada por el parto, sin necesidad de reconocimiento, conforme al nuevo art. 183 CC.

³⁰ La doctrina anterior fundaba esta misma conclusión en los arts. 261 y 1005 CC que permitían a los relativos incapaces el otorgar testamento, que es una de las formas en las que puede otorgarse el reconocimiento (Cfr. SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 508). La ley N° 19.585 ha agregado a la norma equivalente a la del art. 261 CC, hoy art. 262 CC, que el menor adulto sujeto a patria potestad no sólo puede testar sino también reconocer hijos. Nos parece patente que la intención del legislador ha sido acoger lo consolidado por la doctrina bajo la anterior normativa, por lo que la declaración expresa del nuevo art. 262 CC no puede interpretarse *a contrario sensu* para negar ese derecho al disipador o al menor adulto no sujeto a patria potestad. Por lo demás, sigue vigente para estos últimos el argumento de que, de acuerdo con el art. 1005 CC, ellos pueden testar, lo que evidencia que también pueden reconocer hijos.

³¹ No puede así sostener que el reconocimiento permanece en estado de suspensión de efectos, hasta que se impugne exitosamente judicialmente la filiación incompatible. Una vez dictada sentencia acogiendo la impugnación, el padre o madre deberá otorgar nuevamente el acto de reconocimiento.

Se plantean dudas sobre dos casos: si es posible reconocer a un hijo concebido pero aún no nacido, y si es posible reconocer un hijo ya fallecido.

No existen normas expresas sobre el primer punto, pero del art. 181 CC que dispone la retroactividad de los efectos a la época de la concepción del hijo parece deducirse la factibilidad del reconocimiento del *nasciturus*.

Respecto del hijo fallecido, el art. 193 CC lo admite explícitamente: “si es muerto el hijo que se reconoce...”.

La doctrina anterior llegaba a las mismas conclusiones³².

e) Formas de reconocimiento

El reconocimiento es un acto solemne. Las solemnidades bajo las cuales puede otorgarse son las siguientes:

1º) Reconocimiento en la inscripción de nacimiento del hijo

Se tiene por reconocimiento el efectuado “ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo” (art. 187.1 CC). Aunque la norma no lo dice, es menester que la declaración sea recogida por la inscripción de nacimiento del hijo, según lo dispone el nuevo art. 31 N° 4 de la Ley de Registro Civil.

El reconocimiento puede ser tácito: “El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación” (art. 188.1 CC).

2º) Reconocimiento por acto entre vivos

Este reconocimiento puede constar en escritura pública o en acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil (art. 187 N° 2 y 3 CC). Se incorpora así al Código Civil la disposición de la ley N° 17.999, de 1981, que permitió el reconocimiento de hijo natural por acta extendida ante oficial del Registro Civil. Por eso, el art. 4 de la nueva ley deroga la ley N° 17.999. El

³² SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., pp. 514-515.

reconocimiento debe ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento (art. 187.3 CC y art. 6 N° 1 LRC)³³.

3º) Reconocimiento testamentario

Así lo expresa el art. 187 N° 4 CC: “en acto testamentario”. La ley confirma la opinión que ya la doctrina había afirmado³⁴ en el sentido de que la revocación del testamento no se extendía al reconocimiento de un hijo contenido en él: “el reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior” (art. 189.2 CC).

También debe subinscribirse este reconocimiento al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 187.3 CC y art. 6 N° 1 LRC).

4º) Reconocimiento por confesión judicial

Se ha mantenido esta forma de reconocimiento que es tradicional en nuestro sistema, y uno de los más utilizados en la práctica. Se trata de la gestión no contenciosa que consiste en la citación del supuesto padre o madre para que comparezca ante el juez y declare bajo juramento si es o no el progenitor de una determinada persona.

Por su trascendencia hacemos el comentario de esta gestión en el apartado siguiente.

f) La citación a confesar paternidad

La gestión está regulada en el inciso 2º del art. 188 CC. Se trata de un trámite no contencioso que puede ser solicitado por la persona que busca determinar su filiación (el hijo) o, si éste es incapaz, por su representante legal o incluso por cualquier persona que de hecho lo tenga bajo su cuidado.

El tribunal competente para conocer de esta gestión es el juez de letras con jurisdicción civil. No obstante, tratándose de menores de edad será competente el juez de menores del

³³ La derogación de la ley N° 17.999 puede plantear problemas en relación con la gratuidad de la actuación del Servicio de Registro Civil. Esta gratuidad está establecida en el art. 1º de la ley 17.999, y será derogada, sin que ella haya sido incorporada ni al Código Civil ni a otro cuerpo legal.

³⁴ SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., pp. 516-517.

domicilio del interesado, de acuerdo con el nuevo texto del art. 3 de la ley N° 14.908 (modificado por el art. 6 de la nueva ley).

El trámite consiste en la citación que se hace al supuesto padre o madre para que comparezca ante la presencia judicial con el objeto de declarar bajo juramento sobre su eventual paternidad o maternidad. La citación debe hacerse por medio de una notificación personal, y en ella se debe expresar el objeto de la misma³⁵. La declaración se hará ante el juez y previo juramento de decir la verdad.

La persona citada debe comparecer personalmente, no siendo admisible su representación legal.

En caso de concurrir y negar la relación filial, la gestión se entiende concluida y el afectado no puede volver a ser objeto de una citación en relación con el mismo supuesto hijo.

Si el citado no comparece puede ser citado por una segunda vez, dentro de los tres meses siguientes. En caso de que en esta segunda citación concorra pero niegue la relación filial o no concorra, la gestión se frustra, y al pretendido hijo sólo le quedará el camino de la determinación judicial por una acción de reclamación de estado.

Es de lamentar que en este punto el legislador haya optado por suprimir el derecho del supuesto hijo a pedir alimentos respecto del citado que no comparece a la segunda citación, lo que admitía el anterior art. 280.4° CC. En este punto, la ley ha operado una regresión en los derechos de los hijos no matrimoniales.

Si el citado al comparecer en la primera o segunda citación confiesa la paternidad o maternidad, esa declaración debe constar en acta, que es la solemnidad del reconocimiento. El acta deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. El tribunal de oficio debe remitir al Registro Civil copia auténtica de dicho instrumento.

No existen restricciones para solicitar la citación. Procede por igual respecto de personas solteras o casadas. No obstante, se señala que la citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra del citado, obliga a indemnizar los perjuicios causados (art. 188.4 CC).

g) La repudiación del reconocimiento

En una determinación que puede parecer extraña si se consideran las legislaciones que han adoptado el modelo europeo, del que se extrajo la nueva regulación de la filiación, la ley conserva la figura de la repudiación del reconocimiento en términos prácticamente idénticos a los consagrados por la regulación original del Código Civil, es decir, reservando este derecho al hijo³⁶.

Nos parece positivo que ello haya sido así, ya que es claro que en ocasiones el reconocimiento puede ser estimado por el hijo como un perjuicio más que un beneficio, sea moral o incluso patrimonial. Es justo pues que sea éste quien deba resolver, y que, salvo casos muy excepcionales, no puedan ser sus representantes los que decidan tan delicada cuestión.

Se evitan de esta forma los reconocimientos interesados fundados en la obtención de alimentos de un hijo que ha devenido en persona de fortuna cuantiosa o que se hace para sucederlo por causa de muerte.

Es obvio que sólo se puede repudiar el reconocimiento, y no así la determinación judicial de la filiación. Tampoco parece posible que pueda repudiarse el reconocimiento obtenido mediante la citación del supuesto padre o madre a confesar paternidad, puesto que como se hacía ver ya en la anterior regulación “¿Cómo podría repudiar el hijo un reconocimiento que él mismo ha provocado y perseguido?”³⁷. Se opondría a ello el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Veamos en seguida quién puede repudiar. Si el hijo reconocido está vivo y es capaz puede repudiar en un año contado desde que conoció el reconocimiento. Si es menor de edad, nadie puede repudiar en su representación; sólo él podrá hacerlo en el plazo de un año contado desde

³⁵ Se soluciona así la discordancia que existía entre el art. 271.5º CC, que no exigía que se expresara el objeto de la citación, y el art. 280.4º CC que sí lo hacía. Cfr. QUINTANILLA, ALVARO, en TOMASELLO, L., y QUINTANILLA, A., *Reformas al régimen matrimonial y de filiación*, Edeval, Valparaíso, 1981, p. 171 y p. 206.

³⁶ En el sistema europeo se exige el asentimiento del hijo sólo cuando tenga una cierta edad; si es menor a ella el consentimiento corresponde o a su representante o al otro progenitor que lo haya reconocido. Así, por ejemplo, el Código Civil español exige para el reconocimiento del hijo menor de dieciocho años el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del ministerio fiscal y del progenitor conocido. Se exceptúan los casos de reconocimiento testamentario o dentro del plazo para inscribir el nacimiento del hijo (arts. 123 y 124 CC). El Código Civil italiano requiere el asentimiento del hijo si el reconocimiento se otorga después de que éste haya cumplido los dieciséis años. Si el reconocido es menor, el progenitor que haya reconocido antes tiene derecho a repudiar, y en tal caso resuelve el juez, el que rechazará la oposición sólo si el segundo reconocimiento responde al interés del hijo (art. 250 CC). El B.G.B. alemán, por su parte, estableció también la necesidad del consentimiento del hijo, o de su representante en caso de ser menor de catorce años, para que el reconocimiento atribuya filiación (§§ 1600c. y 1600.d). La ley de reforma de 16 de diciembre de 1997 ha agregado además la necesidad del consentimiento de la madre (§ 1595.1 nuevo B.G.B.). Cfr. FURKEL, F., ob. cit., pp. 809-810.

que, llegado a la mayor edad, supo del reconocimiento (art. 191.1 CC). Caduca el derecho a repudiar si el hijo durante la mayor edad ha aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita (art. 192 CC).

Si el hijo llega a la mayor edad pero adolece de otra incapacidad, hay que distinguir. Si se trata de un disipador puede repudiar por sí sólo. Si se trata de un interdicto por demencia o sordomudez el acto de repudio puede realizarlo el curador con autorización judicial (art. 191.2 y 3 CC)³⁸.

El derecho de repudiar corresponde también a los herederos en dos casos. Primero si el reconocido es un hijo fallecido antes del reconocimiento, y segundo si el reconocido fallece siendo menor edad. En tales casos, los herederos del hijo pueden repudiar el reconocimiento, dentro del año siguiente al reconocimiento si se trata de hijo fallecido, o dentro del año siguiente a la muerte del hijo si se trata de hijo reconocido que fallece siendo menor de edad.

Tratándose de un reconocido que fallece llegado a la mayor edad pero antes de que expire el plazo que él tenía para repudiar, los herederos pueden efectuar la repudiación durante el tiempo que faltaba para completar ese plazo (art. 193.2 CC)³⁹.

La repudiación debe hacerse por escritura pública, la que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento (art. 191.4 CC cfr. art. 6 N° 1 LRC), siendo un acto irrevocable (art. 191.6 CC).

¿Qué efectos produce la repudiación? La repudiación impide que la filiación quede determinada, y por tanto priva retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes (art. 195.1 CC). Así, por ejemplo, el hijo no podría pretender suceder al padre que ha fallecido antes de que él repudiara el reconocimiento. En esto hay un cambio a la legislación anterior que incurría en el defecto de mantener en favor

³⁷ ALESSANDRI, A., ob. cit., p. 53.

³⁸ El curador deberá repudiar en el plazo de un año contado desde que tuvo conocimiento del reconocimiento.

³⁹ La ley ha mantenido las normas anteriores del Código sobre repudiación de la legitimación por subsiguiente matrimonio y de reconocimiento de la filiación natural. Por eso, pueden conservarse conclusiones obtenidas bajo la anterior regulación como por ejemplo que el plazo corre respecto de todos los herederos, sean o no incapaces o menores de edad; si entre los herederos hay disipadores no necesitan autorización judicial para repudiar; si existen menores de edad repudiarán por ellos los representantes legales sin que se requiera autorización judicial ya que la ley no la exige; si entre los herederos hay interdictos por demencia o sordomudez, en cambio, para repudiar necesita autorización judicial, ya que se señala que los herederos deben sujetarse a las disposiciones anteriores (art. 193 CC); si son varios los herederos no están obligados a proceder de consuno: unos pueden aceptar y otros repudiar; si el heredero durante la mayor edad ha aceptado el reconocimiento no puede repudiarlo. Cfr. ALESSANDRI, A., ob. cit., p. 26-28.

del hijo los derechos hereditarios que hubiere adquirido a pesar de haber repudiado el reconocimiento (anterior art. 209 CC)⁴⁰.

No obstante, el efecto retroactivo no altera los derechos ya adquiridos por los padres o terceros ni afecta los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción (art. 191.5 CC). La norma que mantiene los derechos adquiridos por los padres no debe extenderse al derecho hereditario que pudiere invocar el progenitor en la sucesión del hijo que reconoce, pues en tal caso la utilidad de la repudiación en este caso se vería seriamente mermada.

Si se trata de reconocimientos que determinan una filiación matrimonial sobrevenida o adquirida, la repudiación “impedirá que se determine legalmente dicha filiación” (art. 194 CC).

En cualquier caso, el autor del reconocimiento repudiado no puede recurrir a la acción de reclamación de estado ya que, según el art. 205 CC, ella sólo corresponde a los progenitores cuando el hijo no matrimonial tiene determinada una filiación diferente y no es susceptible de reconocimiento.

2.2.3. La sentencia judicial

Tanto el art. 183.2 CC, que se refiere exclusivamente a la maternidad, como el art. 186 CC, que comprende paternidad y maternidad, disponen que la filiación no matrimonial puede determinarse también por sentencia firme en juicio de filiación.

⁴⁰ Así se señalaba que se mantenía la validez de la partición que se hubiere practicado antes del repudio: “La partición, a pesar de haberse practicado con la intervención de una persona extraña, porque el legitimado, desde el momento en que repudió, perdió la calidad de heredero, es siempre válida, porque la repudiación no afecta los actos válidamente celebrados con anterioridad a ella” (Cfr. ALESSANDRI, A., ob. cit., p. 29).

Entendemos, sin embargo, que la privación retroactiva de derechos no afectará a los alimentos que haya recibido el hijo, o sus descendientes, en el intertanto, si fueron percibidos de buena fe por los alimentarios. Pensamos que puede aplicarse analógicamente el beneficio del art. 327 CC.

III. ACCIONES DE ESTADO FILIAL

1. Concepto y clases

Las acciones de filiación quedan comprendidas en la categoría más amplia de acciones relativas al estado de las personas o acciones de estado. Por ejemplo, lo son la acción de nulidad de matrimonio y en cierto sentido las de separación de bienes y de divorcio.

Las acciones relativas al estado filial según su objeto se clasifican en dos formas de acción: las que pretenden destruir la determinación de un estado filiativo reconocido oficialmente (las acciones de impugnación), y las que tienen por finalidad establecer un estado civil filial que era ignorado oficialmente (las acciones de reclamación).

Junto a ellas puede colocarse la acción de desconocimiento de la paternidad, y la de nulidad del acto de reconocimiento. Se trata de acciones residuales que, de alguna forma, son clases de acciones de impugnación del estado civil determinado, pero que no necesitan comprobar la falsedad de la filiación atribuida, bastando acreditar los supuestos que permiten el desconocimiento o que producen la invalidez del reconocimiento.

2. Caracteres de las acciones de estado filial

Podemos decir que las acciones de estado son indisponibles, irrenunciables, caducables y excepcionalmente transmisibles por causa de muerte. Pero estos caracteres se aplican únicamente a las acciones de estado filial, no a aquellas que consisten en la reclamación de las consecuencias patrimoniales que de ellas derivan (cfr. 195.2: “sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”).

1º) Indisponibles:

Las acciones de estado no pueden cederse a terceros, ya que se trata de acciones concedidas en atención a la persona del sujeto activo. Por lo mismo, no pueden ser objeto ni de transacción (art. 2450 CC) ni de conciliación judicial (art. 262 CPC).

2º) Irrenunciables

Lo señala expresamente el art. 195.2 CC respecto de la acción de reclamación: “el derecho de reclamar la filiación es... irrenunciable”. Pero debemos extender también la prohibición de renuncia a las acciones de impugnación, de desconocimiento y de invalidez del reconocimiento, ya que se trata de materias de orden público (cfr. art. 12 CC).

3º) Prescriptibles o caducables

Las acciones de estado civil caducan, a veces por el transcurso de un plazo (como en las acciones de impugnación, de desconocimiento o de invalidez del reconocimiento), o por la muerte del posible demandado, salvo excepciones (como en el caso de las acciones de reclamación de estado en determinados supuestos).

Por eso, la declaración que hace el art. 195.2 CC de que “el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible” debe entenderse referido a su extinción por el mero lapso del tiempo. Lo que es refrendado por el art. 320 CC que declara que “Ni prescripción ni fallo alguno” puede oponerse a los progenitores o al hijo que reclaman la determinación de la verdadera filiación.

Pero se aplica la prescripción (más bien la caducidad) cuando muere el pretendido hijo (art. 207 CC). Y también se extingue la acción de reclamación de estado por muerte del supuesto padre o madre, salvo que se aplique el caso especial regulado en el art. 206 CC, en cuyo evento la acción caduca por transcurso del tiempo.

4º) Transmisibles sólo en ciertos casos

Las acciones de filiación son transmisibles a los herederos una vez que se se han ejercido, caso en el cual los herederos podrán continuar la demanda o la defensa (art. 317 CC).

Si las acciones aún no se han ejercido, no hay transmisión del derecho a reclamar o impugnar la filiación, salvo que la ley así lo conceda expresamente. Así, por ejemplo, la acción de reclamación es transmisible a los herederos del hijo en el caso del art. 207 CC; también es transmisible la acción del marido para impugnar la filiación matrimonial o para desconocer al hijo (art. 213 CC) y la del hijo para impugnar el reconocimiento del padre (art. 216.3 CC).

3. Reglas generales en los juicios de filiación

Existen algunas reglas generales que serán aplicables a la generalidad de los juicios de filiación y a las acciones de estado filial. Casi todas están recogidas en el párrafo 1º del título VIII, dedicado a las acciones de filiación.

Veamos cuáles son estas disposiciones generales:

3.1. Competencia

A falta de norma en contrario, las acciones de filiación son de competencia de los tribunales ordinarios. Conocerán los jueces de letras con jurisdicción en lo civil. La competencia territorial la determinará el domicilio del demandado.

