

DE LA FILIACION Y DE LA RELACION JURÍDICA ENTRE PROGENITORES E HIJOS¹

Sumario:

CAPÍTULO I: GENERALIDADES

- 1.- Concepto de filiación
- 2.- Características de la filiación
- 3.- Clasificación
- 4.- Categorías de hijos

CAPÍTULO II: DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

- 1.- Fundamento de la determinación de la filiación: el derecho a la identidad personal
- 2.- Determinación de la filiación matrimonial
- 3.- Determinación de la filiación no matrimonial
- 4.- Repudiación de la filiación no matrimonial

CAPÍTULO III: DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

- 1.- Reglas generales
 - 1.1. Principios fundamentales
 - 1.2. Características del juicio de filiación
 - 1.3. Reglas probatorias
 - 1.4. Acción para impetrar la nulidad del reconocimiento
 - 1.5. Efectos de la sentencia que determina la filiación, contra la oposición del respectivo progenitor.
- 2.- De las acciones de reclamación de la filiación
 - 2.1. Quienes son legítimos contradictores
 - 2.2. Situación del hijo póstumo o cuando uno de sus progenitores fallece dentro del plazo de 180 días contados desde el parto
 - 2.3. Situación del hijo fallecido siendo incapaz
 - 2.4. Petición de alimentos en las acciones de reclamación
 - 2.5. Presunción en caso de concubinato
 - 2.6. Imprescriptibilidad y ausencia de cosa juzgada en las acciones de reclamación
- 3.- De las acciones de impugnación de la filiación
 - 3.1. Impugnación de la paternidad
 - 3.2. Impugnación de la maternidad
 - 3.3. caso en el cual la filiación no puede ser impugnada
- 4.- Normas transitorias de la Ley N° 19.585
- 5.- Efecto retroactivo de algunas normas de la Ley N° 19.585

CAPÍTULO IV: DE LOS DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PROGENITORES Y LOS HIJOS

- 1.- Efectos personales de la filiación: la autoridad parental
 - 1.1. Deberes de los hijos para con sus progenitores
 - 1.2. Deberes de los progenitores para con sus hijos
 - 1.3. Situación del hijo abandonado y alimentado y criado por otros
 - 1.4. Situación del hijo ausente de su casa y que se halla en urgente necesidad
 - 1.5. carácter provisional de las resoluciones judiciales en estas materias
- 2.- Efectos patrimoniales de la filiación: la patria potestad
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Sujetos pasivos de la patria potestad
 - 2.3. Sujetos activos de la patria potestad

¹ Fecha de última modificación: 8 de febrero de 2023.

- 2.4. Efecto de las subinscripciones
- 2.5. Casos en los cuales los progenitores carecen de la patria potestad
- 2.6. Duración y efectos de la patria potestad
- 2.7. Del derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos
- 2.8. De la administración de los bienes del hijo
- 2.9. De la representación legal de los hijos
- 2.10. De la suspensión de la patria potestad
- 2.11. De la emancipación

CAPITULO I: GENERALIDADES.

1.- Concepto de filiación.

En términos generales, el Diccionario de la Real Academia define la filiación como la "procedencia de los hijos respecto de los padres".

Se trata de la relación biológica que une al procreado con sus procreadores. Es tanto un hecho natural como una realidad reconocida y regulada por el Derecho, que presupone la determinación de la paternidad o maternidad².

Puig Peña (citado por Fueyo) dice que es aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con otra.

Para Enrique Rossel, la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente de primer grado.³

La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o madre, fundamento principal de la filiación, da origen a ella, sea que provenga de relaciones sexuales matrimoniales o extramatrimoniales.

Excepcionalmente, existe filiación sin relaciones de sangre en dos casos:

i.- Tratándose de la filiación adoptiva.

ii.- En el caso en que se determine una relación de filiación respecto de un segundo padre o de una segunda madre.

Este segundo progenitor, del mismo sexo, no tiene como fundamento de la filiación de su hijo o hija una relación sanguínea, sino que se funda en el reconocimiento hecho por el segundo padre o por la segunda madre o en una sentencia que declara la adopción.

De ahí que el art. 34 del Código Civil, refiriéndose a los progenitores del hijo o de la hija, exprese: "Los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres. / Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien padre o madre, u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario".

El tenor de este precepto fue fijado por la Ley Nº 21.400, que "Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo", publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2021, con vigencia a partir del 11 de marzo de 2022.

² Valetta, María Laura, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007, quinta edición, p. 384.

³ Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, séptima edición actualizada, p. 207.*

El progenitor de una persona, entonces, es aquel respecto del cual "se ha determinado una relación de filiación". Las diversas formas de determinar la filiación, las revisaremos más adelante.

La palabra "progenitor", ha reemplazado a las expresiones "padre" y "madre", en el Código Civil chileno. Ello se explica, porque de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la palabra tiene tres entradas: "pariente en línea recta ascendente de una persona"; "ser vivo que origina a otro"; y "El padre y la madre". En la situación tradicional, que fue la que tuvo en mente Andrés Bello, las tres acepciones operaban simultáneamente. Hoy, sin embargo, la primera de estas acepciones puede presentarse con autonomía de la segunda. Otro tanto puede decirse de la tercera acepción: se puede ser padre o madre de una persona, sin haberla engendrado. Jurídicamente, entonces, la palabra "progenitor" se ha separado del hecho de la procreación. Una persona será progenitora de otra, en la medida en que se haya *determinado* la filiación, de conformidad a lo previsto en la ley, y aunque la primera no hubiese engendrado a la segunda. Ahora bien, ¿qué parentesco es el que se origina entre el padre o madre que reconoce a un hijo *que no ha sido engendrado* por el primero? Por cierto, no es parentesco por consanguinidad. Menos aún por afinidad. Se trata entonces de un parentesco *de origen legal*, que se suma a las dos clases de parentesco tradicionales. Nos remitimos a lo que expusimos al estudiar el parentesco.

En consecuencia, a partir de esta última fecha, el Derecho chileno admite la posibilidad de que un hijo o una hija, tenga:

- i.- Un padre y una madre.
- ii.- Sólo un padre.
- iii.- Sólo una madre.
- iv.- Dos padres.
- v.- Dos madres.

Desde ya, consideramos que una persona podría tener dos madres, en los siguientes casos:

i.- Cuando al momento de nacer el niño o la niña, la madre que da a luz estuviere casada con otra mujer. En tal caso, la filiación matrimonial se entenderá originada respecto de la madre gestante, por el solo ministerio de la ley, de conformidad a lo previsto en el art. 183, inc. 1º del Código Civil, que expresa: "La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil".

En cuanto a la madre "no gestante", es decir la "segunda" madre, ella tendrá que reconocer al hijo que la primera ha dado a luz. ¿Por qué esta segunda madre o madre no gestante debiera reconocer al hijo que gestó y dio a luz su cónyuge? Porque respecto de esta segunda madre, no puede aplicarse lo previsto en el art. 185, inc. 1º. Esta última norma, establece cuándo se origina la filiación matrimonial: "La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus progenitores, con tal que la maternidad o la paternidad de ambos estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente".

Adicionalmente, se presentará aquí una situación anómala en lo que se refiere a la filiación que el hijo tenga con esta segunda madre, pues en estricto rigor, no podría ser calificada de "matrimonial". En efecto, como lo ha hecho notar, con razón, el profesor Hernán Corral, "si están casadas, el problema es que esta filiación no podrá calificarse de matrimonial, ya que conforme al citado art. 185 la filiación matrimonial queda determinada conforme a los arts. 183 y 184, pero este último se refiere a la presunción de paternidad que sólo se aplica tratándose de cónyuges de sexo diferente".⁴

⁴ Corral Talciani, Hernán, "Técnicas de reproducción asistida y filiación: curiosa historia del art. 182 del Código Civil", publicado el 19 de diciembre de 2021 en corraltalciani.wordpress.com.

Dicho en otras palabras: la filiación de esta segunda madre no puede considerarse "matrimonial", porque conforme al art. 185, para serlo, o bien se fundamenta en el art. 183, o bien en el art. 184. Y ocurre que ninguno de los dos puede aplicarse para el caso de la segunda madre. No opera el art. 183, porque éste precepto sólo se refiere a la "madre gestante", es decir a la que dio a luz al niño. Tampoco opera el art. 184, porque esta norma se refiere sólo al padre, en el caso de un matrimonio de personas de distinto sexo.

Decimos que se trata de una situación "anómala", pues el hijo tendría filiación matrimonial respecto de su madre gestante, y no matrimonial respecto de la segunda madre que lo ha reconocido.

ii.- Cuando la filiación del hijo o de la hija se encuentra determinada sólo respecto de su madre biológica, y después, otra mujer también reconoce al hijo o hija como segunda madre. En este caso, la maternidad de la madre gestante, quedó determinada al momento del parto, de conformidad al art. 183, inc. 1º, ya citado. En cuanto a la maternidad de la segunda madre, ella quedará determinada por el "reconocimiento", de conformidad a los arts. 186 y 187. Si esta segunda madre se casa después con la madre gestante, quedará determinada la filiación matrimonial del hijo respecto de ambas, conforme al art. 185, inc. 2º. No se presenta aquí la anomalía mencionada en el primer caso respecto de la filiación matrimonial.

iii.- Cuando dos mujeres, se someten a un procedimiento de reproducción humana asistida. En este caso, habría que precisar que la maternidad de la madre no gestante quedará determinada sin necesidad de reconocimiento, en la medida que ella hubiere donado óvulos a la madre gestante y esto constare en los antecedentes médicos del procedimiento de fecundación asistida. En efecto, en este caso, operaría el art. 182, pues debiéramos considerar a la madre no gestante como parte de "las dos personas que se hayan sometido" a dichas técnicas reproductivas. En cambio, si la segunda madre no fuere donante de óvulos, tendría que reconocer al niño gestado por la primera, pues aquella no podría considerarse dentro de las personas que se hayan sometidas a las técnicas aludidas. Operarían entonces los arts. 186 y 187 y no el 182.

iv.- Cuando adopten a un menor dos mujeres casadas entre sí. En este caso, la filiación será matrimonial. No hay impedimento para que dos mujeres casadas entre sí puedan adoptar, pues el art. 20 de la Ley Nº 19.620 sobre Adopción de Menores, señala que podrá otorgarse la adopción "a los cónyuges chilenos o extranjeros", sin distinguir si se trata de cónyuges de distinto o del mismo sexo.

A su vez, una persona podría tener dos padres, en los siguientes casos:

i.- Cuando el hijo o hija se encuentra reconocido sólo por su padre, y después, otro varón también reconoce al hijo o hija como segundo padre, de conformidad a los arts. 186 y 187. En este caso, la filiación será no matrimonial. Pero si con posterioridad dichos varones se casan entre sí, la filiación del hijo será matrimonial, de conformidad al art. 185, inc. 2º.

ii.- Cuando adopten a un menor dos varones casados entre sí. La filiación será matrimonial. Nos remitimos a lo dicho acerca de la Ley Nº 19.620.

En todo caso, se desprende del citado art. 34, que *en ningún caso una persona podría tener tres o más progenitores*. Por ende, si estuviere determinada la filiación respecto de dos padres o de dos madres, la mujer que hubiere dado a luz, en el primer caso, o el varón que fuere el padre biológico, en el segundo caso, podría impugnar la filiación y reclamar la que deriva del parto o de la procreación, cuando fuere posible (veremos que no lo es en el caso del art. 182 del Código Civil).

El legislador se preocupa de la filiación desde dos puntos de vista:

i.- En primer lugar, da las reglas para establecerla con la mayor certidumbre posible, ya que a veces resulta incierta. Se regula lo concerniente a su determinación y las acciones de filiación.

ii.- Señala las consecuencias jurídicas, los derechos, deberes y obligaciones que vinculan a los padres con los hijos: *potestad parental* y *patria potestad*, desde el punto de vista de los progenitores, y *lealtad filial*, desde la perspectiva de los hijos, principalmente.

2.- Características de la filiación.

a) *Es un fenómeno jurídico que tiene como fundamento, por regla general, el hecho fisiológico de la procreación, salvo, excepcionalmente, cuando estamos ante la filiación adoptiva y ante la filiación determinada en favor del segundo padre o de la segunda madre, ambas creaciones legislativas.*

De ahí que, históricamente, el legislador desconociera las consecuencias jurídicas de la filiación si se demostraba que no existía un vínculo de sangre. Sin embargo, en la actualidad, como se ha dicho, la filiación puede originarse al margen del vínculo consanguíneo, en las dos situaciones excepcionales mencionadas.

b) *Constituye un estado civil.*

Tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial lo constituyen. Cabe señalar sin embargo que este estado civil podría modificarse, como acontece por ejemplo con el hijo de filiación no matrimonial que obtiene la filiación matrimonial por el matrimonio de sus progenitores; o el hijo de filiación indeterminada que torna en determinada, por el reconocimiento de ambos o de uno de sus progenitores; o el hijo de filiación matrimonial cuya paternidad es desconocida por el marido de la madre.

c) *Es fuente de fenómenos jurídicos de gran importancia.*

Entre ello, la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos, etc.

3.- Clasificación.

No obstante que conforme al art. 33 del Código Civil se considera iguales a todos los hijos, es posible distinguir diversas clases de filiaciones:

a) *Filiación determinada e indeterminada (art. 37).*

Filiación determinada es aquella que tiene reconocimiento jurídico, sea respecto de ambos progenitores, sea respecto de uno de ellos.

Filiación indeterminada es aquella que a pesar de existir en la realidad, no ha sido reconocida por el Derecho respecto de ninguno de los progenitores.

b) *La filiación determinada se clasifica a su vez en filiación determinada por naturaleza, adoptiva (art. 179) y determinada en favor de un segundo padre o una segunda madre.*

La filiación por naturaleza es aquella que se origina por vínculos de sangre.

La filiación adoptiva es aquella regulada por la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores.

La filiación determinada en favor de un segundo padre o de una segunda madre, es aquella creada por la Ley N° 21.400, ya citada.

c) *La filiación determinada por naturaleza se clasifica a su vez en filiación matrimonial y no matrimonial.*

La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los progenitores al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo (art. 180, inc. 1°).

Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos progenitores contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la filiación haya estado previamente determinada por los medios que este Código establece respecto de quienes contraen matrimonio, o bien se determine por reconocimiento realizado por ambos progenitores en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el art. 187. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posterioridad del hijo fallecido (art. 180, inc. 2º, que recoge los casos de legitimación de pleno derecho, en la antigua nomenclatura del Código Civil).

Cabe agregar dentro de los casos de filiación matrimonial, el contemplado en el art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir, los hijos concebidos durante el matrimonio nulo.

Finalmente, también debemos incluir entre los hijos que ostentan filiación matrimonial aquellos beneficiados con la adopción, de conformidad a la Ley Nº 19.620.

Sintetizando, gozan de filiación matrimonial:

- i.- Los hijos concebidos durante el matrimonio válido de sus progenitores.
- ii.- Los hijos concebidos antes del matrimonio válido de sus progenitores y nacidos durante el mismo.
- iii.- Los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio válido de sus progenitores, cuya filiación hubiere estado determinada respecto de ambos progenitores al momento de contraer éstos matrimonio.
- iv.- Los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio de sus progenitores, cuya filiación es reconocida por éstos al momento de contraer matrimonio.
- v.- Los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio de sus progenitores, cuya filiación es reconocida por éstos durante la vigencia del matrimonio.
- vi.- Los hijos que se encontraren en cualquiera de las situaciones anteriores, en el caso del matrimonio nulo;
- vii.- Los hijos que han sido beneficiados con la adopción, conforme a la Ley Nº 19.620.

En los demás casos, la filiación es no matrimonial (art. 180, inc. 3º).

d) *Filiación "tecnológica"* (art. 182).

Así la denomina Hernán Corral T. Se trata de aquella que tiene el hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Se encuentra regulada en el art. 182: "La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas. / No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta".

El art. 182 se limita a establecer dos reglas generales:

- i.- La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas.

Cabe destacar al respecto que antes de la modificación a este art. por la Ley Nº 21.400, el precepto aludía "al hombre y la mujer" que se habían sometido a estas técnicas de reproducción asistida. Después de la reforma, la norma se refiere a "las dos personas que se hayan sometido a ellas". Con este cambio, el hijo que nazca por aplicación de las mencionadas técnicas, podrá tener dos madres, cuando ambas están casadas entre sí y una fuere la madre gestante y la otra la madre donante de óvulos: el hijo tendrá filiación matrimonial respecto de ambas madres.

Pero en nuestra opinión, dado que la legislación chilena no permitiría la figura conocida como "vientre de alquiler", no sería posible que dos varones que han celebrado entre sí matrimonio, puedan reclamar su calidad de progenitores del niño que uno de ellos tenga con la mujer que haya dado a luz. Sólo uno de ellos puede ser padre.

Con todo, admitimos que la cuestión concerniente a los “vientres de alquiler” se prestará a dudas. Como expresa el profesor Hernán Corral, “lo que es más complejo es que al modificarse [por la Ley N° 21.400] el texto del inciso primero [del art. 182] y excluir que ellas se apliquen sólo a parejas de mujeres, sino que a dos personas sin distinción de sexo se está implícitamente declarando legal el arriendo de útero o maternidad por subrogación, ya sea ‘altruista’ (gratuita) o remunerada (onerosa). Podría decirse que se trata [solamente] de dos personas que se han sometido a la técnica, pero no es así ya que también en la inseminación artificial o fecundación *in vitro* existe la intervención de un tercero: el aportante del semen. ¿Por qué entonces no se admitiría que una mujer arrendara o prestara su útero para gestar un hijo por encargo? Y esto no sólo para una pareja de varones, que como es sabido no pueden gestar ni alumbrar un niño, sino también para una pareja heterosexual en que la madre no puede o no quiere gestar un hijo y encarga la gestación a una tercera mujer mediante contrato”.⁵

ii.- No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente por aquellos que se sometieron a las técnicas de reproducción asistida, ni reclamarse una distinta por terceros (por ejemplo, el tercero que alegue haber donado los espermios que permitieron la fecundación o la tercera que alegue haber donado óvulos para la gestación, salvo que ésta última fuere una de las personas que se sometieron a las técnicas reproductivas, conforme al inc. 1º del art. 182). ¿Podría el propio hijo accionar, para conocer su identidad biológica? Nada lo impide, pues el precepto priva de acción al donante, pero nada dice respecto del hijo. Así lo entiende el profesor Hernán Corral: “surge la duda si estará vedado o no al niño así concebido buscar quién ha sido su progenitor biológico, y al parecer, dado lo previsto en la ley N° 19.620 de adopción, la Convención de Derechos del Niño, y el principio general de la misma reforma de la ley N° 19.585 que es la libertad de investigar paternidad y maternidad, debiera concluirse que al menos para conocer su identidad el hijo así concebido tiene derecho a conocer a su progenitor biológico, aunque ello no constituya vínculo de paternidad”.⁶

Tal como ha ocurrido en otras legislaciones (por ejemplo, en España), sería recomendable que se promulgue una ley especial sobre esta materia, de suyo delicada, por las implicancias religiosas, jurídicas y morales que contiene.

4.- Categorías de hijos.

De las distintas clases de filiación, se desprenden las siguientes categorías de hijos:

- a) Hijos de filiación determinada;
- b) Hijos de filiación indeterminada;
- c) Hijos de filiación matrimonial;
- d) Hijos de filiación no matrimonial;
- e) Hijos de filiación tecnológica.

CAPITULO II: DE LA DETERMINACION DE LA FILIACIÓN.

1.- Fundamento de la determinación de la filiación: el derecho a la identidad personal.

⁵ Corral Talciani, Hernán, “Técnicas de reproducción asistida y filiación: curiosa historia del art. 182 del Código Civil”, publicado el 19 de diciembre de 2021 en corraltalciani.wordpress.com.

⁶ Corral Talciani, Hernán, “Técnicas de reproducción asistida y filiación: curiosa historia del art. 182 del Código Civil”, publicado el 19 de diciembre de 2021 en corraltalciani.wordpress.com.

La determinación de la filiación, matrimonial o no matrimonial, se vincula directamente con lo dispuesto en los arts. 7 y 8, de la "Convención sobre los Derechos del Niño", que consagran *el derecho a la identidad*, esto es, el derecho del menor para que se establezca su pertenencia a una determinada familia, aún en el caso que uno o ambos progenitores se negaren a ello.

Revisemos el tenor de estos preceptos:

"Artículo 7.

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

"Artículo 8.

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

El tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 1.340-2009, se refiere a este derecho en los siguientes términos: "Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal en cuanto emanación de la dignidad humana implica la posibilidad que toda persona humana sea ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma, cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y sobre esa base puede aspirar al reconocimiento personal que merece. Desde este punto de vista el derecho a la identidad personal goza de un estatuto similar al del derecho de la nacionalidad, del que una persona no puede carecer. Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política y que se erigen como límite a la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes" (considerando 10°).

2.- Determinación de la filiación matrimonial.

a) Elementos de la filiación matrimonial.

Son los siguientes:

a.1) Matrimonio de los progenitores.

Abarca las siguientes situaciones:

- i.- El matrimonio válido o verdadero;
- ii.- El matrimonio nulo, pues aunque no fuere nulo putativo, el hijo tiene filiación matrimonial.

a.2) Maternidad de la cónyuge.

El hijo tendrá filiación matrimonial cuando realmente haya sido concebido y parido por la cónyuge. Por ello, puede impugnarse la filiación matrimonial acreditando falso parto o suplantación del hijo. *La maternidad es un hecho notorio*, de manera que su establecimiento o su impugnación son cuestiones de mecánica jurídica.

Si la madre estuviere casada con una mujer, ¿debe entenderse a ésta también como madre del niño? En nuestra opinión, ello no sería así, según lo expuesto. La madre no gestora, deberá reconocer al hijo gestado por la primera.

Pero lo anterior no impediría, ciertamente, que el varón que haya engendrado al niño, pueda impugnar esta segunda maternidad y solicitar que se le declare como progenitor. Con todo, en un caso ello no será posible: en la hipótesis del art. 182 del Código Civil, a la que hicimos referencia.

a.3) Paternidad del cónyuge.

La paternidad, o sea el hecho de que un niño haya sido engendrado realmente por el que pasa a los ojos de todos por su padre, *es un fenómeno incierto* que solo a medias puede ser establecido. Por ello, el legislador estableció una presunción legal de paternidad, para el caso de los matrimonios celebrados entre personas de distinto sexo, fundada en la normalidad de las cosas. Está establecida en el art. 184, que dispone que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges. La regla tiene excepciones, según se verá.

b) Formas de determinación.

El art. 185 del Código Civil regula la materia: "La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus progenitores, con tal que la maternidad o la paternidad de ambos estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente. / Tratándose del hijo nacido antes de casarse sus progenitores, la filiación matrimonial queda determinada por la celebración de ese matrimonio, siempre que la maternidad o la paternidad de ambos estén ya determinadas con arreglo al artículo 186 o, en caso contrario, por el último reconocimiento conforme a lo establecido en el párrafo siguiente. / 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".

La filiación matrimonial queda determinada, de esta manera:

b.1) Por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus progenitores, con tal que la maternidad y la paternidad de ambos estén establecidas legalmente en conformidad con los arts. 183 y 184, respectivamente (art. 185, inc. 1º).

b.2) Por el matrimonio de los progenitores, tratándose del hijo nacido antes de celebrar dicho contrato, siempre que la maternidad o la paternidad de ambos hubieren estado determinadas con arreglo al art. 186 (art. 185, inc. 2º). En este caso, se exige que ambos progenitores hayan reconocido al hijo antes del matrimonio o que la filiación se encuentre determinada respecto de ambos progenitores por resolución judicial.

b.3) En el acto del matrimonio de los progenitores, cuando éstos reconozcan los hijos habidos con anterioridad (art. 38 de la Ley de Registro Civil).

b.4) Por el matrimonio de los progenitores, tratándose del hijo nacido antes de celebrar dicho contrato, cuando ambos progenitores reconocen al hijo durante la vigencia del matrimonio.

b.5) Por sentencia judicial dictada en juicio de filiación (art. 185, inc. final).

c) Presunción acerca de la filiación matrimonial y acción de desconocimiento de la paternidad.

La materia se contempla en el art. 184 del Código Civil, del siguiente tenor: "Tratándose de cónyuges de distinto sexo, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges. / No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido. / Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretada la separación judicial, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo. / Si la mujer contrae sucesivamente dos matrimonios y da a luz un niño después de celebrado el segundo, se presumirá hijo del actual marido, cualquiera que sea el plazo que haya transcurrido desde la disolución del primer matrimonio, sin perjuicio del derecho del actual marido para desconocer esta paternidad si se dan los supuestos previstos en el inciso segundo. Desconocida así la paternidad, se presumirá padre al marido del antecedente matrimonio, siempre que el niño haya nacido dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. / La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII".

Así las cosas, tratándose de cónyuges de distinto sexo, se presumen hijos del marido:

- i.- Los nacidos después de la celebración del matrimonio;
- ii.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.
- iii.- Los nacidos 300 días después de decretada la separación judicial de los cónyuges, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

No se aplicará la presunción *si la criatura nace antes de los 180 días subsiguientes al matrimonio*, siempre que se presenten las siguientes condiciones:

- i.- Que el marido no haya tenido conocimiento de la preñez al tiempo de casarse; y
- ii.- Que el marido desconozca judicialmente su paternidad.

En este caso, el marido deberá interponer su acción en el plazo y forma que se expresa en los arts. 212 y siguientes, esto es, conforme a las reglas de las acciones de impugnación.

Sin embargo, el marido no podrá ejercer la acción si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido.

La circunstancia de que la ley confiera al marido acción en el supuesto de que el niño nazca antes de cumplirse los 180 días subsiguientes al matrimonio dice relación con la presunción relativa a la época en que pudo presumirse la concepción, contemplada en el art. 76 del Código Civil.

Advierte nuestra doctrina que esta acción del marido, si bien se tramitará conforme a las reglas de las acciones de impugnación, no tiene tal naturaleza. En efecto, se le ha llamado "acción de desconocimiento de la paternidad". Como señala Ramos Pazos, la distinción entre "impugnación" y "desconocimiento" de la paternidad está explícitamente formulada en el art. 184: en el inc. 2º, se alude a la acción de desconocimiento; en el inc. 4º, a la acción de impugnación.⁷ Lo mismo ocurre en el art. 6, N°s. 2 y 3, de la Ley sobre Registro Civil, que dispone: "Se subinscribirán al margen de la inscripción de nacimiento del hijo al que se refieran, los siguientes actos: (...) 2º.

⁷ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 7ª edición actualizada, Tomo II, p. 409.

