

La filiación matrimonial

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

[Trabajo publicado en *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo), año IV (2003), N° 7, pp. 241-262]

I. Filiación y matrimonio: ¿relación necesaria?

La relación entre filiación y matrimonio ha sido entendida, al menos en los últimos dos mil años, como de autoimplicación en el plano jurídico, el que siempre conlleva una cierta valoración axiológica de los fenómenos fácticos. El matrimonio tiene como una de sus finalidades la procreación, es decir, el que los cónyuges devengan en padres. Así, lo deja de manifiesto la magistral definición del consorcio conyugal que debemos al genio de Bello: en el matrimonio un hombre y una mujer se unen para toda la vida “con el fin de procrear...” (art. 102 Código Civil). Por otro lado, el contexto de la legislación nos indica, incluso hasta hoy, que el cauce jurídica y éticamente recomendable para traer hijos al mundo es la comunidad estable y comprometida a la que damos el nombre de matrimonio.

Con la filiación, el matrimonio se completa y llega a ser propiamente una familia, la que a su vez constituye la célula básica en la que se estructura el tejido social.

Es indudable que la procreación puede ocurrir fuera de matrimonio. Pero esta constatación no puede llevar a negar la relación jurídico-institucional que existe entre

matrimonio, filiación y familia. Sólo nos pone de manifiesto que la libertad le permite a los seres humanos optar, por fragilidad, ignorancia o elección consciente, caminos que no son los más aconsejables desde un punto de vista valórico o axiológico. Renunciar a ideales de justicia y bien común, por la simple constatación de que no siempre las virtudes son las que inspiran las acciones de los hombres, es una abdicación del papel modelador de la cultura y civilizador que deben tener las leyes.

Otra cosa es que el legislador deba tener en cuenta las situaciones surgidas al margen de la regularidad jurídica y paliar los efectos nocivos que ellas puedan tener, pero sin renunciar a proponer como modelo el que se estima mejor para la generalidad de la población.

Este es un difícil equilibrio que debe sortear el legislador: ¿cómo atender los intereses individuales de quienes se ven implicados en una situación extrajurídica sin afectar en el imaginario colectivo las ventajas y los incentivos de adoptar los canales propiciados por el Derecho para una mejor convivencia?

Este fue el problema con el que se enfrentó el legislador que en el año 1998 adoptó una de las reformas más sustanciales a nuestra legislación civil en toda su historia, más que centenaria: la sustitución del estatuto de la filiación, por medio de la ley N° 19.585, de 26 de octubre de dicho año, en vigor a partir del año siguiente (27 de octubre de 1999).

El propósito del proyecto era consagrar el principio de igualdad entre los hijos, eliminando las diferencias que la legislación tradicional establecía entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos. El desafío que encaró el Congreso era cómo hacer efectivo ese principio de igualdad y al mismo tiempo mantener el matrimonio como cauce idóneo y respaldado jurídicamente como la mejor forma de fundar una familia¹.

II. Igualdad de los hijos y clasificación de las filiaciones

¹ Una reseña general de la ley y un análisis de la determinación de la filiación y de las acciones de estado puede verse en Corral Talciani, Hernán, “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la ley N° 19.585, de 1998”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX, 1999, pp. 39-109.

Tratándose de una iniciativa que convocó posiciones ideológicas encontradas, no es extraño que los textos finalmente aprobados envuelvan más de alguna ambivalencia y oscuridad respecto de sus reales propósitos. El intérprete no debe dejarse engañar por el tono proclamativo que tienen ciertas normas y ha de buscar su efectiva consistencia y auténtico sentido.

Es lo que sucede con la norma que parece trasuntar todo el ideario de quienes apoyaban la reforma: “La ley considera iguales a todos los hijos” (art. 33 inc. 2º CC). Interpretado a la letra este precepto haría desaparecer gran parte del resto del articulado que se dedica justamente a hacer distinciones y diferencias, entre filiación por naturaleza, adoptiva, matrimonial, no matrimonial, determinada, no determinada, asistida.

Se dice entonces que la ley no ha hecho distinciones entre hijos, sino entre “filiaciones”. En efecto, el Congreso llegó al acuerdo de no hablar en ningún precepto de hijo matrimonial o hijo no matrimonial, pero sólo para efectos de no herir una hipersensibilidad en el tema de la igualdad. No se entiende en verdad qué diferencia tiene hablar de “hijo de filiación matrimonial” que simplemente de “hijo matrimonial”. Es como si para obviar las posibles objeciones de discriminación se consintiera en suprimir las expresiones “propietario”, “usufructuario”, “mero tenedor”, para reemplazarlas por las de “persona con un derecho de dominio”, “con derecho de usufructo”, “con la mera tenencia de una cosa”... etc.

Ni siquiera la igualdad se da entre los derechos que se generan del vínculo paterno-filial, ya que para que estos puedan tener lugar es necesario que dicha relación esté oficialmente reconocida por la ley. Así, los llamados hijos de filiación no determinada (sucesores de los anteriores hijos simplemente ilegítimos) no tienen los mismos derechos que los hijos matrimoniales o no matrimoniales, sencillamente porque –jurídicamente- no tienen padres respecto de quien hacerlos valer. Es más, en una decisión que a nuestro juicio fue profundamente regresiva, la nueva legislación niega a estos hijos el derecho a pedir alimentos de quien aparece – si bien no consta- como presunto progenitor, dejándoles así en peor situación que la que tenían con anterioridad.

La igualdad tan proclamada queda reservada así, no a la filiación misma, cuya estructura sigue siendo diferente según sea matrimonial, no matrimonial o no determinada, sino a los efectos de la filiación determinada.

Ahora bien, en la eficacia de la filiación la igualdad no se detuvo en la relación entre padre, madre e hijo sino que se proyectó a toda la serie de parientes consanguíneos u afines del respectivo padre, de manera que no sólo el hijo no matrimonial tiene iguales derechos como hijo, sino también como nieto, como hermano, como colateral, etc. Por ello se hizo desaparecer la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos.

Por la misma razón la igualdad no sólo favoreció a los hijos sino también a los padres y a los ascendientes. Así, por ejemplo, los padres pasan a tener la patria potestad sobre el hijo no matrimonial, y con ello ganan el derecho a percibir la totalidad de los frutos de los bienes del hijo no emancipado, mientras que antes sólo podían aspirar al diez por ciento de ellos si eran investidos de la calidad de tutores o curadores generales. Los abuelos ilegítimos que antes no eran llamados a la sucesión del nieto, ahora son llamados a la sucesión abintestato y considerados legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras, limitándose las facultades de disponer por causa de muerte del descendiente no matrimonial.