No parece que puedan someterse a arbitraje, en virtud del art. 230 COT, puesto que se tratará de juicios entre el representante legal y el representado⁴¹.

El procedimiento a aplicar será el del juicio ordinario, pero sin el trámite de conciliación obligatoria (art. 262 CPC). En el juicio se debe oír al defensor público (art. 366.1º COT).

No obstante, el procedimiento tendrá ciertas singularidades que se contienen en las reglas que a continuación estudiamos.

3.2. Admisibilidad de la demanda

El juez estará obligado a examinar previamente la demanda antes de resolver sobre ella y conferir el correspondiente traslado. Según el art. 196 CC, el juez sólo dará curso a la demanda “si con ella se presentan antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda”.

⁴¹ Así lo entendía la doctrina anterior para el juicio de investigación de la filiación natural. Cfr. SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 527.

La fórmula es amplia. No se precisa un antecedente escrito, bastaría quizás el ofrecimiento de una información sumaria de testigos que abonen los hechos en que se funda la demanda. La cuestión queda entregada a la prudencia de los tribunales.

Cuando el juez estime que no se han presentado los antecedentes suficientes para otorgar plausibilidad a los hechos invocados, debe declarar inadmisibile la demanda. No queda claro si es posible apelar de esta resolución, ya que no existe aún litigio, pero por analogía del art. 441 CPC podría estimarse procedente la apelación⁴².

En todo caso, la ley manda aquí al juez que de oficio ordene notificar la resolución por parte del receptor de turno a la persona contra quien se pretendía intentar la acción (art. 196 CC). Es una manera de poner sobre aviso al posible encausado de las intenciones del demandante.

No habiendo litigio, pensamos que la resolución que declara inadmisibile la demanda por esta causa, no produce cosa juzgada, y será posible intentarla nuevamente incrementando los antecedentes.

Del mismo modo, aunque el juez hubiera estimado *prima facie* que los antecedentes presentados eran suficientes, el demandado podrá impugnar esa decisión mediante la interposición de una excepción dilatoria (cfr. art. 303 N° 4 CPC), que deberá ser resuelta por el juez como incidente.

3.3. Régimen probatorio

a) Principio general

En esta materia, la ley ha querido facilitar al máximo la libertad para buscar la filiación verdadera y hacerla constar. Por eso, el título VIII del libro I se abre con una disposición que parece una declaración de principios de toda la normativa: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen” (art. 195.1 CC).

⁴² La Comisión de Constitución del Senado en su Informe complementario de 22 de julio de 1998 dejó constancia de que “en contra de dicha resolución [la que declara inadmisibile la demanda], procederán los recursos que sean pertinentes de acuerdo a la legislación procesal civil”.

Esta libertad de investigación, además de la exigencia leve en cuanto a la admisibilidad de la demanda, se revela principalmente en el régimen probatorio de los juicios de filiación.

De esta forma, se admiten todo tipo de pruebas (art. 198.1CC) y ellas pueden ser no sólo solicitadas por las partes sino también decretadas de oficio (art. 198.1). El juez podrá ejercer esta facultad tanto en el período probatorio, como a través de las medidas para mejor resolver.

Las pruebas de oficio podrán también ser decretadas en segunda instancia.

b) Restricciones a la prueba testimonial y de presunciones

Como es tradicional en estas materias, la prueba testimonial no puede constituir plena prueba: “será insuficiente por sí sola” (art. 198.2 CC).

Igualmente, las presunciones judiciales deben reunir los requisitos del art. 1712 CC (art. 198.2 CC). Es decir, necesariamente deben ser más de una, precisas, graves y concordantes entre sí.

Entre las presunciones que puede aplicar el juez, la ley regula la del concubinato de la madre con el supuesto padre durante la época de la concepción del hijo. Se señala que su comprobación “servirá de base para una presunción judicial de paternidad” (art. 210.1 CC).

A su vez, la excepción de haber la madre cohabitado con otro durante el período legal de la concepción (la clásica *exceptio plurium concumbentium*), no es suficiente para descartar la paternidad, pero el juez no puede dictar sentencia sin que se emplace al tercero que haya cohabitado con la madre (art. 210.2 CC).

c) La posesión notoria de estado civil

Una forma de presunción legal que es habitual para la acreditación de la filiación es la llamada posesión notoria del estado del hijo⁴³, que desde antiguo se compone de tres factores:

⁴³ Para CARBONNIER, J., ob. cit., p. 338, se trata de una presunción legal ya que “de un conjunto de hechos que por su exterioridad son fácilmente comprensibles – los comportamientos mutuos del hijo y de sus pretendidos autores, del resto de la familia, de los terceros- la ley concluye el hecho desconocido, la relación de filiación... Así como la

nombre, trato y fama. La ley N° 19.585 ha mantenido esta prueba de filiación, sacándola del título relativo a la prueba del estado civil, para regularla dentro las reglas probatorias de los juicios de filiación.

El contenido de la posesión notoria está descrito por la regla del art. 200.2 CC: “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”.

Para que esta posesión notoria pueda alcanzar el grado de plena prueba se requiere lo siguiente:

1º) Que haya durado a lo menos cinco años. Se rebaja a la mitad el plazo de diez años que exigían los anteriores arts. 271.3º y 312 CC.

2º) Que el plazo de cinco años haya sido continuo

3º) Que la posesión se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. Lo que se debe probar aquí, no es la filiación, sino la posesión notoria de aquélla. Pensamos que se aplica a la prueba de los hechos constitutivos de la posesión notoria la restricción de la prueba de testigos que, de manera general, dispone el art. 198.1 CC.

d) Las pericias biológicas

La regulación de la prueba biológica es una de las innovaciones más conocidas de la nueva ley. En primer lugar, debe considerarse que se trata de una prueba pericial (como lo dice expresamente el art. 199 CC), por lo que, salvo las reglas expresas contenidas en la ley, se aplicarán las normas generales de la prueba de peritos. En especial, debe advertirse la libertad del juez para sentenciar sin sentirse vinculado por los resultados de los informes periciales y examinarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica (cfr. art. 425 CPC). Es más, debiera cuidar la forma en que se ejecuta la prueba biológica, pues los grados de exactitud que proporcione

posesión hace presumir la propiedad..., la posesión de estado hace presumir la realidad jurídica de la relación de filiación correspondiente”.

dependen de los presupuestos metodológicos que se empleen⁴⁴. El juez no puede abdicar de la función que le ha encomendado la sociedad de juzgar en estas causas, y no puede sustituirse la convicción del tribunal por el automatismo de las pericias biológicas⁴⁵.

La ley, con acierto, ha hablado en general de pruebas periciales de carácter biológico, para permitir que en su regulación quepan todos los diversos métodos que existen -o puedan inventarse en el futuro- para indagar o excluir la paternidad. Así, no sólo el análisis comparativo de ADN queda incluido en esta regulación, sino también otras análogas (por ejemplo, la prueba hematológica y la de los antígenos HLA)⁴⁶.

Las reglas especiales que da la ley sobre este tipo de pruebas se refieren a tres aspectos: a quienes pueden nombrarse peritos y quién los nombra, el número de informes periciales que pueden decretarse, y finalmente las consecuencias de la negativa a someterse a alguno de estos exámenes.

En lo que dice relación con quiénes pueden ser peritos, la ley nomina especialmente al Servicio Médico Legal pero abre la puerta a otros “laboratorios idóneos” (art. 199.1 CC). De esta forma, se excluye el nombramiento de peritos a personas individuales que no estén organizados como empresas de análisis o laboratorios. No se aplican las reglas de nombramiento de peritos consignadas en el Código de Procedimiento Civil y la designación deberá ser efectuada

⁴⁴ DI LELLA, PEDRO, *Paternidad y pruebas biológicas*, Depalma, B. Aires, 1997, junto con hacer una detallada explicación de la forma en que se practican las pruebas biológicas en la actualidad, en especial la del test genético, es enfático en impugnar la afirmación que sostiene que, dando el examen de A.D.N. resultado positivo, el juez puede fallar tranquilamente a favor de la paternidad o maternidad investigada. Expone los problemas metodológicos y controversiales que aún tienen estas técnicas, principalmente la falta de uniformidad en el uso de las tablas poblacionales que permiten calificar la frecuencia de coincidencias genéticas. Según el autor, “el juez deberá requerir que el laboratorio le indique las tablas que utiliza, los motivos para inclinarse por ellas o por otras, los criterios de validez; si son autocreadas, en qué se fundaron; en cualquier caso, qué otros laboratorios, institutos o facultades los utilizan, etc.”(p. 58).

⁴⁵ Como sostiene DI LELLA, P., ob. cit., p. 58, “nadie puede pretender imponer un argumento ‘por autoridad’ simplemente fundado en que es el experto, porque si el dogmatismo le está prohibido al juez, con idéntico fundamento le estará prohibido al experto en que el juez se fundará” (p. 58). De esta forma, “Es ineludible concluir que estas pruebas bien realizadas son serias y dan un ‘indicio’ importante, pero de ninguna manera son concluyentes y mucho menos pueden constituirse en la prueba única en el proceso en el actual estado de la técnica y la investigación, en nuestro país, aunque no es difícil avizorar que en pocos años esta situación cambiará” (p. 59).

⁴⁶ Antiguamente la prueba médica aplicable en juicios de filiación era la que se basaba en la semejanza de caracteres antropomórficos. En 1930 nacen las pruebas hematológicas que permiten descartar o excluir la paternidad, aunque no afirmarla positivamente. En 1952, se descubren los antígenos del sistema HLA, y se logra así un método para incluir un padre alegado como biológico. A partir de 1985, comienza a aplicarse la técnica del polimorfismo molecular del ADN que logra mayores niveles de certeza en la inclusión. Dos son las técnicas más comunes: Southern Blot y PCR (Polimerase Chain Reaction). Cfr. VERRUNO, L.; HAAS, E.; RAIMONDI, E. y LEGASPE, E., *Manual para la investigación de la filiación*, Abeledo-Perrot, 2ª edic., B. Aires, 1994, pp. 24-28.

únicamente por el juez. Esta designación podrá ser realizada de oficio o a petición de parte (art. 199.1 CC).

Las partes tienen derecho, por una sola vez, a solicitar un nuevo informe pericial biológico. Entendemos que este derecho corresponde a todas las partes que figuren en el proceso y que no hayan solicitado anteriormente esa medida. Deberá pedirse una vez que se conozcan los resultados del primer informe pericial.

Finalmente, la consecuencia de la negativa injustificada a someterse a un peritaje biológico, “configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil” (art. 199.2 CC). No queda claro si la remisión se refiere al inciso primero (que establece que las presunciones judiciales para constituir plena prueba deben cumplir los requisitos previstos en el art. 1712 CC: graves, precisas y concordantes) o al inciso segundo que establece que una sola presunción puede constituir plena prueba. Aunque la letra del texto pareciera dar a entender que se refiere al segundo inciso del art. 426 CPC, la historia de su establecimiento comprueba que no es así; no estaba en la intención de los legisladores que el juez pudiera fallar, a favor o en contra de la demanda, basado únicamente en la negativa de someterse a peritaje biológico⁴⁷. Además, la referencia al inciso segundo sería ineficaz ya que la sola negativa podrá tener la gravedad pero no la precisión que el precepto exige para darle valor probatorio pleno con independencia de otras pruebas⁴⁸.

Es ésta también la solución más razonable ya que repugna que un juicio de la trascendencia como éste sea sentenciado pretendiendo el juez haber adquirido certeza sobre una

⁴⁷ Así, se deduce de la discusión particular que sobre este aspecto del art. 199 se realizó en la Sala del Senado en la sesión 18ª, L. 338ª ord., de 5 de agosto de 1998. En ella el Senador Larraín explicó el sentido de la norma aprobada por la Comisión de Constitución en su Informe complementario de 22 de julio de 1998, sosteniendo lo siguiente: “En definitiva, el sometimiento a la prueba es voluntario. Y si la persona no se somete, la negativa configura una presunción grave en su contra. Ello no constituye de por sí plena prueba, pero sí un elemento suficientemente importante, de gran peso, como para que el juez, junto a otros antecedentes, determine o deseche la paternidad”. La explicación del senador Larraín fue acogida en el debate por lo que parece claro que se estimó que el juez debe ponderar la negativa como una presunción grave, pero que debe buscar otros antecedentes complementarios para darle el valor de plena prueba.

El debate debe considerarse lo realmente decisivo para precisar el sentido de la norma. Por ello, la constancia que existe en el Informe complementario de la Comisión de Constitución de 22 de julio de 1998, en el sentido de que la negativa configura una presunción grave que, si además es precisa, permite al tribunal formar convencimiento en contra del que se ha negado a someterse a la prueba biológica, debe considerarse modificada por la discusión posterior en Sala.

⁴⁸ Como lo ha establecido nuestra jurisprudencia la precisión de la presunción se refiere a que “sea inequívoca, o sea que no se preste para deducir otras consecuencias diferentes a la deducida” (C Sup. 24 de junio de 1970, RDJ t. LXVII, sec. 1ª, p. 219, cons. 3ª). Parece claro que la sola negativa del demandado a someterse a un examen biológico no puede admitir como única lectura que reconoce los hechos afirmados en la demanda.

base tan feble como la mera resistencia del demandado a prestar su cooperación a una diligencia probatoria. La atribución o denegación de un estado filial no puede ser rebajada al nivel de sanción civil aplicable al litigante poco colaborador. En España, la jurisprudencia ha llegado a la misma conclusión y se ha negado a otorgar el valor de *ficta confessio* a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica⁴⁹.

En suma, la negativa injustificada constituye una presunción que como tal es prueba semiplena, aunque fundada, y que unida a otros antecedentes probatorios podrán formar la convicción del juez.

En todo caso, se desechó la opción de obligar por medio de apremios al demandado a someterse a las pericias, en consideración a la inviolabilidad del cuerpo humano y al derecho a la integridad física⁵⁰.

Se discutió también si era posible la práctica de estos exámenes de manera póstuma, exhumando para ello los restos del afectado. La Comisión de Constitución del Senado en su 2º Informe exigía que las pruebas biológicas se practicaran en vida del padre o hijo. Sin embargo, en el Informe complementario posterior la Comisión eliminó esa exigencia por considerarla restrictiva de la libertad de investigación y no tan perturbadora, atendida la excepcionalidad con que la nueva ley acepta la indagación de la filiación después de la muerte del progenitor⁵¹. A pesar de lo señalado por la Comisión, me parece dudoso que, cuando haya fallecido el padre, madre o hijo y entren a participar del proceso sus herederos, (sea continuando el juicio iniciado ya iniciado por el fallecido, o enfrentando un juicio iniciado después de la muerte del progenitor o del hijo, en los casos que así se permite), no puedan los sucesores ejercer todos los derechos que le hubiera correspondido a su causante, y entre ellos el del art. 199.2 CC. Debe advertirse que la norma señala que quien puede negarse es “una de las partes”, y por ello puede entenderse que si los herederos que representan al padre, madre o hijo fallecido se niegan a autorizar la

⁴⁹ Cfr. CASTRO GARCIA, JAIME DE, *La investigación de la paternidad*, Colex, Madrid, 1992, pp. 34-46.

⁵⁰ Así lo establecía la versión del proyecto aprobada en el 2º Informe de la Comisión de Constitución del Senado, facultando al tribunal para aplicarle al rebelde el apremio dispuesto en el art. 380 CPC.

⁵¹ Según la Comisión, “si la muerte ocurre estando pendiente el juicio, no resulta equitativo privar al actor de un medio de prueba relevante para su pretensión. Le mereció mayores dudas a algunos de sus HH. Señores integrantes la admisibilidad de estas pruebas cuando no se ha entablado la acción, sobre todo considerando que, si el demandado estuviese vivo, tendría siempre la posibilidad de negarse, a riesgo de presumirse la filiación; pero en definitiva se convino en aceptarlas, teniendo en cuenta los términos restringidos en que los herederos del difunto pueden reclamar la filiación de conformidad con el artículo 206, o sea, sólo cuando se trate de un hijo póstumo o cuyo padre o madre murió dentro de los 180 días siguientes al parto” (2º Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 22 de julio de 1998).

exhumación de los restos del difunto para someter su pretensión a peritaje biológico, el juez no podrá decretar dicho examen. Se aplicará, por cierto, la presunción grave en contra de la parte que se opuso a la práctica de la prueba.

e) Reglas de valoración comparada

La valoración de pruebas contradictorias queda, en general, sujeta a las reglas comunes. Sin embargo, el legislador decidió dictar una norma especial para orientar al juez al resolver en caso de conflicto entre la posesión notoria y las pericias biológicas.

La regla, en principio, ordena al juez otorgar preferencia a la posesión notoria, siempre que ésta esté debidamente acreditada (es decir, haya durado al menos cinco años continuos) (art. 201.1 CC).

Pero la norma es matizada, y en definitiva, se la deja a la prudencia del juzgador: “Sin embargo, si hubiesen razones graves que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico” (art. 201.2 CC).

La redacción del precepto no es satisfactoria, ya que como toda norma de compromiso es muy difícil de precisar su exacto alcance. Uno podría preguntarse ¿no habrá siempre razones graves para que la sentencia del juez afirme que es padre aquél que han designado los exámenes biológicos, sin perjuicio de otros derechos que puedan tener los guardadores de hecho?

Si lo que se quería evitar era que se destruyeran, por la mera demostración del vínculo sanguíneo, filiaciones que estaban ya consolidadas desde el punto de vista social, lo que debió hacer el legislador fue privar de la acción de impugnación a terceros cuando la filiación determinada estaba acompañada de posesión de estado (como se hizo parcialmente respecto de la maternidad: art. 218 CC). No parece que la solución más justa sea permitir el juicio, llegar incluso a admitir que quede en él constancia del vínculo de sangre mediante las pruebas biológicas, para luego decirle al juez que ignore esa constancia y declare padre o madre al que goza de la posesión del estado civil. Incluso para este “progenitor social” el daño ya estará hecho y difícilmente se mantendrá la estabilidad de su relación familiar cuando haya quedado patente en un proceso judicial que no se encuentra fundamentada en el vínculo biológico.

Habrá que esperar, sin embargo, la forma en que se aplique esta norma para emitir un juicio definitivo. Nuestra impresión es que los casos de confrontación raramente se presentarán, y que cuando ocurran el juez terminará decidiendo en favor del vínculo de sangre acreditado por la prueba biológica. El interés de quienes tenían la posesión notoria de padres podrá ser resguardado por la norma del art. 240 CC, que señala que si el hijo ha sido abandonado por sus padres y ha

sido alimentado y criado por otra persona, ésta tiene derecho a mantener el cuidado del niño hasta que el juez autorice su entrega a los padres y previo pago de los costos de crianza y educación.