Las sentencias que dan lugar a la demanda de desconocimiento de la paternidad del nacido antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio; 3º. Las sentencias que determinan la filiación, o que dan lugar a la impugnación de la filiación determinada". Hernán Corral afirma por su parte que la coincidencia de los plazos y forma de interposición no convierte a la acción de desconocimiento en una acción de impugnación. En el caso de la acción de desconocimiento, 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 –agrega Corral–, la carga de la prueba recaerá en el demandado (el hijo, por sí o representado).⁸ De esta manera, como expresa Ramos Pazos, será el hijo quien tendrá que probar que su padre se casó con conocimiento del estado de preñez de su madre o que por actos positivos, lo reconoció como tal.⁹ Ahora bien, ¿en el juicio incoado a consecuencia de esta acción deducida por el marido, podría el hijo sostener que él sí tiene tal calidad, y que ella se acredite recurriendo, por ejemplo, a la pericia biológica consistente en examen de ADN al demandante y al demandado? Pareciera necesario para ello que la madre del hijo, en su calidad de representante legal de éste, deduzca en contra de su marido una demanda reconventional de reclamación de paternidad. Esta última acción, que en principio no es necesaria cuando el hijo nace en el seno de un matrimonio, aquí sí resultaría imprescindible, si el marido interpuso su acción de desconocimiento y la parte demandada (la madre, en su calidad de representante legal del hijo desconocido), no logra enervarla probando que su marido tenía conocimiento del embarazo al momento de casarse.

3.- Determinación de la filiación no matrimonial.

La determinación puede ser voluntaria o forzada (art. 186). Según veremos, guardan cierta similitud con las antiguas causales de establecimiento de la filiación natural, del antiguo art. 271.

a) Determinación voluntaria.

Opera por el reconocimiento de uno de los progenitores o de ambos. El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por alguno de sus progenitores o ambos (art. 187, inc. 1º).

Las causales de reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial son las siguientes:

1º Reconocimiento instrumental o extrajudicial.

1.1.) Fuentes.

En este caso, el reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por alguno de sus progenitores o ambos. Esta declaración podrá realizarse (art. 187):

i.- Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo (el Nº 1 del art. 187 agrega también "o en el acto del matrimonio de los progenitores", pero en nuestra opinión esta hipótesis no debió consignarse en este artículo, sino en el art. 185, pues se refiere ella a la filiación matrimonial, mientras que el 187 discurre acerca de la filiación no matrimonial).

El hecho de consignarse el nombre de alguno de los progenitores, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento, es

⁸ Corral Talciani, Hernán, *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley Nº 19.585, 1998*, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, p. 56, citado por Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 409.

⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 409.

suficiente reconocimiento de filiación (art. 188)¹⁰. En este caso, la filiación no matrimonial quedará determinada respecto a dicho progenitor. Respecto del progenitor que no efectúe el reconocimiento, seguirá indeterminada. En todo caso, el art. 5 de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias dispone que los Oficiales del Registro Civil tendrán la obligación de hacer saber a la madre o a la persona que inscriba un hijo de filiación no determinada, los derechos de los hijos para reclamar la determinación legal de la paternidad o maternidad, y la forma de hacerlos valer ante los tribunales.

Los menores, según expresamos, tienen derecho a adquirir una identidad¹¹, para lo cual "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos." (art. 7, N° 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño). En armonía con este precepto, el art. 28 de la Ley N° 4.808, Ley de Registro Civil, dispone que "Dentro del término de sesenta días, contado desde la fecha en que hubiere ocurrido el nacimiento, deberá hacerse la inscripción del recién nacido, a requerimiento verbal o escrito de alguna de las personas que indica el artículo siguiente". El art. 29 señala quienes están obligados a requerir la inscripción: el padre, si es conocido y puede declararlo; el pariente más próximo mayor de 18 años, que viviere en la casa en que hubiere ocurrido el nacimiento; el médico o partera que haya asistido al parto o, en su defecto, cualquiera persona mayor de 18 años; el jefe del establecimiento público o el dueño de la casa en que el nacimiento haya ocurrido, si éste ocurriere en sitio distinto de la habitación de los padres; la madre, en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración; la persona que haya recogido al recién nacido abandonado; y el dueño de la casa o jefe del establecimiento dentro de cuyo recinto se haya efectuado la exposición de algún expósito. El art. 30, establece que en los primeros 30 días posteriores al nacimiento, la inscripción sólo podrá requerirse por el padre o la madre o por un mandatario de cualquiera de ellos. Transcurrido dicho plazo, podrán requerir la inscripción las demás personas mencionadas por el art. 29.

Usualmente, el reconocimiento del hijo sólo debe hacerlo el padre y no la madre. En efecto, dispone el art. 183, inc. 1° del Código Civil: "*La maternidad queda determinada legalmente por el parto*, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil". A su vez, el art. 31, N° 4, de la Ley N° 4.808, que establece el contenido de las partidas de nacimiento, dispone: "Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: (...). 4. Los nombres, apellidos,

¹⁰ El antiguo art. 272 del Código Civil, originario del mismo, disponía que el reconocimiento de un hijo natural sólo debía hacerse por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. Agregaba el art. 273 que dicho reconocimiento debía ser notificado al reconocido y aceptado por éste (por ello, si el reconocido era menor de edad, resultaba necesario pedir a un Tribunal que le designase al menor un curador, que compareciera a la escritura, aceptando el reconocimiento). Tan engorroso procedimiento, sólo cambió con la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, que también consagró el reconocimiento mediante una declaración formulada con ese determinado objeto en la inscripción de nacimiento del hijo.

¹¹ El derecho a la identidad personal, se ha entendido por la doctrina, en una de sus facetas, como expresa Gonzalo Figueroa Yáñez, como el derecho de toda persona a conocer su propia identidad personal, el que está referido a aquellos elementos de la identidad que sean desconocidos para el titular, como pueden ser su origen genético y el nombre de sus verdaderos progenitores. Es por esto que se ha dicho que "ser uno mismo importa saber de dónde vengo" La identidad de cada persona, señala Figueroa Yáñez, "se erige en un primordial interés personal que requiere de protección jurídica, como acontece con otros intereses primarios como la vida, la integridad física o la libertad. El objetivo de esta protección jurídica es el respeto por la autenticidad y verdad de la identidad personal de cada cual: que se me reconozca como verdaderamente soy, que no se distorsione mi auténtica identidad. 'La autenticidad y la verdad son la base de la identidad real'" (FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 264 y 265. Sobre la misma materia, cfr. también a GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 48 a 52.).

nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará 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 ello es que se ha dicho que "la maternidad queda determinada sin necesidad de una manifestación de voluntad de la madre"¹². Sin embargo, de no existir comprobante de parto, la maternidad sólo podrá quedar determinada por reconocimiento hecho por la madre o por sentencia judicial dictada en un juicio de filiación.

Cabe señalar que el reconocimiento puede ser hecho no sólo por el padre, sino que, eventualmente, por una "segunda" madre. Sin embargo, esto último sólo podría ocurrir en la medida en que el niño o la niña no haya sido reconocido por su padre. En tal caso, no podría reconocer la "segunda" madre, pues existirían tres progenitores, situación que la ley no admite. A su vez, el reconocimiento también podría ser hecho por el "segundo" padre, pero sólo en el caso de encontrarse indeterminada la maternidad. En efecto, si estuviere determinada, y pretendiere reconocer el "segundo" padre, también estaríamos ante tres progenitores.

ii.- En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil, sin que se requiera, en el caso de otorgar el reconocimiento el padre, que se notifique a la madre y menos que ésta deba consentir en dicho reconocimiento; algunos han planteado la conveniencia de establecer a lo menos la exigencia de notificación a la madre, para el caso de que aquél que pretenda reconocer a un menor de edad, no fuere en realidad el verdadero padre. También estimamos que si el reconocimiento fuere hecho por una "segunda" madre, tampoco exige la ley que se notifique dicho acto jurídico a la madre biológica. Otro tanto cabe afirmar, si la persona a la que se reconoce, sólo tiene determinada su filiación paterna. En tal caso, la madre o el "segundo" padre que reconociere –según el caso-, no está obligado a notificar al padre cuya paternidad estuviere determinada.

iii.- En escritura pública: que, al igual que en el caso anterior, deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

iv.- En acto testamentario: que, al igual que en los dos casos anteriores, deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

1.2) Características.

i.- Es un acto jurídico unilateral.

ii.- Es un acto solemne: debe constar en los instrumentos públicos precedentemente indicados o en el testamento, si no se otorgare ante funcionario público.

iii.- Es un acto calificado: el instrumento público o el testamento, en el caso que no lo fuere, debe otorgarse con el determinado objeto de reconocer una filiación.

iv.- El reconocimiento puede hacerse personalmente o a través de apoderado: en la segunda hipótesis, el mandato ha de ser solemne, o sea otorgarse por escritura pública; y especial, es decir, conferido con el preciso y determinado objeto de reconocer al hijo (art. 190).

v.- Es un acto irrevocable (art. 189, inc. 2º): de ahí que nuestra jurisprudencia haya descartado la posibilidad de que el propio padre que reconoció al hijo, pueda después impugnar dicho reconocimiento, invocando el inciso final del artículo 216 del Código Civil (quien reconoció, en este caso, sólo podrá demandar la nulidad del reconocimiento, de conformidad al art. 202 del Código Civil); además, se preocupó la ley de precisar que si el reconocimiento constare en un testamento, la revocación del mismo no afectará al aludido reconocimiento. Ello es lógico, pues como se trata de una

¹² Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 7ª edición actualizada, p. 407.

declaración y no de una disposición de bienes, en esta parte el testamento es irrevocable.

vi.- Es un acto jurídico *intuitu personae*: se otorga en consideración a la persona que recibe el reconocimiento como hijo o hija. Por ende, de haber error en la persona, podrá demandarse la nulidad de dicho reconocimiento.

vii.- Es un acto jurídico rescindible: conforme a lo expresado, es posible demandar la nulidad del reconocimiento, a consecuencia de un vicio que haya afectado la voluntad del otorgante (art. 202 del Código Civil).

viii.- Es un acto puro y simple: el reconocimiento no admite modalidades (art. 189, inc. 2º).

xi.- No surtirá efectos respecto de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta (art. 189, inciso 1º). Lo anterior, sin perjuicio del derecho a ejercer las acciones de reclamación e impugnación de filiación, conforme al art. 208.

x.- No perjudica los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos antes de la subinscripción del reconocimiento (art. 189, inciso 3º): de esta manera, mientras no se practique la subinscripción, el reconocimiento es inoponible a terceros.

2º Reconocimiento a virtud de confesión judicial.

Se refiere a ella, el inciso segundo del artículo 199 bis. Dispone el precepto que el reconocimiento judicial de la paternidad o maternidad debe reducirse a acta que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija. Para concretar lo anterior, el tribunal debe remitir al Registro Civil copia auténtica de la aludida acta.

Después de las modificaciones introducidas al Código Civil por la Ley N° 20.030 (publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de julio de 2005), el reconocimiento a virtud de confesión judicial, sólo puede producirse en el marco de una acción de reclamación de estado civil, habiéndose derogado el procedimiento especial y breve que sólo tenía por objeto citar al supuesto padre o madre para confesar la paternidad o maternidad, y que regulaban los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 188, hoy derogados.

b) Determinación forzada.

Opera cuando el Tribunal acoge una acción de reclamación de filiación, estableciendo en la sentencia que se dicte la maternidad o paternidad respectiva.

Nos referiremos a esta materia al tratar de las acciones de filiación, en los párrafos siguientes. Desde ya, cabe prevenir que la filiación establecida contra la voluntad del respectivo progenitor priva a éste de importantes derechos.

4.- Repudiación de la filiación no matrimonial.

a) Quien puede repudiar.

Sólo el hijo de filiación no matrimonial tiene derecho a repudiar el reconocimiento de paternidad o maternidad que a su respecto se hubiere hecho (art. 191, inciso 1º).

Además, será necesario que el hijo no haya aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita. La aceptación es expresa cuando se toma el título de hijo en instrumento público o privado, o en acto de tramitación judicial. Es tácita cuando se realiza un acto que supone necesariamente la calidad de hijo y que no se hubiere podido ejecutar sino en ese carácter (art. 192).

La repudiación es un acto personalísimo, que sólo el hijo puede realizar, salvo:

i.- si se trata de un hijo interdicto por demencia o sordomudez;

ii.- si el reconocimiento recayere en un hijo fallecido; o

iii.- si el reconocido menor falleciere antes de llegar a la mayor edad (arts. 191 y 193, respectivamente).

Aludiremos a estos casos más adelante.

Dado tal carácter personalísimo, mientras el hijo sea menor de edad, se suspende el plazo para repudiar (a pesar de ser un plazo de caducidad y no de prescripción, que es el que usualmente se suspende).

b) Plazo para repudiar la filiación (art. 191).

Distinguimos al efecto si el hijo es mayor o menor de edad al tiempo del reconocimiento:

i.- Si fuere mayor de edad: podrá repudiar el reconocimiento en el plazo de un año, contado desde que tuvo conocimiento del mismo; si el reconocido mayor de edad falleciere antes de expirar el término que tiene para repudiar, sus herederos podrán efectuar la repudiación durante el tiempo que a aquél hubiese faltado para completar dicho plazo (art. 193, inc. 2º).

ii.- Si fuere menor de edad: podrá repudiar el reconocimiento dentro de un año, a contar desde que, llegado a la mayor edad, supo del reconocimiento.

El plazo para repudiar es fatal (se trata de una hipótesis de caducidad por ende).

c) Situación del hijo mayor de edad interdicto por demencia o sordomudez.

La repudiación podrá efectuarla el curador del hijo, pero obteniendo previamente autorización judicial (art. 191, inc. 2º).

d) Situación del hijo interdicto por disipación.

El disipador bajo interdicción no necesitará autorización de su representante legal ni de la justicia para repudiar (art. 191, inc. 3º).

e) Situación del reconocimiento del hijo fallecido o si el reconocido menor falleciere antes de llegar a la mayor edad (art. 193).

En estos casos, sus herederos podrán efectuar la repudiación. Distinguimos al efecto:

i.- Situación del reconocimiento del hijo fallecido: los herederos podrán repudiar dentro del año siguiente al reconocimiento;

ii.- Situación si el reconocido menor falleciere antes de llegar a la mayor edad: los herederos podrán repudiar dentro del año siguiente de la muerte.

f) Formalidades de la repudiación.

El repudio es un acto solemne, que deberá hacerse por escritura pública, dentro de los plazos señalados. Esta escritura deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 191, inc. 4º).

g) Características de la repudiación.

i.- Por regla general, es un acto personalísimo;

ii.- Se trata de un acto jurídico unilateral;

iii.- Es un derecho que se ejerce sin expresión de causa: se trata por ende de un derecho absoluto, cuyo ejercicio no puede suponer abuso del derecho;

iv.- Es un acto solemne;

v.- Es un derecho sujeto a caducidad;

vi.- Es un acto irrevocable;

vii.- Es un acto puro y simple;

viii.- Es un acto rescindible (cabe la posibilidad de demandar la nulidad por vicio de la voluntad, conforme a las reglas generales).

h) Efectos de la repudiación.

No tiene efectos absolutos. La repudiación privará retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes, pero no alterará los derechos ya adquiridos por los padres o terceros, ni afectará a los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción correspondiente (art. 191, inc. 5º).

Toda repudiación es irrevocable (art. 191, inc. 6º).

El matrimonio posterior de los padres de aquél que repudió la filiación no matrimonial, no alterará los efectos de la repudiación: en efecto, dispone el art. 194 que la repudiación de cualquiera de los reconocimientos que dan lugar a la filiación matrimonial de los nacidos antes del matrimonio de los padres impedirá que se determine legalmente dicha filiación.

CAPITULO III: DE LAS ACCIONES DE FILIACION.

1.- Reglas generales.

1.1. Principios fundamentales.

a) *La ley permite investigar tanto la paternidad como la maternidad* (art. 195, inc. 1º).

Este principio consagrado actualmente en nuestra legislación, fue el resultado de una prolongada evolución normativa. Revisemos a continuación, de manera somera, el camino recorrido para llegar a la situación contemporánea¹³:

i) En el Código Civil originario, el reconocimiento de un hijo en calidad de natural era exclusivamente un acto voluntario y espontáneo del padre o madre, descartándose la posibilidad de interponer una acción por el supuesto hijo contra su presunto progenitor (art. 270 del Código Civil, originario del mismo: "Los hijos nacidos fuera del matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales, respecto del padre o madre que los haya reconocido"; agregaba el art. 271: "El reconocimiento es un acto libre i voluntario del padre o madre que reconoce"). Tal reconocimiento debía hacerse en un instrumento público o en un testamento, únicos medios en los que podía constar (art. 272 originario del Código). No bastaba sin embargo con el reconocimiento para dar por establecida la filiación, pues también era necesario que fuere notificado al hijo y aceptado por éste.

Ahora bien, en el Código se establecían dos categorías de hijos "ilegítimos": los hijos naturales y los hijos simplemente ilegítimos. Los primeros tenían incluso derechos hereditarios en la sucesión del padre o madre que le había reconocido (aunque en el Código Civil originario, los hijos legítimos los excluían de la sucesión del causante, situación que sólo cambiará con la Ley N° 10.271, del año 1952, que modificó el artículo 988, señalando que concurrirían en el primer orden sucesorio los hijos legítimos y los hijos naturales del causante, aunque ciertamente con diversos derechos); los segundos sólo tenían derecho a reclamar alimentos del progenitor¹⁴ (incluso a través de una acción¹⁵). Considerando este distingo, el reconocimiento debía

¹³ Seguiremos en esta revisión, principalmente, la obra de Manuel Somarriva Undurraga, *Evolución del Código Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1955, publicada como un homenaje al centenario de la publicación del Código Civil.

¹⁴ Establecía el art. 280, originario, del Código Civil: "El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir que su padre o madre le reconozca, sino con el solo objeto de exigir alimentos".

¹⁵ Según los antiguos arts. 282 y 283 del Código Civil, el hijo ilegítimo tenía derecho a que el supuesto padre fuere citado ante el juez, para que declarase bajo juramento si creía serlo. Si no comparecía, pudiendo, y hubiere sido citado por una segunda vez con el mismo fin, y no comparecía, se tenía por reconocida la paternidad, para el solo efecto de obtener alimentos del progenitor; ante el tenor de estas normas, se preguntaba Manuel Somarriva Undurraga si estos derechos significaban una verdadera investigación de la

hacerse con la expresa intención de conferirle al reconocido los derechos de hijo natural.

Cabe advertir que si bien el primitivo art. 288 del Código Civil establecía que el hijo ilegítimo tendría derecho a que su madre le asistiera con los alimentos necesarios si no pudiere obtenerlos del padre, agregaba que "No podrá intentarse esta acción contra ninguna mujer casada".

Existían sin embargo ciertas categorías de hijos que no podían ser reconocidos por sus padres. Tales eran los hijos "de dañado ayuntamiento", es decir, los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos (antiguos arts. 36 a 39 del Código Civil, originarios del mismo). El art. 275, originario, establecía que el reconocimiento, en estos casos, podía ser impugnado por toda persona que probare interés actual en ello. Los hijos de dañado ayuntamiento, fueron eliminados por la Ley N° 5.750 de 2 de diciembre del año 1935.

ii) El art. 32 de la Ley N° 4.408, de 10 de febrero de 1930, significó un pequeño avance en la materia –dice Somarriva-, al establecer que si en la partida de nacimiento se dejaba constancia del nombre del padre o de la madre, valía como suficiente reconocimiento de hijo ilegítimo y este estaba autorizado para reclamar alimentos (mas no para heredar).

iii) La Ley N° 5.750, de 2 de diciembre de 1935, estableció seis casos en que se permitía investigar la paternidad ilegítima, para el efecto de solicitar alimentos. Con esta ley, el reconocimiento de hijo ilegítimo pasó a ser tanto voluntario como forzado (ahora, el supuesto hijo podía acreditar su calidad de tal, aún contra la voluntad de su progenitor, si tal paternidad emanaba de documentos o pruebas escritas) y al introducirse esta última forma, se aceptó la investigación de la paternidad ilegítima, dándose así el primer paso para que en materia de hijos extramatrimoniales nuestro Código se pusiere al compás de la legislación mundial.¹⁶

iv) El escueto tenor original del art. 271 originario se mantuvo vigente por 95 años, hasta que el Código Civil fue objeto de una importante reforma por la Ley N° 10.271, publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de abril de 1952, que, en lo que atañe a este precepto, amplió las hipótesis de reconocimiento, incluyendo entre ellas el hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de ellos, en la inscripción de nacimiento, y estableciendo, entre otras cosas, la posibilidad de demandar al padre o a la madre para obtener un reconocimiento judicial (siempre que el demandado no estuviere casado, salvo que se encontrare divorciado) y de acreditar la filiación a través de la posesión notoria del estado de hijo. Se eliminó también como requisito del reconocimiento la notificación al hijo. Asimismo, a partir de esta reforma, todo reconocimiento de un hijo ilegítimo lo transformará en hijo natural.

v) En esta evolución normativa, cabe destacar también la Ley N° 17.999, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de junio de 1981. Estableció esta ley que las declaraciones que en cualquier época se efectuaren con el objeto de reconocer a un hijo natural y que constaren en un acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, tendrían mérito de escritura pública, para los efectos previstos en el art. 271 del Código Civil.

vi) Diecisiete años después, la Ley N° 19.585, derogó el art. 271, y estableció el sistema normativo que actualmente nos rige.

paternidad, para concluir en términos negativos. No había tal investigación, decía, toda vez que ante la negativa del padre de reconocer al hijo, éste no tenía ningún derecho tendiente a acreditar la paternidad, a pesar de que tuviere pruebas abrumadoras para ello. En definitiva, señalaba Somarriva, la situación del hijo natural y la del hijo ilegítimo eran casi idénticas. Ambas calidades se obtenían únicamente por el reconocimiento del padre, por un acto voluntario, y la única diferencia estribaba en que la manifestación de voluntad del padre respecto al hijo natural debía ser espontánea; en cambio, tratándose de un hijo ilegítimo, la declaración de voluntad podía ser provocada por la petición del hijo para que el padre compareciera ante el juez con el fin de declarar si lo reconocía como hijo: Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 160 y 161.

¹⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 163 y 164.

b) *El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable.*

Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia (art. 195, inc. 2º).

c) *Las acciones de filiación propenden a realizar el principio de la verdad biológica o real, por sobre la verdad formal.*

Así se puede concluir, "al posibilitarse al hijo el ejercicio de la acción de reclamación en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyado por toda la gama de pruebas que admite la ley" (Mensaje del Ejecutivo, Ley N° 19.585). El principio de la verdad biológica se manifiesta en la libre investigación de la paternidad y la maternidad, sin perjuicio de las normas establecidas para inhibir acciones temerarias o infundadas (art. 197). Con todo, dos excepciones al menos es posible mencionar al principio aludido:

i.- El art. 182, que tiene por progenitores del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida a las personas que se sometieron a ella; y

ii.- El art. 201, que hace prevalecer, en la hipótesis planteada en el precepto, la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, por sobre las pruebas periciales de carácter biológico, en caso de contradicción entre una y otras. Sobre este particular, Raúl Álvarez ha criticado la solución legal, planteando que la regla debió ser la inversa, esto es, privilegiar la prueba pericial biológica, puesto que todo el sistema nuevo de filiación se establece persiguiendo la verdad del nexo biológico de la procreación. En definitiva, prevalece en el art. 201 el *principio del interés superior del menor*. Este principio se consagró en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución número 44/25 de 20 de noviembre de 1989, de la que Chile es parte, y posteriormente en el art. 222 del Código Civil.

d) *Serán jueces competentes para conocer de estas acciones, los Juzgados de Familia.*

Al efecto, dispone el art. 8 de la Ley sobre Juzgados de Familia que los citados juzgados conocerán y resolverán, entre otras materias, las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas (N° 9 del mencionado artículo). En cuanto al juez de familia que en particular debe conocer del asunto, dispone el inciso final del art. 147 del Código Orgánico de Tribunales¹⁷ que será juez competente para conocer de las acciones de reclamación de filiación el del domicilio del demandado o del demandante, a elección de este último.

1.2. Características del juicio de filiación.

a) El proceso tendrá carácter de secreto hasta que se dicte sentencia de término y sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales (art. 197).

b) La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, deberá indemnizar los perjuicios que cause al afectado (art. 197, inc. 2º).

La ley pretende desincentivar las demandas temerarias o que supongan una verdadera extorsión al demandado, advirtiendo que aquellos que las propicien, deberán responder civilmente.

c) La sentencia que de lugar a la acción de desconocimiento, de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y

¹⁷ Agregado por la Ley N° 20.030, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de julio de 2005.

no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción (art. 221).

Así, por ejemplo, si a la muerte del padre habían dos hijos conocidos, y éstos vendieron un inmueble hereditario, y con posterioridad, se establece la filiación de un tercer hijo del causante, éste último hijo carece de acción en contra de los terceros adquirentes de buena fe. Con todo, si a la sazón su derecho real de herencia no estuviere prescrito, podrá accionar en contra de sus dos hermanos, para que le enteren lo que corresponda al demandante, a prorrata de sus derechos en la sucesión del causante.

1.3. Reglas probatorias.

Dispone la ley que en los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte (art. 198, inc. 1º).

No obstante, se establecen algunas normas particulares, para ciertos medios de prueba:

a) Prueba testimonial: será insuficiente por sí sola (art. 198, inc. 2º); por ende, deberá complementarse con otra prueba.

b) Presunciones: deben cumplirse los requisitos exigidos en el art. 1712 del Código Civil (vale decir, que se trate de presunciones graves, precisas y concordantes). En verdad, no se divisa la razón para haber señalado lo anterior, considerando que el artículo se habría aplicado de todas maneras, salvo disposición expresa en contrario.

c) Prueba pericial: las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez (art. 199).

Cabe destacar que la ley permite al juez designar establecimientos públicos o privados, para realizar los exámenes periciales, circunstancia que ciertamente puede agilizar la obtención de los resultados y por ende la sentencia.

Las partes, por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico.

El juez podrá dar a esta prueba pericial, el valor de plena prueba, sea para establecer la paternidad o maternidad (cuando se trata de una acción de reclamación de filiación), sea para excluirla (cuando se trata de una acción de reclamación e impugnación de filiación). En todo caso, la ley no dice que la prueba pericial "tendrá" el valor de plena prueba, sino que el juez "podrá" darle ese valor (art. 199, inc. 2º).