Por otro lado, aunque la regla general es la igualdad de derechos, subsisten algunas diferencias, en cierta forma maquilladas por la reforma. Creo que pueden enumerarse las siguientes:

1º) En la atribución de la tuición se hace una diferencia entre si el hijo ha sido o no reconocido por alguno de sus padres, lo que delata la necesidad de distinguir entre filiación matrimonial y no matrimonial. El art. 224 CC emplea el circunloquio “hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres” para designar al hijo no matrimonial reconocido.

2º) Se impone una privación de derechos a los padres cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra su oposición (art. 203 CC). Aunque el texto es abierto y comprende los casos de determinación judicial de la filiación matrimonial, es patente que está pensando esencialmente en la filiación no matrimonial, que es donde se plantea en la práctica esta forma de determinación.

3º) La filiación no matrimonial determinada por reconocimiento es repudiable por el hijo, cosa que no se admite respecto de la filiación matrimonial propiamente tal.

4º) Se mantiene la tradicional norma que impide llevar al hogar común a un hijo no matrimonial sin el consentimiento del cónyuge, sólo que ahora se amplía a todo hijo “que no ha nacido de ese matrimonio” (art. 228 CC).

Finalmente, aunque en materia sucesoria los textos imponen una perfecta igualdad de derechos entre los descendientes matrimoniales y no matrimoniales, es sabido que el Congreso mantuvo la protección de la familia matrimonial a través de un incremento, que a veces puede parecer desmedido, de los derechos sucesorios del cónyuge. Es evidente, que esto termina por beneficiar a los hijos matrimoniales que serán llamados a recibir los bienes que deje el cónyuge sobreviviente cuando éste también fallezca.

Hechas estas aclaraciones previas, podemos introducirnos en el régimen jurídico de la filiación matrimonial.

III. El régimen jurídico de la filiación matrimonial en el Código Civil

1. Concepto

La filiación matrimonial es una de las formas en las que se realiza la filiación por naturaleza, por oposición a la adoptiva y a la resultante de técnicas de reproducción humana artificial. Dice el art. 179 “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial”.

De lo dispuesto en los arts. 180 y 184, podemos deducir que existe filiación matrimonial cuando el vínculo filial está establecido o se establece simultáneamente respecto de padre y de madre, y media matrimonio entre estos, habiéndose producido el

nacimiento en forma previa al matrimonio, durante éste o a más tardar en el plazo de trescientos días después de su disolución o divorcio.

La definición intenta comprender las dos formas en las que puede presentarse la filiación matrimonial.

Debe tenerse presente que, más allá de la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial o no matrimonial, existe una diferencia estructural entre ambas. El hijo de filiación matrimonial tiene necesariamente un vínculo que es doble: paterno y materno a la vez, y es insertado en la comunidad que existe entre sus padres, los que tienen el compromiso jurídico de constituir una familia para él. Por eso, el hijo matrimonial tiene propiamente un *status familiae*.

No sucede lo propio con el hijo de filiación no matrimonial, cuyo vínculo es siempre unilateral, de padre, de madre o de ambos, pero de manera independiente, ya que aunque ambos padres estén determinados ellos no tienen deberes entre sí ni forman, ante el Derecho una comunidad ni tampoco están obligados a formarla o mantenerla. Por eso hemos sostenido, siguiendo al civilista español Manuel Albaladejo, que en el actual estatuto normativo el hijo no matrimonial tiene más bien un *status parental*: es unido al grupo de parientes de su progenitor, que un *status familiae*².

2. Clases

La filiación matrimonial puede ser de dos clases, según la forma en que llega a determinarse. Una es la filiación matrimonial propiamente tal, es decir, la que compete al hijo nacido o concebido en matrimonio. La otra es una reconducción, por razones de política legislativa, de una doble filiación no matrimonial a la filiación matrimonial en homenaje al matrimonio de los padres que se han casado después de procrear al hijo.

² Sobre esta diferencia, véase Corral, H., ob. cit., p. 45.

A la primera, la designamos filiación matrimonial de origen o innata: el hijo nace como matrimonial. A la segunda le damos la denominación de filiación matrimonial sobrevenida o adquirida: el hijo nace como no matrimonial y, en el transcurso de su vida, su estado filial se transforma en matrimonial por obra del matrimonio de sus progenitores.

La filiación matrimonial de origen está definida en el inciso 1° del art. 180 del Código Civil: “la filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo”.

La concepción del hijo durante el matrimonio determina la filiación matrimonial aun cuando el nacimiento se produzca después de su disolución, como en el caso en el que el hijo nace antes de trescientos días después de la disolución del vínculo.

El nacimiento del hijo constante matrimonio determina la filiación matrimonial, aun cuando su concepción deba reputarse acaecida con anterioridad al casamiento de los padres, como en el caso del hijo que nace antes de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

La filiación matrimonial sobrevenida es, según el inciso 2° del art. 180 del Código Civil, la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas o bien se determinen en el acto del matrimonio o durante la vigencia de éste.

De este modo, no es filiación matrimonial la del hijo que no fue ni concebido ni nacido durante matrimonio y obtuvo la determinación de la paternidad y maternidad tardíamente, esto es, sólo una vez disuelto el matrimonio que ligó a sus progenitores.

3. Los elementos de la filiación matrimonial de origen y la determinación de la maternidad

Para que un hijo pueda tener una filiación matrimonial innata es necesario que se cumplan cuatro supuestos: 1º) que se determine quién fue su madre; 2º) que esa mujer sea casada; 3º) que la concepción del hijo o su nacimiento se haya producido durante el matrimonio y 4º) que el marido de la mujer sea el padre.

El matrimonio que produce la matrimonialidad de la filiación es el válido o el nulo putativo. Incluso es suficiente el matrimonio nulo por incompetencia del oficial del Registro Civil o por falta de testigos hábiles, aunque no haya buena fe o justa causa de error: el art. 122 inc. 2º del Código Civil dispone que la nulidad por estas causales “no afectará la filiación matrimonial de los hijos”.