3.4. Alimentos provisorios

Atendido que los procesos de filiación pueden tener una larga duración, la ley ha considerado la posibilidad de que se decreten alimentos provisorios en favor de quien demanda el establecimiento judicial de la filiación, mediante una acción de reclamación de estado. El art. 209 CC otorga al juez la facultad de decretar alimentos provisionales en los términos del artículo 327 CC.

La petición del demandante deberá sustanciarse como incidente en el juicio de filiación.

Por cierto, la petición de alimentos sólo procederá cuando el demandante, de obtener el acogimiento de su pretensión, tendría derecho a solicitar alimentos del demandado (por ejemplo por ser su padre). No procederá en cambio que se demande al supuesto padre y se reclame alimentos provisorios de sus ascendientes, puesto que éstos no son parte del juicio de filiación.

3.5. Reserva del procedimiento

El proceso de filiación está protegido por la reserva: “tiene carácter de secreto” dice el art. 197 CC. Por eso sólo tienen acceso a él las partes y sus apoderados judiciales.

No obstante, una vez dictada la sentencia de término el proceso deviene público, ya que no es imaginable que una cuestión relativa al estado civil de las personas, que ya ha sido resuelta, permanezca en el misterio. La salvedad la hace expresamente la norma: “hasta que se dicte sentencia de término” (art. 197 CC).

3.6. Cosa juzgada

La sentencia de término en el juicio de filiación produce cosa juzgada con eficacia general. Es lo que ahora afirma el art. 315 CC: “El fallo judicial pronunciado en conformidad a lo dispuesto en el Título VIII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos

relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea”. Se trata por tanto de una excepción al principio de la relatividad de la cosa juzgada consagrado en el art. 3 CC.

Una excepción tiene esta eficacia general. La cosa juzgada del juicio de filiación no puede oponerse a quien se presenta como verdadero progenitor de un hijo que pasa por hijo de otros o a quien se presenta como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce (art. 320 CC). Es decir, estas personas pueden ejercer la acción de reclamación del verdadero estado filial y para ello pueden impugnar incluso la filiación determinada por sentencia dictada en un juicio en el que no fueron partes (cfr. art. 220 CC). En tal caso, se ordena que las acciones de reclamación e impugnación se interpongan de acuerdo con las reglas del título VIII del libro I del Código Civil, y que se notifiquen “a las personas que hayan sido partes en el proceso anterior de determinación de la filiación” (art. 320.2 CC).

3.7. Medidas de publicidad

La sentencia que acoge la demanda de impugnación o de reclamación debe ser subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 221 CC).

La subinscripción es una formalidad de publicidad que hace oponible la sentencia a los terceros: “no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción” (art. 221 CC).

4. La acción de impugnación de la filiación determinada

Según el art. 211 CC, “la filiación queda sin efecto por impugnación de la paternidad o de la maternidad conforme con los preceptos que siguen”. De esta forma, es necesario distinguir entre la impugnación de la maternidad y la de la paternidad. Además, tratándose de esta última debe diferenciarse entre paternidad matrimonial de origen y paternidad extramatrimonial o matrimonial adquirida por reconocimiento.

Es necesario también aclarar que las acciones de impugnación proceden cuando la maternidad o la paternidad no se han determinado judicialmente. Si lo han sido, la impugnación procede con un régimen distinto que analizaremos al final de este apartado.

4.1. Impugnación de la maternidad

a) Unidad de régimen

La maternidad determinada, tanto la matrimonial como la extramatrimonial, puede ser impugnada de acuerdo con las mismas normas, que están contempladas en los artículos 217 a 219 CC. En esto, se mantiene el criterio original del Código de articular una misma forma de impugnar la maternidad.

b) Causas de impugnación

Manteniendo también la norma tradicional, el art. 217 CC señala que “la maternidad podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”.

Las causas de impugnación son, entonces, dos:

1º) Que no hubo parto realmente;

2º) Que sí lo hubo pero el niño que nació de la mujer fue reemplazado por otro, que no es el suyo.

En verdad, con la admisibilidad de las pruebas biológicas es bastante probar que el que pasa por hijo de la mujer no fue concebido por ella.

c) Titulares de la acción. Legitimación activa

Los arts. 217 y 218 conceden la titularidad de la acción de impugnación de la maternidad a las siguientes personas:

1° El marido de la supuesta madre: este querrá impugnar la maternidad para dejar sin sustento la presunción de paternidad matrimonial del hijo que se basa en esa maternidad;

2° La madre supuesta

3° Los verdaderos padre o madre del hijo

4° El verdadero hijo si éste fue suplantado por otro

5° El hijo supuesto

6° Toda otra persona a quien la maternidad aparente perjudique en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre⁵².

d) Plazo y condiciones de ejercicio de la acción

Si se trata del marido de la supuesta madre y de la madre supuesta la acción debe ejercerse dentro del año siguiente al nacimiento.

La acción de los verdaderos padre o madre, del hijo verdadero o del supuesto hijo es imprescriptible, en la medida en que se ejerza conjuntamente con la impugnación la acción de reclamación de la verdadera filiación. En realidad, sólo de esta forma podrían ejercerla los verdaderos padres y el hijo verdadero. El hijo supuesto podría, en cambio, ejercer sólo la acción de impugnación: en tal caso deberá ejercerla dentro del año contado desde que alcance su plena capacidad (art. 217.3 CC).

El plazo de un año de los sujetos anteriores, puede extenderse en el caso de salir inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa. En tal caso la acción se mantiene o revive por un año contado “desde la revelación justificada del hecho” (art. 217.4 CC).

Tratándose de las personas que resultan perjudicadas en sus derechos sucesorios, la acción sólo puede ser ejercida “siempre que no exista posesión notoria de estado civil” (art. 218.1 CC). Los que se opongan a la acción deberán probar la posesión notoria en los términos del art. 200

CC. Esta es una innovación respecto de la normativa anterior, y nos parece oportuna y conveniente. Aquí la posesión notoria deberá ser alegada por el demandado como excepción dilatoria, ya que debe probarse la ausencia de posesión de estado como presupuesto de ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad.

Además, la ley exige que los perjudicados interpongan su acción dentro del plazo de un año contado desde el fallecimiento del padre o madre supuestos.

La mención del padre en estos casos sólo se justifica tratándose de filiación matrimonial, ya que sólo en ésta la prueba de la maternidad determina también la atribución del hijo al marido de la madre por aplicación de la presunción de paternidad.

e) Legitimados pasivos

No resulta sencillo identificar quiénes son los legitimados pasivos en esta acción. Dependerá de quiénes son los demandantes. Así, si quienes ejercen la acción son la madre supuesta o su marido, el demandado deberá ser el hijo supuesto. Y a la inversa si demanda el hijo aparente deberá demandarse a la madre supuesta, y si está casada a su marido.

Si quien ejerce la impugnación es un tercero: por ejemplo, el progenitor verdadero, el hijo verdadero o un perjudicado en sus derechos sucesorios, deberán demandar tanto a la madre supuesta (y a su marido si está casada, a objeto de impugnar al mismo tiempo la paternidad matrimonial) como al hijo supuesto.

f) Sanción por el fraude

Se mantiene en el Código la norma que sanciona el fraude de falso parto o de suplantación del hijo determinando que el descubrimiento no aprovechará de manera alguna a los que hayan tenido parte en él, ni para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos o para sucederlo *mortis causa* (art. 219.1 CC).

⁵² Se ha suprimido así la contradicción que existía entre los arts. 275, 217 y 293 y siguientes del Código en cuanto a los legitimados para impugnar la maternidad natural determinada por reconocimiento. Cfr. SOMARRIVA, M.,

Se agrega que la sentencia que sancione el fraude o la suplantación, que necesariamente deberá ser penal, debe declarar expresamente la privación de derechos, y se subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 219.2 CC).

4.2 Impugnación de la paternidad matrimonial de origen

a) Desvirtuación de la presunción de paternidad

Respecto del hijo nacido o concebido dentro de matrimonio o nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo, para impugnar la paternidad se requiere destruir la presunción de paternidad del art. 184 CC.

La prueba en contrario estará dirigida únicamente a que el niño que pasa por ser del marido, en realidad no es hijo de él.

Se han suprimido las causales que abrían la puerta a esta acción en la normativa original del Código (imposibilidad absoluta de acceso y adulterio de la mujer).

No obstante, si se pretende la inaplicabilidad de la presunción por no ser la mujer del marido la verdadera madre del hijo, habrá que entablar la acción conforme a las normas de impugnación de la maternidad que acabamos de analizar.

b) Titulares de la acción. Legitimación activa

Los titulares de la acción son los siguientes:

1º El marido (art. 212 CC)

2º El hijo por sí (art. 214.2 CC).

3º El representante legal del hijo incapaz en interés de éste (art. 214.1 CC).

4º En caso de muerte del marido, los herederos de éste y los perjudicados por la pretendida paternidad (art. 213 CC).

c) Plazo y condiciones de ejercicio

Para determinar el plazo del marido, hay que distinguir si el nacimiento del hijo se produce existiendo separación de hecho entre los cónyuges o no. Si no la hay, el plazo es de ciento ochenta días; si existe separación el plazo se amplía a un año (art. 212.1 CC).

El plazo se cuenta desde que el marido conoce el hecho del parto. Pero aquí se mantienen las presunciones que establecía el Código en su texto original: si el marido reside en el lugar del nacimiento, se presume que lo supo inmediatamente. Si el marido se encontraba ausente del lugar del nacimiento, se presume que lo supo inmediatamente al volver a la residencia de la mujer. No operan las presunciones si el marido prueba que hubo ocultación del parto de parte de la mujer (art. 212.2 y 3 CC).

El hijo que es capaz puede interponer la acción dentro del año contado desde que alcanza la plena capacidad (art. 214.2 CC).

Por el hijo incapaz, el representante legal puede impugnar “en interés” de aquél, durante el año siguiente al nacimiento (art. 214.1 CC). Nos parece que ésta es una forma encubierta de otorgar la acción a la madre (mujer del marido), opción bastante discutible ya que conceder esta acción a la mujer adúltera puede ir en menoscabo del principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, sin que se divise cuál puede ser el interés del hijo que, una vez impugnada la paternidad, quedará sin filiación paterna determinada y con filiación no matrimonial respecto de su madre.

Finalmente, los herederos del marido o las personas actualmente perjudicadas por la pretendida paternidad sólo pueden ejercer la acción de impugnación si el marido muere sin conocer el parto o antes de vencido el término que él tenía para impugnar. En tal caso, el plazo del que disponen es el mismo término asignado al marido si éste no hubiere comenzado a correr, o el tiempo que faltare para completarlo, todo ello contado desde la muerte del marido (art. 213.1 CC).

No obstante, caduca el derecho de los herederos o terceros perjudicados si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (art. 213.2 CC).

d) Legitimación pasiva

Si es el marido quien ejerce la acción (o en caso de muerte de éste, los herederos o los perjudicados), será legitimado el hijo, que si es incapaz deberá ser representado.

Si es el representante legal del hijo o el hijo por sí mismo quien ejerce la acción, deberá demandarse al marido a quien se atribuye la paternidad.

La madre no está obligada a parecer en el juicio de impugnación de esta paternidad, aunque sí debe ser citada (art. 215 CC).

e) Conflictos de paternidades matrimoniales

Cuando, por no haberse respetado el plazo de la mujer para contraer nuevas nupcias, la aplicación de la presunción de paternidad favorezca a los dos maridos de la mujer: el anterior y el nuevo, debemos aplicar la norma del art. 130 CC.

Rigen las reglas del Título VIII, nos dice el art. 130.1 CC. Por ello cualquiera de los maridos podrá ejercer la acción de impugnación de la presunción de paternidad del otro. También podrá ejercer la acción el hijo o su representante legal. En caso de muerte de alguno de los maridos, sus herederos podrán también ejercer la acción. Se aplicarán los plazos de impugnación de la paternidad matrimonial, salvo que a la vez se reclame el establecimiento de la otra paternidad.

El juez deberá decidir tomando en consideración las circunstancias, dispone el nuevo precepto del art. 130 CC, agregando que las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos “serán decretados si así se solicita”. Como rigen las reglas del Título VIII, a las pruebas biológicas se aplicará la regulación del art. 199 CC. Por la misma razón, también deberá concederse preferencia a la posesión notoria de estado, en caso de existir ésta.

4.3. Impugnación de la paternidad no matrimonial

a) Supuestos que se incluyen

En este régimen de impugnación se atribuye principalmente a la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento. Pero también se extiende a la paternidad matrimonial adquirida cuando la paternidad se determinó a través de un reconocimiento realizado antes, en el acto o durante la vigencia del matrimonio.

Este régimen de impugnación aparece regulado en el art. 216 CC.

b) Titulares de la acción. Legitimación activa

Pueden impugnar esta paternidad:

- 1º El hijo por sí cuando sea capaz (art. 216.1 CC)
- 2º El representante legal del hijo en interés de éste (art. 216.2 y 214 CC).
- 3º Los herederos del hijo en caso de muerte de éste (art. 216.3 CC)
- 4º Los que prueben un interés actual en la impugnación (art. 216.5 CC).

c) Plazo y condiciones de ejercicio

El hijo capaz dispone del plazo de dos años contado desde que supo el reconocimiento (art. 216.1 CC). Hay que recordar que el hijo dispone de un año para repudiar el reconocimiento (art. 191 CC). De allí que la ley haya alargado el plazo para impugnar, ya que entonces vencido el término para repudiar, el hijo dispondrá de un año más para ejercer la acción de impugnación y comprobar judicialmente la falsedad del reconocimiento.

Si el reconocimiento se produce durante la incapacidad del hijo, se permite impugnar a su representante legal, durante el año siguiente al reconocimiento. Y si el representante no lo hace, el hijo dispondrá de la acción por el plazo de un año contado desde que alcance la plena capacidad. Por analogía con el art. 191 CC, debemos entender que este plazo se cuenta desde que, alcanzada la plena capacidad, supo del reconocimiento.

Si el hijo muere desconociendo el reconocimiento o antes de vencido el término que tenía para impugnar la ley otorga el derecho a sus herederos, excluido se entiende el supuesto padre o madre. En tal caso, los herederos deben ejercer la acción en el plazo de dos años si no hubiese comenzado a transcurrir o en el tiempo que faltare para completarlo, ambos contados desde la fecha de la muerte del hijo (art. 216.3 CC).

Finalmente, las personas que prueben un interés actual en la impugnación, tienen el plazo de un año desde que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho (art. 216.5 CC).

d) Legitimados pasivos

Si es el hijo, o su representante, quien ejerce la acción, deberá demandarse al padre reconociente. Lo mismo sucederá si impugnan los herederos del hijo.

Si se trata de los terceros interesados la demanda se dirigirá conjuntamente contra el padre y el hijo.

e) Impugnación de la paternidad matrimonial adquirida

Como sabemos, la filiación matrimonial puede determinarse por el matrimonio de los padres posterior al nacimiento del hijo, siempre que la maternidad y paternidad estén legalmente determinadas antes del matrimonio, o se determinen por reconocimiento en el acto del matrimonio o por instrumento posterior a la celebración.

Pues bien, cuando la paternidad de esta filiación haya sido determinada por un acto de reconocimiento, sea anterior, coetáneo o posterior al matrimonio que la produce, la impugnación de la paternidad se rige también por las reglas que hemos visto (art. 216.4 CC).

Pero existen algunas diferencias: sólo son legitimados activos el hijo, su representante o, en caso de muerte del hijo, los herederos de éste. No pueden impugnar esta paternidad los terceros que tengan interés en la impugnación (así se deduce de la ordenación de los incisos del art. 216 CC y de la expresión: “todo lo anterior se aplicará” del inciso 4 de dicho artículo que se refiere al supuesto).

El plazo en este caso es de dos años contados desde que el hijo supo del matrimonio o del reconocimiento que la producen (art. 216.4 CC). Lo mismo se aplicará al representante legal del hijo incapaz. Tratándose de los herederos, el plazo será el que corresponda al hijo o su residuo, contados desde su muerte.

4.4. Impugnación de la filiación determinada judicialmente

En principio, el efecto general de la cosa juzgada de estas sentencias contemplado en el nuevo art. 315 CC impediría que se pretendiera controvertir la filiación que ha sido objeto de un proceso y establecida por sentencia judicial.

Es lo que ocurre en el sistema español, por lo dispuesto en el art. 1252, equivalente a nuestro art. 315 CC⁵³.

No sucede lo mismo en nuestro nuevo régimen. Se ha preferido la tradición de nuestro Código Civil recogida en el antiguo art. 320 CC que permitía siempre a los verdaderos padres y al hijo legítimos el oponer su filiación incluso contra fallos judiciales dictados entre otras personas⁵⁴.

De esta forma, el nuevo art. 220 CC declara que “no procederá la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme”, pero agregando “sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 320”.

El nuevo texto del art. 320 CC es prácticamente idéntico a la norma anterior: “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”. Se agrega sí que las acciones deben interponerse de conformidad con las reglas establecidas en el título VIII del libro I, y que deben notificarse, en su caso, a las personas que hayan sido partes en el proceso anterior de determinación de la filiación.

Es decir, la filiación determinada por sentencia firme puede impugnarse si se cumplen los siguientes requisitos:

1º Que la impugnen, en su calidad de titulares de la acción de reclamación, los verdaderos progenitores (conjuntamente si son casados e independientemente si no lo son) o el verdadero hijo.

2º Que la filiación determinada por sentencia firme resulte contradictoria con la que pretenden reclamar

⁵³ A ello se une lo dispuesto en el art. 134.2 CC español. Cfr. ALBALADEJO, M., ob. cit., pp. 250-251.

⁵⁴ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. III, N° 2012, p. 136, comentando el anterior texto del art. 320 CC, decía que “la ley quiere que la verdadera filiación, la verdadera maternidad y la verdadera paternidad, puedan ser siempre reclamadas por los legítimos contradictores de ellos, sin que valga a impedirlo prescripción ni fallo alguno”. La nueva norma ha suprimido la restricción que el anterior texto hace en relación la imposibilidad de intentar la acción de maternidad ilegítima en contra de mujer casada, y la indagación de la filiación natural por otros medios que los admitidos. Este era el objeto de la frase final del art. 320: “se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 284 y 288”.