El juez deberá recabar, por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informados al tribunal (art. 199, inc. 3º).

La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico hará presumir legalmente la paternidad o maternidad (cuando mediante la acción se reclama la filiación) o la ausencia de ella (cuando la acción impugna una filiación determinada), según corresponda. Se trata, en todo caso, de una presunción simplemente legal, que admite por ende prueba en contrario (artículo 199, inciso 3º).

La ley define lo que se entiende, para estos efectos, por "negativa injustificada": cuando citada la parte dos veces, no concurre a la realización del examen. Para este efecto, las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción antes mencionada (art. 199, inc. 4º).

Establece también el Código Civil en qué casos, el juez debe ordenar, de inmediato, que se practique la prueba pericial biológica:

i.- Si la persona demandada, no comparece a la audiencia preparatoria, a que se refieren los arts. 59 a 61 de la Ley sobre Tribunales de Familia;

- ii.- Si la persona demandada compareciere a la expresada audiencia, y negare su paternidad o maternidad; y
- iii.- Si la persona demandada compareciere a la expresada audiencia, y manifestare dudas acerca de su paternidad o maternidad.

En cuanto a la notificación de la resolución que ordene practicar la prueba pericial biológica, dispone la ley que ella:

- i.- Se notificará personalmente; o
- ii.- Por cualquier medio que garantice la debida información del demandado (art. 199 bis, inc. 1º).

d) Posesión notoria del estado civil: la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación (art. 200).

La posesión notoria consiste en que el padre, la madre o ambos hayan tratado al individuo 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 (art. 200, inc. 2º).

Para acreditar la filiación mediante la posesión notoria, se requiere cumplir con los siguientes requisitos copulativos:

- i.- Que la posesión notoria haya durado a lo menos 5 años continuos; y
- ii.- Que se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

En relación a lo que se establecía en el anterior art. 271 N° 3, a propósito de la posesión notoria como medio para establecer la filiación natural, cabe señalar que se disminuye de 10 a 5 años el plazo exigido por la ley. En cuanto a la posibilidad de que la prueba de testigos pueda hoy día bastar, por sí sola, para acreditar la posesión notoria, el punto es dudoso. Recordemos que el inciso final del N° 3 del art. 271 advertía que "La prueba de testigos no bastará por sí sola para acreditarla". El art. 200 no incluyó una declaración tan perentoria, pero podría estimarse que permanece en pie la exigencia de complementar la prueba de testigos, desde el momento que el precepto establece que la posesión notoria se prueba "por un conjunto de testimonios **y** antecedentes o circunstancias fidedignos". La expresión copulativa "y" denotaría que además de los testigos, deben aportarse otras pruebas, que configuren los "antecedentes o circunstancias fidedignos".

Ante una eventual colisión de pruebas, el art. 201 dispone que la posesión notoria del estado civil de hijo, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre unas y otras. En efecto, podría ocurrir que una persona hubiere sido tratada como hijo en los términos señalados precedentemente, y que del examen biológico no quedare establecida dicha filiación. Como la ley propende a beneficiar al hijo, opta por dar preferencia a la posesión notoria.

Sin embargo, si hubiere graves razones que demuestren la inconveniencia *para el hijo* de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico (art. 201, inc. 2º).

1.4. Acción para impetrar la nulidad del reconocimiento.

Dispone el art. 202 que la acción para impetrar la nulidad del acto de 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.

Llama la atención que el precepto aluda primero a los “vicios de la voluntad” y después a la “fuerza”, como si la última no fuera un vicio de la voluntad. En todo caso, concluimos que en el caso de error o de dolo, regirá la regla general enunciada al inicio del artículo.

La acción prevista en el artículo citado, presenta las siguientes características:

i.- Pertenece al grupo de “acciones de filiación”, tanto porque se encuentra contemplada en el Título que se refiere a ellas, cuanto porque su objetivo es declarar la nulidad del acto de reconocimiento de la paternidad o de la maternidad, privando por ende al que había sido reconocido, de la filiación que emanaba de dicho reconocimiento.

ii.- Es una acción de nulidad: su presupuesto, por ende, es la falta de validez del acto de reconocimiento, siendo causal de la misma la existencia de un vicio de la voluntad del sujeto que reconoció. Habida cuenta de la señalada causal de nulidad, ésta es entonces la relativa. Tales vicios de la voluntad, por ende, pueden ser el error, la fuerza o el dolo.

iii.- Es una acción prescriptible: como ocurre con todas las acciones de nulidad previstas en nuestro Código Civil, está sujeta a un plazo de prescripción, más allá del cual el acto debe entenderse saneado por el transcurso del tiempo. Dispone el art. 202 que la acción prescribirá en el plazo de un año. Este año se computará de dos maneras, según cual fuere la causal de nulidad:

a. Si hubo error o dolo, prescribirá en un año, contado desde la fecha del otorgamiento del acto de reconocimiento.

b. Si hubo fuerza, prescribirá en un año, contado desde el día en que ésta hubiere cesado.

El distingo es armónico con lo dispuesto en el art. 1691 del Código Civil, que también separa aguas entre la fuerza o violencia, por un lado, y el error o el dolo, por otro, pero no guarda congruencia con el plazo previsto en este artículo, pues aquí la ley otorga cuatro años para demandar la nulidad, y no sólo uno.

De cualquier manera, siendo un plazo de prescripción y no de caducidad, en caso de haber transcurrido al tiempo de notificar la demanda, deberá alegar tal circunstancia la parte demandada (usualmente, la madre en su calidad de representante legal del hijo, si fuere menor de edad, o el propio hijo, si fuere mayor), no siendo lícito que el juez la declare de oficio.

iv.- Es una acción personal: los titulares de esta acción de nulidad pueden ser determinadas personas y ella debe dirigirse sólo contra ciertos individuos. Tienen legitimación activa, sólo el supuesto progenitor que reconoció, y en caso de fallecer, sus herederos (según se desprende, por lo demás, del art. 1684 del Código Civil). Tienen legitimación pasiva sólo el supuesto hijo, o de ser éste incapaz, su representante legal. Respecto de los herederos del supuesto padre o madre, éstos sólo podrían gozar del residuo del plazo que hubiere quedado al momento de morir el que había reconocido.

v.- Es una acción que, de ser acogida, produce efectos absolutos y no relativos. En efecto, dispone el art. 315 del Código Civil: “El fallo judicial pronunciado en conformidad con 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”. De esta manera, si quien acciona fue la persona que había reconocido a su supuesto hijo y dicha acción fuere en definitiva acogida, podría ocurrir que la sentencia afecte no sólo al que hasta ese momento pasaba por hijo, sino que también a otras personas, como por ejemplo sus descendientes (y que tenían por ende la calidad de nietos de quien había reconocido).

vi.- Si quien reconoció hubiere fallecido, los titulares de la acción de nulidad serían sus herederos. Pues bien, cabe plantearse si ellos deben actuar de consuno o si, por el

contrario, sólo uno o algunos de ellos podrían deducir la acción. En otras palabras, ¿se trata de una acción indivisible o divisible? La cuestión es dudosa. A primera vista, pareciera razonable entender que todos los herederos deben demandar, pues comprendidos en cuanto colectividad, representan a la persona del causante. Sin embargo, a la luz del propio art. 315 podría estimarse que basta con que uno de ellos accione, y la sentencia favorable sea oponible a todos los demás. De cualquier manera, los herederos, actuando individual o colectivamente, disponen de otras acciones, como son la de impugnación de la paternidad (art. 216, inc. final) y la de impugnación de la maternidad (art. 218).

1.5. Efectos de la sentencia que determina la filiación, contra la oposición del respectivo progenitor.

Si la filiación se hubiere determinado judicialmente contra la oposición del progenitor demandado, se originan una serie de efectos jurídicos que suponen pérdida de derechos para los progenitores que se mostraron renuentes a reconocer su paternidad o maternidad: el progenitor 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. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente (art. 203, inc. 1º).

Observamos que la sanción legal es muy drástica para el ascendiente que intentó eludir su paternidad o maternidad, pues se verá privado:

- a) De la mencionada patria potestad;
- b) Del derecho a tener el cuidado personal del hijo (o sea, lo que antes se calificaba como la tuición del hijo);
- c) Del derecho a designar guardador por testamento (art. 357);
- d) Del derecho a pedir alimentos, si además de establecerse la filiación por medio de sentencia judicial contra la oposición del respectivo progenitor, se prueba que éste o ésta abandonó al hijo en su infancia, art. 324, inciso 3º (el abandono, por ende, debe haberse producido antes de cumplir el niño 7 años; por abandono, debemos entender tanto el hecho de no haber proporcionado alimentos a la criatura, como el habérselos proporcionado por un tiempo, cesando en el cumplimiento de ese deber básico, mientras el niño era aún infante);
- e) Del derecho a prestar el asenso requerido por el menor para contraer matrimonio (art. 109, inciso 2º);
- f) De los derechos hereditarios en la sucesión del hijo; en cuanto a éste aspecto, el art. 994, inc. 2º, establece que los progenitores del causante no sucederán abintestato, si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el art. 203. En el mismo sentido, el artículo 1182 dispone que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo progenitor, salvo que opere la restitución de derechos regulada en el último inciso del art. 203.

Comparando la situación con aquella que existía a propósito de la filiación natural, se concluye que la ley es ahora más severa con el ascendiente, pues éste siempre tenía derecho a alimentos, aún si el reconocimiento hubiere sido forzado; en cambio, la norma es similar a lo que ocurría en la filiación natural, en cuanto a privar al ascendiente de derechos hereditarios en la sucesión abintestato del hijo, cuando dicha filiación respondía a un reconocimiento forzoso.

El progenitor conservará, en cambio, todas sus obligaciones y sus deberes legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes (art. 203,

inc. 2º). Así, por ejemplo, proveer de alimentos al hijo conforme a las facultades económicas del primero y a las necesidades del segundo. Cabe advertir, además, que si se trata de un "derecho-deber", como lo es el mantener con el hijo una relación directa y regular, el padre no quedará privado de la facultad de exigir judicialmente que se regule tal régimen comunicacional. Lo anterior es razonable, pues si bien estamos ante un derecho del padre o de la madre, al mismo tiempo se trata de un deber que la ley impone al progenitor. Así se ha resuelto por nuestros Tribunales.¹⁸

Acerca de la determinación judicial de la paternidad o maternidad con oposición del progenitor, Eduardo Gandulfo señala que pueden presentarse cuatro situaciones: 1º Que el padre o madre o ambos se allanen a la demanda, en cuyo caso no habrá para ellos consecuencias desfavorables, pues se tratará de un reconocimiento judicial voluntario; 2º Que el padre o madre o ambos simplemente no contesten la demanda: en tal caso, opina Gandulfo, tampoco hay consecuencias desfavorables para los progenitores, pues quien nada ha dicho, no sostiene posición alguna (Gandulfo cita la conclusión contraria que plantea Hernán Corral, para quien la no contestación de la demanda constituye una defensa procesal negativa, y por ende, priva a los padres de sus derechos)¹⁹; 3º Que el padre o madre o ambos contesten la demanda, pero en forma no asertiva, es decir, con dudas de la paternidad o maternidad. Dicha posición, señala Gandulfo, no es título suficiente para sancionar al demandado; y 4º Que el padre o madre o ambos sostengan una pretensión contraria. En este último caso, sin embargo, es necesario que el tribunal enjuicie si la oposición es o no razonable, de acuerdo a la situación fáctica ventilada en el proceso. Por lo demás, no se puede olvidar que dentro de los derechos constitucionales, está la libertad o inviolabilidad de la defensa procesal. Concluye Gandulfo afirmando que para operar la sanción, el demandado debe sostener: 1º Una pretensión directamente contraria a la del actor; y 2º Debe carecer de razonabilidad o justificación, que la haga expresión de la falta de lealtad y de la intención de evadir la paternidad o maternidad.²⁰

La privación de los derechos al progenitor no es irreversible. En efecto, se restituirán al progenitor algunos de los derechos de los que está privado, si el hijo así lo consintiere (art. 203, último inciso). Para ello, deben cumplirse los siguientes requisitos:

i.- Que el hijo alcance la plena capacidad;

ii.- Que manifieste su voluntad por escritura pública o por testamento (en este último caso, no sirve el testamento del menor adulto). El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante (en este último caso, si bien estamos ante una "declaración" testamentaria, no es de aquellas que surten efectos de inmediato).

Hemos afirmado que el perdón del hijo restituye algunos y no todos los derechos de los que la ley privó al progenitor. En efecto, la restitución de derechos al progenitor no alcanza, por cierto, a la patria potestad ni al cuidado personal ni al asenso para el matrimonio, pues para operar la aludida restitución, se requiere que el hijo sea plenamente capaz. La restitución tendrá sí gran importancia, en aspectos sucesorios, pues confiere al progenitor la calidad de legitimario (art. 1182, inc. 2º).

¹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 30 de noviembre de 2011, autos Rol número 87-2011.

¹⁹ CORRAL Talciani, Hernán, "Determinación de la Filiación y Acciones de Estado en la Reforma de la Ley número 19.585, 1998", en "Revista de Derecho" (Universidad Católica de Valparaíso, número 20, año 1999), págs. 94 y 95.

²⁰ GANDULFO R., Eduardo, "La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de decisión", en "Gaceta Jurídica" número 314, (Santiago de Chile, agosto año 2006), págs. 44 y 45.

¿Tiene derecho a pedir alimentos al hijo, el padre o madre en cuyo favor operó la restitución de derechos, cuando dicho progenitor hubiere abandonado en su infancia al hijo? Parece dudoso, pues el art. 324 nada dice al efecto, a diferencia de la expresa indicación contenida en los arts. 994 y 1182, acerca de los derechos hereditarios.

2.- De las acciones de reclamación de la filiación.

2.1. Quienes son legítimos contradictores.

Para saber quien puede ejercer la acción y contra quien puede incoarse, debemos distinguir, según se trate de la filiación matrimonial o no matrimonial.

a) Filiación matrimonial.

Corresponde la acción exclusivamente al hijo, o a cualquiera de sus progenitores (art. 204, inc. 1º).

Si fuere el hijo quien demanda, deberá entablar su acción conjuntamente contra ambos progenitores (art. 204, inc. 2º).

Si la acción fuere ejercida por uno de sus progenitores, el otro deberá intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad (art. 204, inc. 3º).

b) Filiación no matrimonial.

Debemos distinguir según si la filiación estuviere determinada o indeterminada.

b.1) Filiación indeterminada: de conformidad al art. 205, corresponde la acción de reclamación de filiación:

i.- *Sólo al hijo contra alguno de sus progenitores*: lo que guarda armonía con lo dispuesto en el art. 317, inc. 1º, del Código Civil: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo."; o

ii.- *Sólo al hijo o a los herederos del hijo contra los herederos de alguno de sus progenitores*: en este segundo caso, debemos tener presente el inc. 2º del art. 317 del Código Civil:

"Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla".

Se puede deducir que la ley contempla las siguientes hipótesis en este segundo caso:

i) que el hijo demande a los herederos de su padre o madre;

ii) que el hijo, habiendo demandado a su padre o madre, continúe su acción en contra de los herederos del demandado, si éste falleciere en el decurso del juicio;

iii) que los herederos del hijo, en cualquiera de los dos casos anteriores, prosigan la acción iniciada por el hijo;

iv) que los herederos del hijo, deduzcan la acción en contra del padre o madre del primero o en contra de los herederos del padre o madre del primero.

Con todo, se contempla una limitación en nuestra legislación: conforme al inciso 3º del artículo 5º transitorio de la Ley N° 19.585, "no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley". Recordemos que ésta ley, llamada vulgarmente "de filiación", entró en vigencia el 27 de octubre de 1999.

Con lo expuesto, adherimos a la tesis que plantea que es posible demandar para el reconocimiento de la filiación, no obstante estar fallecido el presunto progenitor. La materia, con todo, se discute en nuestra doctrina. El meollo de la

cuestión dice relación con los alcances que tienen los artículos 205, 206 y 317 del Código Civil y cómo deben armonizar entre sí.

En efecto, como se sostiene en un voto de minoría, en una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de septiembre de 2012, hay al menos dos posiciones que se enfrentan sobre el sentido y alcance del art. 206 del Código Civil. Una tesis, que denomina "restrictiva", sostiene que el art. 206 sólo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto, para demandar a los herederos de éste en búsqueda del reconocimiento filiativo, lo puedan hacer únicamente en los dos casos que contempla: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los 180 días siguientes al parto. Por tanto, si el padre o madre hubiere fallecido después de transcurridos 180 días desde el día del parto, el hijo no podría demandar a los herederos del progenitor fallecido. La otra tesis, que llama "amplia", sostiene que este precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del Código Civil que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el precepto impugnado. Los argumentos de una y otra tesis han sido desarrollados en las presentaciones hechas ante el Tribunal Constitucional. Para la posición "restrictiva", el derecho a la identidad personal del hijo cuyo padre o madre fallece sin encontrarse dentro de los supuestos del art. 206 del Código Civil cede, en su posibilidad de concreción, frente al derecho a la integridad psíquica de los herederos que no desean ver perturbada su vida familiar; al derecho a su privacidad, a no verse compelidos a perturbar el descanso de su deudo fallecido mediante la correspondiente exhumación del cadáver y, en un plano puramente patrimonial, al derecho a la propiedad sobre la herencia una vez que opera la sucesión por causa de muerte. Para la segunda posición, es decir la "amplia", si bien el art. 205 del Código Civil dice que la acción de reclamación de filiación "le corresponde sólo al hijo contra alguno de sus progenitores", ello no obsta a que si ha fallecido el progenitor se pueda demandar a sus herederos, pues la disposición parte del supuesto que aquél está vivo. Si el padre o la madre ha muerto, entra a operar el art. 1097 del Código Civil, según el cual los herederos representan al causante. Además, cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente (como ocurría con el antiguo artículo 271 del Código Civil, referido a la forma de acceder a la calidad de hijo natural). Enseguida, el artículo 317, inciso 2º, del Código Civil, introducido por la Ley de Filiación, establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos. Finalmente, privar a los hijos de la posibilidad de demandar a los herederos no se compadece con el contexto de la ley – artículos 195, 198, 199 y 200 del Código Civil-, que posibilita una amplia investigación de la paternidad o maternidad y establece la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de filiación.

La doctrina nacional, efectivamente, no es pacífica sobre la posibilidad de demandar a los herederos del presunto padre o madre, en cuanto regla general. Revisemos algunas opiniones:

Maricruz Gómez de la Torre, después de aludir al caso especial del artículo 206 del Código Civil, se plantea la interrogante, y termina por inclinarse por la tesis "amplia": "¿Qué ocurre en el caso que el padre haya muerto sin reconocer al hijo? Hay dos interpretaciones al respecto. La opinión mayoritaria señala que la acción de reclamación debe entablarse en vida del supuesto padre o madre, salvo la excepción del artículo 206 del Código Civil. En consecuencia, la legislación queda restringida al caso del hijo póstumo o cuyo padre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, y fija un plazo de 3 años para hacerla efectiva. Por tratarse de una disposición especial, primaría sobre la regla general del artículo 317 del Código Civil. La otra interpretación estima que es posible demandar a los herederos. Se basa en que si bien la norma del artículo 205 dice que la acción 'le corresponde sólo al hijo contra su padre o madre', lo es en el presupuesto que el padre o madre se encuentren vivos. La Ley N° 19.585 incorporó un inciso 2º al artículo 317 del Código Civil, que dice (...) Por tanto, este

artículo es la regla general y el artículo 206 del Código Civil establece una excepción a esta regla general, la que sólo puede aplicarse dentro de los límites que ella misma fija: esto es, en los dos casos antes señalados. En los demás casos, recupera su imperio la regla del artículo 317 del Código Civil. Por su parte, el artículo 5º transitorio de la Ley Nº 19.585 indica 'No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley'. Por tanto, si el padre o madre estaban vivos en la fecha de entrada en vigencia de la ley (27 de octubre de 1999) a su muerte los herederos pueden ser demandados. Otros agregan que si ha muerto el presunto padre, tendríamos que aplicar el artículo 1097 del Código Civil, que prescribe que los herederos representan al causante y en consecuencia debe admitirse la demanda. Esta segunda interpretación está acorde con la Ley Nº 19.585, que establece la libre investigación de la paternidad y la imprescriptibilidad de la acción de reclamación. De lo contrario se estaría privando del derecho a la identidad del hijo, con lo cual no sólo se estaría infringiendo la ley chilena, sino también el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica".²¹

Eduardo Court Murasso, por su parte, señala que la acción debe intentarse en vida del supuesto padre o madre, salvo en el caso excepcional del art. 206 del Código Civil. Agrega que si el padre o madre demandado falleciere después de habersele notificado la demanda, el proceso puede continuarse contra los herederos, por disposición del art. 317 del Código Civil.²²

Carlos López Díaz, adhiere implícitamente a la misma tesis, pues al referirse a la acción de reclamación de filiación no matrimonial y a los sujetos contra los que debe dirigirse, señala que excepcionalmente podrá interponerse en contra de los herederos del padre o madre en los dos casos previstos en el art. 206.²³

René Abeliuk Manasevich, inicialmente, también se enmarcó dentro de la tesis "restrictiva", afirmando que "Los herederos de las partes sólo intervienen por excepción en los casos de los artículos 206 (legitimación pasiva en caso de fallecimiento del o los progenitores) y 207 (legitimación activa en caso de fallecimiento del hijo)". Más adelante, al referirse al art. 206, afirmaba lo siguiente: "Como la norma es de excepción, prima sobre el art. 317, y, en consecuencia, el hijo sólo puede accionar de reclamación tanto matrimonial como no matrimonial, ya que el precepto no distingue, cumpliendo los requisitos del art. 206, esto es, no podrá hacerlo si el fallecimiento se produjo después de los ciento ochenta días siguientes al parto".²⁴

Con todo, este último autor mutó después su criterio y se adscribió a la tesis "amplia", según consta de una sentencia de fecha 2 de noviembre de 2004 de la Corte Suprema, en la que formando parte de la misma en su calidad de abogado integrante, suscribió el voto de minoría que acoge dicha tesis (causa Rol 2.820-3).

René Ramos Pazos, por su parte, sin pronunciarse explícitamente sobre la materia (aunque en forma implícita, parece suscribir la admisibilidad de la demanda contra los herederos, pues al reseñar los argumentos de la tesis "amplia", habla de "la tesis que venimos defendiendo"), recoge los argumentos planteados por quienes estiman posible demandar a los herederos del presunto padre o madre:

i) Es cierto que el art. 205 dice que la acción le corresponderá sólo al hijo contra su padre o madre, pero bajo el supuesto que el progenitor respectivo esté vivo; si falleció, opera el art. 1097, según el cual los herederos representan al causante;

²¹ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 91 y 92.

²² Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Filiación*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2ª edición actualizada, 2000, pp. 102 a 104.

²³ López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Santiago de Chile, Librotecnia, Tomo II, 2005, p. 468.

²⁴ Abeliuk Manasevich, René, *La Filiación y sus Efectos*, Tomo I, "La Filiación", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 162 y 163.

- ii) Cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice: así, el antiguo art. 272 (anterior a la reforma de la Ley N° 19.585), al referirse a la demanda para reconocer la calidad de hijo natural del actor, exigía notificar la demanda “en vida del supuesto padre o madre”; así también, el art. 47 de la Ley de Matrimonio Civil dice que la acción de nulidad de matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges (salvo en dos casos);
- iii) El art. 317, inc. 2º, establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos;
- iv) Privar a los hijos de la posibilidad de demandar a los herederos no se compadece con el contexto de la ley, especialmente con los artículos 195, 196, 198, 199 y 200 del Código Civil, que posibilitan una amplia investigación de la paternidad o maternidad y establecen la imprescriptibilidad de la acción de reclamación;
- v) El art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585, en su inc. 3º, dispone que no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley. Entonces, a contrario sensu, si a la fecha en que entró en vigencia la referida ley (27 de octubre de 1999) el padre o madre estaba vivo, a su muerte los herederos pueden ser demandados;
- vi) Uno de los principios fundamentales de la Ley N° 19.585 es el reconocer a toda persona el derecho a la identidad, es decir, a conocer sus orígenes. Es un derecho consagrado en diversos tratados, como la Convención sobre Derechos del Niño (art. 7, N° 1) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 18). Para asegurar este derecho a la identidad, la Ley N° 19.585 permite una amplia investigación de la paternidad y maternidad. Se trata de un derecho humano, por lo que, atendido el art. 5 de la Constitución, tiene aplicación preferente.

Con todo, advierte Ramos Pazos que el tenor del artículo 206 es un buen argumento para sostener la tesis “restringida”, pues si el hijo póstumo, que es quien requiere una mayor protección, tiene un plazo para demandar a los herederos, parece ilógico que en los demás casos no lo haya.²⁵

Sin embargo, esta prevención pierde fuerza a la luz de los cuestionamientos hechos al art. 206, según se hace presente en este trabajo.

En síntesis, podríamos afirmar que la tesis “restrictiva” se funda principalmente en los artículos 206 y 205, mientras que la tesis “amplia” lo hace en el tenor de los artículos 1097 y 317.

En cuanto a la jurisprudencia, cabe destacar, en primer lugar, una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21 de septiembre de 2006, autos Rol N° 3.249-05, que admite la demanda de reclamación de filiación en contra de los herederos del padre fallecido. Esta conclusión vuelve a consagrarse en sentencias posteriores, que evidencian una tendencia del máximo tribunal sobre la materia. Así, en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de mayo de 2015, autos Rol N° 28.905-2014, se expresa: “Octavo: Que de acuerdo a lo señalado, se infiere que el artículo 317 del Código Civil, en concordancia con la regla de imprescriptibilidad de la acción de reclamación establecida en el citado artículo 195 del Código Civil, consagra ahora su transmisibilidad, sin limitaciones de ninguna especie en cuanto a su ejercicio, al autorizar, expresamente, al hijo para dirigir la acción de reclamación en contra de los herederos del presunto padre si éste fallece antes de la demanda y para continuarla en su contra, si el deceso tiene lugar en el curso del juicio. Nada impide, sin embargo, la existencia de excepciones a la regla general y es así como, tratándose de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, el artículo 206 del Código Civil, prevé dos situaciones especiales en que la transmisibilidad de la acción a los herederos se encuentra sujeta a determinados parámetros. En efecto, en dicha norma se

²⁵ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo II, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 429 a 432.

contemplan los casos del hijo póstumo, esto es, del nacido después del fallecimiento del padre o madre y del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, hipótesis en que el hijo sólo puede demandar a los herederos del presunto padre o madre fallecidos, en el término de tres años contados desde la muerte del progenitor, o desde que el hijo alcance la plena capacidad, si a esa fecha no lo era". Acto seguido, el fallo alude al derecho a la identidad, citando la conceptualización del mismo hecha por el Tribunal Constitucional, a la que hicimos referencia (considerando 9º). Finalmente, concluye la sentencia de la Corte Suprema: "Décimo: Que, el alcance efectuado respecto de las normas involucradas, resulta armonioso y coherente con el contexto general de la ley, especialmente con las reglas del párrafo primero del Título VIII del Código Civil, que franquean una amplia investigación de la paternidad o maternidad y consagran la imprescriptibilidad de la acción de reclamación y congruente con la norma del artículo 1097 del Código Civil, que establece que los herederos representan a la persona del causante y con la noción general de que los derechos y obligaciones son, por regla general, transmisibles. Es concordante, además, con la jurisprudencia sostenida por esta Corte en forma reiterada (CS. Rol N° 3.249 05, 4.783 09, 3.055 2010)".