En seguida, es necesario que la concepción o, al menos, el nacimiento haya tenido lugar durante la vigencia del vínculo matrimonial. Para conocer la época de la concepción se utiliza la presunción de derecho del art. 76 CC, de modo que se reputa concebido en matrimonio el niño que nace después de transcurridos de 180 días desde la celebración del matrimonio y hasta 300 días a contar de la disolución. Sin embargo, la normativa actual, a diferencia de la anterior, atribuye matrimonialidad también al hijo que ha sido concebido fuera de matrimonio pero nace durante su vigencia, es decir, es matrimonial el hijo que nace una vez celebrado el matrimonio pero antes del plazo mínimo de duración del embarazo de 180 días.

Para el tercer lugar hemos dejado la identificación de la madre. La determinación de la maternidad es común para la filiación matrimonial y no matrimonial. Ella puede tener lugar por tres medios: la sentencia judicial, el reconocimiento y el parto. La determinación por el parto de la maternidad es una de las innovaciones más trascendentes y poco publicitadas de la reforma de la ley N° 19.585. De este modo, la maternidad queda legalmente determinada, sea que se trate de mujer casada o no, sin necesidad ni de juicio de filiación ni de acto de reconocimiento, cuando el hecho del nacimiento y las identidades de madre e hijo quedan registradas en las partidas del Registro Civil (art. 183 CC). Para que sea posible esta constancia, es necesario que la declaración de la persona que requiera la inscripción dé cuenta del nacimiento y de las identidades de la madre y del hijo y que esta declaración coincida con lo que aparece en el comprobante (escrito) del médico que haya asistido al parto (art. 31 N° 4 LRC).

Conocidos estos hechos: que una mujer que está casada ha dado a luz un hijo, que éste ha nacido o ha sido concebido en matrimonio, sólo falta la determinación de la paternidad, para lo cual nuestra ley utiliza un mecanismo inveterado: la presunción *pater is est quod nuptias demonstrant*.

4. La determinación de la paternidad matrimonial

a) La presunción *pater is est*

La presunción de que el hijo de mujer casada tiene por padre al marido es una de las consecuencias de mayor utilidad social que ha aportado el matrimonio a la cultura occidental. La fórmula de la presunción fue acuñada en el Digesto en una sentencia atribuida a Paulo: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (D. 2. 4. 5)³, esto es, al padre lo ponen de manifiesto – lo delatan, podrían algunos decir- las mismas nupcias de la madre.

La formulación actual de esta presunción la recoge el art. 184 CC en su primer inciso: “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”,

b) Caracteres de la presunción de paternidad

Podemos enumerar como caracteres de esta especial presunción los siguientes:

³ El adagio completo es “*Mater semper certa est, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”

1º) Se trata de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario.

2º) La prueba en contrario no puede ofrecerse sino en un determinado procedimiento. Por eso, el inciso final del art. 184 CC dispone que “La paternidad así determinada... podrá ser impugnada..., de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII”,

3º) Opera por el simple ministerio de la ley y aun antes de su recepción en el Registro Civil: en esto nuestra legislación se aleja de la ley española que dispone que la filiación matrimonial queda determinada por la inscripción de nacimiento junto con la inscripción de matrimonio de los padres (art. 115 Código Civil español). En cambio, nuestro Código señala que, estando determinada la maternidad por el parto y la paternidad por la presunción de paternidad, la filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres (art. 185 inc. 1º CC)⁴.

4º) Es imperativa: cumplidos los presupuestos la presunción se aplica aun cuando marido y mujer estén de acuerdo en que el hijo es atribuible a un tercero. Por ello, el Oficial de Registro Civil deberá inscribir el nacimiento del hijo como del marido toda vez que, por la declaración del requirente, o por consulta con el propio Registro, haya constancia de que la madre es mujer casada⁵. No nos parece aceptable la tesis de quien propicia que, ante un acuerdo tripartito entre los cónyuges y el tercero progenitor, pueda quedar sin efecto la presunción e inscribirse el reconocimiento del tercero⁶. A esta afirmación se opone el art. 184, que no contempla la inaplicabilidad de la presunción por acuerdo de los cónyuges, el art. 185 que dispone la determinación de la filiación matrimonial por el solo hecho del nacimiento durante el matrimonio de los padres, y el

⁴ En realidad, puede quedar determinada también por el nacimiento ocurrido después del matrimonio pero antes de vencer el plazo máximo del embarazo (300 días).

⁵ Para la legislación española, defiende el mismo criterio De la Cámara Álvarez, Manuel, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, arts. 108 a 141 del Código Civil, t. III, vol. I, Edersa, Madrid, 2000, pp. 189-190: “sin perjuicio de su posible impugnación, la presunción *pater is est* se tipifica por dos notas características. Actúa automáticamente *ab origine* si concurren los supuestos que la condicionan y reviste naturaleza imperativa. Quiere decirse que si al tiempo de determinar la filiación del hijo de madre casada se constata que está vigente la presunción de paternidad marital, la imputación de la paternidad al marido es insoslayable, incluso aunque los cónyuges estén de acuerdo en que el padre fue un tercero”.

⁶ Así, Veloso, Paulina, en Schmidt, C. y Veloso, P., *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago, 2001, pp. 106-107.

art. 189 que señala que no surte efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta.

b) Fundamentos

El fundamento de la presunción de paternidad debe ser observado de manera distinta según se trate del hijo concebido en matrimonio y del hijo concebido antes del matrimonio.

Para el hijo concebido en matrimonio, la presunción de paternidad obedece a dos constataciones: primero, que habiendo matrimonio debe presumirse la cohabitación de los cónyuges. La mera cohabitación, sin embargo, no es suficiente para explicar la fuerza con que se despliega la presunción de paternidad fundada en el matrimonio⁷. Así se deduce de que para la ley la existencia de un concubinato de la madre con el supuesto padre es sólo una base para una presunción judicial de paternidad (art. 210 inc. 1º CC). Es necesario agregar un nuevo elemento: ese elemento lo encontramos en la exclusividad sexual fundada en el deber de fidelidad de los cónyuges, y en este caso de la mujer⁸.

Cosa diversa sucede con la presunción de paternidad de hijo de concepción antenupcial. En este caso, la ley no puede suponer ni la cohabitación ni la exclusividad en el ejercicio de las facultades procreadoras. Pero sí puede presumir que si un varón se casa con una mujer embarazada, conociendo dicho estado, es porque quiere asumir esa paternidad, y que lo hace así porque él tiene antecedentes suficientes para confiar en que él es el padre. La clave está dada justamente en el conocimiento del embarazo por parte del marido, ya que de lo contrario la presunción puede decaer, como lo veremos enseguida.