3° Que en el juicio de determinación de la filiación cuya sentencia se impugna no hayan participado como partes los que ahora impugnan.

4° Que se ejerzan conjuntamente las acciones de impugnación y de reclamación, en cumplimiento del art. 208 CC.

5° Que se notifique la interposición conjunta de las acciones de impugnación y reclamación a las personas que fueron parte en el proceso anterior, las que podrán defender en el nuevo juicio la filiación que se impugna.

A nuestro juicio, los titulares de esta especial acción de impugnación y los legitimados pasivos son sólo los mencionados en el art. 320 CC, que debe interpretarse restrictivamente por ser precepto de excepción. Es decir, únicamente corresponde al que se pretende padre o madre verdadero en contra del que pasa como hijo de otro u otros, y el que se presenta como hijo verdadero de un padre o madre, o ambos, que le desconocen. De esta forma, no se aplicará la acción ni a los herederos, en caso de fallecimiento, ni al representante del hijo incapaz⁵⁵.

5. La acción de reclamación de la filiación

5.1. Reclamación de la filiación matrimonial

a) Supuestos en los que procede

Cuando, por cualquier razón, no se hubiera determinado la filiación matrimonial por aplicación de la presunción de paternidad o por los requisitos que permiten la matrimonialización posterior del hijo no matrimonial, procederá la reclamación judicial de esa filiación.

⁵⁵ Nos parece que esta es la interpretación correcta dado que, si bien el inc. 2° del art. 320 CC se remite a las reglas del Título VIII donde se otorga legitimación activa o pasiva a otras personas como los herederos o el representante, esa remisión no debe autorizar el cambio de titulares fijados por el inciso primero de la misma norma, donde sólo se

b) Titulares de la acción. Legitimación activa

El art. 204 CC determina los titulares de esta acción. Son:

1º El hijo

2º Los padres

3º En caso de muerte del hijo, sus herederos

Es curioso que la ley no haya otorgado aquí legitimación al representante legal del hijo incapaz. Sólo en caso de muerte de uno de los padres procederá la actuación del representante del hijo por autorizarlo implícitamente el art. 206 CC.

c) Condiciones de ejercicio

La naturaleza bilateral del vínculo del estado de filiación matrimonial, se manifiesta aquí en lo referente a la titularidad de los progenitores.

Es así como no se permite a uno de los padres demandar unilateralmente la determinación judicial de la filiación matrimonial. Se exige que en el juicio de reclamación intervengan como partes ambos padres: “Si la acción es ejercida por el padre o la madre, deberá el otro progenitor intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad” (art. 204.1).

Como sabemos la acción de reclamación no caduca por el transcurso del tiempo. No hay plazo para interponer la demanda para el hijo o los padres. No obstante, en caso de morir el hijo, los herederos están sujetos a plazo: si el hijo fallece siendo incapaz, los herederos disponen del plazo de tres años contados desde la muerte. Si el hijo fallece dentro de los tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponde a los herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo (art. 207.2 CC).

Existiendo herederos incapaces la caducidad es suspendida: “El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad” (art. 207.3 CC).

mencionan a los padres y al hijo. La remisión que hace el inc. 2º es respecto de “las acciones que correspondan” a los titulares individualizados en el inc. 1º.

Nada dice la ley sobre si estos herederos deben interponer la acción conjuntamente. La indivisibilidad del estado civil así lo exigiría, pero el hecho de que estos herederos estarán interesados más bien en los efectos patrimoniales del estado permitiría afirmar la divisibilidad de la acción, por lo que la reclamación de estado sólo surtirá efectos para los herederos que hayan ejercido la acción⁵⁶.

d) Legitimados pasivos

Si son los padres los que reclaman la filiación matrimonial, el demandado será el hijo.

Si es el hijo, o sus herederos, quienes reclaman, la demanda debe necesariamente interponerse conjuntamente en contra de ambos padres (art. 204.2 CC). Este consorcio pasivo necesario es nuevamente exigido por la naturaleza bilateral del vínculo de la filiación matrimonial.

Por regla general, la acción debe intentarse mientras estén con vida ambos padres. Si la demanda ya ha sido notificada y muere uno de ellos, el proceso puede continuarse contra los herederos por disposición del art. 317 CC.

Se admite que la demanda se entable con posterioridad al fallecimiento de uno o ambos padres y contra sus herederos únicamente en un caso bastante restringido. La acción sólo puede ejercerse en los supuestos del art. 206 CC, es decir, cuando el hijo es póstumo o cuando el progenitor difunto ha fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. En tal caso, la acción de reclamación debe interponerse en contra de los herederos del padre o madre fallecido y conjuntamente contra el sobreviviente.

Debe advertirse, en consecuencia, que cuando el art. 317 CC reconoce como legítimos contradictores en los juicios de estado a “los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir ... la acción”, se refiere únicamente al supuesto reglado en el art. 206 CC.

⁵⁶ En el sistema anterior, se pensaba que los herederos del hijo fallecido podían reclamar judicialmente el reconocimiento forzado del padre o madre. Así lo sostiene ALESSANDRI, ARTURO, *Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la ley N° 10.271*, Ediar, Santiago, 1955, p. 42, pero sin entrar en la cuestión de cómo deben actuar para demandar. No obstante, cuando se refiere a la posibilidad de la repudiación de la legitimación por parte de los herederos, no ve inconvenientes en afirmar que si los herederos son varios no están obligados a proceder

La demanda en contra de los herederos está sujeta a un plazo; dice el art. 206 CC que la acción deberá interponerse “dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad” (art. 206 CC). De esta manera, hay que distinguir: si la acción es ejercida por el representante legal del hijo el plazo de tres años se cuenta desde la muerte del padre o madre; si quien ejerce la acción es el hijo los tres años se cuentan desde que haya alcanzado la plena capacidad.

El plazo de tres años contados desde la muerte del padre o madre se aplicará también cuando el hijo hubiere fallecido siendo incapaz. En ese caso la acción corresponderá a los herederos del hijo (art. 207)⁵⁷.

¿Qué decir para el caso de que quien ejerce la acción es uno de los padres en contra del hijo, si el otro ha fallecido? Como sabemos, el art. 204.3 CC exige la intervención en el juicio del otro progenitor, pero ¿se aplica en tal caso la norma restrictiva del art. 206 CC? Entendemos que la respuesta debe ser negativa, ya que el artículo 206 está pensado para el caso de que el hijo - o sus herederos- ejerzan la acción. Por eso, si quien demanda es uno de los padres matrimoniales, bastará con emplazar a los herederos del otro progenitor fallecido para que la acción pueda prosperar.

Otro problema en materia de legitimación pasiva: ¿pueden los padres ejercer la acción de reclamación en contra de los herederos del hijo ya fallecido? Parece que ello no será posible, ya que no hay norma expresa que así lo autorice. El art. 317 CC parece incluso excluir expresamente el supuesto, ya que sólo considera legítimos contradictores en los juicios de filiación, a los herederos del hijo fallecido “cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”. Por lo tanto, no serían legítimos contradictores los herederos cuando no asuman la calidad de demandantes, sino únicamente de demandados.

Finalmente, debe decirse que cuando se interpone la acción en contra de los supuestos padres matrimoniales, y el demandante invoca la presunción de paternidad como prueba de que el demandado es el progenitor, éste podrá excepcionarse probando en contra de esa presunción y acreditando que no fue quien engendró al hijo.

de consuno: “No se trata de un problema de divisibilidad o indivisibilidad del estado civil, sino de los beneficios patrimoniales que de la legitimación emanan y el derecho de herencia es esencialmente divisible” (p. 27).

⁵⁷ Podría pensarse que en tal caso los herederos del hijo disponen del plazo otorgado en el art. 207 CC: tres años desde la muerte del hijo (no del padre). Pero creemos que debe considerarse preferentemente la norma del art. 206 CC que claramente establece una excepción a la regla general que establece la extinción de la acción de reclamación en caso de muerte del supuesto progenitor.

5.2. Reclamación de la filiación no matrimonial

a) Titulares de la acción. Legitimación activa

Están legitimados activamente:

1º El hijo capaz

2º El representante legal del hijo incapaz

2º El padre

3º La madre

4º En caso de muerte del hijo, sus herederos

b) Condiciones de ejercicio

La acción del hijo y su representante, así como de cualquiera de los padres no está sujeta a caducidad por paso del tiempo.

En cambio, si tienen plazo los herederos del hijo: tres años desde la muerte, y si ha fallecido dentro de los tres años desde la plena capacidad, el tiempo que faltare para completar esos tres años. El plazo se suspende para los herederos incapaces (art. 207 CC).

El representante legal debe obrar únicamente en interés del hijo incapaz (art. 205.2 CC).

Como el estado de filiación no matrimonial es unilateral puede reclamarlo cualquiera de los padres con independencia del otro: “o a cualquiera de éstos...” (art. 205 CC).

Pero, tratándose de alguno de los progenitores, se exige que el hijo tenga determinada una filiación diferente (art. 205 CC) que sea incompatible -se entiende aunque la norma no lo diga- con la filiación que se pretende reclamar. Se explica esta exigencia por cuanto si se trata de un hijo de filiación no determinada respecto del padre que quiere reclamar el estado filial, le bastará a éste atribuirle ese estado por medio del reconocimiento, sin que sea necesario proceso judicial alguno.

De esta forma, la acción de reclamación de estado de los padres no matrimoniales es siempre una acción que debe ejercerse conjuntamente con la acción de impugnación de la filiación determinada incompatible. Por eso, el art. 205.1 CC dispone que se sujetarán a lo dispuesto en el art. 208 CC que trata de esta situación.

No podrán ejercer esta acción si el hijo ha repudiado el reconocimiento. En tal caso, prevalece la voluntad del hijo.

c) Legitimación pasiva

Si es el hijo quien reclama, o su representante, debe demandarse al padre o madre cuya filiación se pretende determinar. No es necesario que se demande a ambos conjuntamente como en la filiación matrimonial⁵⁸.

Nuevamente, en principio la acción sólo cabe intentarla en vida del supuesto padre o madre. Si ya se ha notificado la demanda, el proceso se sigue contra los herederos del demandado (art. 317 CC).

Si ya ha fallecido el padre o madre cuya filiación se pretende demandar, sólo podrá ejercerse la acción en contra de los herederos en el supuesto del art. 206 CC, que ya hemos analizado.

d) Reclamación de la filiación matrimonial adquirida

Existe un caso que no ha sido previsto expresamente por la ley. Sabemos que la filiación adquiere el carácter de matrimonial si, estando establecida respecto de ambos padres éstos se casan, o en caso contrario reconocen al hijo en el acto del matrimonio o con posterioridad a él.

Está claro que si los padres se han casado, el hijo común nacido antes del matrimonio que no ha sido reconocido, podría reclamar la filiación matrimonial, demandando conjuntamente a ambos progenitores, conforme con las reglas de la filiación matrimonial.

Pero, ¿qué sucede si la filiación está determinada sólo respecto de uno de ellos antes del matrimonio, y el otro no desea reconocer al hijo? En tal evento, pensamos que el hijo podría reclamar la filiación del padre que le desconoce, y como consecuencia, al tener ya la determinación del vínculo filial con el otro y la prueba del matrimonio entre ambos, adquirirá la filiación matrimonial.

Esta reclamación se conformará con las reglas de la reclamación de la filiación no matrimonial, ya que aunque se trata de propiamente de filiación matrimonial sólo se requiere el establecimiento de uno de los vínculos, estando el otro ya determinado.

6. Interposición conjunta de las acciones de impugnación y reclamación

Si se pretende reclamar al establecimiento de una filiación que resulta incompatible con la que se encuentra determinada legalmente, la ley exige que se interpongan conjuntamente, en el mismo proceso, las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la filiación que se pretende. Es lo que dispone el art. 208.1 CC.

Es más, tratándose de un progenitor no matrimonial esta interposición conjunta es requisito esencial, ya que sólo se permite la reclamación cuando existe determinada otra filiación diferente (art. 205.1 CC). Lo mismo se exige para la impugnación de la maternidad por parte de los verdaderos padres y el verdadero hijo (art. 217.2 CC).

De esta manera, se amplía el espectro de la titularidad de las acciones de impugnación del estado filial, ya que a las personas designadas expresamente por la ley -que ya hemos visto- deben siempre agregarse los titulares de la acción de reclamación de la filiación que resulte incompatible con la que está determinada.

La exigencia de tramitación conjunta de ambas acciones es positiva, ya que propende a que el hijo no sea menoscabado al pasar del estado de filiación determinada respecto de una persona al de filiación no determinada. Pero, en esta sede debió haberse pensado un poco más en el interés de aquel hijo que tiene determinada una filiación matrimonial y que goza tranquilamente de ese estado. Es indudable que la ley debió poner más atención y considerar que

⁵⁸ Pero parece claro que si lo que se pretende reclamar es la paternidad no matrimonial de un hijo de madre desconocida, difícilmente prosperará la acción de reclamación si no se demanda a la vez a la mujer que habría

en la mayor parte de los casos no resulta favorable al bienestar del hijo que esa posesión de estado sea perturbada por un tercero que aduce ser el verdadero progenitor del hijo por haber mantenido relaciones adúlteras con su madre. Se logre o no probar esta alegación en el juicio, el daño psicológico, afectivo y emocional ya estará hecho. Con mayor razón, si el juez sólo rechaza la demanda fundado en la prevalencia de la posesión notoria de estado del art. 201 CC. Nos parece criticable que, por esta vía, se permita a quien se pretende progenitor no matrimonial impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido constante matrimonio, e invocar en su favor el adulterio que habría cometido con la mujer del marido. Hubiera sido más sensato restringir en estos casos la titularidad de la acción de impugnación al marido (que pasa por ser el padre) y al hijo mayor de edad.

En los supuestos de interposición conjunta de acciones, el requisito de admisibilidad debe exigirse para ambas: para la impugnación y para la reclamación. Así no se dará curso a la demanda si únicamente se presentan antecedentes plausibles de los hechos en que se funda la impugnación, pero no de la reclamación del estado filial para el demandante.

En ocasiones, este ejercicio conjunto dará pie para la conformación de procesos pluripersonales, ya que deberán intervenir los legitimados tanto de la acción de impugnación como los de reclamación. En principio, deben aplicarse las legitimaciones activas y pasivas de ambas acciones, aunque muchas veces ellas coincidirán en las mismas personas físicas.

Cuando se interpone conjuntamente la acción de reclamación con la de impugnación, “no regirán los plazos señalados en el párrafo 3º de este Título” (art. 208.2 CC). De esta forma, la pugna entre prescribibilidad de la acción de impugnación e imprescriptibilidad (general) de la acción de reclamación se soluciona en favor de ésta última. Así, no se estima caducada por tiempo la acción de impugnación que se interpone conjuntamente con la de reclamación.

Pero se aplicarán tanto la titularidad como los términos excepcionales (por ejemplo en los arts. 206 y 207 CC) y condiciones de ejercicio de la acción de reclamación, de manera que si estos no concurren tampoco podrá prosperar la acción de impugnación.

¿Queda la duda de qué partido debiera adoptar el juez cuando admitidas a trámite ambas acciones, sólo se comprueba la falsedad de la filiación impugnada pero no la de la reclamada por el demandante? Nos parece que en tal hipotético conflicto el juez no puede aceptar una acción y rechazar la otra, sino que debe fallar, o acogiendo ambas acciones o rechazándolas también

conjuntamente. De esta forma se evita que por la decisión separada de la acción de impugnación de la de reclamación, resulte que el hijo quede sin filiación determinada.

7. Otras acciones de estado

7.1 Acción de desconocimiento de la paternidad del marido

El hijo que nace antes de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, a pesar de no haber sido concebido en él, resulta amparado por la presunción de paternidad, y por lo tanto tiene por padre al marido.

Pero como estamos frente a una presunción de paternidad que tiene un fundamento más frágil: la ley supone que el hijo fue concebido por obra de los que posteriormente se casan, se admite que el marido en este caso goce no de una acción de impugnación, sino de una de simple desconocimiento de la paternidad.

Para poder ejercer la acción se exige que el marido haya ignorado al tiempo de casarse la preñez de la mujer, y que no haya reconocido al hijo después de nacido por medio de actos positivos (art. 184.2 CC).

El desconocimiento debe ser objeto de una acción judicial, que se tramita en el plazo y forma de la acción de impugnación. Se aplican, por lo tanto, las reglas de los arts. 212 y siguientes.

La coincidencia de los plazos y forma no convierte esta acción en una de impugnación, porque en este caso lo que se pide al juez no es que compruebe la falsedad de la filiación presumida, sino únicamente que constate los supuestos de hecho del desconocimiento: esto es, que el marido ignoraba el embarazo al tiempo del matrimonio y que no reconoció al hijo por actos positivos. Como se trata de hechos negativos, la carga de la prueba recaerá en el demandado (el hijo, por sí o representado).

La madre debe ser citada al juicio, aunque no es obligada a parecer (art. 215 CC).

Obtenida sentencia favorable que aprueba el desconocimiento, ésta no constituye cosa juzgada en contra de la demanda que el hijo, o demás titulares de la acción, interpongan para reclamar la paternidad desconocida (art. 184.4 CC).

7.2 Acción de nulidad del reconocimiento

El reconocimiento por ser un negocio jurídico puede ser invalidado por carecer de los requisitos esenciales de todo acto jurídico. Si se invalida el reconocimiento cae también la filiación que se ha determinado en virtud de él (matrimonial sobrevenida o no matrimonial).

La nulidad del reconocimiento se rige por las reglas generales de la nulidad de los actos y contratos que establece el Código.

La ley de filiación solamente ha querido introducir una norma especial para tratar de la prescripción de la acción de nulidad por vicio de la voluntad.

Así, el art. 202 CC dispone que la acción para impetrar la nulidad del acto del reconocimiento por vicios de la voluntad prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de su otorgamiento o, en el caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiere cesado.

Es decir, la innovación consiste en que se restringe el plazo de cuatro años dispuesto por la normativa general (art. 1691.2 CC) a la de un año. La forma de computar el plazo es la misma que la establecida por las reglas generales: en caso de error o dolo desde la fecha del acto, y tratándose de fuerza desde que haya cesado.

