Inicio Web Revistas | Web Biblioteca | Contacto

Revistas Electrónicas UACh

Sistema de Bibliotecas UACh

Artículos | Búsqueda artículos

Tabla de contenido | Anterior | Próximo | Autor | Materia | Búsqueda | Inicio | Lista

Revista de derecho (Valdivia)

ISSN 0718-0950 *versión on-line*

Como citar este artículo

Agregar a favoritos

Enviar a e-mail

Imprimir HTML

Rev. derecho (Valdivia) v.10 n.1 Valdivia dic. 1999

Revista de Derecho, Vol. X, diciembre 1999, pp. 125-134

ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

ANALISIS CRITICO DE LA LEY Nº 19.585

René Ramos Pazos

Profesor de Derecho Civil Universidad de Concepción

Síntesis

El autor señala los grandes principios que inspiraron la nueva normativa; estudia los principales aspectos de la reforma, haciendo un paralelo con la legislación anterior. Plantea algunos problemas y, en cada caso, manifiesta su opinión. Incluso formula algunas advertencias y recomendaciones frente a situaciones que pueda generar la aplicación de la nueva ley para algunas personas.

---

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República establece entre las bases de la institucionalidad, la igualdad de todos los hombres. "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1º inc. 1º, según texto dado por la ley Nº 19.611 del 16 de junio de 1999) (1). Y la misma disposición en su inciso final agrega que "es deber del Estado… asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Más adelante al tratar de los "Derechos y Deberes Constitucionales", el artículo 19 en su numeral primero reitera la misma idea: "La Constitución asegura a todas las personas: 2) la igualdad ante la ley" (inc. 1º) agregando, en seguida, que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (inc. 2º).

Pero además del claro texto constitucional –que ya es suficiente– están diversos Tratados Internacionales ratificados por Chile, que prohíben la discriminación entre los hijos: a) la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de Costa Rica (1969); la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

En estos tratados encontramos mandatos tan perentorios como los siguientes: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."; "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición" (Declaración Universal de los Derechos Humanos); "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (Pacto de San José, art. 17 Nº 5).

No se debe olvidar tampoco que el artículo 5º de la Constitución obliga al Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la misma Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Pues bien, allí estaban las normas constitucionales y los tratados internacionales, diciendo una cosa y por otro lado existía una frondosa legislación familiar absolutamente discriminatoria, con tres categorías de hijos: legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, en que se privilegiaba definidamente a los primeros. Hemos dicho tres categorías. En rigor eran cuatro, pues estaban también los hijos legitimados, si bien esa categoría no tenía mayor trascendencia ya que sus derechos eran los mismos del hijo legítimo.

Había entonces una situación de evidente injusticia, que era indispensable y urgente corregir. Había un imperativo moral y jurídico. Pero había también un imperativo constitucional y de responsabilidad del Estado de Chile frente a la comunidad internacional, que obligaba a reparar esta situación ajustando nuestra legislación positiva a la Constitución y a los Tratados vigentes ratificados por Chile. A eso obedeció la dictación de la ley 19.585.

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA

Tres son las ideas fuerza de la reforma: A) asegurar el derecho de toda persona a conocer sus orígenes; B) garantizar un trato igualitario para todos los hijos y C) dar prioridad a los intereses del menor.

A) *Derecho de toda persona a conocer sus orígenes (Derecho a la identidad)*

Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres. Solo así sabrá quién es él. Ello está consagrado expresamente en la Convención sobre los derechos del Niño, de 1989. El artículo 7º de esa Convención, en su punto 1º señala: "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".

Subrayo "a un nombre"; "a conocer a sus padres".

Para ver la forma como se hace realidad este derecho, es necesario distinguir entre el hijo de filiación matrimonial y el de filiación no matrimonial.

a) Si el hijo nace dentro del matrimonio de sus padres, no hay mayores problemas, por cuanto, "la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento del hijo y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil (art. 183). Y en cuanto a la paternidad, entra a operar la presunción del artículo 184: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges" (inc. 1º).

Detengámonos algunos minutos en esta presunción que mucho se asemeja a la contenida actualmente en el artículo 180 del Código Civil.

Si se compara el artículo 180 anterior a la reforma con el nuevo artículo 184, se tiene la impresión de que se trata de normas bastante distintas, por cuanto, el primero, presume hijos del marido a los nacidos después de los 180 días de celebrado el matrimonio; en cambio el 184 presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges. De manera que con la nueva norma, si la persona se casa hoy y mañana su mujer da a luz un hijo, se presume que este niño es hijo del marido.