⁷ Abeliuk, René, *La filiación y sus efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. I, p. 57, parece pensar que la única diferencia es el carácter de prueba preconstituida y general del matrimonio el que lleva al legislador a establecer esta presunción, la que, en su opinión, podría operar también fuera del matrimonio.

⁸ En este sentido, para la ley española, De la Cámara, M., ob. cit., p. 191.

d) Casos en los que no se aplica

La presunción de paternidad no recibe aplicación a pesar de que el hijo haya sido concebido o nacido en matrimonio, en los siguientes casos:

1° Si el hijo nace antes de expirar los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, es decir, necesariamente ha sido concebido antes de las nupcias, y el marido no conocía la preñez de su mujer al tiempo de casarse ni tampoco ha reconocido al hijo por actos positivos después de nacido. La presunción queda descartada, pero a diferencia de la legislación española que se satisface con una declaración extrajudicial del marido, nuestra ley impone a éste el ejercicio de una acción judicial de desconocimiento, que debe ejercerse en los plazos y forma de la acción de impugnación (art. 184 inc. 2° CC).

2°) Si el hijo es concebido durante el divorcio de los cónyuges. Se trata del divorcio sin disolución vínculo, ya sea perpetuo o temporal, que suspende la vida en común (art. 21 LMC). Se reputa concebido en divorcio el hijo que nace después de trescientos días contados desde la sentencia que lo decreta (art. 184 inc. 1° CC).

La ley, sin embargo, se ha hecho cargo de que es posible que el hijo haya sido concebido por padres que, si bien estando divorciados, han cohabitado. Por ello, dispone la restauración de la presunción de paternidad en este caso cuando existe acuerdo entre el marido y la mujer y ambos piden que se consigne el nombre del marido en la inscripción de nacimiento del hijo (art. 184 inc. 3° CC).

Estas son las causales por las cuales la presunción de paternidad, al perder los fundamentos que la justifican, se hace inoperante. Debe destacarse que en nuestro ordenamiento la mera separación de hecho de los cónyuges no determina la inaplicación de la presunción de paternidad del marido. Aunque en la práctica ello puede traer complicaciones cuando la madre convive establemente con un tercero, lo cierto es que un mero estado de hecho que no consta públicamente, que puede ser variado día a día, no puede dar pie para producir consecuencias jurídicas de tanta envergadura. Ciertamente es que en Chile la cuestión se vuelve compleja por la obsolescencia práctica de la figura de la

del divorcio no vincular, pero el remedio para esto no es descartar la presunción por una situación meramente fáctica sino reformular la separación legal (el divorcio no vincular) de modo que sea un proceso más expedito y accesible para quienes enfrentan una ruptura conyugal.

e) Conflictos de paternidades

La filiación matrimonial completada en su determinación por la presunción de paternidad del marido puede entrar en conflicto con la determinación de una paternidad diversa. La colisión puede producirse con otra presunción de paternidad aplicable a otro marido o con el reconocimiento efectuado por un tercero que no es el marido de la madre.

e.1) Superposición de presunciones de paternidad

La ley ha intentado impedir la llamada “*turbatio sanguinis*” o confusión en la identificación del padre por doble matrimonio de la mujer, imponiéndole a ésta la carga de no pasar a nuevas nupcias antes del parto si está embarazada o en el plazo de 270 días desde la disolución del vínculo anterior, plazo que puede abreviarse por el descuento de los días en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer (art. 128). El incumplimiento de este precepto está incluso sancionado penalmente con reclusión menor en su grado mínimo y multa (art. 386 CP).

Con todo, es obvio que, a pesar de todas estas admoniciones, puede darse el caso de que una mujer se case antes de enterar el plazo de viudedad y dé a luz un hijo que nace antes de trescientos días de disuelto el anterior matrimonio y dentro o incluso más allá de los 180 días de celebrado el segundo. También el conflicto puede producirse en caso de bigamia de la mujer, si el segundo matrimonio produce efectos civiles como putativo.

En su tenor literal, el precepto del art. 184 inc. 1º CC que consagra la presunción de paternidad podría aplicarse para atribuir el hijo a cualquiera de los dos maridos. ¿Cómo enfrentar esta duplicidad de determinación?

La vía más simple es la judicial. El art. 130 CC dispone sobre esta base: “Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial de conformidad a las reglas del título VIII...” Entendemos que la acción a la que alude el precepto es el ejercicio conjunto de la acción de impugnación de la paternidad que busca descartarse y de la acción de reclamación de la paternidad que se desea prevalezca⁹. El art. 130 dispone que en ese juicio procederán las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos, las que serán decretados si así se solicita. La novedad de esa disposición radica únicamente en la obligación que tiene el juez de acceder a estas pruebas si se han solicitado por alguna de las partes.

Pero esto no soluciona todo el problema, puesto que no señala la ley qué sucede mientras y en tanto no se deduzca y falle la acción judicial que conduzca al establecimiento de una paternidad con preeminencia sobre la otra. Se ha sostenido que las dos presunciones en colisión resultarían recíprocamente neutralizadas y por lo tanto ninguna produciría efectos, lo que lleva a sostener que el hijo carecerá de padre determinado mientras no se resuelva el conflicto judicialmente. Pero a esto se objeta de que en estricto rigor no hay neutralización de las presunciones, sino simple superposición, por lo que ambas pueden producir efectos, siendo necesario decidir cuál de ellas ha de primar. Algunos han sostenido que esa primacía debe extraerse de la verosimilitud de la paternidad, y que así debe reputarse padre al primer marido si el hijo nace en el plazo de doscientos setenta días desde la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de celebrado el segundo, o al revés que ha de reputarse padre al segundo marido si el hijo nace en un plazo mayor a los doscientos setenta días desde la disolución del segundo. Otros prefieren sostener que debe ser el hijo (o su representante)

⁹ Aunque podría pensarse en el ejercicio sólo de la acción de impugnación de la paternidad que se pretende descartar para así afirmar la presunción de paternidad del otro marido.

el que elija, o que la elección la haga la madre que es la única persona que puede estar segura de quien es el progenitor real del hijo¹⁰.