Como no hay reglas especiales para establecer la legitimación activa en este caso, deberemos aplicar la norma del art. 1684 CC y entender que sólo pueden pedir la nulidad “aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o cesionarios”. ¿Quiénes son los beneficiados tratándose de la nulidad del acto de reconocimiento? Por cierto, en primer lugar lo será el mismo autor del reconocimiento afectado por el error, fuerza o dolo, pero además lo serán las personas que la ley autoriza a ejercer la acción de impugnación de la filiación determinada por ese acto de reconocimiento, incluidos aquellos que tienen acción para reclamar un estado filial que resulta incompatible con el atribuido en virtud de dicho acto. En este último caso, no se exige que se ejerza conjuntamente la acción de nulidad del reconocimiento y de reclamación, por lo que las acciones podrán interponerse por separado, primero la de nulidad y luego la de reclamación (si es que no cabe la determinación por un nuevo acto de reconocimiento del titular de la acción de reclamación).

La nulidad del reconocimiento no se limita, por cierto, a la presencia de vicios de la voluntad. Habrá también invalidez por falta de las solemnidades exigidas o por no haberse realizado por personas que no son capaces para reconocer. Esta nulidad se regirá completamente por las reglas generales.

En cambio, como ya lo hemos sostenido, el acto de reconocimiento de una persona que ya tiene una filiación determinada incompatible, más que nulo, es inexistente. Está privado de efectos *ab initio*, y sin necesidad de declaración judicial (cfr. art. 189 CC).

IV. LA SITUACION DE LA FILIACION TECNOLOGICA: HIJOS DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

1. La génesis del nuevo artículo 182 del Código Civil

El proyecto de modificación al Código Civil en materia de filiación no abordó sino hasta muy avanzado su trámite el problema relativo a los hijos concebidos mediante la aplicación de la tecnología reproductiva. Se entendía que ello era materia de una regulación especial, que se estudiaba – y se sigue estudiando- en el Senado.

En el segundo trámite constitucional, los senadores Núñez, Ominami y Ruiz Esquide propusieron limitar el derecho a la indagación de la paternidad o maternidad, cuando se tratara de hijos procreados a través de métodos de reproducción asistida⁵⁹. La Comisión de Constitución del Senado acogió en parte esta indicación, e introdujo un nuevo precepto para tratar de la filiación de estas personas. El texto se componía de tres incisos; uno por el cual se declara como padre y madre al varón y la mujer que se sometieron a las técnicas reproductivas; un segundo por el cual se prohíbe la impugnación de esa filiación o la reclamación de otra distinta, y un tercero en virtud del cual se señalaba que “el uso de gametos de otra persona en la fecundación no generará parentesco alguno y no se admitirá la alegación de paternidad o maternidad de aquélla”.

⁵⁹ Se sugirió incluir como inciso final del que hoy es el art. 195 CC (art. 193 en el proyecto), lo siguiente: “Quedarán exceptuados de este derecho los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, cualquiera sea el origen de los gametos usados en la fertilización. Se reputarán padre y madre el hombre y la mujer integrante de la

La norma, al principio, pasó ignorada, pero luego se advirtió el peligro que significaba, por una parte, legalizar indirectamente la técnica, y por otro contradecir el espíritu de la nueva regulación al prohibir la indagación de la identidad del verdadero progenitor biológico del niño concebido.

Durante la reelaboración que sufrió el proyecto en virtud del acuerdo de la Sala del Senado, la Comisión de Constitución en el informe complementario de 22 de julio de 1998 acordó suprimir el inciso tercero que se contemplaba el uso de gametos ajenos en estas técnicas.

Durante la discusión en Sala en el Senado, la norma así redactada fue segregada para su discusión particular. Finalmente, fue aprobada por 29 votos a favor, 10 en contra y una abstención.

En la Cámara de Diputados (en tercer trámite constitucional) el precepto también despertó inquietudes, pero nuevamente fue aprobado sin modificaciones.

2. El texto y el espíritu de la norma

El precepto es bastante parco. Dispone que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas” y que “No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (art. 182 CC).

El texto como tal es lo suficientemente ambiguo como para despertar aprensiones sobre su verdadero objetivo, en orden a legitimar todo tipo de procedimientos procreativos, llegando incluso a permitir que se sostenga no sólo la legalidad de las llamadas técnicas heterólogas (con uso de gametos ajenos a la pareja que desea el hijo), sino incluso las modalidades de gestación por cuenta ajena (“arriendo de úteros”). No obstante, la manifestación de esas dudas llevaron a los legisladores a explicitar durante la discusión en Sala que no era ese el propósito buscado por la norma, puesto que existía otra iniciativa legal donde se aborda el problema global de la regulación de estas técnicas.

pareja sometida a dichas técnicas que reconozcan al hijo como propio, en forma irrevocable mediante escritura pública”.

Los legisladores parecen contestes en estimar que el art. 182 CC no es una norma legitimadora de las técnicas sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social. No hubo pues un pronunciamiento sobre la licitud de los diversos procesos biomédicos, sino una atención a la situación del hijo que –contra la ley o de acuerdo con ella- ha sido concebido mediante este tipo de métodos.

Así queda constancia de lo que señalaron diversos senadores en la sesión dedicada a votar en particular este artículo: “La iniciativa en debate – declaró por ejemplo el senador Viera Gallo- no entra en el análisis de los temas de fondo atinentes a la fertilización asistida, sino que se refiere a una sola hipótesis que se está dando en la sociedad chilena”⁶⁰.

Es además un hecho que los senadores estaban pensando sólo en un cierto tipo de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, utilizando gametos propios o de terceros, mediante las cuales una pareja heterosexual pretende conseguir un hijo superando artificialmente su infertilidad natural.

No quedan incluidas por tantos otras modalidades reproductivas como la inseminación de mujer sola, la inseminación o FIV *post mortem*, la donación o transferencia de embriones, ni la maternidad por subrogación (por arriendo o comodato de vientres).

Finalmente, el objetivo de la norma es que la pareja heterosexual que acude a estas técnicas de reproducción mediante la utilización de gametos provenientes de terceros, no se vea perturbada por las posibles pretensiones de éstos de reclamar la paternidad o maternidad del hijo, mediante la utilización de las pruebas biológicas. Esta es la finalidad propia de la norma. Así lo explicó el senador Díez, quien votó favorablemente la disposición: “Es decir, aquella pareja que ha decidido someterse al procedimiento para lograr un descendiente consanguíneo de acuerdo con la legislación vigente, tiene la certeza de crear una filiación que no puede ser perturbada por terceros extraños a ambos, bajo ningún pretexto”. Este razonamiento es compartido por un buen número de senadores que insisten en aclarar el texto de la norma para evitar que se preste a interpretaciones abusivas⁶¹.

⁶⁰ Versión taquigráfica del Acta de la sesión 18º, leg. 338ª ordinaria, de 5 de agosto de 1998.

⁶¹ Así se dice que “el artículo mencionado señala que, cuando hay donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, los donantes no pueden reclamar la paternidad. O sea, lo único que la norma establece es que la acción de filiación no rige en este caso” (Senador VIERA GALLO); “...el argumento de que se puede hacer mal uso de la acción de filiación y reclamar una pretendida calidad de padre biológico quedando, en consecuencia, desprotegida la pareja que optó por la fertilización asistida, constituye un riesgo real” (Senador BOENINGER); “si no existiera una norma con la propuesta, podría suceder que un donador de gametos tenga la intención de dar un mal uso a la acción de filiación y al examen biológico, dejando desprotegidos a los padres que

3. Técnicas a las que se aplica la norma

De lo anterior, deducimos que la norma no se aplica a cualquier procedimiento reproductivo realizado al margen de la cópula natural, sino únicamente a los que cumplen los siguientes requisitos:

1º) Que quienes intentan procrear sean un hombre y una mujer, estén o no unidos por matrimonio. Se excluyen las mujeres solas o viudas y los proyectos de inserción de hijos en parejas homosexuales;

2ª) Puede tratarse de técnicas homólogas (con gametos propios de los interesados) o heterólogas (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos). No se incluye la gestación por cuenta ajena⁶².

3ª) Que el hombre y la mujer que desean ser padres se hayan sometido voluntariamente a la técnica. Aunque la ley habla de “someterse” y según el Diccionario el verbo someter no alude necesariamente a la voluntariedad (“Hacer que una persona o cosa reciba o soporte cierta acción”), nos parece obvio que la voluntad de los interesados debe exigirse para que pueda hablarse propiamente de técnica de reproducción asistida con efectos filiativos fundados en la “voluntad de recepción o acogida” del así concebido.

4. Determinación de la filiación

optaron por la reproducción asistida” (Senador PIZARRO); “el objetivo que se persigue es resguardar la posición de quienes han escogido ese sistema y, realmente, lo han empleado, frente a quien pudiera hacer un mal uso de derechos, pretendiendo los gametos” (Senador URENDA). Cfr. Acta de la sesión 18º, leg. 338ª ordinaria, de 5 de agosto de 1998.

⁶² En caso de llegar a nacer un hijo por medio de un contrato de maternidad subrogada, entendemos que el acuerdo adolecerá de causa y objeto ilícito, y no será ejecutable. La mujer gestante que haya alumbrado al hijo podrá adquirir el estado de madre, en virtud de la norma del art. 183 CC que determina la maternidad por el hecho del parto. Dudoso será en este caso si la mujer que ha aportado sus óvulos (madre genética) podría ejercer la acción de impugnación de la maternidad determinada por el parto para reclamar el establecimiento de su maternidad biológica. Por el contrario, creemos que esa acción no podría serle negada al hijo, en virtud del derecho fundamental a la identidad que incluye el conocimiento de sus orígenes.

4.1. Técnicas con uso de gametos propios

Pensamos que si se trata de las llamadas técnicas homólogas, el art. 182 CC no recibirá aplicación por ser desplazado por las normas generales que regulan la determinación de la filiación.

En efecto, si el nacimiento o la concepción tecnológica del niño acaecen durante el matrimonio de la pareja receptora, la maternidad quedará determinada por el parto, conforme al art. 183 CC, y la paternidad por aplicación de la presunción *pater is est* del art. 184 CC. No es necesario, para nada, sacar a relucir que se trata de una concepción lograda por aplicación de métodos artificiales.

Si la pareja que se somete a la técnica homóloga no ha contraído matrimonio, la determinación de la filiación se producirá con toda seguridad mediante reconocimiento otorgado en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 187 CC). Si uno o ambos padres no reconoce al hijo deberá reclamarse judicialmente la filiación, pero de nuevo no será necesario invocar el art. 182 CC, ya que mediante las pruebas biológicas se podrá acreditar la paternidad o maternidad discutidas. Por cierto, el hecho de que se pruebe que esos interesados consintieron en someterse a la técnica de la cual nació el hijo, constituirá un elemento probatorio importante en ese proceso. Pero se tratará de una probanza, no de un medio de determinación de la filiación.

4.2. Técnicas con uso de gametos ajenos

Es en este campo donde tiene lugar propio la función del artículo 182 CC, ya que de no existir la norma, el varón o la mujer que no aportó su material genético al proceso de procreación no podría ser considerado, salvo caso de adopción, padre o madre del niño.

En todo caso, la determinación no operará por la mera exhibición de documentos o declaraciones testimoniales que acrediten el sometimiento a la técnica. La ley no ha dado normas –ni creo que hubiera sido factible hacerlo– para que acceda al Registro la voluntad de procrear artificialmente un hijo.

Por esta razón, aquí la determinación se completará siempre con la sentencia judicial que constate que el hijo fue concebido por aplicación de una técnica de reproducción asistida y que el supuesto padre o madre se sometió voluntariamente a ella, estando consciente de la utilización de gametos de un tercero.

En el fondo, pueden darse dos situaciones. La primera – que será la más frecuente- que el hijo goce de una filiación determinada por otros medios que coincide con la que le atribuye el art. 182 CC. Por ejemplo, si es hijo de padres casados y se aplicó la presunción de paternidad del marido, o si es hijo de padres no casados pero ambos lo han reconocido voluntariamente. En tales casos, sólo frente a una demanda de impugnación de dicha filiación (por ejemplo, del marido que pretende desconocer su paternidad o del donante de gametos que pretende reclamar al hijo), se podrá oponer como excepción la norma del artículo 182 CC, y la sentencia que constate que se han producido sus presupuestos afirmará la filiación determinándola conforme a esa norma, es decir, por el hecho del sometimiento a esas técnicas reproductivas.

La segunda situación en la que puede encontrarse el hijo concebido por aplicación de estas técnicas, es que sea de filiación no determinada, por no haber tenido lugar las formas ordinarias de determinación. En tal caso, el hijo, o su representante legal, podrá ejercer la acción de reclamación de paternidad y maternidad contra el varón o la mujer que consintieron en la aplicación de la técnica, y la sentencia que así lo constate determinará la filiación conforme con el art. 182 CC.

En ambos casos, la sentencia debe acceder al Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento.

4.3. Impedimento para impugnar la filiación tecnológica

Según el art. 182 CC no puede impugnarse la filiación determinada conforme a la regla que él establece, es decir que son padres el varón y la mujer que se someten a la técnica.

La norma está claramente dirigida, en primer lugar, al miembro de la pareja que se somete a la técnica y que no aportó sus propios gametos en la fecundación. La ley le veda que entre a desconocer su paternidad o maternidad invocando la falta de vínculo de sangre. Esta prohibición de impugnar es operativa solamente cuando existe determinada una filiación para el hijo por otros

medios pero que coincide con la regla del art. 182 CC. El caso típico es el del marido que ha aceptado que su mujer sea inseminada con gametos ajenos y que luego pretende impugnar la presunción de paternidad. Lo mismo sucede, cuando se trate de padres no casados, si uno de ellos pretende ir en contra del reconocimiento que hizo del hijo.

También indirectamente se aplicará al aportante de gametos, que no podrá impugnar la paternidad o maternidad de los que consintieron en la técnica, como presupuesto de procedencia de una acción de reclamación de su propia paternidad o maternidad.

4.4. Imposibilidad de reclamar una filiación diferente

El inciso segundo del art. 182 CC dispone que no puede reclamarse otra filiación diferente a la establecida en virtud de su inciso primero. Según la historia de la disposición que acabamos de reseñar, la norma tiene un claro objetivo: impedir al aportante de gametos ajenos perturbar la estabilidad de la pareja que ha conseguido un hijo mediante la aplicación de una técnica heteróloga. De este modo, a un progenitor biológico se le niega la posibilidad de indagar y acreditar el vínculo que lo une con el niño que ha sido procreado.

4.5. Casos de excepción

Pensamos que la regla que niega la acción de impugnación y la de reclamación en estos casos, no puede aplicarse sino cuando se den los requisitos de aplicación de la norma. Concretamente, que se trate de una técnica a la que el varón y la mujer se sometieron voluntariamente.

Por ello, si se demuestra que uno de ellos no consintió en la sustitución de sus fuerzas generativas por material genético ajeno, esa persona podrá impugnar la paternidad o maternidad que hubiere sido determinada conforme con los medios ordinarios. Así, el marido que ignoró, o incluso se opuso a que su mujer fuera inseminada por gametos de un tercero, puede impugnar la paternidad del hijo que le atribuye la presunción de paternidad.

Del mismo modo, si el hijo queda con filiación no determinada al comprobarse que alguno de los integrantes de la pareja que accedió a la técnica no consintió en ella, él tendrá derecho a ejercer la reclamación de la filiación fundada en el vínculo sanguíneo en contra del progenitor biológico-aportante de gametos.

4.6. El derecho del hijo a indagar la verdadera paternidad

Al haberse expresamente suprimido el inciso del precepto que disponía que el uso de gametos ajenos no constituiría parentesco, se abre la interrogante de si, incluso fuera de los casos de excepción que hemos visto, conserva el hijo el derecho a impugnar la filiación tecnológica (de la pareja receptora) y a reclamar la indagación de la paternidad o maternidad biológicas (del aportante de gametos).

En contra, pueden darse los argumentos siguientes:

1º) El inciso tercero que señalaba que la donación de gametos no constituía parentesco se suprimió por considerarse incluido en el inciso segundo del art. 182, lo que consta en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución del Senado de 22 de julio de 1998, que afirma que ese inciso era “un simple corolario de las reglas precedentes”;

2ª) El inciso segundo al prohibir la impugnación y la reclamación no distinguen entre los posibles titulares, por lo que debe considerarse incluido también el hijo.

3º) Iría contra el propósito del legislador de dar estabilidad al grupo familiar en el que se inserta el hijo procreado tecnológicamente.

Sin embargo, tales argumentos pueden ser refutados, porque:

1º) No queda claro que el inciso tercero fuera suprimido sólo por considerársele repetitivo. No se explicaría el consenso logrado en tal sentido por quienes defendían el precepto y quienes lo atacaban justamente por impedir al hijo conocer su identidad biológica⁶³. Cuando el informe alude a que se trata de un simple corolario de las reglas precedentes, la referencia sólo se

⁶³ El Informe señala textualmente lo siguiente: “Pero con el objeto de no anticipar pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas técnicas, que corresponderá realizar en ese otro proyecto de ley [el de reproducción humana asistida], en particular sobre la aceptación o prohibición del uso de

aplica a la imposibilidad del progenitor biológico de reclamar su paternidad o maternidad, pero no al derecho del hijo a determinar su verdadera filiación. En el fondo, lo que nos viene a decir el Informe es que hubo consenso en no dar una regla especial en esta materia, y que mientras no se dictara la ley especial que se estudia debían regir las reglas generales.

2º) No parece posible decir que el hijo queda sin más incluido en la prohibición del inciso segundo, puesto que la norma debe interpretarse en el contexto general de la ley que es el de favorecer el derecho del hijo a conocer la identidad de sus padres.

3ª) La historia del precepto demuestra que los legisladores lo único que querían era evitar que el donante de gametos perturbara a la pareja que había conseguido un hijo por estas técnicas. En ningún momento se revela la intención de cercenar el derecho del hijo a conocer la identidad de sus verdaderos progenitores. Por otro lado, la estabilidad del grupo familiar en la que está inserto el hijo puede quedar protegida convenientemente cuando exista posesión notoria, de acuerdo con el art. 201 CC.

Por otra parte, el principio general expresado en el art. 195 CC en el sentido de que “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad”, que debe ser interpretado a la luz del derecho a la integridad psíquica protegido por la Constitución Política (art. 19, N° 1) y del derecho de todo niño a conocer, en la medida de lo fácticamente posible, a sus padres, manifestado en la Convención de los Derechos del Niño (art. 7), lleva a concluir que, a falta de norma expresa en contrario, el art. 182 CC no puede impedir al hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida con utilización de gametos de terceros, el ejercer las acciones de estado tendientes a establecer judicialmente quién es el progenitor biológico, en quien deben recaer también los deberes propios de la paternidad o maternidad.