En esta misma línea que admite la tesis "amplia", las sentencias del máximo Tribunal, autos Roles 6.674-2015 y 37.478-2015.

iii.- *El representante legal del hijo incapaz, en interés de éste* (art. 205, inc. 2º).

b.2) Filiación determinada: corresponde la acción de reclamación de filiación a cualquiera de los progenitores, cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente. En tal hipótesis, el respectivo progenitor deberá ejercer simultáneamente la acción de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación (arts. 205 y 208). En este caso, no regirán para la acción de impugnación los plazos señalados en el párrafo de las acciones de impugnación.

Agrega el art. 205, inc. 2º, que podrá asimismo reclamar la filiación, el representante legal del incapaz, en interés de éste. No queda del todo claro si por esta vía sólo puede reclamarse la filiación no matrimonial, o también la matrimonial. En principio, pareciera que sólo puede reclamarse la filiación no matrimonial, pues el art. 205 se refiere precisamente a la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Sin embargo, no se divisa razón alguna para excluir la reclamación de la filiación matrimonial.

2.2. Situación del hijo póstumo o cuando alguno de los progenitores fallece dentro del plazo de 180 días contados desde el parto.

Si el hijo es póstumo, o si alguno de los progenitores fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del progenitor fallecido.

En esta hipótesis, la acción deberá interponerse dentro del plazo de 3 años, contados desde la muerte de alguno de sus progenitores.

Si el hijo fuere incapaz, el plazo se contará desde que haya alcanzado la plena capacidad (art. 206).

El cumplimiento del plazo para deducir la acción de reclamación, en estos casos, hace caducar la acción. Esta, por ende, se entenderá extinguida de pleno derecho.

Tal como lo expresamos, la doctrina más tradicional ha entendido que este caso previsto en el art. 206, sería el único en el que podría demandarse a los herederos del progenitor de acción de reclamación, de manera que en cualquier otro caso, sólo procederá la acción si el supuesto padre o madre viviere. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente concluye en otro sentido, según también lo indicamos, admitiendo la acción en contra de los herederos del presunto padre o madre. En el mismo sentido, se han formulado cuestionamientos a la constitucionalidad del art. 206,

en cuanto priva de acción de reclamación al hijo, si no se encuentra en la hipótesis contemplada en dicho precepto. Así, por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de septiembre de 2011, autos Rol N° 2.035-11, se acoge parcialmente la tesis de la inconstitucionalidad del artículo. En efecto, se estima contrario a la Constitución el que el legislador haya circunscrito la posibilidad de incoar la acción de filiación contra los herederos del presunto padre cuando éste haya fallecido antes del parto o, a más tardar, dentro de los 180 días siguientes al mismo, toda vez que este último requisito entraña, en opinión de los sentenciadores, una exigencia arbitraria que limita injustificadamente el derecho del hijo a reclamar su filiación. Se agrega en esta sentencia que en la búsqueda de una explicación racional para el establecimiento del referido término de 180 días contados desde el nacimiento del presunto hijo para que tenga lugar la muerte del padre, no cabe sino concluir que el mismo es resultado de una extrapolación impropia de dicho plazo desde la regulación de la paternidad presuntiva derivada del artículo 76 del Código Civil (base de la presunción de *pater is est*, en relación con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 180 del mismo Código), plenamente aplicable para determinar la filiación matrimonial, a una situación de posible filiación no matrimonial, como es la planteada en autos. De allí que determinar la procedencia de la acción de filiación contra los herederos en función de la muerte del padre dentro de un cierto plazo, por lo demás exiguo, contado desde el nacimiento del hijo, resulta ser un condicionamiento sin base lógica, y por lo mismo contrario al estándar de razonabilidad con el que debe confrontarse cualquier diferencia de trato por parte del legislador. Señala a continuación la sentencia que en cambio, el otro requisito impuesto por el artículo 206, cual es que la acción se deduzca dentro de los tres años siguientes a la muerte del padre o a la fecha en que el presunto hijo haya alcanzado la plena capacidad, es enteramente razonable, por consideraciones elementales de certeza jurídica, atendido lo cual los sentenciadores no lo estiman susceptible de reproche de inconstitucionalidad.²⁶

²⁶ En la citada sentencia de 4 de septiembre de 2011, los Ministros Sr. Hernán Vodanovic Schnake, Sra. Marisol Peña Torres, Sr. José Antonio Viera-Gallo Quesney y Sr. Gonzalo García Pino, concurren a la decisión de acoger el requerimiento pero no en forma parcial, sino respecto de todo el contenido normativo del art. 206 del Código Civil y además del inc. 3º del art. 5 transitorio de la Ley N° 19.585, que estiman contrarios a la Constitución, por las siguientes razones: a. Que, como ha sostenido previamente esta Magistratura, en materia de acciones de filiación, la regla general es conferirlas al hijo contra el padre, madre o ambos, o a éstos contra el hijo y sus padres aparentes. Ahora bien, el art. 206 constituye una excepción, pues permite dirigir la acción del hijo ya no contra el padre o madre, sino contra sus herederos, cuando uno u otro han fallecido y siempre que se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: i) que el hijo sea póstumo; o, ii) que alguno de los padres haya fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. En ambos casos, la acción podrá deducirse dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte, o si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad (STC Rol número 1.340, considerando 14º). b. A su vez, las reglas contenidas en los incisos 3º y 4º del art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585, constituyen una contra-excepción a la norma del artículo 206 del Código Civil, en cuanto: i) no se permite reclamar filiación, respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley (el 27 de octubre de 1999); y ii) en el caso de los artículos 206 y 207 del Código Civil, podrá interponerse la acción de filiación sólo dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la misma Ley (es decir, pudo demandarse hasta el 27 de octubre de 2000), y siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que hubiere rechazado la pretensión de paternidad o maternidad. c. Que, la reclamación de filiación constituye un derecho desde la perspectiva de posibilitar el legítimo ejercicio de las facultades que conlleva tal calidad. Pero, también constituye un derecho desde el momento que permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal. Ahora bien, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la dignidad de una persona sólo se afirma cuando ella goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece (STC, Rol número 1.340). d. Que, a mayor abundamiento, el carácter de derecho esencial que emana de la naturaleza humana del derecho a la identidad personal –comprometido en el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación–, no puede ponerse en duda. Desde luego, dice el voto de minoría, porque este mismo Tribunal ha sostenido, en relación a lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución Política, que “esta última expresión (que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) significa que los hombres son titulares de derechos por el hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección

2.3. Situación del hijo fallecido siendo incapaz.

Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de 3 años contados desde la muerte.

constitucional.” (STC, Rol N° 226, considerando 25º). Asimismo, porque no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad, lo que no puede limitarse a la sola inscripción del nombre y apellidos de una persona en el registro correspondiente. De esta forma, y aun cuando se sostuviera que el reconocimiento del derecho a la identidad no encuentra sustento en tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque no lo mencionan expresamente, igualmente habría que reconocer que el ejercicio de la soberanía por parte del legislador, se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como es el caso del derecho a la identidad personal. Subraya a continuación el voto de minoría que, tal como el Tribunal lo ha expresado en otras sentencias, “aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto el derecho a la identidad, ello no es obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana” (STC Roles números 834, considerando 22º y 1.340, considerando 9º). Así, puede afirmarse que el derecho a la identidad personal constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en base a lo dispuesto en los artículos 1º, 5º inciso 2º, y 19º número 4. Por ende, tal derecho, reflejado en las acciones de reclamación de paternidad como la de la especie, limita el ejercicio de la soberanía, que se expresa, entre otras modalidades, en la función legislativa. Por ello, no puede resultar acorde con la Ley Suprema un precepto legal como el art. 206 del Código Civil, que circunscribe la acción de reclamación de paternidad a los supuestos que ella contempla y a un plazo que, a todas luces, resulta arbitrario, si se trata de reconocer, como se ha dicho, el lugar que una persona ocupa dentro de la sociedad, posibilidad que siempre debe estar abierta. Que, así, queda demostrado que la aplicación del art. 206 del Código Civil a la gestión pendiente de que se trata, vulnera el art. 5º, inciso 2º, de la Carta Fundamental, en lo que toca al derecho a la identidad personal como derecho esencial que emana de la naturaleza humana. e. Que, en lo que se refiere al capítulo de impugnación vinculado a la igualdad ante la ley, para determinar la existencia de una diferencia arbitraria en los términos del art. 19, N° 2, de la Constitución Política, es necesario precisar dos cosas: i) si existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar; y, ii) examinar si tal diferencia, de existir, tiene carácter arbitrario. Si así fuere, deberá considerarse si la arbitrariedad importa una falta de razonabilidad en función de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador. En tal sentido, y como el Tribunal Constitucional ha resuelto en otros fallos (sentencias roles números 1.537, 1.563 y 1.656), el art. 206 del Código Civil introduce una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponden a aquellas que reclaman el reconocimiento de la filiación, pues el precepto permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre únicamente si concurren los supuestos previstos en dicho artículo. En cambio, quienes también reclamen el reconocimiento de filiación pero no se encuentren comprendidos en tales supuestos, carecen de acción. f. Ahora bien, comprobada la diferencia de trato entre personas que se encuentran en la misma situación (ambas persiguen el reconocimiento de la filiación), debe verificarse si tal diferencia resulta razonable, pues no toda desigualdad de trato es necesariamente inconstitucional. Al efecto, si se trataba de equilibrar la búsqueda de la verdad biológica en materia de investigación de la paternidad, por un lado, con la necesidad de preservar la paz y armonía familiares de los herederos que verían alterada su vida por tal investigación, por otro lado, bastaba con introducir resguardos frente a demandas temerarias o infundadas (como la verosimilitud de las pruebas acompañadas) o con asegurar que se respondiera de la mala fe, pero sin sacrificar el pleno respeto a los derechos a la identidad personal y a obtener la verdad biológica. Con mayor razón, cuando el propio Código Civil resguarda la integridad patrimonial de los herederos en el art. 195 (en cuanto la acción de reclamación de filiación es imprescriptible, pero no así sus efectos patrimoniales). Desde esta perspectiva, la diferencia de trato que introduce el art. 206 no resulta necesaria ni idónea. Tampoco puede sostenerse que exista proporcionalidad al establecer limitaciones de supuestos y de plazos que terminan impidiendo, del todo, el reconocimiento de la paternidad, y en suma, el derecho a la identidad personal tan vinculado con la dignidad humana. g. Que, en consecuencia, la aplicación de la totalidad del art. 206 del Código Civil al asunto *sub lite* resulta contraria, en concepto de los Ministros que suscriben el voto de minoría, no sólo al art. 5º, inc. 2º, de la Constitución, sino que también al derecho de igualdad ante la ley consagrado en el art. 19, N° 2, de la misma Carta. h. Que la conclusión a que se arriba respecto del art. 206 del Código Civil, es plenamente aplicable al inc. 3º del art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585. Esta norma, al impedir absolutamente el ejercicio de la acción de reclamación de filiación cuando el progenitor ha fallecido antes de la vigencia de la misma, resulta en su aplicación a la gestión pendiente, tan contraria a la Constitución como el art. 206 del Código Civil y por las mismas razones expuestas.

Podría ocurrir que el hijo falleciere siendo capaz, pero antes de haber transcurrido los 3 años desde que alcanzó la plena capacidad. En este caso, sus herederos sólo dispondrán del plazo residual, que faltare para completar los 3 años.

El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad (art. 207).

2.4. Petición de alimentos en las acciones de reclamación.

Reclamada judicialmente la filiación, el juez deberá decretar alimentos provisionales en los términos del art. 327. Por ende, deberá el juez ordenar que se den provisoriamente, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados, sin perjuicio de la obligación de restituirlos si la acción no prosperara (salvo si el demandante hubiere accionado de buena fe y con algún fundamento plausible). Art. 209.

2.5. Presunción en caso de concubinato.

Dispone la ley que el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.

Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél (art. 210).

2.6. Imprescriptibilidad y ausencia de cosa juzgada en las acciones de reclamación.

Por regla general, las acciones de reclamación de filiación (y en general, de estado civil), podrán interponerse en cualquier tiempo. Al efecto, el art. 320 establece que 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. En el mismo sentido, el art. 195, inc. 2º dispone que "El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable."

Excepcionalmente, la acción de reclamación deberá interponerse en el plazo de 3 años, en los casos de los artículos 206 y 207. En estos casos, estamos en realidad ante hipótesis de caducidad y no de prescripción de las acciones.

3.- De las acciones de impugnación de la filiación.

La filiación puede quedar sin efecto por impugnación de la paternidad o de la maternidad (art. 211). Analizaremos ambos casos por separado.

3.1. Impugnación de la paternidad.

Distinguimos según se trate de la filiación matrimonial o no matrimonial.

3.1.1. Impugnación de la paternidad tratándose de la filiación matrimonial.

a) Titulares de la acción de impugnación de paternidad y plazo para ejercerla.

a.1) El marido.

Cabe distinguir según si a la época del parto, no estaba separado de hecho de su cónyuge o si lo estaba.

Si no estaba separado de hecho, la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido, dentro de los *180 días* siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto. Si estaba separado de hecho de su mujer a la época del parto y así lo prueba, podrá impugnar la paternidad dentro del plazo de *un año* contado también desde que tuvo conocimiento del nacimiento (art. 212, inc. 1º).

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que supo inmediatamente del parto; a menos de probarse que por parte de la mujer hubo ocultación del parto (art. 212, inc. 2º).

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación de parto (art. 212, inc. 3º).

Cabe observar que el antiguo art. 183 establecía un plazo más breve para impugnar la paternidad: sólo 60 días, contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto. La ley tampoco contemplaba la hipótesis de separación de hecho.

a.2) Los herederos del marido o terceros interesados (art. 213).

Podrán impugnar la paternidad los herederos del marido y en general toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, en dos casos:

i.- Si el marido muere sin conocer el parto; o

ii.- Si el marido muere antes de vencido el plazo que tenía para impugnar.

Los herederos o los interesados dispondrán del mismo plazo que tenía el marido para impugnar o el tiempo que faltare para completarlo.

Carecerán del derecho a impugnar la paternidad, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.

a.3) El representante legal del hijo incapaz (art. 214, inc. 1º).

Podrá impugnar la paternidad el representante legal del hijo incapaz, en interés de éste, durante el año siguiente al nacimiento.

a.4) El hijo (art. 214, inc. 2º).

El hijo, por sí, podrá interponer la acción de impugnación dentro de un año, contado desde que alcance la plena capacidad.

b) Obligación de citar a la madre.

Dispone la ley que en el juicio de impugnación de la paternidad del hijo de filiación matrimonial, deberá citarse a la madre. Esta sin embargo, no tiene obligación de comparecer (art. 215).

3.1.2. Impugnación de la paternidad tratándose de la filiación no matrimonial.

a) Titulares de la acción de impugnación de paternidad y plazo para ejercerla.

a.1) El hijo (art. 216, inc. 1º).

La paternidad determinada por reconocimiento podrá ser impugnada por el propio hijo, dentro del plazo de 2 años contado desde que supo de ese reconocimiento.

Si el hijo fuere incapaz, podrá interponer la acción de impugnación dentro de un año, contado desde que alcance la plena capacidad (art. 216, inc. 2º, en relación con el art. 214, inc. 2º).

a.2) El representante legal del hijo incapaz (art. 216, inc. 2º).

El representante legal accionará conforme a lo previsto en el art. 214. De esta manera, podrá interponer la acción de impugnación dentro del plazo de un año, contado desde el nacimiento del hijo.

Así, por ejemplo, la madre de un hijo de filiación no matrimonial, al enterarse que su hijo ha sido reconocido por un individuo que en realidad no es su padre, podría impugnar dicha paternidad, siempre que no haya transcurrido un año contado desde el nacimiento del reconocido. ¿Qué ocurre si ha transcurrido más de un año desde el nacimiento? Pensamos que también podría impugnarse la falsa paternidad, de

conformidad a lo previsto en el inciso final del art. 216, al que aludiremos más adelante.

a.3) Los herederos del hijo (art. 216, inc. 3º).

Podrán impugnar la paternidad en los siguientes casos:

- i.- Si el hijo muere desconociendo el reconocimiento de la paternidad; o
- ii.- Si el hijo muere antes de vencido el plazo para impugnar la paternidad.

Los herederos podrán impugnar la paternidad en el mismo plazo que tenía el hijo o en el tiempo que faltare para completarlo, contado desde la muerte del hijo.

a.4) Toda persona interesada (art. 216, inc. 5º).

También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho.

En relación a esta última hipótesis, una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 12 de agosto de 2011, rechazó la demanda de impugnación deducida por un hermano de un adolescente que había sido reconocido por su padre (que también lo era del actor), considerando el fallo que el demandante carecía de "interés actual". El actor fundó su demanda, en lo que respecta al "interés actual", en la circunstancia de haber sido condenado su padre al pago de una pensión de alimentos a favor de su supuesto medio hermano, por sentencia dictada en el año 2006, lo que impediría a su vez que el padre le pagase los estudios al demandante. La Corte desestimó el argumento, habida cuenta que el padre proporcionaba alimentos voluntarios al adolescente desde el año 1998, momento en el cual nació el interés para accionar por parte de su hermano, y no al dictarse la sentencia de alimentos. Por cierto, en caso de haber estimado la Corte que el actor sí tenía interés actual, habría sido necesario, también, acreditar que la paternidad era falsa, es decir, que carecía de fundamento biológico.

Otra sentencia, también de la Corte Suprema, de fecha 18 de abril de 2011, rechaza la acción de impugnación deducida por la abuela de la menor que había sido reconocida por su padre (hijo de la demandante). La actora fundó su acción, principalmente, en la circunstancia de haber dejado de ser heredera de su hijo. La Corte rechazó la acción, habida cuenta que lo alegado no correspondía a un interés actual, sino a una situación futura e incierta, dado que sus derechos hereditarios sólo nacen con la delación de la herencia, al momento de fallecer su hijo.

¿Podría impugnar la paternidad un heredero del padre fallecido, alegando que el hijo que éste reconoció no era tal? Creemos que sí, siempre y cuando se accione dentro del plazo de un año, contado desde el fallecimiento del padre, pues en ese momento nace el interés actual para accionar (excluir al supuesto hijo del causante, de la sucesión de aquél que lo reconoció). Si el supuesto hijo del causante había sido reconocido como heredero en la resolución que confirió la posesión efectiva de la herencia, será necesario también interponer acción de petición de herencia, para que dicha resolución sea modificada, excluyendo al que resultó no ser verdadero hijo del causante. De cualquier manera, antes de la muerte del supuesto padre no habría acción, pues el actor no podría acreditar que tiene un "interés actual" (en la herencia del futuro causante, sólo tiene una mera expectativa).

A su vez, también creemos que podría impugnar la paternidad la madre del hijo, aunque haya transcurrido el año que tenía para hacerlo como representante legal. En efecto, el inciso final otorga legitimación activa para impugnar la paternidad a "toda persona que pruebe un interés actual en ello". Ahora bien, el interés de la madre radicará en que no se le imponga a su hijo una falsa filiación que a su vez limitará los derechos-deberes de la madre en lo que atañe al cuidado personal del hijo. Por ejemplo, si la madre quisiera viajar al extranjero con su hijo menor, debería obtener la autorización del padre, y en caso de negativa de éste, verse forzada a recurrir a la justicia. En este caso, el año para accionar de impugnación se contaría desde que la

madre tomó conocimiento del reconocimiento del padre (en algunos casos, ha ocurrido que la madre ha tomado conocimiento en el momento que pretendía salir del país con su hijo). El mismo momento en que tomó conocimiento sirve para determinar desde cuando "tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho".

3.1.3. Impugnación de la paternidad tratándose de los hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres (art. 216, inc. 4º).

Se aplicarán en este caso las normas establecidas en el art. 216, a propósito de la impugnación de la paternidad tratándose de la filiación no matrimonial.

En este caso, el plazo para impugnar la paternidad será también de 2 años, pero se contará desde que el hijo supo del matrimonio o del reconocimiento que la producen.

3.2. Impugnación de la maternidad.

a) Causales.

La maternidad podrá ser impugnada probándose:

i.- Falso parto; o

ii.- Suplantación del pretendido hijo al verdadero (art. 217, inc. 1º).

b) Titulares de la acción de impugnación y plazo para ejercerla.

Tienen derecho a impugnar la maternidad:

b.1) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta.

Deberán impugnar la maternidad dentro del año siguiente al nacimiento (art. 217, inc. 2º).

b.2) Los verdaderos padre o madre del hijo.

En este caso, podrán impugnar la maternidad en cualquier tiempo, lo que está en armonía con el citado art. 320.

b.3) El verdadero hijo.

b.4) El que pasa por hijo.

En los tres últimos casos, conjuntamente con la impugnación de la maternidad deberá reclamarse la determinación de la auténtica filiación del hijo verdadero o supuesto.

Si la acción de impugnación de la maternidad del pretendido hijo no se entablara conjuntamente con la de reclamación, deberá ejercerse dentro del año contado desde que éste alcance su plena capacidad.

No obstante haber expirado los plazos establecidos en el artículo 217 para impugnar la maternidad, la acción respectiva podrá subsistir o incluso revivir por un año, en el caso de salir inesperadamente (o "inopinadamente", como dice la ley) a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa. El año se contará desde la revelación justificada del hecho.

b.5) Terceros interesados.

Se concederá también la acción de impugnación de la maternidad a toda otra persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre (art. 218).

Será necesario, por ende, que haya fallecido el supuesto padre o madre y que el tercero posea derechos en la sucesión de aquél.

En este caso, la acción expirará en el plazo de un año, contado desde el fallecimiento de dicho padre o madre.

Con todo, la ley priva de esta acción a los terceros, si existiere posesión notoria del estado civil originado por la maternidad. Se justifica lo anterior, pues la posesión notoria deja en claro que en vida, el causante reconoció como tal al hijo.

En relación a esta hipótesis, una sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de marzo de 2011, autos Rol N° 353-2011, rechazó la demanda de impugnación que interpuso una hermana de la hija cuya maternidad impugnaba la primera, habida cuenta que el plazo para deducir la acción había caducado. En la especie, la actora alegó que sólo había tenido conocimiento de la existencia de su supuesta hermana cuando solicitó la posesión efectiva (en diciembre de 2009) de la herencia dejada por su madre (fallecida el 14 de junio de 2007), invocando como plazo para demandar el previsto en el inciso final del artículo 217, al que hicimos referencia. La Corte desestimó tal argumentación, señalando que los artículos 217 y 218 regulan diversas situaciones, siendo el plazo que opera en este caso exclusivamente aquél previsto en el segundo precepto.

c) Privación de derechos a los que tuvieron parte en el fraude de falso parto o de suplantación del hijo.

Dispone la ley que a ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación del hijo, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aún para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte (art. 219, inc. 1º).

La sentencia que sancione el fraude o la suplantación deberá declarar expresamente esta privación de derechos y se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, la que se modificará con el mérito de la misma sentencia, pues en ella aparecía como madre y/o padre quien o quienes en realidad no tenía o tenían esa calidad. (art. 219, inc. 2º).

Así, por ejemplo, los verdaderos padres de la criatura, se coluden con una tercera persona, para que ésta aparezca como la madre al producirse el parto, sin que en verdad lo sea. Más tarde, se descubre el fraude, y se establece la verdadera filiación del hijo. En tal caso, la sentencia que establezca esta filiación privará a los progenitores del hijo que participaron del fraude, de los derechos que emanan de la patria potestad, del derecho para reclamar alimentos de ese hijo, y del del derecho a sucederlo por causa de muerte.

3.3. Caso en el cual la filiación no puede ser impugnada.

Conforme al art. 220, no procederá la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme. Dicho precepto constituye una aplicación del principio de la cosa juzgada.

Con todo, como la cosa juzgada sufre alteraciones en el ámbito del estado civil, el art. 220 previene que la limitación apuntada rige sin perjuicio de lo que dispone el art. 320, al que ya hemos aludido. En consecuencia, aún cuando existiere sentencia ejecutoriada, podrá accionar quien se presenta como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce. Tal como se dijo, en estos casos deberán interponerse conjuntamente las acciones de reclamación y de impugnación (art. 208).

4.- Normas transitorias de la Ley N° 19.585.

Establece el art. 5º transitorio de la citada ley, que los plazos para impugnar, desconocer o reclamar la filiación, paternidad o maternidad, o para repudiar un reconocimiento o legitimación por subsiguiente matrimonio, que hubieren comenzado a correr conforme a las disposiciones que la mencionada ley deroga o modifica se sujetarán en su duración a aquellas disposiciones (lo anterior guarda perfecta

coherencia con lo dispuesto en el art. 24 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes).

Con todo, la titularidad y la forma en que deben ejercerse esas acciones o derechos se regirá por la Ley N° 19.585 (art. 5 transitorio, inc. 2°).

Previene en todo caso el inc. 3° del art. 5 transitorio, que los plazos precedentemente indicados que no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, se ajustarán a la nueva legislación.

5.- Efecto retroactivo de algunas normas de la Ley N° 19.585.

a) Alcances del efecto retroactivo.

a.1) En relación a la antigua filiación natural.

La mencionada ley, establece en su artículo 1° transitorio, que todos los que posean el estado de *hijo natural* a la fecha de entrada en vigencia de la misma (27 de octubre de 1999), tendrán los derechos que ésta establece.

Agrega el precepto que el padre o la madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente conforme con los números 2°, 3° y 4° del anterior art. 271, tendrá la calidad, obligaciones y derechos que la Ley N° 19.585 atribuye al padre o a la madre cuya paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición.