En nuestra opinión, ante esta laguna del ordenamiento jurídico, se hace necesario proceder de acuerdo a los principios generales del Derecho, y en concreto al del interés superior del hijo y de protección de su identidad. Por ello, pensamos que la elección de cual paternidad se acoge como elemento para registrar el nacimiento del hijo debe quedar a la prudencia del Oficial del Registro Civil, quien deberá ponderar las circunstancias y elegir aquella de las presunciones que más parece ajustarse a la realidad y a los intereses del hijo. Dentro de las circunstancias a ponderar deberá tener en especial consideración lo que declare la madre, pero su decisión no puede ser vinculante ni decisiva.

Por cierto, esta fijación podrá ser impugnada y se procederá entonces a la vía judicial que será la que decidirá en definitiva a cuál de los maridos debe atribuirse la paternidad del hijo.

e.2) Conflicto entre paternidad matrimonial y paternidad no matrimonial

La colisión de formas de determinación de la paternidad puede darse también entre la presunción de paternidad matrimonial y el reconocimiento de la paternidad no matrimonial.

Pero en este caso la solución en favor de la primacía de la paternidad matrimonial está prevista expresamente por la ley, en virtud de la regla general del art. 189 CC. Como la presunción de paternidad operará por el nacimiento del hijo tendrá normalmente prioridad cronológica respecto del reconocimiento, y por tanto este recaerá sobre un hijo que ya tiene legalmente determinada una filiación distinta, lo que ocasionará su incapacidad para surtir efectos.

¹⁰ Un elenco de las posibles teorías barajadas por la doctrina comparada y la defensa del criterio de

Lo mismo debemos afirmar para el caso de que el reconocimiento del padre no matrimonial se verifique durante la gestación del hijo (la doctrina chilena siempre ha admitido la factibilidad del reconocimiento del *nasciturus*¹¹). Parece claro que cuando se produce el nacimiento del hijo, la presunción de paternidad, al retrotraer sus efectos a la fecha de la concepción, conforme lo prevé el art. 181 inc. 1º CC, desplazará al acto del reconocimiento.

No nos parece posible que el reconocimiento pueda eruirse contra la presunción de paternidad por un acuerdo entre el marido, su mujer y el tercero reconociente¹². Como ya hemos dicho, la determinación de la paternidad matrimonial es una norma imperativa que opera *ipso iure* y más allá de toda declaración voluntaria. De esta manera, para que predomine la filiación no matrimonial por sobre la matrimonial deberá procederse al ejercicio conjunto de las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad. Pero, en este caso, la determinación de la paternidad no matrimonial se hará por medio de sentencia y no por acto de reconocimiento¹³.

e) La determinación judicial

Si la filiación matrimonial no queda fijada por la vía extrajudicial, a través de los medios de determinación del hecho del parto (para la maternidad) y de la presunción

la elección de la madre, en De la Cámara, M., ob. cit., pp. 264-284.

¹¹ Cfr. Corral, H., ob. cit., p. 59.

¹² En contra, Veloso, P., ob. cit., p. 107.

¹³ Puede preguntarse qué sucede si el reconocimiento del tercero es anterior a la determinación de la maternidad que constituye el presupuesto fáctico inicial para que opere la presunción de paternidad. En España se piensa que si el reconocimiento es anterior y la inscripción de nacimiento se practica sin mencionar la identidad de la madre, la posterior constatación de ésta y de que es casada no supondrá el desplazamiento de la filiación no matrimonial por la matrimonial derivada de la presunción de paternidad (cfr. De la Cámara, M., ob. cit., pp. 247-258). Entre nosotros no debiera aplicarse el mismo argumento ya que, a diferencia de la ley española, la eficacia de la presunción de paternidad no se condiciona a la inscripción de nacimiento del hijo. Si coincidimos en que la presunción opera *ipso iure* y *ab initio*, aun cuando se haya reconocido al hijo e inscrito el nacimiento con el nombre del reconociente y sin el de la madre, una vez constatada la maternidad y los demás requisitos de la filiación matrimonial, la presunción, al operar retroactivamente, privará de efectos al acto de reconocimiento. No será necesaria la interposición de una acción de reclamación por parte del marido y bastará que se rectifique la partida de nacimiento.

pater is est (para la paternidad), deberá recurrirse a un juicio de filiación en el que se acredite que dos personas casadas han engendrado al hijo. La sentencia sirve entonces de título de determinación. Para efectos de publicidad la sentencia debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento (art. 185 inc. 3º CC).

5. La matrimonialización de la filiación no matrimonial

Hemos visto hasta ahora la primera de las clases de filiación matrimonial; la que llamamos de origen, y que es el modelo prototípico de filiación matrimonial.

Pero desde antiguo la ley ha querido disponer que los hijos que dos personas han engendrado no estando casadas puedan equipararse en su *status* jurídico al de los hijos de matrimonio, si esas personas deciden regularizar su situación y contraen matrimonio. Es un objetivo de política legislativa y que revela que el legislador no es ni puede ser indiferente o neutral ante una unión no formalizada o un matrimonio.

Esta institución, conocida en la legislación anterior, como legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio de los padres, podría haberse considerado inútil una vez establecida la igualdad de derechos de los hijos, y sin embargo la ley no ha querido prescindir de ella.

La matrimonialización de la filiación no matrimonial tiene lugar cuando dos personas que han tenido un hijo en común sin estar casadas llegan a estarlo con posterioridad al nacimiento, ya sea que la paternidad o maternidad estén determinadas antes del matrimonio, se determinen en el acto del matrimonio o durante su vigencia.

Si paternidad o maternidad ya estaban determinadas (por los medios que sean: hecho del parto, reconocimiento o sentencia), la celebración del matrimonio es lo que convierte la filiación de no matrimonial en matrimonial (art. 184 inc. 2º CC).

Si ninguno o solo uno de los padres estaba determinado previamente al matrimonio, y el hijo es reconocido por ambos o por el progenitor que faltaba en el acto del matrimonio, también será la celebración la que determine la filiación matrimonial (art. 184 inc. 2º CC).

Pero si al momento del matrimonio no están determinadas paternidad y maternidad ni tampoco llegan a estarlo mediante reconocimiento otorgado en el acto de su celebración, la filiación se convertirá en matrimonial desde que queden determinadas por los medios legales (reconocimiento o sentencia judicial) la maternidad y paternidad, o aquella de las dos que faltaba. La última determinación producirá la conversión. Aunque el art. 184 inc. 2º CC hable del “último reconocimiento” nos parece que lo mismo sucederá cuando la determinación se verifique por sentencia en juicio de filiación.