V. EFECTOS DE LA DETERMINACION DE LA FILIACION

1. La eficacia retroactiva de la determinación

gametos de donantes, y el eventual derecho de la persona así concebida para conocer su progenitura biológica, optó por eliminar el inciso tercero, que, por lo demás, era un simple corolario de las reglas precedentes”.

La filiación es una relación natural que se origina con la concepción del hijo. Por ello, cuando ella se fija legalmente, la determinación, que no hace otra cosa que reconocer que una persona es hijo de otra, debe tener efectos *ex tunc*, desde la misma concepción del hijo. No es que la filiación tenga efectos retroactivos (la filiación ha estado siempre ahí), es más bien la determinación la que opera retroactivamente.

En esto la ley no ha hecho más que consagrar, y regular más explícitamente una conclusión que, después de la reforma de la ley N° 10.271, de 1952, se había consolidado en la doctrina dominante⁶⁴.

El art. 181 CC señala que “La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada” pero que una vez que ello ocurre tales efectos “se retrotraen a la época de la concepción del hijo”⁶⁵.

Por consecuencia, la relación filial se entiende constituida en el momento de la concepción del hijo y desde esa fecha deben aplicarse todos los derechos y deberes que corresponden.

Por eso se entiende que el hijo que logra determinar su filiación sólo después de la muerte de uno de sus padres (en los casos del art. 206 CC), y que, por tanto, al momento de abrirse la sucesión no podía ser estimado heredero del causante, deba ser considerado como tal. La determinación habrá operado con efecto retroactivo, por lo que se entiende que al morir el padre el demandante ya era hijo suyo y le fue deferida la herencia. Es lo que expresamente señala el art. 181.2 CC: “el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal”. Lo mismo debe aplicarse cuando el hijo es llamado a la sucesión por derecho de representación aunque el vínculo filial que le permite representar a su padre haya sido determinado con posterioridad a la apertura de la sucesión del causante.

⁶⁴ La cuestión se planteaba puntualmente respecto de la determinación de la filiación natural. ALESSANDRI, A., ob. cit., p. 46-50, sostuvo que el reconocimiento era atributivo, por lo que no tenía efectos retroactivos. SOMARRIVA, M., *Derecho* ...cit., pp. 533-534 refuta la opinión de Alessandri y defiende la tesis de la retroactividad de la determinación. En el mismo sentido, ROSSEL, E., ob. cit., pp. 271-272, y MEZA BARROS, R., ob. cit., t. II, pp. 108-110; QUINTANILLA, A., ob. cit., p. 187. En cambio, FUEYO, F., ob. cit., t. III, pp. 442-446, sólo consideraba retroactivo el reconocimiento forzado, y no así el voluntario.

⁶⁵ Podría objetarse que la norma se refiera a la época de la concepción y no al momento en que ella ocurre, pero lo que sucede es que este momento es normalmente desconocido y por ello existe una presunción de derecho de que la concepción podría haberse producido en todo un período. Dice bien el artículo cuando habla de época de la concepción. Debe entenderse que los efectos se retrotraen al día en que comienza dicho período (o sea al día trescientos antes del parto).

Queda la duda de si también se aplica la retroactividad hereditaria en beneficio de los padres. Por ejemplo, si un padre reconoce a un hijo no matrimonial después de fallecer, ¿tiene derecho a concurrir en su sucesión si era llamado a ella en calidad de tal, es decir, como ascendiente? Opinamos que sí lo tiene, ya que se aplica el principio general de retroactividad de la determinación del art. 181.1 CC, además por el principio de reciprocidad aplicable en materia sucesoria. El posible abuso en que podrían incurrir los progenitores al otorgar reconocimientos interesados, está neutralizado por el derecho de repudio que les asiste a los herederos del hijo fallecido.

En todo caso, este derecho del hijo –o del padre, en su caso- no es ilimitado, se extingue por la prescripción. Es lo que dispone el art. 181.3 CC, al señalar que el derecho del hijo a concurrir en sucesiones abiertas antes de la determinación “se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales”. De este modo, si al producirse la determinación ha transcurrido el plazo para que los coherederos adquieran por prescripción la herencia con exclusión del hijo que viene a determinarse luego, aquéllos podrán oponer con éxito esa excepción a la demanda de petición de herencia que éste pueda interponer.

2. Limitaciones a la retroactividad

2.1. Protección de derechos adquiridos

a) Período entre la concepción y la determinación de la filiación

Para este lapso existe una regla de protección absoluta respecto de los derechos adquiridos y de las obligaciones contraídas: dice el inciso 2º del art. 181 CC que no obstante la retroactividad general de la determinación de la filiación “subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación”.

Se exceptúan los casos en los que el hijo es llamado a una sucesión de su padre abierta con anterioridad a la determinación. También deben entenderse exceptuados los casos en los que el padre es llamado a la sucesión del hijo que se abre antes de la determinación de la paternidad o maternidad.

Nos parece que también cabe exceptuar de esta protección y aplicar la retroactividad, cada vez que no se trate únicamente de derechos y obligaciones particulares y concretas, sino de una entera cualidad o posición jurídica que depende de la existencia de la relación de filiación. Así, por ejemplo, si dos personas se casan y luego viene a determinarse que son hermanos, el matrimonio será nulo (art. 5 LMC). Lo mismo se aplicará si la relación filial es presupuesto para estimar adquirida la nacionalidad (cfr. art. 10 Const.)⁶⁶.

También se aplicará la retroactividad a otros casos en los que no hay propiamente adquisición de derechos que lo impidan. Así, por ejemplo, si el causante hace donaciones a una persona que después se determina como su hijo, procederá la acumulación de ellas de acuerdo con el art. 1185 CC. Si el causante paga una deuda de quien después se determina que es su hijo, ella deberá ser imputada a su legítima conforme con el art. 1203 CC. Si se hace una asignación testamentaria a quien después resulta ser hijo del notario, se producirá la nulidad de la asignación en virtud del art. 1061 CC⁶⁷. Del mismo modo, la determinación de la relación filial hará desaparecer el eventual delito de hurto por aplicación del art. 489.4° CP⁶⁸.

b) Período que va entre la determinación y la anotación registral

⁶⁶ Durante la discusión del proyecto la norma de la retroactividad mereció la aprensión de la Directora del Servicio de Registro Civil, ya que según ella la determinación de la filiación podría influir en la nacionalidad del inscrito, y sería el Servicio quien determinaría la calidad de chileno o extranjero. Frente a ello, la Comisión de Constitución acordó dejar constancia “que esta disposición del Código Civil está destinada a producir efectos civiles y no políticos, por lo que no altera las reglas sobre nacionalidad...” (2° Informe de 4 de noviembre de 1997). Pero, se quiera o no, es evidente que si las normas constitucionales que establecen la nacionalidad se refieren al estado de hijo, es inoperante la constancia de la Comisión, puesto que necesariamente habrá que aplicar el Código Civil que es el cuerpo jurídico que regula ese estado.

⁶⁷ Estos casos los menciona la doctrina anterior que postulaba la eficacia declarativa del reconocimiento de filiación natural. Cfr. SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 534.

⁶⁸ Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de marzo de 1954 estimó exento de responsabilidad penal al autor del delito de hurto si con posterioridad a la comisión del delito había sido reconocido como hijo natural por la ofendida. Cfr. FUEYO, F., ob. cit., t. III, pp. 444-445.

La ley se preocupa principalmente de los casos en que la determinación no es coetánea a la inscripción de nacimiento del hijo. Así sucede con el reconocimiento posterior y con la sentencia judicial dictada en juicio de filiación.

En estas situaciones la filiación está ya determinada y, por tanto, no se aplica la regla de protección del art. 181.2 CC. Pero bien puede suceder que terceros no estén en condiciones de conocer la determinación y podrían verse perjudicados por ese desconocimiento. Es así como la ley establece que los medios de determinación serán inoponibles a terceros de buena fe mientras no consten en el Registro Civil.

Lo dice el art. 189.3 CC para el reconocimiento: “no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento”. Y lo repite el art. 221 CC para la determinación por sentencia judicial: “La sentencia que dé lugar a la acción de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción”.

Se trata sólo de los terceros. Es decir, entre padre e hijo se producen todos los efectos aunque todavía no se haya subinscrito el reconocimiento o la sentencia.

Además, se exige que el tercero esté de buena fe. Esta se presumirá en virtud del art. 707 CC, pero podrá probarse en contrario que el tercero estaba al corriente de la determinación.

2.2. Prescripción de derechos y acciones

La norma del inc. 3º del art. 181 CC, al establecer que “todo lo anterior” se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y acciones, nos señala que la retroactividad de la determinación no impide que hayan operado las prescripciones, tanto adquisitivas o extintivas, si se han cumplido los requisitos generales que las rigen.

2.3. La cuestión de los alimentos

La retroactividad de la determinación de la filiación no afecta tampoco al derecho de alimentos. Esto por cuanto se aplica la regla del art. 331 CC en el sentido de que los alimentos sólo se deben desde la primera demanda. Este artículo no es alterado por la reforma⁶⁹.

En todo caso, debe entenderse que es primera demanda aquella en la que se pide alimentos provisionales como incidente del juicio de filiación (art. 209 CC).

2.4. No retroactividad de la calidad matrimonial de la filiación

Aunque la ley nada diga al respecto, parece ser de la naturaleza de la filiación matrimonial sobrevenida que ella, en cuanto tal, es decir, como matrimonial, no puede producir efectos con anterioridad al matrimonio de los padres⁷⁰.

Por cierto, esta conclusión tiene escaso relieve práctico ya que la ley no diferencia la eficacia de la filiación matrimonial y no matrimonial. Pero podría tener alguna significación respecto de negocios o actos testamentarios entre particulares.

Que éste es un criterio correcto lo demuestra el art. 2049 CC. Al tratar del censo con sucesión regular, establece que si concurren hijos matrimoniales de origen con hijos de filiación matrimonial sobrevenida, “se contará la edad de estos últimos desde el día del matrimonio”. Sólo si concurren exclusivamente hijos nacidos antes del matrimonio se cuenta la edad del día de su nacimiento.

3. Efectos especiales de la determinación judicial contra la oposición del padre o madre.

⁶⁹ La doctrina anterior lo invocaba también como limitación a la retroactividad. Cfr. SOMARRIVA, M., *Derecho...* cit., p. 534; ROSSEL, E., ob. cit., p. 272; QUINTANILLA, A., ob. cit., p. 187.

⁷⁰ La Comisión de Constitución del Senado rechazó una indicación destinada a hacer explícito este criterio, fundándose en la idea de no discriminar entre los hijos (2º Informe de 4 de noviembre de 1997). Pero el fundamento resulta erróneo ya que la ley diferencia los hijos en cuanto a la determinación de la filiación, y aquí la no retroactividad se refiere a la calidad matrimonial de la filiación, no a la filiación misma. La diferencia que podría existir con el hijo concebido antes de matrimonio y nacido después, se justifica por la estimación que la ley hace de considerarle como hijo matrimonial de origen. La regla no afectaba el principio de igualdad que se quería acoger respecto, y tan es así que la ley española, en la cual se basa gran parte de nuestra ley, no tiene inconvenientes en señalar que “la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores...” (art. 119 CC).

3.1. Regla general de privación de derechos

La ley ha distinguido claramente los efectos que se producen cuando la determinación de la filiación es judicial, por medio de sentencia obtenida contra la oposición del padre o madre. Para no herir el principio de igualdad, la ley ha buscado una fórmula abierta que incluya tanto a los hijos de matrimonio como a los no matrimoniales. Pero es manifiesto que la norma sólo resulta relevante en los casos de filiación no matrimonial, ya que los supuestos de determinación judicial de filiaciones matrimoniales serán rarísimos, si no inexistentes.

Se dispone, así, que “cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes” (art. 203.1 CC).

Es menester, entonces, que se trate de determinación judicial, en la que haya recaído sentencia firme estableciendo el vínculo filiativo. Además, debe tratarse de un juicio seguido “contra la oposición” del padre o madre demandado. Entendemos que existe oposición aun cuando no se haya contestado la demanda y se haya tramitado el juicio en rebeldía. La no contestación de la demanda constituye una defensa negativa, que satisface el criterio legal exigido; con su silencio el padre o madre demandados niegan lo que afirma el demandante, o sea, se oponen. Sólo el allanamiento a la demanda podría cambiar la calificación del juicio (aunque el mero allanamiento no pondrá término al juicio, es evidente que no se habrá tramitado contra la

oposición del progenitor)⁷¹. Además, siendo norma restrictiva la norma no será aplicable al padre o madre que intenta -sin éxito- impugnar la filiación ya determinada⁷².

La privación se extiende a todos los derechos legales que ostenta el padre sobre el hijo, tanto personales como patrimoniales. En cambio, subsisten todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento va en beneficio del hijo o de sus descendientes (art. 203.2 CC).

Para efectos de publicidad, la ley ordena que el juez declare explícitamente la privación de derechos del padre o madre en la sentencia que determina la filiación, y que de ello se deje constancia “en la subinscripción correspondiente” (art. 203.1 CC). Se entiende que es la subinscripción que debe hacerse de la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 221 CC).

3.2. Casos especiales

La norma del art. 203 CC es general y podría bastar para deducir por simple deducción los casos particulares a los que se aplica. Sin embargo, el legislador ha preferido optar por indicar en las principales situaciones que un determinado derecho no se confiere al padre o madre por afectarle esta privación.

La mención particular de la inhabilidad no quiere decir que ella sólo se produzca en los casos en los que la ley lo menciona expresamente. La mención es a título meramente ilustrativo y ejemplar. En los casos en los que no hay mención expresa, la privación procederá por la aplicación de la regla general del art. 203 CC.

⁷¹ Un problema especial plantea la posibilidad de que en el juicio contencioso en el que el padre o madre demandado ha comparecido, sea citado a absolver posiciones, y en esa diligencia confiese la paternidad o maternidad. Podría suscitarse la duda de si ese reconocimiento en ámbito judicial no es ya suficiente para estimar determinada la filiación, y si por ello el juicio debería expirar por falta de objeto. Nuestra respuesta es negativa: no hay reconocimiento si la afirmación de la paternidad o maternidad se hace en un acta de confesión judicial, ya que ésta no es instrumento hábil para contener un reconocimiento de filiación (el art. 187 CC se refiere sólo a la confesión prestada en una diligencia especial de citación, no a cualquier confesión). Por lo tanto, el juicio deberá proseguir y el juez podrá dar valor de plena prueba a la confesión de la paternidad o maternidad. Dictada la sentencia se entenderá, a pesar de la confesión del padre o madre, que el juicio se tramitó contra su oposición, ya que la absolución de posiciones opera sólo como medio de prueba y no puede cancelar la actitud general que el confesante ha asumido en el juicio para lograr el rechazo de la demanda. Con mayor razón, debe sostenerse esto último si procede la confesión ficta por no comparecencia del absolvente (art. 394 CPC).

⁷² Para la misma norma prevista en el art. 111.2ª del Código Civil español, la jurisprudencia ha establecido su inaplicabilidad al juicio de impugnación (S. de 23 de julio de 1987).

Veamos en qué casos la ley de filiación ha optado por aclarar que se aplica esta privación de derechos:

1ª Derecho de otorgar el asenso para que el hijo menor contraiga matrimonio: art. 109.2 CC.

2ª Derecho de ejercer la patria potestad: lo menciona expresamente el art. 203 CC.

3º Derecho de nombrar guardador testamentario al hijo: art. 357 CC.

4º Derecho a ejercer la guarda legítima del menor o incapaz: art. 368, 448.1º, 462.3º CC

5º Derecho a la sucesión abintestato del hijo: art. 994.2 CC

6ª Derecho a la legítima: art. 1182.2 CC.

En lo que concierne a la tuición del hijo la ley plantea una diferencia más fuerte respecto de los hijos de filiación no matrimonial. Sólo los padres que hayan reconocido al hijo tienen derecho a ejercer por el solo ministerio de la ley la tuición o cuidado personal del hijo no concebido ni nacido en matrimonio (art. 224.2 CC). La inhabilidad en este campo entonces se amplía a todos los padres no matrimoniales cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente, sea o no contra su oposición⁷³.

3.3. Extensión de la inhabilidad

Surge un problema sobre la extensión de esta inhabilidad: ¿ella se aplica sólo al padre o madre que se opuso a la determinación judicial o se extiende también a todos los ascendientes del hijo que provienen del vínculo con ese padre o madre inhabilitado?

Tratándose de una inhabilidad de carácter sancionatoria, corresponde una interpretación más bien restringida, por lo que pensamos que el art. 203 CC sólo se aplicará a los padres y no a sus ascendientes.

⁷³ La norma se refiere al “hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio” y podría dar la impresión que se aplica también al que ha devenido en matrimonial por el matrimonio posterior de los padres. Ello sería absurdo. La historia de la norma debe servir para corregir la redacción defectuosa y evitar esa conclusión. Originalmente el art. 224 hablaba del “hijo no matrimonial”, pero al ejecutar la Comisión de Constitución el acuerdo de la Sala del Senado de eliminar las denominaciones diferentes de hijos y parientes lo reemplazó por la expresión “hijo no concebido ni nacido en matrimonio”. En el Informe complementario de 22 de julio de 1998 se dejó constancia que el cambio de la norma tenía como único objeto el evitar el concepto de “hijo no matrimonial” desechado por la Sala del Senado. Hubiera sido más correcto emplear la expresión “hijo de filiación no matrimonial”.

Pero existe una excepción: la inhabilidad para la legítima se extiende a todos los ascendientes, pues así lo declara expresamente el art. 1182 CC: “No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre...”. La excepción resulta incongruente con el precepto del nuevo art. 994.2 que sólo excluye de la sucesión abintestato al padre o madre, pero no a los ascendientes que derivan de ellos el parentesco con el causante.

3.4. Excepción: los alimentos

La privación de derechos no incluye por sí misma el derecho de pedir alimentos al hijo. Tratándose de este derecho tan esencial, la ley ha sido más exigente para considerar inhábil al padre o madre para ejercerlo.

Requiere que el progenitor se haya hecho culpable de abandono del hijo en la infancia: “Quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición” (art. 324.3 CC).

3.5. El restablecimiento

La privación de derechos del art. 203 CC puede expirar si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta su voluntad de restablecerle sus derechos.