Dicho de otro modo: quienes posean la calidad de hijo natural, se entienden, a contar de la vigencia de la citada ley, ostentar la filiación no matrimonial. Y eventualmente, podrán obtener la filiación matrimonial, si mediara matrimonio posterior de sus padres.

A su vez, el padre o madre respecto del cual se hubiere establecido la filiación natural de manera forzada (antiguos números 2, 3 y 4 del art. 271), estarán privados de la patria potestad y de derechos sucesorios en la sucesión abierta por fallecimiento del hijo, e incluso, eventualmente, del derecho de alimentos, según vimos al revisar las reglas generales acerca de las acciones de filiación, específicamente en los efectos de la sentencia que determina la filiación contra la oposición del padre o madre (art. 203).

a.2) En relación a las acciones de reclamación de filiación.

De conformidad al artículo 2° transitorio de la Ley N° 19.585, las personas que a la entrada en vigencia de la ley *no tengan una filiación determinada*, podrán reclamarla en la forma y de acuerdo a las reglas establecidas en ésta. Con todo, se deja en claro que la citada ley no alterará el efecto de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque resolviere sobre acciones de estado civil, de desconocimiento, impugnación o reclamación de la filiación, paternidad o maternidad, atribución y suspensión de la patria potestad o emancipación del hijo (artículo 6° transitorio de la Ley N° 19.585).

Dispone por su parte el inc. 2° del art. 2 transitorio que 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 Ley N° 19.585.

Agrega el inc. 3° que también podrán reclamar la filiación en conformidad con las normas que establece la Ley N° 19.585, aquellos que hayan ejercido respecto de una persona todas las citaciones que prevén los anteriores artículos 271 N° 5 y 280 N° 4 del Código Civil, sin haber obtenido la calidad de hijo natural o simplemente ilegítimo con derecho a alimentos.

a.3) En relación al derecho de alimentos.

a.3.1) Alimentos en general.

Las personas que bajo la legislación que la Ley N° 19.585 modifica tengan determinado por sentencia judicial o transacción aprobada por la justicia, el derecho a percibir alimentos necesarios, podrán solicitar la adecuación de la pensión alimenticia determinada, de acuerdo con el nuevo art. 323 del Código Civil (art. 3 transitorio de la Ley N° 19.585).

Se explica este precepto, pues la Ley N° 19.585 terminó con la distinción entre alimentos necesarios y congruos, contemplada en el anterior art. 323. Ahora, todos los alimentos tiene el carácter de congruos (nuevo art. 323, inc. 1°).

En consecuencia, el alimentario podrá solicitar que se “adecuen” los alimentos, lo que en verdad significa que puede solicitar que se aumente su cuantía, para que le permitan subsistir modestamente, pero conforme a su posición social.

Pero el efecto retroactivo de la ley no alcanza a las pensiones devengadas con anterioridad a su entrada en vigencia. Por ende, sólo las pensiones de alimentos que se devenguen a contar del 27 de octubre de 1999 podrían verse incrementadas (art. 3, inc. 2°, transitorio).

a.3.2) Alimentos obtenidos al establecerse la antigua filiación simplemente ilegítima.

El penúltimo inciso del art. 2 transitorio establece que las personas que hayan adquirido el derecho de alimentos en conformidad con los anteriores artículos 280 a 291 del Código Civil (o sea, aquellos que regulaban la filiación simplemente ilegítima), conservarán este derecho hasta su expiración.

b) Limitación al efecto retroactivo: en materia sucesoria, la Ley N° 19.585 carece de efecto retroactivo. Establece el inciso 3° del artículo 1° transitorio, norma que alude a los hijos naturales, que los derechos hereditarios se regirán por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión. Por su parte, el último inciso del artículo 2° transitorio, aludiendo a los hijos de filiación indeterminada y a los antiguos hijos simplemente ilegítimos, reitera el principio precedentemente indicado.

No podría ser de otra forma, atendido el principio fundamental consagrado en el art. 955 del Código Civil.

CAPITULO IV: DE LOS DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PROGENITORES Y LOS HIJOS.

Los efectos de la filiación abarcan dos aspectos:

1° La persona de los hijos: estos efectos se englobaban por la doctrina bajo el nombre genérico de “autoridad paterna”. Hoy, debiéramos reemplazar la expresión por otra que responda mejor al hecho de ejercer conjuntamente el padre y la madre autoridad sobre el hijo. Proponemos al efecto la de “autoridad parental”, porque así englobamos la autoridad que tanto el padre como la madre ejercen sobre la persona del hijo.

2° Los bienes de los hijos: estos efectos se denominan por la ley “patria potestad”.²⁷

Analizaremos por separado los efectos personales y patrimoniales de la filiación.

1.- Efectos personales de la filiación: la autoridad parental.

1.1. Deberes de los hijos para con sus progenitores.

²⁷ Cabe advertir que en el Derecho comparado, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Código Civil, usualmente la patria potestad suele englobar tanto el cuidado personal de los hijos como también la administración de sus bienes. Es decir, la “autoridad paterna” o “autoridad parental”, está subsumida en la patria potestad.

Los hijos deben ser leales con sus progenitores. Este deber de lealtad de los hijos para con los progenitores, tiene su consagración legal en los arts. 222, inc. 2º y 223 del Código Civil. El primero, en cuanto consagra el “deber de respeto”; el segundo, en cuanto consagra el “deber de cuidado” o “deber de socorro”. Ambos son los componentes de lo que hemos denominado *deber de lealtad filial*.

Se trata de un deber jurídico, y no sólo de una obligación, porque su contenido no es puramente patrimonial, sino que al mismo tiempo envuelve aspectos éticos y patrimoniales. Pero, ciertamente que no se trata sólo de deberes morales, pues es la ley la que los consagra y su eventual incumplimiento acarrea graves consecuencias jurídicas para el infractor, como son la indignidad para suceder o el desheredamiento o el ser condenado al pago de una pensión de alimentos.

Revisaremos por separado estos deberes:

a) *Deber de respeto y obediencia* (art. 222, inc. 2º).

Dispone el art. 222: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. / Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”.

Como puede observarse, el inciso segundo alude al “respeto” y a la “obediencia”. En cuanto al segundo, obviamente se trata de un deber que expirará en el momento en que se produzca la emancipación del hijo. Sólo los hijos menores de edad deben obediencia a sus padres. En cambio, el deber de respeto es permanente. No se extingue cuando el hijo alcance la mayoría de edad o se emancipe por otra causa. El deber de obediencia es la lógica contrapartida a la potestad parental y a la patria potestad que los padres tienen sobre la persona y sobre los bienes del hijo no emancipado, respectivamente. En cambio, el deber de respeto no queda circunscrito a los límites sustantivos y a la vigencia temporal de estas dos potestades.

El antiguo art. 219, agregaba que los hijos legítimos estaban especialmente sometidos a su padre, lo que guardaba armonía con la circunstancia de otorgarse a éste la patria potestad. Se decía que en caso de discrepancia entre el padre y la madre, el hijo legítimo debía acatar lo dictaminado por el padre.

Como hoy día la patria potestad puede corresponder al padre, la madre o a los dos de consuno, no se justifica otorgar preeminencia a la autoridad paterna.

En todo caso, leyes especiales, como la Ley de menores y la Ley de Violencia Intrafamiliar, permiten intervenir al juez en los conflictos domésticos para regular y controlar la autoridad de los padres.

Tal como lo expresa la profesora Maricruz Gómez de la Torre Vargas, “Los hijos están sometidos a la autoridad de sus padres y en consecuencia deben respetarlos y obedecerlos. El ejercicio de la autoridad debe disminuir, conforme avanza la edad del niño, lo mismo que la obediencia de éstos va disminuyendo hasta alcanzar la emancipación. En cambio, el deber de respeto lo trasciende y dura lo mismo que la relación de hijo con el padre o madre. Esto indica que el respeto y la obediencia son dos deberes relacionados, pero divisibles.”²⁸

Ahora bien, de las acepciones que tiene la palabra “respeto” en el Diccionario de la Lengua, nos parece que la que corresponde aplicar para los efectos del art. 222, es la segunda entrada: “Miramiento, consideración, deferencia”. A su vez, por “miramiento”, entiende el Diccionario el “respeto, atención y circunspección que se observan al ejecutar una acción o se guardan a una persona” (segunda entrada); por “consideración”, “urbanidad, respeto” (tercera entrada); y por “deferencia”, “muestra de respeto o de cortesía” (segunda entrada”).

²⁸ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El Sistema Filiativo chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 134.

De esta manera, el Juez de la causa debiera contrastar las conductas denunciadas por el progenitor en un juicio por desheredamiento, con aquella caracterizada por el "respeto" hacia el causante, es decir, determinando si las conductas que se le imputan al hijo desheredado, carecieron de miramientos, de consideración y de deferencia para con el progenitor; si tales conductas supusieron desatención, falta de atención y de circunspección en el trato al padre; si carecieron de la urbanidad y de la cortesía que se espera en la relación entre un padre y su hijo.

Ciertamente que la contravención a este deber de lealtad filial y en particular a su componente de "respeto" a los padres, puede generar consecuencias jurídicas para el hijo infractor, como el desheredamiento o una causal de indignidad. Nos referiremos a estas materias en el estudio del Derecho Sucesorio.

También se refiere a este deber de respeto y obediencia el art. 56 de la Ley N° 21.430, "Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia", dejando en claro que incumplimiento no puede afectar el pleno respeto de los derechos que la ley confiere a los menores. Expresa esta norma: "Deberes y responsabilidades. El niño, niña y adolescente tiene los deberes que exige el respeto a los derechos y libertades fundamentales de todas las personas y del ordenamiento jurídico; el deber de respeto y obediencia a sus padres o a los responsables legales de su cuidado y educación; y el deber de cumplimiento de sus responsabilidades escolares, familiares y comunitarias, siempre y cuando lo anterior no viole sus derechos y garantías o contravenga al ordenamiento jurídico. / El pleno respeto de los derechos del niño, niña o adolescente no está, sin embargo, condicionado por el cumplimiento de los deberes del inciso anterior y, en ningún caso, el incumplimiento de éstos justificará la vulneración de sus derechos".

b) *Deber de cuidado o socorro*: art. 223.

Por su parte, en lo que se refiere al "deber de cuidado", segundo aspecto de lo que hemos denominado "deber de lealtad filial", establece el art. 223: "Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. / Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes".

De esta manera, los hijos tienen el deber de cuidar a sus padres:

- i.- En su ancianidad;
- ii.- En el estado de demencia; y
- iii.- En todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

Dicha obligación, que se materializa en el deber de socorro, recae en los hijos de cualquier edad, aún aquellos emancipados (art. 223, inc. 1°).

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes (por ejemplo, los abuelos), en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes (art. 223, inc. 2°).

Los dos incisos del art. 223 son concordantes con lo dispuesto en el art. 321, N° 3 del Código Civil: "Se deben alimentos: (...) 3° A los ascendientes".

Por cierto, este "deber de cuidado" no está limitado sólo a proporcionar alimentos al padre, madre u otro ascendiente que lo requieran. El deber de cuidado, según los casos, exigirá un apoyo patrimonial o en otros casos de índole afectivo, o una combinación de los dos.

Lo anterior se corrobora, además, porque en el Proyecto de Código Civil del año 1853, el precepto señalaba: "... y en todas las circunstancias *difíciles* de la vida en que necesitaren sus auxilios". En el Proyecto definitivo, se suprimió la palabra *difíciles*, connotando con ello la amplitud del deber jurídico que pesa sobre los hijos.

Así también lo ha dejado en claro nuestra Corte Suprema: “*Extensión de los auxilios de los hijos a los padres; alimentos; preferencia del artículo 220 [hoy 223] sobre el 321 del Código Civil.* Los auxilios que los hijos deben prestar a sus padres conforme al artículo 220 del Código Civil, atendidos los términos tan amplios de esta disposición, obligan a aquéllos no sólo a cuidarlos, sino también a prestarles cualquiera ayuda que éstos les reclamen, siempre que se encuentren en situación de darla. Y no pueden eludir este deber ni aun invocando el buen estado de salud del padre o sus buenas disposiciones para el trabajo, porque tales excusas no caben dentro de los términos literales de la disposición legal. La obligación que el artículo 220 del Código Civil impone al hijo significa ayuda personal, socorro económico, cuidados personales en forma solícita y cualesquier otros servicios que el padre le reclame; estos servicios pueden ser de carácter permanente u ocasional y decir relación con servicios personales o prestaciones de carácter económico. Cuando los auxilios que se reclaman son permanentes y de carácter económico patrimonial, toman el nombre genérico de ‘alimentos’ y se encuentran reglamentados en los artículos 321 y siguientes del Código Civil; todos los demás auxilios caen dentro del precepto del artículo 220 del mismo Código, que es especial por referirse exclusivamente a las relaciones entre hijo y padre. Siendo el artículo 220 del Código Civil una disposición especial, debe primar sobre la general del artículo 321 del mismo” (sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de junio de 1954, “*Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*”, t. 51, sec. 1ª, p. 241, citada en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes Complementarias*, tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1996, p. 39).

¿Y cuáles podrían ser las sanciones que se le impongan a un hijo que no dé cumplimiento a este deber de cuidado de sus padres, que la ley le impone? Pueden ser la indignidad para suceder al progenitor en virtud del N° 3 del artículo 968 o que éste lo desherede en virtud de la regla 1ª del artículo 1208 del Código Civil. Afirma Manuel Somarriva Undurraga al respecto: “Deberes y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. Vamos a comentar el Título IX del Libro I del Código Civil. En este Título, el artículo 219 [hoy 222] nos dice que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres (...). El artículo 220 [hoy 223] dispone que deben socorrer a sus padres en los estados de demencia, ancianidad y en todas las circunstancias en que necesiten de sus auxilios. El artículo 221 [hoy inciso 2º del 223] extiende esta obligación de los hijos a los ascendientes, en caso de insuficiencia o inexistencia de los inmediatos descendientes. El incumplimiento está sancionado por el artículo 1,208 que dice que pueden ser desheredados; y por el artículo 968, N° 3, que contempla esa infracción como causal de indignidad para suceder”.²⁹

En los mismos términos se expresa Macricruz Gómez de la Torre Vargas, aludiendo al deber de cuidado que tienen los hijos para con sus padres u otros ascendientes: “Al igual como los hijos fueron cuidados por sus padres, éstos tienen el deber de corresponder a los cuidados recibidos cuando cambian las circunstancias. El no cumplimiento de esta obligación hace al hijo indigno de suceder a su padre o madre (artículo 968 N° 3 del Código Civil) y, además, puede ser desheredado (artículo 1208 N° 2 del Código Civil)”.³⁰

Tampoco debe creerse que este deber de cuidado sólo opere en la medida en que el padre o madre haya dado cabal cumplimiento a los deberes y obligaciones que la ley le impone para con sus hijos. Aún en el eventual caso que los progenitores sólo hubieren dado un cumplimiento parcial a estos deberes, subsiste el deber de cuidado que recae en los hijos. Tal deber podrá atenuarse o morigerarse, pero en ningún caso extinguirse. Sólo en el caso de haber existido una “injuria atroz”, cesará la obligación

²⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor Don Manuel Somarriva*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 408.

³⁰ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, ob. cit., p. 134.

de prestar alimentos, como deja en claro el artículo 324 del Código Civil. Pero este mismo artículo ha zanjado una vieja discusión y aclarado que "Sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968" (inc. 2º del art. 324). En el caso que motiva este Informe en Derecho, nada indica que el testador haya incurrido en alguna conducta constitutiva de "injuria atroz" en perjuicio de su hijo desheredado, que pudiese explicar el por qué éste habría faltado a su deber de lealtad filial.

Nótese también, como se desprende de la sentencia de la Corte Suprema citada, que el deber de cuidado no está circunscrito a los padres que se encuentren "en su ancianidad" o "en el estado de demencia", sino que también debe cumplirse "en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios". Así, un padre demandado, en condiciones normales, debiera esperar que sus hijos le apoyen en tal situación, que de suyo puede generar angustia y sufrimiento para quien afronta una causa judicial. Si, por el contrario, uno de sus hijos actúa dando apoyo a quien demanda al padre o a la madre, es razonable colegir que tal conducta pueda ocasionar un profundo daño moral en el progenitor. Es decir, que tal conducta sea constitutiva de "injuria grave" en los términos de la regla 1ª del art. 1208 del Código Civil.

En concordancia con las normas del Código Civil que hemos revisado, el Código de Procedimiento Civil establece por su parte en el art. 360: "No serán obligados a declarar: (...) 2º. Las personas expresadas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 358".

Y entre tales personas mencionadas en el artículo 358, se encuentran los hijos: "Son también inhábiles para declarar: 1º. El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos; 2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración".

El legislador, así, mantiene la debida congruencia y armonía entre las normas del Código Civil y las del Código de Procedimiento Civil, pues percibe que el hijo que declare en una causa judicial en perjuicio de las pretensiones de su padre o madre, se pondrá objetivamente en situación de incumplimiento de los deberes que el Código sustantivo le impone en los artículos 222 y 223.

A fin de cuentas, estos deberes específicos de respeto y de cuidado que configuran el deber más general de lealtad filial, responden a un principio esencial, consagrado en los arts. 222 y 223 del Código Civil, dos de los más importantes del Código de Bello, en virtud del cual existe un pacto inter-generacional recíproco, que se traduce en que los padres han de tener como preocupación fundamental el interés superior de sus hijos, cuando éstos transitan por la niñez y la juventud, y después éstos, cuando ya sean adultos, como justa "vuelta de mano", han de tener el debido respeto a sus padres y prodigarles los cuidados que requieran "en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios". Principio esencial que ha servido de fundamento para la preservación de la especie humana.

1.2. Deberes de los padres para con sus hijos.

Se trata de verdaderos deberes-derechos, pues imponen deberes u obligaciones y confieren facultades a los padres ante y sobre sus hijos, respectivamente.

Advierte la ley que los derechos concedidos a los padres en los artículos que se mencionan a continuación, no podrán reclamarse (o ejercerse) sobre el hijo que hayan abandonado (art. 238).

En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su inhabilidad moral hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado, salvo si tal providencia haya sido revocada (art. 239).

Tales deberes-derechos se traducen en cuatro acciones: criar, corregir, educar y establecer a los hijos. Los tres primeros son de carácter imperativo, y por ende, propiamente deberes, mientras que el último, es facultativo.

Cabe señalar que el art. 2, inc. 3º, de la Ley N° 21.430, "Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia", alude a un total de ocho "deberes-derechos": "El derecho y deber de crianza, cuidado, formación, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación de los niños, niñas y adolescentes corresponde preferentemente a sus padres y/o madres, quienes ejercerán este derecho y deber impartiendo dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades".

A nuestro juicio, corresponden al deber-derecho de crianza los siguientes que señala el precepto citado: crianza, cuidado, asistencia.

A su vez, quedan comprendidos dentro del deber-derecho de educar, los siguientes: orientación y educación.

Corresponde al deber-derecho de corregir, el de formación.

En cuanto al "desarrollo", estimamos que la norma incurre en un error, pues no se trata de un deber-derecho, sino que, más bien, del efecto o fin que se pretende alcanzar, con el adecuado cumplimiento de los tres deberes-derechos de criar, corregir y educar.

a) Deber de crianza.³¹

a.1) Principio general.

El art. 222, inc. 1º, dispone que la preocupación fundamental de los padres es *el interés superior del hijo*, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Como ha señalado la Corte Suprema, es un "principio que si bien tiene un contenido indeterminado, puede afirmarse que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad".

El art. 224, inc. 1º, señala por su parte que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, *el cuidado personal* de los hijos. Agrega el precepto que este cuidado se basará en el *principio de corresponsabilidad*³², en virtud del cual

³¹ La Ley N° 20.680, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de junio de 2013, introdujo importantes modificaciones al Código Civil, en lo concerniente a las normas que regulan el cuidado personal de los menores y la patria potestad. En virtud de esta reforma, se modificaron los artículos 222, 227, 244 y 245, se sustituyeron los artículos 224, 225, 226 y 229, se incorporaron los artículos 225-2 y 229-2 y se derogó el artículo 228. Se reemplazó también el artículo 42 de la Ley N° 16.618, "Ley de Menores", y se sustituyó el inciso 2º del artículo 21 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil. Posteriormente, la Ley N° 20.830, publicada en el Diario Oficial de fecha 21 de abril de 2015, modificó nuevamente el art. 226 del Código Civil.

³² La profesora Fabiola Lathrop Gómez, en su trabajo "La corresponsabilidad parental", se pronuncia en favor del cuidado personal alternado o compartido de los hijos. Señala que "la custodia compartida, alternada o sucesiva es un sistema familiar, posterior a la ruptura familiar o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados. Se trata de una figura jurídica de gran impacto en la organización de las relaciones familiares pues evita, al menos teóricamente, que uno de los progenitores – generalmente el padre- quede desprovisto de injerencia en la vida del hijo." Se refiere luego a los principios en que se basa la custodia compartida: "Los principios inspiradores de la custodia compartida son la corresponsabilidad parental, la igualdad parental, y la coparentalidad, todos ellos informados transversalmente por la necesidad de una conciliación de la vida laboral y familiar." En su trabajo, profundiza en el primero de estos principios, el de la corresponsabilidad parental, desde diversos ángulos: el sociológico, el psicológico y finalmente el jurídico. Desde la óptica sociológica, afirma que "el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores

ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. El citado principio pone de manifiesto que ambos padres están llamados por la ley, y además en condiciones de igualdad, a cumplir con el deber-derecho de crianza de sus hijos. El precepto citado guarda concordancia con el artículo 18 de la "Convención sobre los Derechos del Niño", que establece en su inciso 1º: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen *obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño*. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". Este principio también emana, en el caso de la filiación matrimonial, del art. 17, Nº 4, de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" o "Pacto de San José de Costa Rica", que dispone: "Protección a la familia (...) 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la *igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges* en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos." También cabe tener presente el artículo 16, número 1, letra d), de la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", que señala: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán,

deben ejercer frente a sus hijos (...) Se trata de un principio que cobra relevancia, fundamentalmente, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. En este sentido, las cifras hablan por sí solas: la participación laboral femenina ha aumentado de un 28,1%, a un 40% en agosto de 2008. Asimismo, se están asumiendo roles cada vez más equitativos por parte de ambos progenitores, produciéndose, consecuentemente, la disolución paulatina y progresiva de los 'binomios' mujer-hogar y padre-proveedor, lo que, a primera vista, podría conducir a conceder derechos y deberes potencialmente iguales a padre y madre una vez producida la crisis matrimonial o de pareja." Aborda la autora la materia, más adelante, con una mirada desde la psicología jurídica. Destaca que la teoría que había prevalecido en las décadas de los setenta y ochenta, en cuanto a que "la gran mayoría de los hijos tenían un progenitor psicológico, es decir, una persona que, sobre una base diaria, continua, a través de la interacción, el compañerismo y la reciprocidad, satisfacía las necesidades psicológicas y biológicas del niño", actualmente se considera unánimemente obsoleta, sobre la base, entre otras, de investigaciones que afirman que los hijos de padres separados que presentaban un mayor y mejor desarrollo eran aquellos que mantenían un contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura conyugal, o bien, aquellos que pertenecían a familias en las que no había existido o había cesado un alto nivel de conflictividad parental. En lo concerniente a las normas jurídicas, demuestra la profesora Lathrop de qué manera se ha incorporado el principio de la corresponsabilidad parental en la normativa internacional, regional e interna. Así, respecto de las normas internacionales, alude al artículo 18, número 1, de la Convención de los Derechos del Niño; y a los artículos 5º y 16º de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. En cuanto a las normas regionales, menciona el Protocolo de San Salvador (no ratificado por Chile), adicional al Pacto de San José de Costa Rica, en el que se declara que "todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres", aunque en él se agrega que "salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre", apegándose así a la doctrina de los años tiernos. En el contexto regional europeo, menciona varias resoluciones y recomendaciones emanadas del Parlamento Europeo y del Comité de Ministros del Consejo de Europa: Lathrop Gómez, Fabiola, "La corresponsabilidad parental", en "Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008", Santiago de Chile, LegalPublishing, año 2009, Universidad Diego Portales, Carlos Pizarro Wilson (coordinador), pp. 207 a 232. Rodrigo Barcia, por su parte, sostiene que es dudoso que el principio de la corresponsabilidad de los padres sea un principio autónomo del Derecho de Familia, sino que más bien, parece ser una de las aplicaciones del interés superior del niño. Afirma, en efecto, que el sustento de la corresponsabilidad, más que la equidad entre los padres, es una aplicación del principio del interés superior del niño. Agrega que si bien la autorregulación del conflicto es algo deseable, por cuanto los padres son los que mejor conocen sus capacidades y las necesidades del niño, y que este proceso sólo puede ser exitoso en la medida que los padres estén en un plano de igualdad, todo ello debe ser funcional al interés superior del hijo; el principio de igualdad de los padres, tiene importancia porque a través de él se vela por el interés superior del niño: Barcia Lhemann, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia", Santiago de Chile, Thompson Reuters Puntotext, año 2011, p. 391.

en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) *Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial*".

El principio de corresponsabilidad ha de ejercerse por los padres en forma *activa, equitativa y permanente*. Por ende, los progenitores deben ejecutar todas las conductas necesarias para asegurar, en la medida de sus posibilidades, el bienestar físico y espiritual de sus hijos; al actuar de este modo, ninguno de los padres puede imponer su parecer por sobre el del otro, pues lo equitativo supone igualdad entre ambos en la adopción de las decisiones que conciernan al hijo común; y todo ello de manera sostenida en el tiempo.

La infracción a este deber de cuidado del hijo por parte del padre o madre o ambos, puede generar para ellos responsabilidad civil ante terceros que puedan experimentar daños a consecuencia de hechos ilícitos ejecutados por el menor, según estudiamos en materia de responsabilidad delictual o cuasidelictual (arts. 2320 y 2321).

a.2) Casos especiales.

El legislador se ha preocupado de regular en esta materia algunas circunstancias que implican alteración de una situación normal. Tales son:

1º *Situación del hijo que goza de filiación no matrimonial*: el cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido (art. 224, inc. 2º).

2º *Situación del hijo que tiene filiación indeterminada*: si el hijo no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez (art. 224, inc. 2º).

3º *Situación del hijo, cuando sus padres viven separados*:

i.- Determinación del cuidado personal de común acuerdo por los padres: mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda: i) al padre; ii) a la madre; o iii) a ambos en forma compartida. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades (art. 225, inc. 1º). Se trata en este caso de una *atribución convencional* del cuidado personal del hijo.