7. La impugnación de la filiación matrimonial

La impugnación de la filiación matrimonial depende de la forma en la que se verificó su determinación: si judicial o extrajudicial. Si fue extrajudicial, la filiación matrimonial puede impugnarse por no ser verdadera la maternidad, la paternidad o el matrimonio a la época de la concepción o nacimiento del hijo.

a) Impugnación de la maternidad matrimonial

Se aplican los arts. 217 y siguientes del Código Civil. Tienen acción para impugnar la madre aparente y su marido. Como necesario reflejo este último estará impugnando su propia paternidad, ya que pide que se constate la ausencia de uno de los presupuestos de la presunción de paternidad matrimonial. El plazo es de un año desde el nacimiento,

También pueden impugnar el hijo supuesto, el verdadero hijo y los verdaderos padre o madre. El verdadero hijo y los verdaderos padre o madre el hijo supuesto habrán de ejercer conjuntamente las acciones de impugnación de la filiación matrimonial y la reclamación de su propio estado filial o paterno. Tratándose de un ejercicio conjunto, la imprescriptibilidad de la acción de reclamación se impone frente a la caducidad de la de impugnación. Si el hijo supuesto ejerce sólo la acción de impugnación debe hacerlo en el plazo de un año desde que alcance la plena capacidad.

Finalmente, la maternidad matrimonial puede ser impugnada por las personas a quienes perjudique en sus derechos hereditarios en la sucesión de los supuestos padres o madres: en el fondo los que se interesan en excluir al hijo supuesto de la sucesión de sus aparentes padres. El plazo que disponen es de un año desde el fallecimiento del padre o madre de que se trate. No obstante, si al hijo lo ampara la posesión notoria de su estado la acción de estas personas no será admisible (art. 218).

b) Impugnación de la paternidad matrimonial

La impugnación de la paternidad matrimonial se identifica con la prueba en contrario de la presunción de paternidad. No se exige que se acredite ninguna causal específica como antaño, ni imposibilidad de acceso ni adulterio; la prueba del juicio debe estar dirigida a comprobar que el marido no ha podido engendrar a la persona que aparece como su hijo.

Los legitimados para impugnar son el mismo marido y, en caso de muerte de éste, sus herederos y en general cualquier perjudicado por la pretendida paternidad. A ellos debe añadirse el hijo capaz o el representante del hijo incapaz (arts. 212, 213 y 214 CC).

El marido dispone del plazo de 180 días desde que tiene conocimiento del nacimiento, lo que se amplía a un año en caso de mediar separación de hecho de la mujer. La ley presume el conocimiento inmediato del parto si el marido reside en el lugar donde nació el hijo o, en caso de ausencia, al momento de su vuelta al lugar de residencia de la

mujer. Esta presunción es simplemente legal y puede caer si se prueba que ha habido ocultación del parto (art. 212 CC).

Muerto el padre antes de vencer el plazo y sin haber reconocido al hijo en testamento u otro instrumento público, la acción compete a sus herederos o a los que acrediten perjuicio. Estos pueden accionar en el mismo plazo o en su residuo (arrt. 213 CC).

Nacido el hijo, el representante legal puede impugnar la paternidad en el plazo de un año desde el parto. Aún expirado este plazo, el hijo, alcanzada la plena capacidad, dispone de un año para impugnar la paternidad (art. 214 CC).

Las normas de impugnación no mencionan entre los posibles titulares ni a la madre ni al tercero que se pretende padre no matrimonial.

Otorgar la titularidad de la acción de impugnación a la madre choca con un cierto sentido del decoro, ya que ordinariamente la madre alegará su propio adulterio en contra de su marido, sin que conste suficientemente que ello beneficia al hijo que como resultado de la acción quedará sin padre determinado.

No obstante ello, la ley permite esta inconveniente situación al conceder la acción al representante del hijo incapaz, representación que en caso de separación de los padres recaerá ordinariamente en la madre que ejercerá la patria potestad por tener derecho preeminente al cuidado personal de los hijos menores (arts. 245 y 225 CC). Pensamos, sin embargo, que podría evitarse el abuso que significa alegar la propia conducta indebida como fundamento de la demanda, haciendo ver que el art. 214 CC no se contenta con habilitar al representante legal del hijo incapaz sino que exige expresamente que se acredite que la acción se ejerce “en interés de éste”. Este interés raramente concurrirá para que la madre desposea a su hijo de la calidad de hijo matrimonial de su marido¹⁴.

Tampoco nos parece prudente aceptar que la filiación matrimonial quede expuesta a la alegación de un tercero que alega ser el verdadero progenitor del hijo que habría sido

¹⁴ Podría sostenerse que la objeción no se daría si se trata del hijo concebido antes del matrimonio y nacido en él, ya que la madre no habría incurrido en adulterio. No obstante, el hecho de engañar a su consorte pretendiendo atribuirle una paternidad que corresponde a otro es también una conducta indebida que, aunque de menor gravedad moral, debería ser suficiente para inhabilitarla para aprovecharse de ella.

engendrado en adulterio con la madre. Pensamos – y así lo sostuvimos con insistencia durante la discusión del proyecto de ley en el Senado – que, siguiendo legislaciones comparadas, debía restringirse la titularidad de la acción de impugnación impidiendo que este tercero pudiera poner en tela de juicio una filiación no cuestionada ni por el marido ni por el hijo. Sin embargo, el Senado optó por el partido de otorgar la acción, en la medida en que el tercero ejerza conjuntamente la impugnación con la reclamación (art. 208 CC), pero haciendo prevalecer, como regla general, la posesión notoria del estado de hijo por sobre la prueba pericial biológica (art. 201 CC), lo que en hipótesis permitiría al marido obtener sentencia en su favor..

La solución nos parece deplorable: primero porque no evita los perjuicios de que se abra y tramite un juicio donde se ventilará el posible adulterio de la madre y el engaño del marido. Aunque cuando el marido obtenga sentencia en su favor, lo más probable es que la convivencia familiar estará quebrada o al menos seriamente resentida. Y segundo, puesto que la afirmación de la paternidad del marido fundada sobre una posesión notoria a la que se oponen las pruebas biológicas revelará a todas luces, y más allá del formalismo judicial, que el padre es el tercero y no el marido. Se le habrá hecho, en consecuencia, un flaco favor.