En verdad, las diferencias no son tan grandes como a primera vista aparecen. En efecto, es cierto que el artículo 180 presumía la paternidad del marido solo si el hijo nacía después de los 180 días de matrimonio, es decir si el hijo nacía antes de los 180 días quedaba fuera de la presunción. Pero también es cierto que con la legislación anterior si el hijo nacía antes de los 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres, se le tenía por legitimado *ipso jure* (art. 206), lo que implica presumir la paternidad.

La nueva ley permite al marido desconocer la paternidad alegando que no tuvo conocimiento de la preñez de la mujer al tiempo de casarse (art. 184 inciso 2º). Con la legislación anterior la situación era semejante, pues el artículo 203 inciso 2º permitía al padre reclamar contra la legitimidad del hijo "si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido".

b) Si el hijo nace fuera de matrimonio, pasa a cobrar importancia uno de los aspectos más relevantes de la ley que es el que se refiere a la investigación de la paternidad o maternidad.

En materia de investigación de la paternidad el Código Civil en sus orígenes, no la permitía. Solo con la ley 5.750 del año 1935, la aceptó para los efectos de que el hijo ilegítimo pudiera reclamar alimentos a su padre. Posteriormente, la ley 10.271 –año 1952– la autorizó para obtener la calidad de hijo natural, pero en forma tan limitada que resultaba casi ilusoria. Recuérdese que la acción del presunto hijo debía necesariamente fundarse en instrumento público o privado, emanado del supuesto padre o madre del cual se desprendiera una confesión manifiesta de paternidad o maternidad (art. 271 Nº 2).

Con la ley 19.585 las cosas cambian radicalmente abriéndose la posibilidad de una amplia investigación de la paternidad o maternidad. Dice el artículo 198 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". El único límite que la norma establece es que la sola prueba testifical es insuficiente, y que tratándose de las presunciones, deben cumplirse las exigencias del artículo 1712, esto es, deben ser graves, precisas y concordantes.

Como observa un autor (Daniel Peñailillo, "Las categorías de filiación y la investigación de la

paternidad", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U. de Concepción, 1999, pag. 37) el artículo 198 resulta notable en dos aspectos, primero en la aportación de los medios de prueba, pues rompe la regla general de que las pruebas las aportan las partes, al establecer que el tribunal pueda decretarlas de oficio; y segundo, al permitir en estos juicios "toda clase de pruebas". En esta segunda parte, la norma plantea la duda sobre cuál es su real alcance: ¿permitir todos los medios de prueba pero solo dentro de los admitidos por los artículos 1698 del C. Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil? o ¿ir más allá y aceptar otros medios actualmente no admitidos? (filmes, cintas magnéticas, etc...). Peñailillo, frente a esta interrogante se pronuncia por la tesis amplia, de que debe aceptarse cualquier medio que el tribunal estime idóneo. Estamos de acuerdo en este punto, pues resulta más coherente con la finalidad de la ley y porque es la única manera de que la norma no sea inútil. Sin embargo, no nos queda claro cuál sería el valor probatorio de tales medios, desde que en nuestro sistema procesal es la ley la que debe fijar el valor de cada medio probatorio y en el presente caso nada se ha establecido.

Dentro de las pruebas que la ley admite en estos juicios, interesa detenerse en dos: a) las pruebas periciales de carácter biológico a que se refiere el artículo 199, y b) la posesión notoria de la calidad de hijo.

En cuanto a las primeras –pruebas periciales de carácter biológico– en verdad no constituyen una novedad espectacular, pues bajo la vigencia de la legislación antigua también podía recurrirse a este tipo de pruebas en los juicios sobre reconocimiento de un hijo natural o en el de alimentos demandados por quien invocaba la calidad de hijo ilegítimo. La diferencia está que con los adelantos técnicos, estas pruebas, en el caso del examen del A.D.N, han alcanzado un grado de certeza que llega casi al 100% (99,99999999982%). Cabe agregar que la prueba del A.D.N es la más conocida, pero hay otras, que se han estado usando en Chile desde hace años, como "el análisis de grupos y subgrupos sanguíneos" y el "análisis de antígenos de histocompatibilidad", que si bien tienen menor grado de certeza, son de un costo significativamente inferior, lo que puede justificar su uso en algunas situaciones.

Lo novedoso de la reforma en este punto radica en dos aspectos:

a) en que el legislador ha resuelto lo que ocurre en el caso de negativa a someterse al peritaje biológico; y

b) en que ha precisado lo que ocurre cuando hay contradicción entre estas pruebas y la posesión notoria de la calidad de hijo.