El acuerdo acerca del cuidado personal del hijo debe establecer también la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tenga el cuidado personal, mantendrá una relación directa y regular con los hijos.

Agrega la ley que *el cuidado personal compartido* es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad (art. 225, inc. 2º).

La ley no indicó qué sanción opera en caso de no efectuar la subinscripción en el referido plazo de 30 días. Podría estimarse que mientras no se realice, el acuerdo entre los padres será inoponible a terceros, considerando que el último inciso del art. 225 establece que mientras una subinscripción relativa al cuidado personal (de un hijo) no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros. En todo caso, no creemos que la sanción pudiese ser la nulidad, pues estamos ante una norma imperativa de requisito, cuya infracción no tiene asignada una sanción general por la ley.

ii.- A falta de acuerdo de los padres: los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo (art. 225, inc. 3º). Se trata aquí, entonces, de una *atribución legal* del cuidado personal del hijo.

iii.- Resolución judicial que atribuye el cuidado personal del hijo a uno de los padres: cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido (art. 225, inc. 4º). Nótese que el juez no puede disponer que el cuidado personal del hijo sea compartido. Debe atribuirlo a uno u otro de los padres, pero no a ambos. El cuidado compartido, entonces, sólo puede establecerse por acuerdo de los padres, y si existía, el juez puede dejarlo sin efecto.

En ningún caso el juez podrá fundar *exclusivamente* su decisión en la capacidad económica de los padres. Por ende, tal capacidad económica sí puede ser considerada por el juez, pero junto con otros factores que justifiquen su decisión de alterar la situación hasta ese momento vigente (art. 225, inc. 5º).

Cuando el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el art. 229, a los que haremos referencia más adelante (art. 225, inc. 6º).

Estamos aquí ante *una atribución judicial* del cuidado personal del hijo. Para que ésta opere, estableciendo el régimen y ejercicio del cuidado personal por uno de los padres, el juez deberá considerar y ponderar conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- i) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- ii) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- iii) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- iv) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inc. 5º del art. 229 (dispone este inciso que el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre).
- v) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- vi) La opinión expresada por el hijo.³³

³³ Se entiende que ello será posible, cuando por su edad y madurez, sea factible que el hijo manifieste su opinión. Por lo demás, el derecho del niño a ser oído se encuentra expresamente consagrado en la "Convención sobre los Derechos del Niño", artículo 12, números 1 y 2: "Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño." (artículo 12, número 1); "...se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional." (artículo 12, número 2). Se trata de una derivación del derecho a expresar libremente su opinión. Lo contempla también como uno de sus principios rectores, el artículo 16, inciso 2º de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia: "El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento." Tratándose de adolescentes (varones o mujeres que hayan cumplido catorce años), no cabe duda que siempre deben ser oídos, a menos que les afectare una discapacidad física o mental que lo hiciera imposible. Si se trata de niños o niñas, el juez tendrá que ponderar si tienen la madurez suficiente para ser oídos. En otras legislaciones, se establece la obligación del juez a oír al menor, a partir de cierta edad. Así, el artículo 159 del Código Civil español dispone: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los

- vii) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- viii) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- ix) El domicilio de los padres.
- x) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo (art. 225-2).

iv.- Situación del hijo, en caso de inhabilidad física o moral de ambos progenitores: podrá el juez, en este caso, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. Al hacerlo, el juez velará primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el art. 225-2.

En la elección de estas personas, se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda (art. 226).

Como se ve, en lo posible el juez deberá elegir a uno o más de los abuelos del menor.

En ningún caso el establecimiento del régimen de cuidado personal podrá fundarse en razón de la raza o etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, la identidad o expresión de género, la apariencia personal o cualquier otra categoría que resulte discriminatoria (art. 225-2, inc. 2º).

a.3) Procedimiento.

En las materias a que se refieren los casos precedentemente indicados, el juez oír a los hijos y a los parientes.

Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el art. 225.

El juez podrá apremiar en la forma establecida en el art. 543 del Código de Procedimiento Civil (la referencia debe entenderse hecha al inc. 1º de este precepto)³⁴, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciera o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez (art. 227).

a.4) Situación del padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo: *relación directa y regular o derecho-deber de comunicación*.

El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en *mantener con él una relación directa y regular* (llamada también "derecho-deber de comunicación"), la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones que se hubieren estipulado en el acuerdo al que se refiere el inc. 1º del art. 225, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo (art. 229, inc. 1º). Este derecho-deber se encuentra consagrado también en la "Convención sobre los Derechos del Niño", en la que se dispone: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". (art. 9, Nº 3).

El art. 229 del Código Civil debe vincularse también con los siguientes artículos de la Ley Nº 16.618, "Ley de Menores":

i) Art. 48, que reglamenta la relación directa y regular, cuando su régimen fuere establecido por el juez, a falta de acuerdo de los padres. Sus reglas son las siguientes: si los padres viven separados y no hubieren acordado el ejercicio de la relación directa y regular, cualquiera de ellos podrá solicitar al juez de menores (hoy, entiéndase juez

hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años".

³⁴ Art. 543, inc. 1º, del Código de Procedimiento Civil: "Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación".

de familia) que la regule. Si el ejercicio del derecho se hubiere regulado de común acuerdo o por sentencia judicial, cualquiera de los padres podrá pedir que el régimen vigente se modifique, si fuere perjudicial para el bienestar del menor (inciso 1º); si se discutiere ante el juez de familia la determinación de la persona que tendrá el cuidado personal del menor, y no se debatiere lo concerniente a la relación directa y regular, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que constan del proceso (inciso 2º); si por causa imputable a quien tenga el cuidado personal del menor, se frustra, retarda o entorpece de cualquier manera la relación directa y regular, el padre o la madre a quien le corresponda podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente (inc. 3º); si el titular de la relación directa y regular deja de cumplir con la forma convenida o establecida para el ejercicio de su derecho-deber injustificadamente, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan de conformidad al inc. 3º del art. 66 (inc. 4º); sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la suspensión o restricción del ejercicio del derecho procederá cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo. Si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifique, podrá accederse provisionalmente a la solicitud. La resolución del tribunal deberá ser fundada y cuando fuere necesario para su adecuado cumplimiento, podrá solicitarse que se ponga en conocimiento de los terceros que puedan resultar involucrados, como los encargados del establecimiento educacional en que estudie el menor (inc. 5º); el juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar (inc. 6º).

ii) Art. 48 ter, que constituye una manifestación del principio de la solución integral, por el juez, de las diversas materias que afecten la relación entre los padres y sus hijos, incluyendo entre ellas el derecho-deber de comunicación. Se establece en el precepto que en caso de deducirse una demanda de alimentos a favor de los hijos, o entre los cónyuges en forma adicional a aquélla, o se solicite la regulación del cuidado personal o de la resolución directa y regular y no exista previamente una resolución judicial que regule dichas materias o que apruebe el acuerdo de las partes sobre las mismas, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que emita en la sentencia un pronunciamiento sobre cada una de ellas, aunque no hubieren sido incluidas en la demanda respectiva o deducidas por vía reconvenzional. El tribunal hará lugar a esa solicitud, a menos que no se den los presupuestos que justifican su regulación. Para estos efectos, las acciones que hubieren dado lugar a la interposición de la demanda se tramitarán conforme al procedimiento que corresponda, mientras que las demás se sustanciarán por vía incidental, a menos que el tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva tramitarlas en forma conjunta.

iii) Art. 49, que regula la salida del país de los menores. Conforme a este precepto, si se ha regulado el derecho-deber de comunicación por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá, para la salida del menor al extranjero, de la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció la relación directa y regular (inc. 4º). Este permiso deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada por un Notario Público (inc. 5º). En caso de que no pudiese otorgarse dicho permiso o sin motivo plausible se negare la autorización, ésta podrá ser otorgada por el juez de Familia del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor, tomará en consideración el beneficio que le pudiese reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización (inc. 6º).

iv) Art. 49 bis, que se refiere asimismo a la salida de los menores al extranjero, en el caso previsto en el inc. 6º del art. 49, facultando al juez para habilitar al progenitor

que tenga el cuidado personal de su hijo para salir del país con él en distintas ocasiones dentro de los dos años siguientes, siempre que se acredite que el otro progenitor, injustificadamente, ha dejado de cumplir el derecho-deber de comunicación. En todo caso, se advierte en el precepto que el plazo de permanencia del menor en el extranjero no podrá ser superior a quince días en cada ocasión.

De igual forma, se relaciona el art. 229 del Código Civil con el art. 71, letras d), e) y g) de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, que regula las medidas cautelares especiales. La letra d), otorga el juez la facultad para disponer la concurrencia de los padres y sus hijos, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse (lo anterior podría ordenarse, por ejemplo, cuando surgen dificultades en la relación existente entre los padres, en lo que concierne al ejercicio por uno de ellos del derecho-deber de relación directa y regular con los hijos que se encuentran bajo el cuidado del otro); la letra e) se refiere a la suspensión de la relación directa y regular (la que usualmente pedirá el padre o madre que tenga el cuidado personal del menor, invocando los motivos graves que justifiquen privar al otro progenitor de su derecho-deber de comunicación); la letra g) permite al juez prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente (usualmente, esto se decretará a consecuencia de la suspensión de la relación directa y regular, o cuando ésta fuere limitada por motivos plausibles).

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable (art. 229, inc. 2°).

Tres características posee este derecho-deber:

- i.- Permite mantener con el menor una *relación directa*, lo que implica que salvo razones que así lo aconsejen, no deben haber intermediarios que se interpongan entre el progenitor y su hijo menor;
- ii.- La relación, además, ha de ser *regular*, ha de ejercerse con la *frecuencia* que asegure cumplir con el objetivo buscado por el legislador, y que no es otro que asegurar un vínculo de carácter constante e indispensable para el desarrollo del menor; y
- iii.- La relación, finalmente, ha de ejercerse *libremente*, sin cortapisas o restricciones, salvo aquellas que resulten indispensables atendida la edad del menor involucrado.

Para la determinación de este régimen comunicacional, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- i) La edad del hijo.
- ii) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- iii) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- iv) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo (art. 229, inc. 3°).

Como puede observarse, la ley ordena al juez considerar tres factores específicos (o cuatro, si consideramos que en el segundo en realidad se alude a dos), y lo faculta para agregar a estos cualesquiera otros factores que le parezcan relevantes para resolver la contienda. De cualquier manera, los tres primeros factores, siendo imperativos, siempre deben incluirse y ponderarse en la sentencia respectiva.

Sea que el régimen de relación directa y regular haya sido decretado judicialmente o convenido en el acuerdo relativo al cuidado personal del menor, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del

hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana (art. 229, inc. 4º).

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre (art. 229, inc. 5º).

El ejercicio de este derecho podrá suspenderse o restringirse, cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente (art. 229, inc. 6º).

a.5) Relación directa y regular del hijo con sus abuelos.

Dispone la ley que el hijo también tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo entre los padres o el padre o madre u otra persona que tenga el cuidado personal y los abuelos, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del art. 229 (art. 229-2).

Aunque el precepto alude a "los abuelos", pensamos que no debe interpretarse en forma restrictiva, sino de manera extensiva, de manera que, eventualmente, a falta de los abuelos, bien podría tratarse de bisabuelos del menor aquellos que reclamen mantener con éste una relación directa y regular.

Por lo demás, el vínculo entre nietos o bisnietos y sus abuelos y bisabuelos, además de resultar normalmente muy beneficioso para los primeros, es la natural contrapartida a la obligación alimentaria recíproca que se consagra en los arts. 232 y 321 del Código Civil, en cuanto dicen que los primeros pueden deber alimentos a sus "ascendientes" y los segundos a sus "descendientes", sin limitar el grado de parentesco. Lo mismo ocurre en el art. 111, al tratar del asenso que deben otorgar los "ascendientes" del menor que pretenda contraer matrimonio.

De cualquier manera, mejor habría sido que el art. 229-2 hubiera aludido efectivamente a "los abuelos u otros ascendientes".

Cabe señalar también que de la redacción del precepto, podría desprenderse que estamos ante un derecho que sólo compete invocar al menor, pero no a sus abuelos u otros ascendientes. Es el menor "quien tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos" y no al revés. En cambio, si observamos el art. 229, que consagra la relación directa y regular entre padres e hijos, dispone que "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular...". De esta manera, si se trata de la relación directa y regular entre padres e hijos, los primeros tienen derecho para que se regule, mientras que si se trata de la relación directa y regular entre los abuelos y sus nietos, sólo éstos podrían ejercer el derecho para que se regule. Los abuelos, de esta manera, carecerían de legitimación activa para demandar dicha regulación. Aunque el tenor literal de la ley parece abonar tal interpretación, no nos parece razonable. Creemos que los abuelos sí podrían demandar, en el evento de no lograr un acuerdo con el padre o madre que tenga el cuidado personal del menor. Basamos esta opinión en dos argumentos:

i.- El precepto ha de interpretarse en función del principio del interés superior del menor. Conforme al mismo, debe prevalecer una interpretación extensiva del precepto, que permita concretar el referido principio, por sobre otra que siendo más restrictiva, pueda por ello afectar el bienestar del niño o niña. No hay duda que en condiciones normales, es deseable y positivo que los nietos mantengan una relación cercana con sus abuelos. Y dicha vinculación cada día será más factible, si consideramos que los abuelos de nuestros días son personas más activas y que gozan de mejor salud que en las décadas pretéritas. El caudal afectivo y la experiencia de vida que ellos pueden verter en sus nietos hace deseable fomentar este vínculo, en lugar de restringirlo.

ii.- Por lo demás, la historia fidedigna de la ley es también funcional a esta opinión³⁵. Al efecto, la Senadora Sra. Soledad Alvear, manifestó (el énfasis es nuestro): "Por último, dispusimos algo de gran relevancia. Los abuelos, así como sobre ellos pesan obligaciones en materia de alimentos cuando no paga el padre, también *tienen derechos*. En consecuencia, por primera vez se establece aquí *su derecho a visitar a los nietos*. Porque, además de que se le entregue la tuición a uno de los padres –con la corresponsabilidad, que se mantendrá de todas maneras-, apartar a alguno de los abuelos acrecienta el drama del niño, cuyo interés superior debemos tener en cuenta como norma fundamental." El Senador Sr. Navarro, por su parte, señaló (el énfasis es nuestro): "Señor Presidente, esta iniciativa de ley será histórica, porque dispone, además, que los niños tendrán derecho a ver a sus abuelos, a sus ascendientes. El 15 de junio de 2010 ingresé una moción, que dio origen a un proyecto que fue remitido a la Comisión de Constitución, que buscaba esa misma opción legal. Decía: 'Los abuelos tendrán *el derecho* a mantener una relación directa y regular con sus respectivos nietos...' Tal propuesta, afortunadamente, ha sido introducida en la iniciativa en estudio." El Diputado Sr. Issa Kort, a su vez, al presentar una síntesis de las principales materias contenidas en el Proyecto, indicó, al aludir al punto que analizamos (el énfasis es nuestro): "Se consagra también el derecho del hijo a mantener una relación directa y regular con sus demás ascendientes, y *el derecho de los abuelos* a poder compartir con sus nietos y visitarlos". La Diputada Sra. Claudia Nogueira, en la misma línea, planteó (el énfasis es nuestro) que el Proyecto "... establece *el derecho* de visita para los abuelos...".

Proponemos entonces una interpretación extensiva del precepto, que vaya más allá de su tenor literal.

a.6) Gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos.

En cuanto al *deber de crianza*, en primer lugar, distinguimos según si existe o no matrimonio, y de haberlo, si hay o no régimen de sociedad conyugal y en este último caso si se trata de expensas ordinarias o extraordinarias:

1º Si existe matrimonio y hay sociedad conyugal, distinguimos a su vez:

1.1. Gastos correspondientes a las expensas ordinarias: serán de cargo de la sociedad conyugal, conforme al art. 230 del Código Civil. En armonía con el precepto anteriormente citado, el art. 1740 N° 5 del Código Civil establece que la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los descendientes comunes. Dichos gastos pesan sobre el pasivo definitivo de la sociedad conyugal. A su vez, el art. 1744 del Código Civil reitera que las expensas de educación de un descendiente y las que se hicieren para establecerle y casarle, se imputarán, por regla general, a los gananciales.

1.2. Gastos correspondientes a las expensas extraordinarias: serán también de cargo de la sociedad conyugal, en las condiciones señaladas; sin embargo, si el hijo tuviere bienes propios, estas expensas extraordinarias se imputarán a dichos bienes en cuanto cupieren en ellos y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos que conste de un modo auténtico que el marido, o la mujer, o ambos de consuno, quisieron hacerlas de lo suyo (art. 1744 del Código Civil).

2º Si no existe matrimonio o habiéndolo no hay sociedad conyugal sino alguno de los regímenes alternativos, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas (art. 230, inc. 1º del Código Civil).

En caso de fallecimiento del padre o madre, los gastos corresponden al sobreviviente (art. 230, inc. 2º del Código Civil).

El art. 231 ratifica que si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible.

³⁵ Cfr. historia de la Ley N° 20.680, en www.congreso.cl

Puede ocurrir que el padre, la madre o ambos, así como también el hijo, carezcan de los medios para afrontar los gastos indicados. En tal caso, dispone el art. 232 las siguientes reglas:

1º La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes, puede pasar a los abuelos;

2º Ello acontecerá, en dos casos:

2.1. Por la falta de ambos padres;

2.2. Por la insuficiencia de ambos padres.

3º En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee, y en subsidio de éstos, a los abuelos de la otra línea.

En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, el juez determinará dicha contribución, de acuerdo a las facultades económicas de los obligados. El juez podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan (art. 233).

a.7) Eventual responsabilidad penal.

Conforme a los arts. 346 y 347 del Código Penal, si los padres abandonaren en un lugar no solitario al hijo menor de siete años, serán castigados con presidio menor en su grado máximo, cuando el que lo abandona reside a menos de cinco kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos (hogar de niños abandonados), y presidio menor en su grado medio en los demás casos.

El art. 348 agrega que si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo, cuando fuere uno de los padres.

De acuerdo a los arts. 349, 350 y 351, los padres serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si abandonaren al hijo menor de diez años en un lugar solitario. Si del abandono en un lugar solitario resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá a los padres la pena de presidio mayor en su grado medio.

b) *Derecho-deber a corregir al hijo.*

Establece el art. 234 que los padres tienen la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño. (el antiguo art. 233 decía que los padres podían "corregir y castigar moderadamente a los hijos"³⁶).

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del art. 71 de la Ley N° 19.968³⁷, con sujeción al procedimiento

³⁶ El art. 233, que pasó a ser el 234, había sido modificado por la Ley N° 19.585, eliminándose la idea del "castigo moderado". El texto originario del art. 233, era el siguiente: "El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. / Bastará al efecto la demanda del padre, y el juez en virtud de ella expedirá la orden de arresto. / Pero si el hijo hubiere cumplido dieciséis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses a lo más. / El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto". Nótese que el arresto del hijo no era impuesto por el juez, por regla general, sino por el padre de manera directa, debiendo obligatoriamente el juez decretarlo. El artículo originario fue reemplazado por la Ley N° 4.447, de 23 de octubre de 1928, sobre Protección de Menores, suprimiéndose la facultad del padre de decretar el arresto del hijo, y facultándolo en cambio para recurrir al tribunal de menores, a fin de que éste determinare la vida futura del hijo por el tiempo que se estimare conveniente, que no podría exceder del plazo que le faltare para cumplir veinte años. Posteriormente, el artículo fue reemplazado por la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, y como se dijo, por la Ley N° 19.585. El tenor actual, ahora como artículo 234, fue fijado por la Ley N° 20.286, de fecha 15 de septiembre de 2008, que de manera expresa excluye toda forma de maltrato físico y psicológico.

³⁷ Art. 71 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia:

previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción (art. 234, inciso 2º).

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir 18 años de edad (art. 234, inc. 3º). Se trata por cierto de una medida extrema, cuando los padres se ven sobrepasados por el hijo, siendo incapaces de impedir que incurra en conductas reñidas con la moral y las buenas costumbres.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres (art. 234, inc. 4º). En consecuencia, éstos deberán recurrir al mismo juez para que modifique o deje sin efecto lo resuelto.

Todo lo dicho respecto al deber de corrección del hijo, se extiende, en caso de ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres, a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo (art. 235). Entendemos que se trata de aquellas personas a quienes se haya conferido la guarda del menor o al menos el cuidado del menor, por resolución judicial.

El art. 36 de la Ley N° 21.430, "Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia", consagra también el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser protegidos contra toda forma de violencia, sea ésta física o psíquica. Expresan sus tres primeros incisos: "Derecho a la protección contra la violencia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser tratado con respeto. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser sometido a violencia, malos tratos físicos o

"Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

- a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;
- c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.
- h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e
- i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

En ningún caso, podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos.

La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.

Para el cumplimiento de las medidas decretadas, el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días".

psíquicos, descuidos o tratos negligentes, abusos sexuales o de cualquier otra índole, venta, trata, explotaciones, tortura u otro trato ofensivo o degradante. / Toda forma de maltrato a un niño, niña o adolescente, incluido el maltrato prenatal, está prohibido y no puede justificarse por circunstancia alguna. El maltrato corporal relevante y el trato degradante, que menoscabe gravemente su dignidad, constituyen delitos de conformidad a la legislación penal vigente. / Es deber de las familias, de los órganos del Estado, de la sociedad y de las organizaciones de la sociedad civil que se relacionen con la niñez, asegurar a los niños, niñas y adolescentes la protección contra la violencia y los cuidados necesarios para su pleno desarrollo y bienestar. El cumplimiento de este deber corresponde prioritariamente a los padres y/o madres, a sus representantes legales o a quienes los tengan a su cuidado”.

c) *Derecho y deber de educar a los hijos.*

De conformidad al art. 236, los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (art. 236).

Tal derecho cesará respecto de los hijos cuyo cuidado haya sido confiado a otra persona, la cual ejercerá con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere (art. 237).

Cabe consignar que el antiguo art. 235 establecía que los padres tenían el derecho a “dirigir” la educación del hijo, mientras que el art. 236 pone el énfasis en la función de “orientar”. De igual forma -suponemos que por ser ya innecesario- se suprimió el alcance acerca de que los padres no podían obligar al menor a contraer matrimonio contra su voluntad ni oponerse a que el hijo escogiese una carrera “honesta”, llegado a la mayoría de edad.

Las normas del Código Civil no hacen sino explicitar el mandato contenido en la Constitución Política de la República, en virtud del cual es un deber de los padres educar a sus hijos. En efecto, dispone el art. 19 N° 10: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 10°.- El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. El Estado promoverá la educación parvularia. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles.”

Lo mismo ocurre en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, que dispone al efecto: “Los estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación...” (art. 28, N° 1). Para ejercer tal derecho de manera progresiva y en condiciones de igualdad de oportunidades, los Estados Partes deberán: “a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; (...) d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar (...) 3. Los Estados partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza...” (art. 28, N°s. 1 y 3). Por su parte, el art. 29 establece: “1. Los Estados Partes convienen en que la

educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”.

El art. 10 de la Ley N° 21.430, “Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia”, también se refiere a este derecho-deber, subrayando la preferencia que tienen los progenitores para educar y cuidar a sus hijos: “Derecho y deber preferente de los padres y/o madres a educar y cuidar a sus hijos. Los padres y/o madres tienen el derecho preferente de educar, cuidar, proteger y guiar a sus hijos, y el deber de hacerlo permanentemente, de modo activo y equitativo, sea que vivan o no en el mismo hogar con sus hijos. / En razón de lo señalado en el inciso precedente, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser cuidados, protegidos, formados, educados y asistidos, en todas las etapas de su desarrollo preferentemente por sus padres y/o madres, sus representantes legales o quienes los tengan legalmente a su cuidado, y tienen derecho a ser guiados y orientados por aquéllos en el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley. / Todo lo anterior, siempre atendiendo al interés superior del niño, niña o adolescente. / Es deber del Estado, especialmente, respetar, promover y proteger el ejercicio de este derecho, así como el cumplimiento de los deberes paternos y/o maternos”.

A su vez, el art. 41 de la misma Ley N° 21.430, referido al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, dispone en su inc. 1°: “Derecho a la educación. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser educados en el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades. La educación tendrá entre sus propósitos esenciales inculcar al niño, niña o adolescente el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el respeto de sus padres y/o madres, de su propia identidad cultural, de su idioma, sus valores y el medio ambiente”.

Por su parte, el art. 42 del mismo cuerpo legal, se refiere al derecho de los niños, niñas y adolescentes a la diversidad educativa, cuando tengan necesidades educativas especiales. Establece su inc. 1°: “Derecho a la atención a la diversidad educativa. Los niños, niñas y adolescentes con necesidades educativas especiales deben recibir una formación educativa y profesional que les permita la inclusión social, el desarrollo, la realización personal y el acceso a un puesto de trabajo digno”.

1.3. Situación del hijo abandonado y alimentado y criado por otros.

Se pone la ley en el caso del hijo abandonado por sus padres y que hubiere sido alimentado y criado por otra persona. Si los padres del menor quisieren sacarle del poder del tercero, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, previo pago de los costos de la crianza y educación, tasados por el juez (art. 240, inc. 1°).

La ley no es proclive a favorecer en este caso a los padres, considerando su repudiable conducta previa. Por eso, dispone que el juez sólo concederá la autorización, si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo (art. 240, inc. 2°).

Recordemos que de conformidad al último inciso del art. 324, quedarán privado del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en

su infancia, cuando la filiación haya sido establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición.

El art. 47 de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, dispone que "El solo hecho de colocar al menor en casa de terceros no constituye abandono para los efectos del artículo 240 del Código Civil. En este caso, queda a la discreción del juez el subordinar o no la entrega del menor a la prestación que ordena dicho artículo, decisión que adoptará en resolución fundada".

1.4. Situación del hijo ausente de su casa y que se halla en urgente necesidad.

Se ocupa también el legislador del caso del hijo menor de edad ausente de su casa y que se halla en urgente necesidad, no pudiendo ser asistido en dicha contingencia por el padre o madre que tiene su cuidado personal.

En esta hipótesis, se presumirá la autorización del padre o de la madre que tenga el cuidado personal del menor, para las suministros que se hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración de su posición social (art. 241, inc. 1º).

El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas al padre o madre lo más pronto que fuera posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre o madre (art. 241, inc. 2º).

Lo dicho del padre o madre se extiende en su caso a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo (art. 241, inc. 3º).

1.5. Carácter provisional de las resoluciones judiciales en estas materias.

Establece la ley que las resoluciones judiciales dictadas a propósito de los deberes-derechos precedentemente señalados, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales (art. 242, inc. 1º).