Debemos hacer ver que en los comentarios que han sucedido a la reforma, se han presentado opiniones que piensan que el tercero no estaría habilitado para impugnar la filiación matrimonial por cuanto no está mencionado expresamente dentro de los titulares de la acción de impugnación (arts. 212 a 214 CC). Aunque esta interpretación, al revés de los que la plantean, nos parecería más adecuada desde el punto de vista de política legislativa¹⁵, hemos de decir que honestamente no nos parece defendible de *lege lata* atendidos los textos legales tal como fueron redactados. La ausencia de la titularidad explícita queda suplida por el juego de los arts. 205, 208 y 320 CC. Este último precepto señala que “ni prescripción ni fallo alguno... podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros”; por su parte, el art. 205 CC señala que la acción de reclamación de la filiación no matrimonial corresponde al padre o madre “cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual se sujetarán

¹⁵ Cfr. Corral, H., ob. cit., p. 82.

a lo dispuesto en el artículo 208”, y esta norma – el art. 208- dispone que en tal caso deben ejercer con la acción de reclamación la de impugnación. Si tienen esta obligación es porque para la ley son titulares también de la de impugnación, de lo contrario la ley estaría ordenando un absurdo¹⁶.

c) Impugnación de la filiación matrimonial adquirida

La filiación matrimonial adquirida que se completa por reconocimiento es susceptible de quedar sin efecto por una vía extrajudicial, al igual que la filiación no matrimonial: por el acto de repudiación del reconocimiento que la integra, derecho que corresponde al hijo o, en caso de muerte, a sus herederos.

También es susceptible de impugnación por parte del hijo o su representante. El hijo capaz tiene el plazo de dos años contados desde que supo del matrimonio o del reconocimiento que producen la filiación matrimonial (art. 216 inc. 4° CC). Si el hijo es reconocido siendo incapaz, la acción compete al representante en el plazo de un año desde el reconocimiento y, si éste no la ha ejercido, el hijo, alcanzada la plena capacidad, podrá deducirla en el plazo de un año desde que la alcanzó (art. 214 aplicable por el art. 216 inc. 2° CC).

Finalmente, si el hijo fallece sin que hayan vencido los términos anteriores, la acción de impugnación puede ser ejercida por los herederos del hijo en el plazo original o en su residuo contado desde la muerte del hijo (art. 216 inc. 3° CC).

No es impugnabile la filiación matrimonial adquirida, a diferencia de la filiación no matrimonial por reconocimiento, por los que prueben un interés actual en la impugnación.

¹⁶ En el mismo sentido, aunque con otros argumentos, López Rivera, Gisela, *Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales*, ConoSur, Santiago, 2001, pp. 177-178; Veloso, P. ob. cit., pp. 203-205.

c) Impugnación de la filiación matrimonial determinada por sentencia

La filiación matrimonial determinada por sentencia judicial goza de mayor estabilidad, ya que no puede ser impugnada salvo en las condiciones que prevé el art. 320 (art. 220 CC), es decir, cuando los titulares sean los que se pretendan verdaderos padre o madre del hijo matrimonial o cuando éste se pretenda presentar como hijo de otros. En tal caso, deberán deducirse conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación, y deberá notificarse su ejercicio a las personas que hayan sido partes en el proceso anterior de determinación de la filiación (art. 320 CC).

6. La reclamación de la filiación matrimonial

La filiación matrimonial puede reclamarse de acuerdo con su estructura, es decir, se debe exigir siempre respecto de ambos progenitores. No es posible reclamar sólo la paternidad matrimonial y no la maternidad matrimonial o viceversa (salvo que una de ellas ya esté previamente determinada para el caso de la filiación matrimonial adquirida o sobrevenida).

Por eso en los juicios de reclamación de la filiación matrimonial se dará un consorcio necesario, sea activo, si los que reclaman son los progenitores (si demanda sólo uno de ellos debe emplazarse necesariamente al otro so pena de nulidad: art. 204 inc. 3º CC); sea pasivo, si el actor es el hijo y debe ejercer la acción conjuntamente “contra ambos padres” (art. 204 inc. 2º CC).

No existe plazo para el ejercicio de la acción de reclamación, ya que se la configura como imprescriptible (art. 195 inc. 2º CC) en tanto el hijo como los padres estén con vida. Si fallecen la ley dispone, o la caducidad inmediata de la acción o su vencimiento

dentro de cierto plazo desde la muerte. Así, si muere el padre o madre la acción de reclamación del hijo que no haya sido interpuesta en vida caduca, salvo un supuesto muy particular: que el progenitor haya fallecido antes del nacimiento o dentro de los 180 días siguientes al nacimiento del hijo. En este caso excepcional, la acción de reclamación puede entablarse en contra de los herederos del padre fallecido en el plazo de tres años desde que el hijo haya alcanzado la capacidad (art. 206 CC)¹⁷.

No es fácil decidir de si se admitirá la reclamación de la filiación matrimonial cuando sólo uno de los padres ha fallecido y no el otro. Pareciera que habiendo expirado la acción para el establecimiento de uno de los vínculos filiales no será posible la determinación de la filiación matrimonial que supone necesariamente la duplicidad del vínculo. En tal caso, sólo podrá determinarse la filiación respecto del padre sobreviviente, y esta tendrá el carácter de no matrimonial¹⁸.

Si quien fallece antes de ejercer la acción de reclamación es el hijo, los herederos pueden deducirla pero sólo en el plazo de tres años contados desde la muerte si el hijo fallece siendo incapaz. Si fallece siendo capaz los herederos podrán reclamar la filiación únicamente si la muerte se produjo dentro de los tres años contados desde que alcanzó su plena capacidad, y dispondrán para ello sólo del tiempo que faltare para completar dicho plazo. El plazo o su residuo se suspenden en favor de los herederos incapaces (art. 207 CC).

IV. “El día después” de la reforma: ¿cambio en la concepción de la familia en el Código Civil?

¹⁷ La norma contempla también que la acción se entable dentro del plazo de tres años contados desde la muerte del padre, pero este supuesto sólo puede entenderse si se le refiere al representante del hijo incapaz, ya que no es posible que al vencer ese plazo el hijo haya alcanzado plena capacidad.

¹⁸ Pero si la acción la deduce el padre sobreviviente no parece que la muerte del otro progenitor sea óbice para llevar adelante la acción, ya que la exigencia del art. 204 de intervenir el otro progenitor so pena de nulidad podría satisfacerse emplazando a los herederos.