Respecto al primer aspecto, ha señalado que "la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil", lo que significa que por sí sola puede llegar a constituir plena prueba (art. 199 inc. 2º). Digamos al pasar que en el caso del A.D.N., no vemos cuándo podría justificarse la negativa, desde que se trata de pruebas indoloras que no revisten mayor peligro para las personas.
En cuanto a lo segundo, ha resuelto el problema prefiriendo la posesión notoria a las pruebas periciales. Dice el artículo 201: "La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre unas y otras".

¿Es buena esta solución dada por el legislador?, ¿es correcto que si una persona ha sido tratada durante un largo tiempo como hijo, ello prefiera a la certeza biológica que dan hoy las pruebas periciales si estas demuestran que esa filiación no es efectiva? En este punto se hacen fuego dos principios que inspiran la nueva legislación: el derecho de toda persona a conocer sus orígenes (derecho a la propia identidad) y el principio de que debe primar el interés del menor. De estarse al primero, la solución debió ser la contraria, debería prevalecer la prueba pericial. De estarse al segundo, la solución pasa a ser la contraria, si una persona ha sido conocida públicamente como hijo de otro durante un tiempo prolongado, el cambio de

situación le puede causar severos perjuicios, por lo que aunque los exámenes periciales demuestren que ello no es así, mantiene tal calidad. La ley opta por el interés superior del hijo y prefiere la posesión notoria al examen pericial. Esta solución nos parece muy discutible y no nos satisface por ser contraria a la naturaleza de las cosas.

En todo caso, la ley permite que la regla se invierta, prefiriéndose el peritaje a la posesión notoria: "si hubiere graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior..." (art. 201 inc. 2º). Nótese, cómo nuevamente el legislador opta por el principio del interés superior del hijo. En cuanto a cuáles podrían ser esas "graves razones", que hacen invertir la regla, en la historia de la ley se aclara el punto: Dice el Informe de la Comisión de Constitución: Legislación, Justicia y Reglamento del Senado "La Comisión se hizo cargo, no obstante de que en determinadas circunstancias la aplicación de esta regla sería inconveniente para el hijo, lo que es evidente, por ejemplo, en el caso de que la posesión notoria derive de la perpetración de un delito, como el de sustracción de menores o de sustitución de un niño por otro, contemplados en los artículos 142 y 353 del Código Penal".

B) *Trato igualitario para todos los hijos*

Otro de los principios que inspiran la reforma ha sido el de dar un trato igualitario a todos los hijos.

Con alguna ligereza se afirma que la ley 19.585 iguala a todos los hijos. La verdad es que los hijos no pueden igualarse, porque no son iguales, desde que unos tienen su origen dentro del matrimonio de sus padres y otros no lo que hace que se encuentren en una situación de hecho diversa, que la ley no puede cambiar pero que debe regular, con el objeto de que todos tengan los mismos derechos.

Así las cosas, lo correcto es decir que la ley 19.585 iguala los derechos de todos los hijos, con lo que no hace más que cumplir con el mandato constitucional (arts. l y 19 Nº 2) y con lo acordado por Chile al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica, ya que este instrumento en su artículo 17 punto 5, declara que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

Este trato igualitario se manifiesta especialmente en los siguientes aspectos:

a) el hijo reconocido por su padre o madre pasa a quedar incorporado a la familia de sus progenitores. En la legislación anterior el reconocimiento de un hijo como natural creaba un vínculo jurídico personal únicamente con el padre o madre que lo había reconocido. Por eso se acostumbraba a decir que el hijo natural no tenía abuelos. Con la reforma la situación cambia totalmente, pues reconocido un hijo pasa a quedar incorporado a la familia de quien lo reconoce. Por consiguiente, pasa a tener abuelos, tíos y primos. Y lo anterior tiene importantes consecuencias: el nieto puede heredar abintestado al abuelo, por derecho de representación de su padre (art. 986); puede demandarlo de alimentos, en el caso de que su padre o madre carezcan de los medios económicos para atender esa obligación (321 Nº 3 y 327 del C. Civil); en el caso que el padre o la madre se encuentren física o moralmente inhabilitados para cuidar del hijo, puede el tribunal entregar su cuidado al abuelo; el abuelo puede ser llamado a la tutela o curatela legítima del menor (art. 367 C. Civil), etc.

b) en materia de derechos hereditarios:

1) Con la ley 19.585 desaparece la grave injusticia de que los hijos naturales llevaren en la herencia intestada de su padre o madre solo la mitad de lo que correspondía a un hijo legitimo (art. 988 del C. Civil). Sin duda fue esta una de las reformas más resistidas por un sector de nuestra sociedad, que estimó que igualar a todos los hijos implicaba debilitar la familia, y perjudicar al cónyuge sobreviviente. Se ha sostenido en apoyo de esta idea que los bienes que una persona logra en su vida son el producto de un esfuerzo común, compartido, de todo el grupo familiar, cónyuge e hijos, por lo que aparece injusto que al momento de liquidar su

herencia, participen en un pie de igualdad estos hijos extramatrimoniales que nada habrían aportado.