Este restablecimiento sólo compete al hijo, no a sus herederos. Es un acto personalísimo para el cual no se admitirá ni la transmisión ni la representación⁷⁴.

El acto de restablecimiento es solemne, y puede ser entre vivos o *mortis causa*. Si es entre vivos, requiere escritura pública. Si es *mortis causa* debe otorgarse en acto testamentario.

⁷⁴ El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados permitía actuar al representante legal del hijo. La Comisión de Constitución del Senado restringió expresamente la norma al hijo (cfr. 1º Informe de 20 de noviembre de 1996).

El hijo al otorgar esta rehabilitación del padre o madre no puede discriminar sobre los derechos que se restablecen. El acto de restablecimiento necesariamente debe ser total. Pero, obviamente, los progenitores sólo accederán a los derechos que aún subsistan de acuerdo a la situación en la que se encuentra el hijo⁷⁵.

El restablecimiento por escritura pública es irrevocable y produce efectos desde su subscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. Al parecer, aquí la anotación registral es solemnidad del acto y no mera formalidad de publicidad.

El restablecimiento por testamento produce efectos desde la muerte del causante, y siempre que no hubiere sido revocado por testamento posterior⁷⁶.

En cualquier caso, el restablecimiento no opera con efecto retroactivo, y el padre podrá ejercer los derechos que se le defieran coetáneamente o con posterioridad al restablecimiento⁷⁷.

⁷⁵ La Comisión de Constitución del Senado dejó constancia de este criterio: “El restablecimiento necesariamente debe ser total, entendiendo por tal a todos los derechos que subsistan, porque, al ser el hijo mayor de edad, habrá algunos que ya no se pueden ejercer” (1º Informe de 20 de noviembre de 1996)

⁷⁶ En su 2º Informe la Comisión de Constitución del Senado aprobó diferenciar la eficacia del restablecimiento por acto entre vivos y testamentario, justamente por considerar que, siendo el testamento por esencia revocable, no cabía en este caso afirmar su eficacia anticipada a la muerte del testador.

⁷⁷ El restablecimiento testamentario puede servir no sólo para suceder en la herencia del hijo fallecido, sino en la de sus descendientes, ya que no se le aplicará al padre la inhabilidad que el art. 1182.2 CC extiende a todos los ascendientes.

VI. PRUEBA Y ACREDITACION DE LA FILIACION DETERMINADA

1. Distinción entre prueba y acreditación de la filiación determinada

Cuando se ha determinado la filiación por cualquiera de los medios que la ley considera hábiles para ello, se fija públicamente la relación entre dos personas como generante y generado.

Con todo, la filiación determinada no es evidente y por tanto requiere ser probada cuando se pretenden derechos o deberes que se fundamentan en ella. Pero la prueba ya no tiene por objeto la existencia o no del vínculo de sangre entre padre o madre e hijo, sino únicamente la verificación de si se han producido respecto de ellos los medios de determinación legalmente admitidos.

La prueba de la filiación determinada se satisface con la comprobación de esa determinación.

La ley hace aquí nuevamente una distinción entre dos formas de constatación probatoria. Una de ellas es la judicial: con motivo de un juicio contencioso o de un acto voluntario se exige que se pruebe la relación filial. Se trata de probar en sentido estricto. Se habla entonces propiamente de prueba del estado filial determinado.

La segunda forma consiste en la constatación de la filiación, ya no en el contexto de un proceso judicial, sino en el tráfico de las relaciones entre particulares o entre los particulares y la Administración. La ley se refiere entonces a la “acreditación ante terceros” de la filiación determinada.

En los preceptos del título XVII reformados por la nueva ley se hace la distinción expresa entre acreditar frente a terceros y probar: así en los arts. 305 y 309 CC.

Por su parte, el art. 181 CC dispone que “la acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el Título XVII”. Este título trata en general sobre la prueba del estado civil, y entre ellos el del estado de padre, madre e hijo.

2. Medios de prueba y acreditación del estado filial determinado

Las partidas del Registro Civil son los medios de prueba y acreditación del estado civil por excelencia. Tratándose del estado filial, el art. 305 CC dispone que el estado civil de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de “nacimiento o bautismo”⁷⁸, o también por “la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo que determina la filiación”⁷⁹.

Estas normas establecen los medios de prueba sin distinguir cuál procede para cada estado filiativo. Pero es sencillo deducir la distinción según si la filiación determinada es matrimonial o no matrimonial:

a) Hijos de filiación matrimonial: La filiación matrimonial de origen se probará normalmente por la partida de nacimiento del hijo (donde constará la maternidad determinada por el parto) y la partida de matrimonio de los padres (por cuya fecha recibirá aplicación de la presunción de paternidad).

La filiación matrimonial sobrevenida se probará por la partida de matrimonio de los padres y la del nacimiento de los hijos o de las subinscripciones en que conste el reconocimiento o la determinación judicial de la paternidad o maternidad.

También, en casos extraordinarios, la filiación matrimonial se comprobará por la subinscripción de la sentencia que la haya determinado.

b) Hijos de filiación no matrimonial: Se puede comprobar su estado sea por la partida de nacimiento, cuando conste la maternidad o cuando se haya reconocido al hijo en el acto de la inscripción. Podrá también comprobarse por la subinscripción del reconocimiento (voluntario o provocado) o de la sentencia que determinó la paternidad o maternidad en juicio de filiación.

3. Medios supletorios

⁷⁸ Al parecer como un tributo a la normativa original del Código, la ley conservó la mención de las partidas de bautismo. Se habrá considerado seguramente que tales documentos pueden servir de prueba de nacimientos ocurridos antes de la vigencia de la primera Ley de Registro Civil de 1884. Cfr. FUEYO, F., ob. cit., t. III, p. 531.

⁷⁹ En verdad, el acto de reconocimiento y la sentencia que determina la filiación sólo son objeto de subinscripción (arts. 188.2, 187.3 y 221 CC y art. 6, N°1 y 3 LRC).

Es tradicional en el Código Civil dar valor a ciertos medios supletorios, cuando falten las partidas.

El art. 309.2 CC dispone que “la filiación, a falta de partida o subinscripción, sólo podrá acreditarse o probarse por los instrumentos auténticos mediante los cuales se haya determinado legalmente”.

La disposición se refiere a la filiación matrimonial cuando ha sido objeto de sentencia judicial. Alude también a la filiación no matrimonial, tanto cuando se ha determinado judicialmente como por acto de reconocimiento, que necesariamente constará en instrumento público.

Para que procedan estos medios supletorios es necesario justificar la ausencia o falta de la partida, ya que de lo contrario podría recibir aplicación – si se trata de prueba en juicio- el nuevo texto del art. 8 LRG que dispone que las sentencias judiciales y los instrumentos que deben ser inscritos o subinscritos no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción o subinscripción que corresponda⁸⁰.

4. Falta de medios supletorios

La falta de medios supletorios impide tratar de acreditar o probar judicialmente la filiación para pretender derechos o beneficios que la presupongan. En tal caso, la ley exige que primero se tramite el correspondiente juicio de determinación de la filiación. Es lo que dispone el art. 309.2 CC, cuando señala que, a falta de medios supletorios, “el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII”.

En este juicio la prueba de la filiación deberá dirigirse directamente a establecer el vínculo filial. Se trata entonces de prueba de la filiación misma, y no de prueba del estado civil de hijo ya determinado.

VII. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

1. Vigencia de la ley y derecho transitorio

La ley N° 19.585 establece, en su art. 9, que entrará en vigencia un año después de la fecha de su publicación en el Diario Oficial. Por lo tanto, la ley entrará en vigor el día 27 de octubre de 1999.

Existiendo un cambio en el estatuto de un estado civil tan trascendente era necesario que el legislador estableciera normas especiales para regular la forma en que se producirá la transición entre un régimen y otro. Los seis artículos transitorios se refieren a esta temática.

En principio, la ley sigue el criterio de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes en el sentido de que la nueva ley prevalece sobre la anterior desde el momento de su entrada en vigencia (art. 2 LERL) y que se respeta el estado civil que ya ha sido adquirido bajo el imperio de la antigua legislación, si bien los derechos y obligaciones anexos a ese estado pasan a regirse por la nueva ley (art. 3 LERL).

A continuación analizamos la situación en la que quedan los hijos nacidos antes de la entrada en vigor de la nueva ley, en lo que se refiere a la determinación de la filiación. Más abajo, nos detenemos especialmente en los derechos hereditarios y en las cuestiones de carácter procesal.

2. Situación de los nacidos antes del 27 de octubre de 1999

Para sistematizar esta materia conviene distinguir entre los hijos que tienen una filiación determinada de acuerdo con el régimen actual, y aquellos que no la tienen. Los que la tienen son los llamados hijos legítimos o naturales. Los que no la tienen son los llamados hijos simplemente ilegítimos (tengan o no derecho de alimentos).

⁸⁰ En cualquier caso, la ley N° 19.585 ha omitido zanjar la antigua disputa sobre si la procedencia de los medios supletorios exige que se justifique previamente la falta de la prueba registral. Cfr. FUEYO, F., ob. cit., t. III, pp. 537-

2.1. Hijos legítimos o naturales

a) Situación en la que quedan

Si se trata de personas que ya tenían una filiación determinada en conformidad a la ley anterior: eran hijos legítimos (por legitimidad o legitimación) o hijos naturales de padre, madre o ambos, su estado de hijo se mantiene. La ley pretende no hacer diferencias, pero es evidente que el hijo legítimo se considerará para los efectos que conciernan como hijo de filiación matrimonial, y, a su vez, el hijo natural tendrá la calidad de hijo de filiación no matrimonial.

El legislador sintió escrúpulos de explicitar derechamente esta conclusión, y sólo se avino a establecer que “Todos los que posean el estado de hijo natural a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, tendrán los derechos que ésta establece” (art. 1º trans.). La norma es poco afortunada, porque esta ley no establece ningún derecho para los hijos naturales: es obvio, sin embargo, que quiso referirse a los hijos de filiación no matrimonial.

Ahora bien como en sus efectos la filiación no matrimonial se ha equiparado a la matrimonial, se deduce que esos hijos tendrán, aunque sólo respecto del padre o madre que haya sido determinado y sus respectivos ascendientes, los mismos derechos que los hijos matrimoniales.

Respecto de los derechos de los padres sobre el hijo natural, si la paternidad o maternidad natural fue reconocida forzosamente, mediante juicio de filiación (o sea, en virtud del anterior art. 271 N° 2, 3 y 4 CC), ese padre o madre seguirá privado de derechos pues el art. 1º trans. señala que “tendrá la calidad, obligaciones y derechos que esta ley atribuye al padre o a la madre cuya paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición”. Y así, por ejemplo, no entrarán en el ejercicio de la patria potestad que esta ley concede a los padres no matrimoniales.

Entendemos, sin embargo, que el hijo podría reponerle en el ejercicio de sus derechos de acuerdo con el nuevo art. 203 CC, otorgando ese acto de restablecimiento bajo la nueva legislación.

b) Impugnación de la calidad de legítimos o naturales

Esta materia está regulada por el art. 5° transitorio. Es posible la impugnación de la filiación que estuviere determinada antes de la entrada en vigor de la ley N° 19.585, pero la titularidad de la acción y la forma en la que procede se sujetan a las nuevas disposiciones.

En relación con el plazo de caducidad de la acción, se distingue si ya hubiere comenzado a correr o aún no, según la antigua regulación. En el primer caso, el plazo se rige por las disposiciones antiguas. Así por ejemplo si la ley comienza a regir a los 30 días de nacido un niño dentro de matrimonio, el marido podrá impugnar la paternidad sólo en los 30 días restantes (hasta completar los sesenta días del anterior art. 183 CC). Por cierto si el plazo ya ha vencido bajo la normativa que se deroga, la acción de impugnación no se renovará en virtud de la nueva ley.

Si el plazo para impugnar, en conformidad a la anterior, no hubiera comenzado a correr al momento de entrada en vigencia de la ley N° 19.585, no sólo la titularidad y la forma, sino también la extensión del plazo se rige por la nueva normativa. Así, por ejemplo si el marido al 27 de octubre de 1999 ignora aún el parto del hijo concebido durante el matrimonio y por tanto el plazo del anterior art. 183 CC no ha comenzado a correr, se aplicará íntegramente el nuevo término del art. 212 CC (ciento ochenta días o un año), el que se contará desde que ocurran los hechos previstos en la nueva norma.

Debe tenerse en cuenta que no podrá impugnarse o desconocerse la filiación si respecto de ella existe sentencia judicial que produce cosa juzgada. Así lo prescribe el art. 6° trans.: “la presente ley no alterará el efecto de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque resolvieren sobre acciones de estado civil, de desconocimiento, impugnación... de la filiación, paternidad o maternidad”.

La restricción se aplicará también a las sentencias que hayan rechazado la acción de nulidad de un reconocimiento de hijo natural o de una legitimación voluntaria, ya que el precepto se refiere en general a “las acciones de estado civil”.

c) Repudiación del reconocimiento o de la legitimación por matrimonio subsiguiente

El hijo que tiene la calidad de legítimo por legitimación voluntaria y aquel que tiene la calidad de natural por reconocimiento voluntario al momento de entrar en vigencia la nueva ley, mantiene su derecho a repudiar la legitimación o reconocimiento, siempre que los plazos para ejercer tal derecho no hubieren vencido bajo la legislación anterior.

Si ya han comenzado a correr pero no han expirado aún, en su duración se rigen por la ley antigua, pero la titularidad y la forma de efectuar el repudio se sujetan a las disposiciones nuevas. No parece, en todo caso, que haya diferencias sustanciales en estos aspectos entre ambas regulaciones.

Si los plazos para repudiar no se han iniciado, entonces tanto en su duración, como titularidad y forma de ejercicio, el derecho de repudio se sujeta a la nueva ley (art. 5º trans.).

d) Reclamación de una filiación distinta a la determinada

Si los hijos o los padres que pasan por legítimos o naturales pretenden reclamar la determinación de una filiación distinta a la fijada en conformidad a la ley anterior, sólo podrán hacerlo si primeramente están en condiciones de impugnar la filiación establecida (o de repudiar el reconocimiento o la legitimación) en conformidad a las reglas del art. 5º trans. ya visto.

Además deberán cumplir los requisitos para reclamar la nueva filiación, en conformidad con los arts. 2º y 5º trans. Las limitaciones para ejercer la acción de reclamación las comentaremos al tratar de los hijos sin filiación determinada.

2.2. Hijos sin filiación determinada

a) Reclamación de la filiación

Estas personas podrán ejercer las acciones de reclamación de estado de la presente ley de acuerdo con las normas establecidas en ésta (art. 2º trans.).

Este derecho a reclamar el establecimiento de la filiación compete a todos los hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que tengan la calidad de simplemente ilegítimos. Corresponde también a los hijos simplemente ilegítimos que hayan ejercido las citaciones para confesar paternidad de los arts. 271 N° 5 y 280 N° 4 CC, sin haber obtenido la calidad de hijos naturales o de hijos simplemente ilegítimos con derecho a alimentos (art. 2° trans.).

Del mismo modo, “la persona que hubiere intentado una acción para obtener alimentos conforme con el anterior artículo 280, números 1°, 2°, 3° o 5° del Código Civil, podrá demandar la reclamación del estado de hijo de acuerdo con las disposiciones de la presente ley” (art. 2° trans.). Nos parece que la regla se aplica tanto si esas acciones ejercidas han sido acogidas como si han sido rechazadas. En ambos casos, los hijos no tienen establecida su filiación paterna o materna.

No señala expresamente la ley, qué sucede con los hijos simplemente ilegítimos que han conseguido derecho de alimentos en virtud de las citaciones del art. 280 N° 4 CC, pero es evidente que igualmente procederá su derecho a ejercer la reclamación de filiación, ya que se les aplica la norma general del art. 2° trans. que asigna ese derecho a “las personas que a la entrada en vigencia de esta ley no tengan una filiación determinada...”. Y es claro que los hijos simplemente ilegítimos no tienen una filiación determinada. La concesión de derecho de alimentos en estos casos no constituye reconocimiento de estado civil de hijo.

b) Limitaciones para reclamar la filiación

1ª Plazos que hubieren empezado a correr:

Si los plazos de reclamación que hubieren comenzado a correr se sujetan en su duración a las disposiciones antiguas. La titularidad y la forma en que deben ejercerse las acciones se rigen por la nueva ley. Si los plazos no han comenzado correr al momento de entrada en vigencia de la ley nueva, aunque se trate de hijos nacidos antes de ella, se ajustarán en todo a la nueva normativa (art. 5° trans.).

La cuestión, sin embargo, parece que no se presentará: la anterior regulación no fija plazos para el ejercicio de la acción de reconocimiento forzado (sólo pone como límite temporal

que la demanda se notifique en vida del supuesto progenitor). Por otro lado, la nueva sólo fija plazos tratándose de demanda de los herederos del hijo fallecido (art. 207 CC) o contra el padre o madre muerto (art. 206 CC).

2º Reclamación *postmortem*:

No puede reclamarse la filiación si el supuesto padre o madre o el supuesto hijo han fallecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley nueva (art. 5º trans).

Esta regla general admite una calificada excepción: se permite reclamar la filiación cuando el padre o madre ha fallecido siempre que se den los presupuestos del nuevo art. 206 CC (si el hijo es póstumo o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto). Lo mismo se autoriza en caso de premuerte del supuesto hijo en el supuesto del art. 207 CC (ejercicio de la acción por los herederos). Pero en ambos casos la acción debe ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la nueva regulación (art. 5º trans.).

Es un plazo fatal de caducidad para todas estas acciones. En todo caso, pensamos que si, por la sola aplicación de las normas de los nuevos arts. 206 y 207 CC, el plazo, contado desde la fecha de entrada en vigencia de la ley, es menor de un año, la acción se extingue en el término previsto en dichas normas, que son las definitivas y deben primar por sobre las transitorias si éstas se remiten a ellas.

La determinación realizada en forma póstuma tiene sin embargo una fuerte restricción de carácter patrimonial: “la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros” (art. 5º trans.). Por eso, el hijo no podrá concurrir en la sucesión de su padre o madre fallecido con anterioridad a la vigencia de esta ley, y lo mismo ocurrirá con el padre o madre que establezca la filiación del hijo prefallecido. Hijos o padres en su caso podrán concurrir en las sucesiones que se abran con posterioridad a la determinación (por ejemplo respecto de otros ascendientes o descendientes).