Es indudable que la igualación de efectos entre filiación matrimonial y no matrimonial en las situaciones en las que concurren hijos o parientes de diverso carácter ha debilitado la eficacia jurídica de la institución matrimonial en la organización de las relaciones familiares. Pero, ¿es este un cambio que amerita concluir que la concepción de la familia que inspira la legislación civil chilena ha sido transformada o sustituida por una nueva? ¿Ha dejado de ser el matrimonio la base jurídica de la familia en el Código Civil? Nos parece que la respuesta a estas interrogantes debe ser negativa. Es cierto que la presentación política y la publicidad que se hizo de la reforma enfatizó un mensaje que parecía sugerir que la igualdad en el tratamiento de los hijos es un fruto de una actitud de indiferencia de la ley entre la unión matrimonial y la no matrimonial, al estilo de “para tener hijos da lo mismo casarse que no casarse...”. Pero este simplismo comunicacional se revela inexacto si se contemplan con más atención los textos normativos y los principios que los inspiraron, no ya en el Gobierno que propició un cierto proyecto sino en la legislación que fue finalmente aprobada en el Senado, y ratificada por la Cámara de Diputados.

La nueva legislación familiar está muy lejos de asumir una neutralidad frente a los posibles modelos de regulación de la familia. Una cosa es que se haya atenuado la eficacia del matrimonio respecto de la filiación, pero otra muy distinta es que se prescindiera de la institución matrimonial como modelo arquetípico para la construcción de los lazos familiares.

La familia fundada en el matrimonio, entendido éste como el compromiso indisoluble del hombre y la mujer para amarse, procrear y acoger a los hijos, sigue siendo la concepción de la familia que se diseña en el conjunto de la normativa civil.

La ley sigue recomendando e incentivado la estructuración de la convivencia marital a través del matrimonio. Para demostrar este aserto basta con revisar algunas de las normas características del sistema matrimonial vigente:

1º) La preferencia del matrimonio como cauce más idóneo para la procreación se observa en el título V de la Ley de Registro Civil, Ley N° 4.808, que se sigue denominando “Medidas que favorecen la constitución legal de la familia” y, en especial,

en la norma del art. 51 que ordena a los Oficiales del Registro Civil visitar su respectiva comuna o sección, “a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes”. Esta norma no se explicaría si la convivencia extramatrimonial fuera considerada una forma alternativa de familia a la del matrimonio.

2º) Los derechos sucesorios del cónyuge, incrementados por la misma ley N° 19.585, relevan también un claro incentivo al matrimonio por sobre la unión no matrimonial y constituyen una ventaja indirecta para los descendientes matrimoniales.

3º) El estatuto económico o régimen de bienes constituye igualmente un trato preferente para la familia matrimonial. Particular atención debe ponerse en la institución de los llamados “bienes familiares” que se conciben como una protección a la vivienda ocupada por personas que están o han estado casadas (arts. 141 y ss. del Código Civil).

4º) La filiación matrimonial es considerada preferible para los hijos que la filiación no matrimonial. Por ello, la filiación matrimonial propiamente tal no es susceptible de repudiación como sucede con la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento. Por eso también se explica que el régimen de impugnación de la paternidad matrimonial sea más restrictivo que el de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento. Respecto de esta última son reconocidos como sujetos activos todos los interesados (art. 216 inc. 5º), lo que no sucede respecto de la filiación matrimonial de origen y ni siquiera respecto de la filiación matrimonial adquirida.

5º) La prioridad axiológica de la filiación matrimonial se observa también en la mantención de la figura de la legitimación por subsiguiente matrimonio, a través de la conversión de la filiación no matrimonial en matrimonial si los padres se casan. Si para la ley diera exactamente lo mismo ser hijo matrimonial que no matrimonial, no tendría sentido que se permitiera al hijo de padres que se casan el acceder a la filiación matrimonial. Aunque sin un incremento de derechos pecuniarios, la ley entiende que aún desde el punto de vista meramente simbólico conviene reconocer que ese hijo es parte de la familia matrimonial que para él han formado sus padres. Existe, por otra parte, un

incentivo a los padres que conviven para que regularicen su situación por la vía matrimonial que es la aconsejada por la legislación para formar familia¹⁹.

6º) La familia matrimonial es considerada preferentemente por la ley de adopción, ley N° 19.620, ya que sólo se permite la adopción por personas individuales – no por parejas de hecho – cuando no existan matrimonios residentes en Chile o extranjeros que puedan acoger al menor en situación de adoptabilidad (art. 21 ley N° 19.620). La misma ley favorece que la edad del menor adoptado pueda corresponderse con el hecho de haber sido concebido en el matrimonio de los adoptantes (art. 26 ley N° 19.620), indicando así nuevamente la valoración preferente de la filiación matrimonial.

Nos parece que estas constataciones son suficientes para desmentir que, al menos por ahora, se haya sustituido en su núcleo esencial la concepción de la familia en el sistema civil. Con todas nuestras reservas sobre la eficacia social de una ley que sin duda disminuye o atenúa los efectos jurídicos del matrimonio perjudicando más que nada a los hijos extramatrimoniales a los que se pretendía beneficiar²⁰, hemos de decir que con las matizaciones introducidas por el Senado y las disposiciones conexas, el matrimonio sigue siendo el instrumento idóneo para articular legalmente la familia, y mediante el cual esta puede llegar a cumplir el cometido que le reconoce la Constitución Política de ser “núcleo” y “fundamento” de la sociedad chilena.

Santiago, 17 de julio de 2002

¹⁹ La diferencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales aparece en la disposición del art. 1016, que dispone que en el testamento debe expresarse por separado los hijos “habidos en cada matrimonio” de “cualesquier otros hijos del testador”.

²⁰ Una de las razones de quienes propiciaron la igualdad de efectos entre las filiaciones determinadas fue la tasa de ilegitimidad en Chile que es una de las mayores del mundo. Sin embargo, no parece que la promulgación de la ley haya incidido en una baja en el número de nacimientos de hijos no matrimoniales y, aunque todavía es muy pronto para verificarlo, es de temer que se estén cumpliendo los pronósticos de quienes veíamos en la propaganda que acompañó a la reforma un descincentivo a la paternidad responsable. De hecho desde el año 1998, la tasa de “no matrimonialidad” de los hijos ha seguido aumentando de forma alarmante: en 1998 el porcentaje de hijos nacidos fuera de matrimonio sobre el total de nacimientos fue de un 43,9%, en 1999, de un 47,56% y en 2000, de un 48,21%. Las cifras pueden consultarse en Schmidt, Claudia, en Schmidt, C. y Veloso, P., *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago, 2001, p. 26.