Nunca me pareció concluyente este razonamiento, pues aun admitiendo que los hijos del matrimonio puedan haber contribuido a la formación del activo patrimonial de sus padres, tampoco puede desconocerse que en vida de aquellos son los que más han usufructuado de la fortuna familiar (mejores colegios, mejores vacaciones, mejor vivienda, más comodidades, etc). En cambio, en la generalidad de los casos, el hijo extramatrimonial ha debido conformarse con una pensión de alimentos, a veces bastante menguada.

Quiero dejar expresa constancia que participo en su integridad con el criterio de la reforma de dar a todos los hijos un trato igualitario. No acepto que haya hijos de primera e hijos de segunda clase. Mantener las diferencias resulta anacrónico, poco ético, inconstitucional, y contrario a los compromisos adquiridos por el Estado de Chile con la comunidad internacional.

2. En seguida, se modifican las reglas sobre el derecho de representación. Recuérdese que en conformidad al artículo 986, esta institución solo operaba en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos y hermanos naturales. Con la reforma "hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos" (nuevo art. 986). Con esta reforma, el hijo natural que antes no heredaba abintestato al abuelo, pasa a heredarlo, en el caso de faltar su padre (o madre).

c) Todos los hijos quedan sometidos a patria potestad. Recordemos que bajo la legislación anterior solo lo están los hijos legítimos. Volveremos sobre el punto más adelante.

C) *Prioridad del interés del hijo*

La Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por Naciones Unidades en 1959, señala que "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad en su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".
Este principio lo recoge la nueva ley en varias disposiciones:

a) en el inciso 2º del nuevo artículo 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 los guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades;

b) en el artículo 225, al regular el derecho-deber de cuidado del hijo, señala en el inciso 3º, que "en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado al otro de los padres...";

c) en el artículo 229, al obligar al padre que no tiene el cuidado del hijo a "mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o en su defecto con las que el juez estimare conveniente para el hijo" (inc. 1º). Y agrega en el inciso 2º: "Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente";

d) Finalmente, como ya lo hemos explicado, la razón para preferir la prueba de la posesión notoria a la prueba pericial biológica, radica justamente en que, según lo entiende la ley, de esa forma se protege mejor el interés del hijo.

3. ALGUNOS ASPECTOS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN QUE MERECEN UN COMENTARIO ESPECIAL

Dentro de este rubro, quiero referirme a los siguientes aspectos, que desarrollaremos en los puntos siguientes: a) Límites a la investigación en los juicios de filiación; b) sanción al padre o madre que se oponen a la acción de reconocimiento de paternidad o maternidad; c) patria potestad; d) modificaciones en materia de alimentos; e) derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente.

A) *Límites a las investigación en los juicios de filiación*

Ya hemos señalado que la ley permite que en los juicios de filiación la maternidad o paternidad puedan establecerse por cualquier clase de pruebas. Como contrapartida, la ley se ha encargado también de imponer algunas limitaciones a la interposición de estas acciones de filiación, para darles seriedad y para evitar que se pueda causar perjuicio a terceros.
Estas limitaciones son dos:

a) deben acompañarse a la demanda antecedentes suficientes que hagan plausible los hechos en que la acción se funda (art. 196 inc. 1º); y

b) a persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada puede ser obligada a indemnizar los perjuicios que se causen al afectado (art. 197 inc. 2º).

Respecto del primer límite, constituye un aspecto fundamental para infundir seriedad a esta clase de juicios. El artículo 196 señala que "el juez solo dará curso a la demanda si con ella se presentan antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda". El problema que la norma crea es el determinar qué debe entenderse por "antecedentes suficientes que hagan plausible los hechos en que se funda". Nos parece que tendrían tal carácter aquellos documentos emanados del demandado que impliquen un grado de reconocimiento. Pensamos en una carta en que de algún modo se reconozca la paternidad; en un mandato dado al hijo para cumplir cierto encargo confidencial que suponga gran confianza; el haber pagado los gastos del parto; el hecho de haber obtenido el hijo una pensión alimentaria en algunos de los casos del artículo 280 creemos que debería estimarse como antecedente suficiente para dar curso a la demanda, etc.