En todo caso, previene la ley que para adoptar sus resoluciones, el juez atenderá, como consideración primordial, al *interés superior del hijo*, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 242, inc. 2º).

La trascendencia del principio del interés superior del hijo se puede constatar, si observamos que Título IX, Libro I del Código Civil, comienza (art. 222) y termina (art. 242) refiriéndose al mismo.

2.- Efectos patrimoniales de la filiación: la patria potestad.

2.1. Concepto.

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados (art. 243, inc. 1º).³⁸

2.2. Sujetos pasivos de la patria potestad.

Se ejerce sobre:

a) Los hijos no emancipados: a diferencia de lo que establecía el anterior art. 240, que circunscribía la patria potestad a los hijos legítimos no emancipados, ésta se ejerce

³⁸ Como lo expresamos, la Ley N° 20.680 publicada en el Diario Oficial de fecha 21 de junio de 2013, modificó los artículos 244 y 245 del Código Civil, referidos a la patria potestad.

ahora sobre todos los hijos no emancipados que tengan una filiación determinada, sea ésta matrimonial o no matrimonial, salvo las excepciones que indicaremos más adelante.

En armonía con lo anterior, el art. 4º transitorio de la Ley N° 19.585 dispone que la guarda a que estuviere sujeto el hijo natural expirará por la entrada en vigencia de la citada ley, cuando de acuerdo a ella el hijo debiere estar sujeto a patria potestad. En tal caso, el respectivo padre o madre entrará de pleno derecho en el ejercicio de la patria potestad que le corresponde.

b) Sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer (art. 243, inc. 2º).

2.3. Sujetos activos de la patria potestad.

Como cuestión previa, cabe señalar que será indiferente el régimen de bienes que pudiese existir entre los padres, en el caso de estar casados (art. 247).

La primera distinción que cabe realizar en esta materia dice relación a si los padres viven juntos o separados.

2.3.1) Los padres viven juntos.

Debemos distinguir a su vez si existe o no acuerdo entre los padres (art. 244):

a) Existe acuerdo entre los padres.

Los padres, por acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, podrán estipular que la patria potestad sea ejercida:

i.- Por el padre;

ii.- Por la madre; o

iii.- Por ambos, conjuntamente (art. 244, inc. 1º).

b) No existe acuerdo entre los padres: toca al padre y a la madre *en conjunto* el ejercicio de la patria potestad (art. 244, inc. 2º).

Con todo, los padres podrán actuar *indistintamente* (es decir, separadamente) en los *actos de mera conservación* (se entiende por actos de mera conservación aquellos destinados a evitar la pérdida, menoscabo o disminución del valor de los bienes del menor. Los actos conservativos pueden ser *materiales o jurídicos*. Es un acto conservativo material, por ejemplo, ejecutar mejoras necesarias en una vivienda; es un acto conservativo jurídico, por ejemplo, interponer una querrela posesoria). Los arts. 391 (en las normas de las guardas) y 2132 (en las normas del mandato) se refieren a actos conservativos. Respecto del resto de los actos (aquellos destinados a incrementar el patrimonio del menor o aquellos mediante los cuales se enajenen bienes del menor y por tanto provoquen una disminución de su patrimonio), se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial (art. 244, inc. 3º).

Una excepción al sistema general sobre los actos que pueden realizar por separado los padres no existiendo acuerdo, encontramos en la Ley N° 20.679, publicada en el Diario Oficial de fecha 1 de julio de 2013, que modificó la Ley General de Bancos y al Decreto Ley N° 2.079, del Ministerio de Hacienda, del año 1978, en lo que concierne a la apertura de una cuenta de ahorro a favor del hijo. Para tal efecto, se agregó a la Ley General de Bancos (Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Hacienda, del año 1997) el siguiente art. 156 bis: "Las cuentas de ahorros para menores de edad, ofrecidas por los bancos regidos por esta ley, podrán ser abiertas

por el padre o la madre, con independencia de quien tenga la patria potestad del menor de edad". En el mismo sentido, se agregó al art. 35 del Decreto Ley N° 2.079, un inciso final del siguiente tenor: "Con independencia de quien tenga la patria potestad, la madre también podrá abrir cuentas de ahorro a favor de su hijo menor de edad".

Las hipótesis anteriores pueden variar, por resolución judicial. En efecto, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo de 30 días, precedentemente indicado (art. 244, inc. 4°).

En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres (art. 244, inc. 5°).

2.3.2) Los padres viven separados.

En este caso, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al art. 225, al que ya hicimos referencia.

Sin embargo, por acuerdo de los padres o por resolución judicial, fundada en el interés del hijo:

- i) Podrá atribuirse la patria potestad al otro padre; o
- ii) Podrá radicarse la patria potestad en uno de los padres si la ejercían conjuntamente.

Además, basándose también en el interés del hijo, los padres podrán ejercer la patria potestad de manera conjunta.

Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, la exigencia de subinscribir en el mencionado plazo de 30 días (art. 245, inc. 2°).

En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inc. 3° del art. 244 (actuación indistinta para los actos de mera conservación y actuación conjunta para el "resto de los actos").

2.4. Efecto de las subinscripciones.

Mientras una subinscripción relativa al ejercicio de la patria potestad no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros (art. 246).

2.5. Casos en los cuales los progenitores carecen de la patria potestad.

Se nombrará tutor o curador al hijo y por ende éste quedará sustraído de la patria potestad, en los siguientes casos (art. 248):

a) Cuando la paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre (art. 203).

b) Cuando la filiación del hijo no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre. La determinación legal de la paternidad o la maternidad, pone fin a la guarda en que se hallare el hijo menor de edad y da al padre o a la madre, según corresponda, la patria potestad sobre sus bienes (art. 249).

c) En general, respecto del hijo cuyos padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad (tal ocurriría, si ambos padres se encuentran moralmente inhabilitados).

2.6. Duración y efectos de la patria potestad.

Comienza la patria potestad al nacer el hijo (sin perjuicio de que permite cautelar los derechos deferidos al hijo que está por nacer) y termina con su emancipación.

La patria potestad se ejerce sobre los bienes del hijo. Para ello, se otorga al padre o a la madre o a los dos de consuno, las siguientes facultades:

- i.- *Un derecho legal de goce* sobre los bienes del hijo (que en el antiguo art. 243 se denominaba "usufructo");
- ii.- *Un derecho para administrar los bienes del hijo*; y
- iii.- *La representación judicial y extrajudicial* del hijo.

Analizaremos a continuación dichas facultades.

2.7. Del derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos.

a) Concepto.

De conformidad al art. 250, la patria potestad confiere el derecho legal de goce sobre todos los bienes del hijo, salvo los exceptuados por la ley.

El derecho legal de goce es un *derecho personalísimo* que consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si son fungibles (art. 252). Puede apreciarse que la definición corresponde a la de usufructo, consagrada en el art. 764.

Dos son en consecuencia las facultades que confiere este derecho legal de goce: usar la cosa y percibir los frutos que ésta produzca.

Sobre el particular, pueden presentarse las siguientes situaciones:

- i.- Que el padre o madre que ejerza la patria potestad se haga dueño de los frutos;
- ii.- Si la patria potestad se ejerciere por la madre y ésta estuviere casada en sociedad conyugal, se considerará separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga. Esta separación se regirá por las normas del art. 150 (art. 252, inc. 3º). Se trata, como vemos, de *una nueva hipótesis de separación legal parcial de bienes*, que debemos sumar a las contempladas en los artículos 150, 166, 167 y 1724.
- iii.- Si la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos padres, pueden darse dos situaciones:
 - i) Si nada se acuerda respecto de la distribución de los frutos, el derecho legal de goce se dividirá entre ellos por iguales partes; y
 - ii) Puede acordarse una distribución distinta. La oportunidad para estipularlo debiera ser aquella en que se otorgue la escritura pública o el acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, conforme al art. 244 (sin perjuicio de la posibilidad de modificar el acuerdo, conforme lo permite el art. 245).

Previene el último inciso del art. 252 que el derecho legal de goce recibe también la denominación de *usufructo legal* del padre o madre sobre los bienes del hijo. Agrega el precepto que en cuanto convenga a su naturaleza, este derecho legal de goce se regirá supletoriamente por las normas del Título IX del Libro II, que regulan precisamente el usufructo, arts. 764 a 810. El último artículo alude precisamente al "usufructo legal" del padre o madre sobre ciertos bienes del hijo.

Al tratar sobre las características del derecho legal de goce, volveremos a referirnos a esta relación entre el derecho legal de goce y el usufructo propiamente tal.

Deja en claro la ley que el que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo tendrá su administración, y el que se encuentre privado de ésta quedará también privado de aquél (art. 253, inc. 1º).

b) Bienes exceptuados del derecho legal de goce del padre o madre.

b.1) *Los bienes que conforman el peculio profesional o industrial del hijo* (art. 250 N° 1). Son tales todos los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria.

El trabajo de los menores de edad se encuentra regulado en el Código del Trabajo, Capítulo II, "De la capacidad para contratar y otras normas relativas al trabajo de los menores", artículos 13 a 18. En ellos, se dispone que los menores entre 15 y 18 años sólo podrán realizar trabajos "ligeros", estando debidamente autorizados y cuidando de no afectar sus estudios. No se admitirán menores de 18 años en trabajos o faenas que requieran fuerzas excesivas ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad. Incluso los mayores de 18 y menores de 21 años, no pueden ser contratados, sin previo examen de aptitud, para trabajos mineros subterráneos. Estas normas prohíben, por regla general, el trabajo de menores de 18 años en cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos vivos o en los que se expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo establecimiento. Se regula también el trabajo de menores en el teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares. Se prohíbe también a los menores todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales.³⁹

³⁹ "Art. 13. Para los efectos de las leyes laborales, se considerarán mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años. / Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar. En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media. / Lo establecido en el inciso anterior se aplicará respecto de los menores de quince años, en las situaciones calificadas en que se permite su contratación en los espectáculos y actividades artísticas a que hacen referencia los artículos 15, inciso segundo y 16. / El inspector del trabajo que hubiere autorizado al menor en los casos de los incisos anteriores, pondrá los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Familia que corresponda, el que podrá dejar sin efecto la autorización si lo estimare inconveniente para el trabajador. / Otorgada la autorización, se aplicarán al menor las normas del artículo 246 (hoy, artículo 251) del Código Civil y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes. / La autorización exigida en el inciso segundo no se aplicará a la mujer casada, quien se registrará al respecto por lo previsto en el artículo 150 del Código Civil. / Un reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, previo informe de la Dirección del Trabajo, determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que impidan, en consecuencia, celebrar contratos de trabajo en conformidad a los incisos anteriores, debiendo actualizarse dicho listado cada dos años. / Las empresas que contraten los servicios de menores de dieciocho años, deberán registrar dichos contratos en la respectiva Inspección Comunal del Trabajo."

"Art. 14. Los menores de dieciocho años de edad no serán admitidos en trabajos ni en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad. / Los menores de veintiún años no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos sin someterse previamente a un examen de aptitud. / El empleador que contratara a un menor de veintiún años sin haber cumplido el requisito establecido en el inciso precedente incurrirá en una multa de tres a ocho unidades tributarias mensuales, la que se duplicará en caso de reincidencia."

"Art. 15. Queda prohibido el trabajo de menores de dieciocho años en cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos vivos, como también en los que expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo establecimiento. / Podrán, sin embargo, cumpliendo con lo dispuesto en el

Establece el art. 251 que el hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 254.

Este último precepto dispone por su parte que no se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa.

Debe tenerse presente que el peculio profesional o industrial sólo corresponde al menor adulto, pues el impúber, siendo absolutamente incapaz, no puede ejecutar ninguna actividad remunerada. En todo caso, dispone el art. 439 que el menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo sujeto a patria potestad, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria. Ambos puede ser titulares, por ende, de peculio profesional o industrial.

A diferencia de lo que acontece con el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, la ley no exige que la actividad productiva realizada por el menor sea separada de la de su padre o madre que ejerza la patria potestad.

En el ámbito del Código de Minería, dispone el art. 25 que las minas descubiertas y manifestadas por menores adultos se entenderán pertenecer al peculio profesional o industrial de aquellos. Sobre la misma materia, y en caso de no haber peculio profesional o industrial, el último inciso del art. 250 del Código Civil, señala que el goce sobre las minas que pertenecen al hijo se limitará a la mitad de los productos y el padre o madre que ejerza la patria potestad responderá al hijo de la otra mitad. La disposición anterior deja en claro que las minas que pertenecen al hijo no están exceptuadas del derecho legal de goce del o de los padres que ejerzan la patria potestad, aunque tal derecho está restringido en este caso, pues se responderá por la mitad de los productos.

b.2) Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador:

i.- ha estipulado que no tenga el goce o la administración quien ejerza la patria potestad;

ii.- ha impuesto la condición de obtener la emancipación; o

iii.- ha dispuesto expresamente que tenga el goce de estos bienes el hijo (art. 250 N° 2).

Llama la atención la falta de prolijidad en el lenguaje utilizado por el legislador en este numeral, al aludir a una eventual "estipulación" del testador; mal puede este estipular, cuando ejecuta un acto jurídico unilateral.

De conformidad al art. 253, inc. 2º, si el padre o madre que tiene la patria potestad no puede ejercer sobre uno o más bienes del hijo el derecho legal de goce (lo que ocurre precisamente en el caso del N° 2 del art. 250), éste pasará al otro padre o

inciso segundo del artículo 13, actuar en aquellos espectáculos los menores de edad que tengan expresa autorización de su representante legal y del respectivo Tribunal de Familia."

"Art. 16. En casos debidamente calificados, cumpliendo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13, y con la autorización de su representante legal o del respectivo Tribunal de Familia, podrá permitirse a los menores de quince años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares."

"Art. 17. Si se contratare a un menor sin sujeción a lo dispuesto en los artículos precedentes, el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare; pero el inspector del trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación y aplicar al empleador las sanciones que correspondan. / Cualquier persona podrá denunciar ante los organismos competentes las infracciones relativas al trabajo infantil de que tuviere conocimiento."

"Art. 18. Queda prohibido a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales. El período durante el cual el menor de 18 años no puede trabajar de noche será de once horas consecutivas, que comprenderá, al menos, el intervalo que media entre los veintidós y las siete horas".

madre, salvo que ambos padres estuvieren impedidos, pues entonces la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración (art. 253, inc. 2º).

A diferencia de lo previsto en el antiguo art. 248, que impedía a la madre casada en sociedad conyugal asumir el usufructo legal de los bienes del hijo, el inciso 2º del actual art. 252 sí le permite ser titular del derecho legal de goce, creando al efecto, como dijimos, una hipótesis de separación legal parcial de bienes. Con esta solución, el marido no tendrá injerencia alguna sobre los bienes, pues los frutos no ingresarán al patrimonio social, sino que al haber propio de la mujer. Se garantiza así que no se burlará la voluntad del donante o testador, en orden a privar al marido del derecho legal de goce sobre los bienes donados o transmitidos al menor.

Tratándose de los bienes que adquiera el hijo por donación, herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación, la ley considera cumplida la condición privando al padre o madre que ejercía la patria potestad del derecho legal de goce (dicho de otra manera: no debe esperarse a que se cumpla la condición fijada por el donante o causante: la ley la entiende cumplida).

Si el donante o testador hubiere dispuesto expresamente que tenga el goce de los bienes donados, heredados o legados el hijo, cabe preguntarse si ello también implica que el padre o madre quedará privado de la administración de esos bienes. La cuestión a resolver es la siguiente: si el donante o testador hubiere dispuesto expresamente que tenga el goce de los bienes donados el hijo, ¿ha de privarse también al padre y/o a la madre de la administración de estos bienes y por ende darse al hijo un curador?; o, por el contrario, ¿podría sostenerse que en este caso el padre y/o la madre, aunque privados del goce de estos bienes pueden ejercer la administración sobre los mismos y por ende no ha de darse al hijo un curador?

Previo a responder derechamente a la pregunta, es útil tener presente que antes de la reforma hecha al Código Civil por la Ley Nº 19.585, del año 1998, disponía el antiguo art. 248: "El padre o madre a quien el donante o testador haya impuesto la condición de no administrar, queda privado del usufructo, y a su vez, si se le ha impuesto la condición de no usufructuar, queda privado de la administración. / Si la condición afecta al padre y a la madre, se estará a lo dispuesto en el artículo 252. / Sin embargo, en el caso del número 2º del artículo 243 la administración corresponderá al padre." La referencia al antiguo art. 252, debía entenderse hecha al inc. 2º de este precepto, que ordenaba darle un curador al hijo, que asumiera la administración de sus bienes. Por su parte, el art. 243 Nº 2, correspondía precisamente al actual art. 250 Nº 2, tercera hipótesis. Así las cosas, antes de la citada reforma, no existía ninguna duda en cuanto a que la respuesta a la pregunta, era la siguiente: a pesar de estar desprovisto del goce de los bienes donados al hijo, el padre conservaba la administración. Así lo dejaba en claro Enrique Rossel, en su "Manual de Derecho de Familia"⁴⁰.

¿Puede estimarse que la fórmula contemplada en el antiguo art. 248, inciso final, en relación con el antiguo art. 243 Nº 2, que separaba el goce de la administración, se mantiene vigente en el Código Civil? Volvamos al art. 253, pues este precepto corresponde al antiguo art. 248. La cuestión decisiva consiste en la interpretación del inc. 2º del art. 253, del siguiente tenor: "Si el padre o la madre que tiene la patria potestad no puede ejercer sobre uno o más bienes del hijo el derecho legal de goce, éste pasará al otro; y si ambos estuviesen impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración." A su vez, dentro de este inciso, me parece que resulta fundamental fijar el alcance que tiene la expresión "impedidos". Nótese que no es la misma palabra que usaba el antiguo art. 248, que aludía a "la condición de no administrar" impuesta por el donante o por el

⁴⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 240, 241 y 244.

testador. Seguidamente, desplegaremos argumentos a favor o en contra de la tesis en virtud de la cual no se pierde la administración de los bienes por el padre y/o la madre.

Argumentos favorables a la tesis de que el padre y/o la madre no quedan despojados de la administración de los bienes del hijo y por ende no resulta necesario provocar el nombramiento de un curador para éste:

a. Cuando la ley alude a los padres "impedidos", debemos entender la expresión referida a un impedimento que tenga origen legal o judicial, pero no en la voluntad del donante o del testador. Esta afirmación se funda en relacionar los arts. 253, 257 y 344. En efecto, los padres estarán "impedidos" de ejercer el derecho legal de goce en dos casos: i) cuando se suspenda la patria potestad en alguno de los casos previstos en el art. 267; y ii) cuando los padres sean privados de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el art. 257. En estos dos casos, conforme al art. 344, se dará curador al hijo, general si se suspendió la patria potestad y adjunto si se privó a los padres de la administración. Es razonable entender que en estos casos los padres estarán impedidos de ejercer el derecho legal de goce, pues fueron privados de la facultad para administrar los bienes del hijo. El art. 344, con todo, no se refiere al caso de la donación o asignación testamentaria, hecha bajo la modalidad indicada, denotando con ello que no se aplica en esta hipótesis. De esta manera, aunque el art. 253 no contempla la salvedad que establecía el antiguo art. 248, en cuanto a que en el caso de hacerse una donación al hijo o dejársele una herencia o legado disponiendo el donante o el testador que el hijo tenga el usufructo de éstos bienes y no el padre, éste último, aunque despojado del referido usufructo, conservaría la administración de los bienes, se podría sostener que tal solución permanece en la ley.

b. El art. 348, inc. 2º, señala que "Se dará curador adjunto al hijo cuando el padre o la madre son privados de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el artículo 251". Hay que aclarar que la referencia al art. 251 es errónea, y correspondía al antiguo texto del Código Civil antes de la reforma del año 1998. Hoy, la referencia ha de entenderse al art. 257, cuyo tenor corresponde al antiguo art. 251 (el actual art. 251, nada tiene que ver con la materia, pues se refiere al peculio profesional o industrial del menor, respecto del cual obviamente no corresponde designarle curador). De esta forma, conforme al art. 348, se dará curador adjunto al hijo sólo en el caso en que el padre o madre sean privados de la administración, no en el caso en que sean privados del derecho legal de goce.

c. La posibilidad de tener sólo la administración, y no el derecho legal de goce, se confirma por el art. 256, inc. 2º, que dispone: "La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes." Ahora bien, sería un caso en que el padre y/o la madre tienen la administración pero no el goce, el previsto en el N° 2 del art. 250. Por cierto, lo que nunca podría ocurrir, es que los padres tengan el goce de los bienes del hijo pero no la administración. Dicho de otro modo: se puede tener la carga (administrar) y el derecho (derecho legal de goce); o la carga pero no el derecho; pero jamás el derecho y no la carga.

Argumentos contrarios a la tesis de que el padre y/o la madre conservan la administración de los bienes del hijo. Por ende, resulta necesario designarle un curador:

a. Los padres estarán "impedidos" de ejercer el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo, sea porque así lo contemple la ley, sea porque así lo establezca una sentencia judicial, sea porque así lo disponga el donante o el testador. En efecto, el art. 253 no formula distingo alguno, de manera que no cabe al intérprete distinguir.

b. El art. 253 no contempla la salvedad que sí establecía el inciso final del antiguo art. 248, en cuanto a que en el caso de hacerse una donación o dejarse una herencia o legado al hijo disponiendo el donante o el testador que el hijo tenga el usufructo de

éstos bienes y no el padre, éste último, aunque despojado del referido usufructo (hoy, derecho legal de goce), conservaría la administración de los bienes. Con la reforma hecha en el año 1998 al Código Civil, se suprimió ésta salvedad, en el tenor del art. 253, de manera que no existiendo excepción, ha de aplicarse lo dispuesto en la parte final del precepto, en cuanto a dar al hijo un curador para la administración de los bienes.

René Abeliuk adhiere a esta segunda doctrina, al expresar "que lo dispuesto por el donante o testador directamente es que el derecho legal de goce corresponda al hijo, por lo que estamos en la situación en que quien tiene la patria potestad no puede ejercer el derecho legal de goce, y ella debería pasar al otro. Pero como se ha dispuesto que el derecho de goce lo tenga el hijo, y éste arrastra a la misma solución a la administración, hay que concluir que en este caso el hijo tiene la propiedad plena, y **la administración debe tenerla un curador**, que será adjunto por aplicación del artículo 344, ya que el padre o madre conservan la patria potestad que ejercen, exceptuados estos bienes".⁴¹

En conclusión: los argumentos expuestos por la tesis de que los padres conservan la administración, nos parecen atendibles y podrían defenderse. Con todo, admitimos que el punto es discutible, pues la solución actual del Código Civil no es tan clara como la del antiguo art. 248, en relación al art. 243 N° 2 del Código Civil.

b.3) *Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad* (art. 250 N° 3).

En este caso, también corresponderá a la madre la titularidad del derecho legal de goce, en defecto del padre a quien hubiere correspondido ejercer tal derecho, o a la inversa, corresponderá al padre, en defecto de la madre a quien hubiere correspondido ejercer tal derecho.

La ley no incluye en el N° 3 del art. 250 la repudiación de la asignación por causa de muerte que pudiere haber hecho el padre o la madre. Operando la repudiación, la asignación pasará al hijo en virtud del derecho de representación, pero en este caso no se priva al padre o madre del ejercicio del derecho legal de goce sobre los bienes que componen dicha asignación. Se justifica la solución anterior, pues en este caso no existen las razones que tuvo el legislador en las otras hipótesis (incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre), para privar al padre o madre de tal derecho. En efecto, el fundamento de la ley para privar al padre o madre a quien correspondería ejercer el derecho legal de goce de dicha facultad en los casos de los números 2 y 3 del art. 250, reside en que no puede permitirse que el padre o madre se beneficie a través del mencionado derecho legal de goce, de una herencia o legado que no ha podido recibir directamente, por las causas señaladas.

En los tres casos contemplados en el art. 250, el derecho legal de goce y la administración corresponderá al hijo o al otro padre, en conformidad con los arts. 251 y 253. Corresponderá al hijo, en el caso del número uno (art. 251); y al otro padre, en los casos contemplados en los números dos y tres del art. 250, según lo dijimos al aludir al art. 253, inc. 2°. Si ambos padres estuvieren impedidos de ejercer el derecho legal de goce, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración.

c) Bienes comprendidos en el derecho legal de goce del respectivo progenitor.

Son todos aquellos bienes que no están comprendidos en los casos excepcionales establecidos en el art. 250. Tales son:

1° Los bienes adquiridos por el hijo a título oneroso, salvo si la adquisición se realizó con el producto de su empleo, oficio, profesión o industria.

⁴¹ Abeliuk Manasevich, René, "La filiación y sus efectos", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, Tomo I, p. 471.

2º Los bienes adquiridos a título gratuito por el hijo, salvo si el donante o testador hubiere privado al padre o madre que ejercía la patria potestad, del goce de tales bienes (caso en el cual, se privará también al padre o madre de la administración, conforme a una opinión; o no se privará al padre o madre de la administración, conforme a otra opinión).

3º Los bienes adquiridos a título gratuito por el hijo, salvo si el donante o testador hubiere privado al padre o madre que ejercía la patria potestad, de la administración de tales bienes (caso en el cual también se privará al padre o madre que ejercía la patria potestad del *derecho legal de goce*).

4º Los bienes adquiridos por el hijo por repudiación que haga el padre o la madre a la respectiva asignación.

5º Los dineros ganados por el hijo en juegos de azar.

6º El tesoro descubierto por el hijo.

7º Las minas que el hijo adquiera a cualquier título. Como se dijo, la ley establece en este caso una regla especial en el art. 250, último inc., limitativa del derecho legal de goce, cuyo fundamento reside en que la explotación produce un menoscabo o agotamiento progresivo del yacimiento minero.

d) Características del derecho legal de goce.

A pesar de que el inciso final del art. 252 señala que el derecho legal de goce recibe también la denominación de "usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo", no se trata de derechos por completo asimilables. El derecho legal de goce posee características que lo diferencian del usufructo propiamente tal. Son ellas:

1º Es un derecho personalísimo (art. 252, inc. 1º).

En consecuencia, el padre o madre que lo ejerza carece de la facultad de transferirlo (y menos de transmitirlo, por cierto). Lo anterior, sin perjuicio del acuerdo en virtud del cual los padres convengan atribuir la patria potestad (y con ella el derecho legal de goce) al padre o madre que no la ejercía.

El usufructo, en cambio, puede transferirse a cualquier título o arrendarse, salvo prohibición del constituyente (art. 793).