3ª Protección de la cosa juzgada

No se puede reclamar la filiación que ya fue objeto de un litigio y ha terminado por sentencia que produce cosa juzgada. Así se establece en varias normas transitorias: el art. 2º trans.

señala que procede la acción de reclamación “salvo lo dispuesto en el artículo 6° transitorio” y el precepto citado dispone que “la presente ley no alterará el efecto de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque resolvieren acciones de ... reclamación de la filiación, paternidad o maternidad....” (art. 6° trans.)⁸¹.

Esto mismo lo establece en forma especial el art. 5° trans. para el caso de reclamación *postmortem*:. El artículo admite la reclamación “siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad”.

No hay efecto de cosa juzgada, en cambio, si se han intentado las acciones o citaciones del anterior art. 280 CC con el objeto de obtener alimentos (art. 2° trans.). En efecto, no existe en ellas la misma causa de pedir de las acciones por las que se sustancia un juicio de determinación de la filiación.

c) Reconocimiento y citación a confesar paternidad o maternidad

No hay duda de que un hijo simplemente ilegítimo puede ser reconocido por su padre o madre, en conformidad a los nuevos preceptos, que en líneas generales son coincidentes con los anteriores.

Por cierto existe la facultad de citar al padre o madre a confesar paternidad o maternidad en conformidad al nuevo art. 188.2 CC, salvo que ya se haya ejercido ese derecho con anterioridad de acuerdo con los anteriores arts. 271 N° 5 y 280 N° 4 CC. El art. 2° trans. dispone que los que hayan ejercido respecto de una persona todas las citaciones que prevén las referidas normas “no podrán solicitar la citación judicial de la misma persona de acuerdo con el nuevo artículo 188 del mismo Código” (art. 2° trans.).

La denegación es para los que hayan agotado estas citaciones. De este modo, si el citado ha concurrido a la diligencia y no ha confesado la paternidad, no podrá renovarse la citación conforme a la nueva ley. Igualmente, si no ha concurrido a la primera citación, y se le había citado por segunda vez (según el anterior art. 280 N° 4 CC), tampoco procederá nueva citación.

⁸¹ En el proyecto aprobado en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados se permitía la substanciación de juicios de filiación aun cuando hubiere sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art 2° trans). Esto fue modificado en el Senado. Pensamos que, definitiva, el legislador ha hecho bien en no seguir la primera orientación

En cambio, si se le había citado por una sola vez sin que haya concurrido, procederá volver a citarlo en conformidad con el nuevo art. 188 CC, ya que en tal caso no se habían ejercido aún “todas” las citas que era posible realizar de acuerdo a la legislación anterior.

d) Situación de los hijos simplemente ilegítimos con derecho de alimentos

La nueva regulación no reconoce a los hijos un derecho de alimentos si no han determinado legalmente su filiación respecto del alimentante, sin embargo se ha mantenido el derecho de alimentos que se hubiere adquirido conforme al régimen anterior.

El art. 2º trans. de la ley N° 19.585 determina que, tanto los hijos simplemente ilegítimos como la madre ilegítima con derecho a pedir alimentos conforme a las antiguas reglas de los arts. 280 a 291 del Código Civil, “conservarán esos derechos hasta su expiración conforme a las normas respectivas”. Se siguen entonces rigiendo por las normas anteriores, que para estos efectos gozarán de ultractividad⁸².

También conservan estos hijos otros beneficios de carácter pecuniario que hayan adquirido en virtud de leyes especiales. Así, por ejemplo, la ley N° 19.123, de 1992, estableció una pensión mensual para los hijos simplemente ilegítimos que hubieren acreditado esa calidad respecto de una persona que hubiera sido declarada víctima de violación a los derechos humanos o de violencia política por parte de la Comisión Rettig o de la Corporación Nacional de Reparación o Reconciliación (art. 20, ley N° 19.123).

Nos parece que el respeto de los derechos de los hijos simplemente ilegítimos debe ampliarse al caso en que, antes de la entrada en vigor de la nueva ley, se haya notificado la demanda para reclamarlos en virtud del anterior art. 280 CC. Pareciera que si ya hay demanda notificada el derecho estará adquirido, ya que la sentencia reconocerá los alimentos desde la primera demanda (art. 331 CC).

que, aparte de contrariar un principio general de derecho, estaba vedada expresamente por la Constitución que prohíbe al Presidente y al Congreso “hacer revivir procesos fenecidos” (art. 73 Const.).

⁸² De esta manera, se ha modificado levemente la norma del art. 6 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que si bien dispone que el hijo ilegítimo sigue gozando del derecho de alimentos que hubiere adquirido bajo el imperio de una antigua ley, señala que “en cuanto al goce y extinción de este derecho se seguirán las reglas de esta última”.

No será posible, en cambio, que hijos simplemente ilegítimos nacidos con anterioridad a la ley pretendan con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 19.585, demandar alimentos en virtud de los antiguos preceptos de los arts. 280 y siguientes CC. Estaríamos frente a una mera expectativa y no de un derecho adquirido (cfr. art. 7 LERL).

Nos queda por resolver si se aplica a los hijos simplemente ilegítimos, la disposición del art. 3° trans. que señala que las personas que bajo la legislación anterior tengan determinados alimentos necesarios, pueden solicitar su adecuación de acuerdo con el nuevo art. 323 CC que unifica los alimentos en congruos. Aunque por no distinguir la norma cabría considerarla también aplicable a las personas que conservan el derecho a alimentos necesarios por obra del art. 2° trans., nos parece que el espíritu de la ley conduce a excluirlos de esta adecuación. En efecto, la ley permite la adecuación cuando se trata de personas que mantienen su derecho de alimentos de acuerdo a la nueva normativa (por ejemplo, un cónyuge divorciado por su culpa o un alimentario que sufrió la rebaja por injuria grave contra el alimentante), pero no parece posible que se otorgue este beneficio a personas que si hubieran nacido bajo la nueva ley no tendrían derecho a ningún tipo de alimentos. A estas personas se les aplica el art. 2° trans. que señala que ellas conservarán el derecho adquirido, y éste es sólo el de pedir alimentos necesarios.

3. Derechos sucesorios

Tanto para los hijos que antes de entrar en vigor la nueva ley tenían una filiación determinada (como legítimos o naturales) como para aquellos que no la tenían y pasan a obtenerla con posterioridad de acuerdo a las nuevas reglas, se mantiene el principio de que la sucesión se rige por la ley vigente al momento de su apertura (arts. 18 y 19 LERL).

Así lo dispone el art. 1° trans. respecto de las personas que ya tenían la calidad de hijos naturales: “Con todo, los derechos hereditarios se regirán por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión”. Si la sucesión se abre antes de la entrada en vigencia la nueva ley, los hijos naturales tendrán sólo los derechos hereditarios que les conceden las normas anteriores.

También se dispone lo mismo respecto de las personas nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley N° 19.585 pero que determinan su filiación conforme a sus normas. Así lo establece el inciso final del art. 2° trans. que repite que “los derechos hereditarios se regirán

por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión”. Esto no podría aplicarse a la sucesión del padre, ya que en caso de premuerte del progenitor existe una limitación para ejercer la acción de reclamación e incluso cuando se admite se le da sólo efectos patrimoniales para lo futuro (art. 5º trans.). Pero podría tratarse de sucesiones de otros parientes a las cuales el hijo podría concurrir en representación de su padre, que ha repudiado la herencia⁸³.

Para los testamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley N° 19.585, resulta aplicable la regla del art. 18 LERL, de modo que, aunque válidos en la forma, una vez fallecido el causante bajo la nueva legislación, prevalecerán las nuevas reglas sobre o incapacidades, indignidades, legítimas, mejoras y desheredaciones. En caso necesario, los beneficiados por los cambios podrán ejercer la acción de reforma para ajustar las asignaciones testamentarias a lo que dispone la nueva ley.

4. Normas procesales

Nada se señala en los artículos transitorios sobre la ley que debe regir los juicios que ya hayan comenzado de acuerdo con el sistema anterior y que no han sido fallados aún por sentencia de término cuando la nueva ley entre en vigencia.

Nos parece que en cuanto a la legitimación procesal, las causales y los requisitos de admisibilidad de la demanda deberá aplicarse la legislación existente al tiempo en que ésta fue entablada (o sea, la ley anterior). En cambio, en cuanto a la decisión de fondo que deberá adoptarse en la sentencia, el juzgador se atenderá a la ley existente al tiempo en que ésta se dicta. Por ejemplo: si antes de entrar en vigor la ley N° 19.585 se había demandado el reconocimiento forzado de paternidad natural, se deberá seguir exigiendo que la demanda se haya fundado en un instrumento emanado del supuesto padre del cual se desprenda una confesión manifiesta de paternidad (art. 271.2º antiguo CC), pero cumpliéndose ese requisito y comprobada la relación filial, el juez dictará sentencia declarando al hijo como de filiación no matrimonial, en conformidad con el nuevo art. 186 CC. Esta es la interpretación que más se ajusta al principio

⁸³ Así por ejemplo si la sucesión del difunto se abre antes de la entrada en vigor de la nueva ley, y posteriormente a ella se establece la filiación no matrimonial de un nieto del causante, descendiente no matrimonial de un hijo legítimo suyo. Habiendo el padre repudiado su parte en la herencia, el nieto no matrimonial no tendrá derecho a

general establecido en el art. 2º de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, según el cual “las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir” (art. 2 LERL).

En cuanto a las normas adjetivas o procedimentales, a falta de norma especial, deberá aplicarse el art. 24 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que ordena la aplicación de la nueva ley desde que ésta haya entrado en vigencia, salvo que se trate de términos que ya hubiesen empezado a correr o actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las que se sujetan a la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 24 LERL).

En este punto, lo relevante es la regulación de la prueba. La nueva ley establece reglas diferentes, particularmente sobre la prueba biológica. Parece claro que si, al momento de entrar en vigor la ley N° 19.585, estaba aún abierto el término probatorio, procederá la petición de informe pericial de carácter biológico. Si dicho término estaba ya cerrado, en aplicación del art. 24 LERL, no podría reabrirse para aplicar la nueva normativa. Pero ello será sin perjuicio de que el juez proceda a decretar con posterioridad la realización de dichas probanzas como medida para mejor resolver. Por cierto, si así lo ordena, se aplicará el nuevo art. 199 CC y las partes podrán solicitar que se practique un nuevo informe pericial. La negativa injustificada de someterse a la prueba producirá las consecuencias que determina ese mismo precepto.

En cuanto a la valoración de la prueba ella se hará conforme a la legislación que esté vigente al tiempo de dictarse la sentencia, ya que es en esa oportunidad cuando el juez debe realizar tal actividad.

VIII. COMENTARIOS PARA TERMINAR

Al finalizar este estudio nos parece ineludible reseñar de manera muy sintética, y por cierto provisional, aquellos aspectos que se presentan como los más logrados en la nueva regulación, y también aquellos que nos parecen más discutibles.

representarlo en la sucesión del abuelo, ya que la sucesión se regirá por la ley anterior que limita el derecho de representación a los descendientes legítimos (cfr. art. 986 antiguo CC).

Entre los avances logrados por la nueva regulación hay que mencionar primero una mejor sistematización de toda esta materia, adecuándola a la terminología y a las categorías generales elaboradas por la doctrina moderna, tanto extranjera como nacional. La mayor uniformidad en la extensión de los plazos es también un factor que contribuye a la claridad e intelegibilidad de las normas.

Debe también constatarse que, en general, en lo referido a la determinación de la filiación se ha mantenido en su sustancia el esquema general que ofrecía la regulación anterior del Código, distinguiéndose los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera de él. Se ha mantenido también, aunque sin una denominación particular, la figura de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Es asimismo positivo que se haya conservado el derecho del hijo no matrimonial a repudiar por sí mismo el reconocimiento. Este último punto contrasta con algunos de los modelos europeos en los que se inspiró la nueva ley, y es justo aplaudir que se haya mantenido un cierto grado de originalidad y de respeto por nuestras tradiciones jurídicas.

Nos parece igualmente un acierto la flexibilización general de las acciones para reclamar la filiación, y la admisibilidad expresa y regulada de las pruebas biológicas.

Por fin, quizás el mayor avance práctico en favor de los hijos no matrimoniales, sea el haber consagrado la determinación de la maternidad por el parto, que se encontraba solamente incipiente en el régimen anterior.

A la inversa, en varios aspectos la nueva normativa nos resulta cuestionable, y en algunos directamente deficiente.

Así, por ejemplo, pensamos que el régimen de impugnación debió haber distinguido más netamente entre filiación matrimonial y no matrimonial. Pensamos que la ley debió haber protegido con más nitidez la posesión notoria de hijo matrimonial, restringiendo el derecho a impugnarla. No parece conveniente, por ejemplo, que la madre, como representante legal del hijo, pueda invocar un supuesto adulterio para impugnar la paternidad matrimonial de su marido. Tampoco resulta recomendable que sea un tercero quien, bajo el pretexto de pretenderse el verdadero progenitor biológico, esté habilitado para impugnar la filiación matrimonial del niño que pasa como hijo de otros. Debió, en mi concepto, limitarse la titularidad de la acción de impugnación cuando el hijo goza de filiación matrimonial determinada y posesión de estado

coincidente con ella, concediendo el derecho de contestar ese estado únicamente al marido y al hijo mayor de edad.

La exigencia de admisibilidad de la demanda parece muy débil para neutralizar los posibles abusos y peticiones extorsivas, sobre todo cuando se trata de personas que tienen una vida familiar organizada y estable. En este sentido, la simple advertencia de que quien abuse de ese derecho deberá indemnizar los perjuicios causados (aparte de superfluo) puede ser bastante inocuo, si se considera la dificultad para cobrar perjuicios a quien por hipótesis no será solvente económicamente. La ley debió, al menos para demandar a personas casadas, exigir un principio de prueba por escrito -o algún otro antecedente más riguroso- antes de permitir un juicio que puede traer consecuencias muy perturbadoras para la familia del demandado.

Otro aspecto que se presenta como negativo es el referido a la regulación de la filiación de los hijos concebidos por técnicas de reproducción asistida. La vaguedad e imprecisión en que está concebida la norma del art. 182 CC, así como su desajuste con el sistema general adoptado por la nueva regulación, conspiran contra la claridad que debe reinar en estas delicadas materias, haciendo posible las más peregrinas interpretaciones. Por otra parte, aunque interpretado en el sentido que le hemos atribuido más arriba, podrían impedirse otras lecturas que perjudiquen el bienestar del niño así concebido, parece claro que la norma, en vez de descincentivar las fecundaciones heterólogas (siempre dañinas para el interés del menor), las promueve, al conceder sin matices ni limitaciones el mismo efecto que los usuarios deseaban obtener al recurrir a este tipo de procedimientos.

Es también criticable que la ley haya optado por suprimir el derecho de alimentos a los hijos simplemente ilegítimos. En el marco del proyecto era perfectamente posible mantener ese derecho, de un modo similar a como se regula en el Código Civil francés (por medio de la *action à fins de subsides* establecida en el art. 342 CC). Las indicaciones de algunos senadores que así lo propusieron fueron sin embargo rechazadas. Se temió que esa posibilidad indujera a los jueces a denegar las acciones de reclamación de la paternidad. El temor nos pareció siempre infundado, ya que se trata de acciones diferentes, con causas de pedir distintas. Interponer una u otra era optativo para el hijo, no para el juez. Por lo demás, el hecho de pedir y obtener alimentos no impedía que posteriormente se reclamara la filiación no matrimonial. Como lo hicimos ver públicamente durante la tramitación del proyecto⁸⁴, en este punto la ley ha sido francamente

⁸⁴ Cfr. artículo “Proyecto de Filiación; ¿Más o menos Derechos”, en diario *La Segunda*, 21 de julio de 1998, p. 11.

regresiva: ha suprimido, sin ninguna justificación real, un derecho tan vital como pedir alimentos a un sector importante de hijos nacidos fuera de matrimonio. De allí que la unificación de todos los alimentos en el rango de congruos, tenga una cierta apariencia de que el legislador nos ha pasado “gato por liebre”. ¿Qué importancia puede tener el que todos los alimentos sean congruos, si los únicos hijos que podían pedir los necesarios han perdido incluso ese derecho?

No resulta factible pretender siquiera hacer una evaluación de la reforma en su globalidad, sobre todo en lo referido a la equiparación de efectos del vínculo filial. Nos asaltan dudas sobre si se cumplirán en la realidad social las aspiraciones políticas que impulsaron la aprobación de la ley. Está claro que más que textos legales declamativos, lo que necesitan nuestros niños son hogares estables y consolidados que puedan darles el afecto, el amparo y la protección que realmente necesitan. Ojalá que la nueva regulación no se convierta -a veces más por obra de la presentación pública que por los textos mismos- en un mensaje desestabilizador de las familias constituidas regularmente, e indirectamente se termine favoreciendo el aumento progresivo que vienen sufriendo las tasas de ilegitimidad en el país. Si así fuera, habríamos hecho un flaco favor a los hijos nacidos fuera de matrimonio⁸⁵.

Terminamos reproduciendo lo que el Decano Alessandri sostenía al ofrecer los primeros comentarios a la ley N° 10.271, de 1952, por muchas razones asimilable a la reforma que comentamos: “Contrariamente a lo que algunos puedan pensar, no me considero depositario de la verdad. Y, mientras más vivo, más me voy convenciendo de que no es mucho lo que sé y mayores son las dudas que me suscitan los diversos problemas jurídicos sometidos a mi consideración. Por eso, no pretendo decir en esta materia la última palabra; ni siquiera la primera. Esbozaré, pues, lo que en mi modesto sentir debe ser el alcance de los diversos preceptos de esta

⁸⁵ No se trata de una inquietud antojadiza o tremendista. En Argentina una reforma del régimen de filiación muy similar al nuestro ley 23.264, de 23 de octubre de 1985) puede ser considerado uno de los factores que ha influido en el aumento progresivo de las tasas de nacimiento fuera de matrimonio, desde el 36% en 1990 al 50% que se estima para 1998. Cfr. Reportaje “La mitad de los bebés nace de parejas sin papeles. Una tendencia que crece en la Argentina desde hace diez años”, Diario *Clarín*, 27 de julio de 1998, pp. 32-33

ley. Y serán los que vengan después quienes se encargarán de darles su verdadero y correcto sentido”⁸⁶.

Santiago (Chile), 23 de Noviembre de 1998

⁸⁶ ALESSANDRI, A., *Reformas...* cit., p. 10.