2º El respectivo progenitor no está obligado a rendir fianza o caución de conservación o restitución (art. 252, inc. 2º).

El usufructuario, en cambio, debe rendir fianza o caución, salvo que el constituyente o propietario lo exonere de tal obligación (art. 775).

3º El respectivo progenitor no está obligado a confeccionar inventario solemne, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 124 (art. 252, inc. 2º).

El usufructuario, en cambio, debe confeccionar inventario solemne, salvo que el constituyente o propietario lo exonere de tal obligación (art. 775).

Con todo, previene la ley que el padre o madre que no realice inventario solemne, deberá llevar una descripción circunstanciada de los bienes, desde que entre a gozar de ellos.

La referencia al art. 124, dice relación al impedimento impeditivo para contraer matrimonio de "segundas nupcias", que impone al viudo o viuda, al divorciado y al que anuló su matrimonio, que tiene hijos de precedente matrimonio, la obligación de confeccionar inventario solemne de los bienes que pertenecen a sus hijos, si aquél o aquella pretendiese contraer matrimonio nuevamente.

4º El derecho legal de goce o "usufructo legal" es inembargable (art. 2466, inc. final). El usufructo propiamente tal es embargable.

5º Su duración está limitada por la ley: no puede extenderse más allá del momento en que se emancipa el hijo. El usufructo propiamente tal puede durar toda la vida del usufructuario.

6º Tiene una causal propia de extinción: la referida emancipación, que pone fin al derecho legal de goce, a consecuencia de poner fin a la patria potestad.

Las demás causales de extinción son las de todo usufructo, atendido a que el inciso final del art. 252 dispone que en cuanto convenga a su naturaleza, el derecho legal de goce se regirá supletoriamente por las normas del usufructo (arts. 804 a 809, en lo tocante a las causales de extinción).

2.8. De la administración de los bienes del hijo.

a) Bienes en que se ejerce la administración.

De conformidad al art. 253, el que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo tendrá también su administración.

Por regla general, entonces, corresponde al padre o madre la administración de todos los bienes del hijo, en los mismos casos en que le corresponde el derecho legal de goce sobre dichos bienes.

En consecuencia, carece el padre o madre de la administración de los bienes que a su vez están sustraídos del derecho legal de goce. Excepcionalmente, podría sostenerse, aunque en verdad resulta muy discutible conforme a lo que ya se expuso, que si el donante o testador dispuso expresamente que tenga el goce de los bienes el hijo, la administración siempre correspondería al padre o madre titular de la patria potestad, disociada en este caso del derecho legal de goce.

La posibilidad de tener sólo la administración, y no el derecho legal de goce, en todo caso, se confirma por el art. 256. En cambio, no es posible estar privado de la administración y tener el derecho legal de goce. Vale decir:

1° Se puede tener el derecho legal de goce y la administración;

2° Se puede tener sólo la administración y no el derecho legal de goce (punto discutido por otros, sin embargo); y

3° No se puede tener sólo el derecho legal de goce, lo que resulta lógico, pues el derecho legal de goce es un beneficio que la ley confiere como contrapartida a la carga que supone asumir la administración. Por ende, quien esté privado de la administración, carecerá también del derecho legal de goce. Si se aceptare lo contrario, no tendríamos la carga pero sí el beneficio, lo que resulta inadmisibles.

b) Facultades de administración.

Distinguimos, según el acto jurídico de que se trate:

1° Enajenación de bienes raíces.

De conformidad al art. 254, no se podrá enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, sin autorización del juez de familia con conocimiento de causa.

No exige la ley que la venta se efectúe en pública subasta (como si lo hace, por ejemplo, en el art. 88, respecto de los bienes del presuntivamente muerto, para enajenar sus inmuebles durante la vigencia del período de posesión provisoria; y en el art. 394, respecto de los guardadores).

Aun cuando el art. 254 no exige acreditar la necesidad o la utilidad manifiesta de la enajenación (como sí ocurre en los arts. 88 y 393), en el hecho deberá probarse, pues el juez debe proceder con conocimiento de causa, de manera que no dará su autorización si no se le justifica la utilidad o necesidad de la operación. En la práctica, se acompaña un proyecto de escritura de compraventa, destacándose la conveniencia del precio. El juez, al autorizar la enajenación, fijará el precio mínimo, la forma de pago (usualmente de contado) y el plazo dentro del cual ha de celebrarse la compraventa. Una copia de la resolución, debidamente autorizada, suele insertarse al final de la escritura de compraventa, para acreditar que se dio cumplimiento a la formalidad habilitante.

Lo dicho respecto de la enajenación, se entiende también para constituir gravámenes sobre el inmueble del hijo, como por ejemplo una hipoteca, servidumbre, censo, etc.

2º Cesión de los derechos hereditarios del hijo.

Exige la ley, igual que en el caso de los inmuebles, autorización judicial. Es interesante señalar que carece de importancia la naturaleza de los bienes que integran la herencia. Dicho de otro modo, aunque ésta sólo comprenda bienes muebles, siempre será necesario obtener la autorización judicial para ceder el derecho real de herencia (lo que demuestra, una vez más, que este derecho tiene un carácter "sui generis", que no puede concebirse como mueble o inmueble, sino que posee una naturaleza singular, se trata de una "universalidad jurídica").

3º Enajenación de bienes muebles.

El padre o madre que ejerce la patria potestad, no tiene limitaciones para disponer de los bienes muebles del hijo o constituir gravámenes sobre los mismos.

Cabe consignar que la ley es más estricta con el guardador, pues en el art. 393 dispone que para enajenar o gravar "los muebles preciosos o que tengan valor de afección", se necesita obtener autorización judicial, debiendo efectuarse la enajenación por pública subasta, igual que acontece con los inmuebles del pupilo.

4º Donación de los bienes del hijo.

El padre o madre que ejerza la patria potestad sólo podrá donar los bienes del hijo, conforme a las limitaciones impuestas a los guardadores (art. 255).

El art. 402 rige la materia. Desde luego, prohíbe la ley la donación de los bienes inmuebles, aun con autorización judicial. Si se donan, habrá nulidad absoluta, pues se infringe una norma prohibitiva (art. 402, inc. 1º). En cuanto a los bienes muebles y los dineros del hijo, pueden donarse cumpliendo con los siguientes requisitos:

i.- Autorización judicial;

ii.- Dicha autorización deberá concederse por razones graves (como la de socorrer a un consanguíneo necesitado o contribuir a un objeto de beneficencia, por ejemplo);

iii.- Que la donación sea proporcionada a los bienes del hijo y no menoscabe sus capitales productivos (art. 402, inc. 2º, norma imperativa de requisito).

5º Arrendamiento de los bienes del hijo.

Está subordinado a las mismas normas que rigen para los guardadores (art. 255 en relación con el art. 407): los predios rústicos no pueden arrendarse por más de 8 años ni los urbanos por más de 5 años; y en ningún caso, por un plazo mayor que aquél que falte para que el hijo llegue a la mayor edad.

La infracción de esta norma no origina la nulidad del contrato, sino la inoponibilidad ante el hijo.

De lo expuesto, deducimos que no hay restricciones para arrendar los bienes muebles del hijo.

6º Aceptación y repudiación de herencias deferidas al hijo.

También se remite el art. 255 a las normas establecidas para los guardadores, específicamente al art. 397. En consecuencia, el padre o madre que ejerza la patria potestad deberá:

i.- Para aceptar las herencias deferidas al hijo: hacerlo con beneficio de inventario (el mismo principio está contenido en los arts. 1225 y 1250).

ii.- Para repudiar las herencias deferidas al hijo: requiere autorización judicial.

7º Nombramiento del partidor y realización de la partición.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 1326, inc. 1º, si alguno de los coasignatarios fuere incapaz, el nombramiento del partidor, que no haya sido hecho por el juez, debe ser aprobado por éste.

En lo que respecta a realizar la partición, en ciertos casos, exige la ley *autorización judicial* para proceder a la partición de bienes. Dispone al efecto el art. 1322, inc. 1º: "Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes

ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial". El precepto, como puede observarse, no está circunscrito a los guardadores, pues alude a todos aquellos que administran bienes ajenos, por disposición de la ley. Por tanto, quedan comprendidos en esta hipótesis, por ejemplo, el padre o madre titulares de la patria potestad.

Con todo, cabe señalar que Somarriva concluye que el art. 1322 no es aplicable, cuando se trata de una partición realizada *de común acuerdo*, caso en el cual debe aplicarse sólo el art. 1325. En efecto, para este autor, el padre o madre deberá obtener autorización judicial para "provocar" la partición (o sea, para iniciar una partición ante un juez partidor), pero no para realizar una partición de común acuerdo. En el primer caso, operará el art. 1322, y en el segundo caso, el art. 1325. Lo mismo debiera entenderse respecto de los guardadores.⁴²

A su vez, exige la ley la *aprobación judicial* de una partición, sea que ésta fuere hecha por el testador, por los herederos o por el partidor, en los casos del art. 1342:

- i.- Cuando en la partición de la masa de bienes o de una porción de la masa, tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados;
- ii.- Cuando en la partición de la masa de bienes o de una porción de la masa, tengan interés personas bajo tutela o curaduría.

En los dos casos anteriores, no se entenderá hecha por completo la partición hasta no obtenerse la aprobación judicial.

Cabe recalcar que la sola circunstancia que entre los coasignatarios haya incapaces no hace necesaria la aprobación judicial de la partición (aunque sí será necesaria la autorización judicial, según vimos, salvo si se adhiriera a la tesis de Somarriva). Por lo tanto, si son partícipes menores que actúan representados por sus padres, no será necesaria la aprobación judicial, a menos que dichos menores estuvieren sujetos a tutela o curatela.

c) Responsabilidad que impone al padre o a la madre la administración de los bienes del hijo.

Dispone el art. 256 que el padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

Sobre el particular, debemos distinguir si el padre o madre tienen tanto el derecho legal de goce como la administración, o sólo la administración:

- i.- Si tienen la administración, pero no el goce: la responsabilidad del padre o madre para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos;
- ii.- Si tienen ambas facultades sobre los bienes del hijo: la responsabilidad se limita exclusivamente a la propiedad. Lo anterior se explica, porque en este caso el padre o madre se hará dueño de los frutos que produzcan los bienes del hijo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 2481 N° 4, el crédito en favor del hijo derivado de esta administración, tiene un privilegio de cuarta clase, que abarca todos los bienes del padre o madre.

d) Término de la administración.

Termina por las siguientes causales:

- d.1) Emancipación del hijo: dado que pone fin a la patria potestad, y siendo la administración una consecuencia de dicha patria potestad, termina con ella (art. 269).
- d.2) Suspensión de la patria potestad: establece el art. 257, inc. 2º, que se perderá también la administración si se suspende la patria potestad, en conformidad con el art. 267.

⁴² Somarriva Undurraga, Manuel, "*Indivisión y partición*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, año 2006, pp. 244 a 248.

d.3) Pérdida de la administración: habrá derecho para quitar al padre o madre, o a ambos, la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual (art. 257, inc. 1º). Las circunstancias anteriores deberán establecerse por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Privado uno de los padres de la administración de los bienes, la tendrá el otro; si ninguno de ellos la tuviese, la propiedad plena pertenecerá al hijo, y se le dará un curador para la administración (art. 258).

e) Obligación de informar acerca de la administración.

Establece el art. 259, que al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes. Se trata de una obligación que no existía en las normas del Código Civil, antes de la reforma efectuada por la Ley N° 19.585.

La ley no establece solemnidad alguna para poner en conocimiento al hijo de la administración. Creemos sin embargo que de existir disconformidad en los antecedentes que se proporcionen, bien podría el hijo exigir una rendición de cuentas formal, en los términos previstos en el art. 693 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, acerca del "juicio de cuentas".

2.9. De la representación legal de los hijos.

a) Reglas generales.

El hijo menor, de acuerdo a la edad que tenga, puede encontrarse en dos estados jurídicos, desde el punto de vista de su capacidad: puede ser absoluta o relativamente incapaz.

Si es absolutamente incapaz, el menor no puede actuar por sí mismo; su padre o madre que ejerza la patria potestad lo representa para todos sus negocios jurídicos. Dado que el impúber no puede tener peculio profesional o industrial, no se presentan los problemas "de doble capacidad" (como dice Enrique Rossel⁴³) que afectan al relativamente incapaz.

El hijo menor adulto, en cambio, es relativamente incapaz y sí puede ser titular de peculio profesional o industrial, pudiendo actuar de tres formas en consecuencia:

- i.- Representado por su padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso (arts. 43, 260, 1447 y 1682);
- ii.- Personalmente, pero autorizado por su padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso (arts. 43 y 260);
- iii.- Personalmente, sin requerir por regla general de autorización de terceros, cuando actúa en ejercicio de su patrimonio profesional o industrial (arts. 251 y 254), o para ciertos actos jurídicos, como el otorgamiento de testamento, reconocimiento de un hijo, etc.

b) Casos en que el hijo menor adulto puede actuar válidamente por sí solo.

b.1) Cuando se trata de actos realizados dentro de su peculio profesional o industrial: la ley considera al hijo como mayor de edad y por ende como plenamente capaz.

Con todo, hay dos contra-excepciones, contempladas en el art. 260, inc. 2º, que por ende nos devuelven a la regla general:

- i.- No podrá enajenar o gravar los bienes raíces pertenecientes a su peculio profesional o industrial (y con mayor razón los que no pertenezcan a dicho peculio), sin autorización judicial (art. 254).

⁴³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., 248.

ii.- No podrá tomar dinero a interés ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita del padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o del curador adjunto, en su caso. Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

En todo caso, los actos y contratos del hijo, en ejercicio de su patrimonio profesional o industrial, le obligarán exclusivamente en dichos peculios. Dicho de otro modo, estamos ante una hipótesis de responsabilidad limitada o "patrimonio fraccionado", al decir de algunos.

b.2) Otorgamiento de testamento.

Dispone el art. 262 que el menor adulto no necesita de la autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte.

Sin embargo, en el caso del art. 203 (cuando se trata de restablecer al padre o madre los derechos de los que la ley los ha privado por haber operado un reconocimiento forzado de la filiación), el testador ha de ser mayor de edad.

b.3) Reconocimiento de hijos.

De conformidad al art. 262, el menor adulto tampoco requiere de autorización alguna para reconocer hijos. El reconocimiento puede abarcar tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial.

Recordemos que en el ámbito de la filiación matrimonial, ésta queda determinada, entre otras hipótesis, por el matrimonio de los padres, tratándose del hijo nacido antes de celebrar dicho contrato. Ahora bien, recordemos también que para contraer matrimonio, el menor adulto debe contar con el asenso de las personas indicadas en los arts. 107 y siguientes (aunque aún sin dicho asenso, el matrimonio y la subsecuente determinación de la filiación matrimonial serán perfectamente válidos).

b.4) Demandar el divorcio o la nulidad de matrimonio.

El art. 58 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el cónyuge menor de edad es hábil para ejercer por sí mismo la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes. La misma regla se establece en el art. 46 de la Ley de Matrimonio Civil, respecto a la nulidad del matrimonio.

b.5) Para actuar como mandatario: art. 2128 del Código Civil.

b.6) Para actuar como depositario, en el caso del depósito necesario: art. 2238 del Código Civil.

b.7) Para hacer pedimentos o manifestaciones.

Conforme al art. 24 del Código de Minería, los menores adultos podrán hacer pedimentos o manifestaciones sin necesidad del consentimiento o autorización de su representante legal.

b.8) Para adquirir la posesión de bienes muebles.

De conformidad al art. 723 del Código Civil, los menores adultos e incluso los impúberes propiamente tales, pueden adquirir la posesión de cosas muebles.

c) Forma de la autorización.

A pesar de que la ley no lo dice, se ha concluido que la autorización puede ser expresa o tácita. Sólo en los casos contemplados en el inc. 2º del art. 260, exige la ley autorización expresa o solemne (autorización escrita para tomar dinero a interés y comprar al fiado). Nada impide, conforme a las reglas generales aplicables a los actos de los relativamente incapaces, que la autorización opere a posteriori, a través de una ratificación (como por lo demás queda en claro en el art. 261, inc. 1º).

Tampoco ha resuelto el legislador el caso en que los padres o el curador adjunto niega la autorización. Se ha señalado que el menor no podría recurrir a la justicia, pues el juez sólo podría actuar a virtud de texto expreso, que aquí no existe.⁴⁴

⁴⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 248.

d) Efectos de la autorización.

Tratándose de los actos y contratos que el hijo ejecute o celebre fuera de su peculio profesional o industrial, distinguimos según exista o no sociedad conyugal:

d.1) Si entre los padres hubiere sociedad conyugal, los actos jurídicos celebrados por el menor y que el padre o madre que ejerce la patria potestad autorice o ratifique por escrito, o los que éstos efectúen en representación del hijo, obligan directamente al padre o madre en conformidad a las disposiciones de ese régimen de bienes, y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos (art. 261, inc. 1º).

d.2) Si no hubiere sociedad conyugal, los referidos actos y contratos sólo obligan, en la forma señalada en el inc. 1º del art. 261, al padre o madre que haya intervenido, sin perjuicio que éste o ésta pueda repetir contra el otro padre, en la parte que de derecho haya debido proveer a las necesidades del hijo (art. 261, inc. 2º).

Las reglas anteriores no se refieren a los actos comprendidos dentro del peculio profesional del hijo, a cuyo respecto actúa por sí mismo y se obliga como si fuere completamente capaz.

e) Situación de los actos que el hijo ejecuta por sí mismo.

Distinguimos al efecto:

e.1) Actos y contratos del hijo, no autorizados o ratificados por el padre o madre o curador adjunto: le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial (art. 260, inc. 1º).

e.2) Si el hijo carece de peculio profesional o industrial y actúa por sí solo, el acto o contrato adolecerá de nulidad relativa.

El art. 260 protege tanto a los terceros como al menor. A los terceros, porque si el menor actúa en el ámbito de su peculio profesional o industrial, responderá con los bienes que lo integran; al menor, pues si carece de dicho peculio, el tercero deberá contratar con el padre o madre o curador o con el hijo debidamente autorizado, estando limitada la responsabilidad del menor (hasta el beneficio que le reporte el negocio) y siendo además subsidiaria (de la del padre, madre o curador).

f) Representación para actos judiciales.

Regulan la materia los arts. 263 a 266. Estos preceptos no se aplican para los juicios relacionados con los actos realizados por el menor en el ámbito de su peculio profesional, pues en tales casos el menor actúa solo y se mira como mayor de edad.

Cabe distinguir tres clases de acciones: las civiles, las penales y las del hijo contra uno de los padres o de uno de los padres contra el hijo.

f.1) Acciones civiles: distinguimos a su vez entre aquellas iniciadas por el hijo contra un tercero y por un tercero contra el hijo.

i.- Acciones civiles iniciadas por el hijo contra un tercero: dispone el art. 264 que el hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta. Si el padre, la madre o ambos niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que quiera intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, dando al hijo un curador para la litis.

ii.- Acciones civiles que se inicien contra el hijo: el actor deberá dirigirse al padre o madre que tenga la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en la litis. Si ambos ejercen en conjunto la patria potestad, bastará que se dirija en contra de uno de ellos (art. 265, inc. 1º).

Si el padre o la madre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, el tercero tendrá que solicitar al juez que supla la voluntad de aquellos, y de al hijo un curador para la litis (art. 265, inc. 2º).

f.2) Acciones penales: hacemos el mismo distingo anterior.

i.- Acciones penales iniciadas por el hijo contra un tercero: se rigen por el art. 264 (que no distingue entre acciones civiles y penales), pero con una diferencia respecto de lo apuntado para las acciones civiles: tratándose de las acciones penales, no procede la autorización supletoria del juez a que se refiere el inc. 2º del precepto, pues en él se alude exclusivamente a las acciones civiles. En el fondo, la ley entrega a los padres la obligación y facultad de ponderar la conveniencia de interponer querellas, y evitar, si el mérito de los hechos lo aconseja, una eventual condena por calumnias.

ii.- Acciones penales que se siguen contra el hijo: no será necesaria la intervención paterna o materna para proceder criminalmente contra el hijo; pero el padre o madre que tiene la patria potestad será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa (art. 266).

f.3) Acciones entre el padre o madre y el hijo.

Dispone el Código que el hijo que tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, deberá obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis (art. 263, inc. 1º).

El padre o madre que, teniendo la patria potestad, litigue con el hijo, sea como demandante o como demandado, le proveerá de expensas para el juicio, que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes (art. 263, inc. 2º).

Tratándose de las acciones iniciadas por el padre o la madre contra el hijo, y no obstante no haberse puesto la ley en esta hipótesis, debe concluirse que dado que no puede haber representación, se nombrará al hijo un curador que lo represente en el juicio, salvo que el pleito se refiera al peculio profesional o industrial del menor, en cuyo caso actuará solo. El caso debe entenderse regulado por el art. 265, cuando alude a la hipótesis de que el padre o la madre "no pudiere" prestar su autorización o representación, supliéndola el juez, dando al hijo un curador para la litis.

2.10. De la suspensión de la patria potestad.

a) Causales.

Dispone el art. 267 que la patria potestad se suspende:

a.1) Por la demencia del padre o madre que la ejerce: a juicio de Rossel⁴⁵, no sería necesaria la declaración de interdicción. En todo caso, como el juez resuelve con conocimiento de causa, la demencia deberá acreditarse rindiendo la prueba pericial pertinente.

a.2) Por su menor edad.

a.3) Por estar en entredicho de administrar sus propios bienes: en este caso, cualquiera que sea la causa de interdicción, se suspende la patria potestad.

a.4) Por larga ausencia u otro impedimento físico: en este caso, para que se suspenda la patria potestad, se requiere:

i.- Que la ausencia sea prolongada;

ii.- Que de la ausencia o del impedimento se siga perjuicio grave en los intereses del hijo;

iii.- Que el padre o madre ausente o impedido no provea los intereses del menor.

Se trata de requisitos copulativos. La sola ausencia, por ende, no es causal suficiente, pues bien podría ocurrir que el padre o madre deba ausentarse por un lapso prolongado -por razones laborales, por ejemplo-, pero continúe proveyendo a las necesidades del menor.

A juicio de Rossel, en este caso, debe entenderse por ausencia el hecho de que el padre o la madre no esté presente para la administración de los bienes del hijo, no

⁴⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 251.

siendo necesario, para darle este calificativo, que se ignore su paradero o que esté fuera de la República o que haya desaparecido.⁴⁶

b) Efectos de la suspensión.

Por regla general, la suspensión de la patria potestad no se produce de pleno derecho, sino que debe ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo y el defensor de menores (art. 268).

Excepcionalmente, la suspensión de la patria potestad se producirá de pleno derecho, cuando la causal es la menor edad del padre o de la madre.

Conforme a lo dispuesto en el art. 8 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, es juez competente para conocer de la suspensión de la patria potestad el juez de familia.

Suspendida la patria potestad que ejercía uno de los padres, pasará al otro, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales señaladas en el art. 267. Si la patria potestad se suspende respecto del padre y de la madre, el hijo quedará sujeto a guarda. En este caso, el guardador tendrá la administración de los bienes del menor, correspondiendo a éste la propiedad plena, incluyendo el goce.

Cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión, el juez, en interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad (art. 268, inc. 2°).

Tanto la resolución que decrete la suspensión de la patria potestad como aquella que deje sin efecto tal suspensión, deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 268, inc. 3°).

2.11. De la emancipación.

a) Concepto y clasificación.

La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso (art. 269).

La emancipación puede ser legal o judicial.

Suprimió la Ley N° 19.585 la emancipación voluntaria, a la que hacían referencia los antiguos arts. 264 y 265. Con todo, el inc. 2° del art. 4° transitorio de la citada ley, dispone que las emancipaciones voluntarias realizadas en conformidad al anterior art. 265, conservarán el valor y los efectos que les atribuía dicha disposición.

b) Emancipación legal.

Se produce en los casos enumerados en el art. 270:

b.1) Por la muerte del padre o madre, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro;

b.2) Por el decreto que da la posesión provisoria, o la posesión definitiva, en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecido, salvo que corresponda al otro ejercitar la patria potestad; y

b.3) Por haber cumplido el hijo la edad de 18 años.

c) Emancipación judicial.

La emancipación judicial se produce en los casos enumerados en el art. 271 del Código Civil y en el art. 19 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; son tales causales:

c.1) Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro (art. 271 N° 1);

⁴⁶ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., pp. 251 y 252.

c.2) Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente (art. 271 N° 2);

c.3) Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad (art. 271 N° 3);

c.4) En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad (art. 271 N° 4); y

c.5) Por la circunstancia de apremiarse al alimentante por dos veces, en la forma señalada en la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, cuando el demandante de alimentos es el hijo (arts. 14, 16 y 19 de la Ley N° 14.908). Esta circunstancia, previene el art. 19 de la Ley N° 14.908, será especialmente considerada por el juez para resolver la emancipación judicial por abandono del hijo a que se refiere el art. 271, N° 2, del Código Civil.

Conforme al art. 8 de la Ley N° 19.968, corresponderá decretar la pérdida de la patria potestad al juez de familia.

La resolución judicial que decrete la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

d) Efectos de la emancipación.

d.1) Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable (art. 272, inc. 1°).

Excepcionalmente, podrá revocarse la emancipación en los siguientes casos:

i.- La emancipación por muerte presunta;

ii.- la emancipación por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre.

En los casos anteriores, la emancipación podrá dejarse sin efecto por el juez, cumpliéndose los siguientes requisitos:

1° Que solicite la revocación el respectivo padre o madre;

2° Que se acredite fehacientemente la existencia de dicho padre o madre o que ha cesado la inhabilidad, según el caso;

3° Que conste que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo.

La resolución judicial que dé lugar a la revocación sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Previene la ley que la revocación de la emancipación procederá por una sola vez.

d.2) La emancipación no confiere capacidad al menor. Por ello, el hijo menor que se emancipa queda sujeto a guarda (art. 273). Excepcionalmente, la emancipación coincide con la obtención de la plena capacidad, cuando el hijo cumple 18 años.

d.3) Las causales de emancipación son de orden público y de derecho estricto.

Los particulares no pueden, por ende, modificar dichas causales o crear otras no contempladas en la ley. A su vez, el menor tampoco podría invocar otras circunstancias, para provocar su emancipación.

Lo anterior explica, por ejemplo, que en el caso en que se deje al menor una donación, herencia o legado bajo la condición de que éste obtenga la emancipación, se entenderá cumplida dicha condición privando al padre o a la madre del derecho legal de goce, según ya se estudió (art. 250 N° 2).