La norma que ocupa nuestra atención es muy semejante a la establecida en el artículo 127 inciso 2º del Código Civil español. Pensamos que en ella se inspiró el legislador chileno. Ello hace interesante observar la forma como el problema ha sido enfocado en España. Un autor, analizando la norma del código español, afirma que "este principio supone una mínima acreditación de los hechos, que parezcan por sí idóneos para convencer de que la demanda se interpone con una base de credibilidad, sin que sea preciso que se acredite su total certeza, basta la mera probabilidad, la veracidad o falsedad serán resueltas en el proceso; se trata de hechos de los que razonablemente puede deducirse que la demanda no carece de fundamento, lo cual queda a la libre apreciación del Juez". El mismo autor cita alguna jurisprudencia. "Así, se ha fallado –dice– que debe tramitarse la demanda si en ella se dice que las pruebas serán corroboradas en la fase probatoria (dos sentencias de 3 de mayo 1988 y de 19 de enero de 1990). En otro caso se falló que por el juzgador se admitirá a trámite la demanda, si del propio contexto contenido de la misma se aprecia la existencia de una mínima razonabilidad", interpretación esta última, inaceptable, pues deja la norma sin aplicación (Xavier O'Callaghan Muñoz, "Investigación de la Paternidad, Acciones de Filiación, Investigación de la Paternidad. Prueba Biológica". Actualidad Editorial S.A. Madrid, 1993, pág. 72).

Como se puede observar, los tribunales españoles han sido liberales en demasía en esta materia, llegando a desvirtuar el freno que el código quiso establecer para la seriedad de este tipo de juicios. Está por verse cómo los tribunales chilenos entenderán la disposición. A nuestro juicio, deberán cuidar de no ser tan generosos que eliminen el resguardo que la ley contempló para evitar las demandas infundadas ni tan estrictos que cierren la posibilidad a las demandas de reconocimiento de filiación. De la recta aplicación que hagan de esta norma

dependerá en buena medida que se cumplan los objetivos de la ley.

B) *Sanción al padre o madre que se opone a la determinación judicial de la filiación*

El artículo 203 establece que cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquel o esta quedarán privados 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 (inc. 1º).

Luego el padre (o madre) pierde sus derechos de tal, tanto respecto de la persona como respecto de los bienes del hijo. Sin embargo, y como es lógico, mantiene sus obligaciones. El artículo 203, permite sin embargo, que cuando el hijo adquiera su plena capacidad pueda restituir los derechos a su padre o madre, debiendo hacerlo por escritura pública o por testamento.

Esta sanción requiere de un comentario especial. Nos parece excesiva ya que el padre o la madre, especialmente el primero, puede oponerse no por querer desconocer al hijo, sino por asistirle dudas que el hijo sea suyo. No vemos por qué puede ser ilícito que el padre se oponga a la demanda, con el objeto de que en el juicio se pruebe la paternidad. Por ello no nos parece adecuado que se le sancione en forma tan drástica. Nos imaginamos que este padre puede razonar del modo siguiente: tengo dudas de que este hijo sea mío, pero frente a la demanda estoy dispuesto a que se me hagan los exámenes de A.D.N, de tal suerte que si se me demuestra que es mi hijo, no tengo problemas en asumir mi paternidad.

Como de acuerdo al artículo 203 el juez debe declarar la inhabilidad en la sentencia, pensamos que deberá ponderar hasta qué punto la oposición es razonable y atendible y declarar la inhabilidad únicamente cuando sea claramente infundada.

C) *Patria potestad. Esta materia pasa a quedar regulada en el Título X del Libro Primero del Código Civil, artículos 243 a 273*

En el proyecto del Ejecutivo, la Patria Potestad y los Derechos y Obligaciones de padres e hijos se regulaban en conjunto, idea que posteriormente se cambió, volviéndose al sistema tradicional del Código. Si bien en la legislación comparada ambas materias se acostumbra a tratarlas en forma conjunta, no me parece mal que se haya mantenido la idea del Código de tratarlas separadamente.

Dos grandes modificaciones introduce la nueva ley en esta materia:

a) La patria potestad, que antes era privativa de los hijos legítimos, se extiende a todos los hijos, y

b) La patria potestad que antes correspondía al padre, y solo a falta de este a la madre, pasa ahora a ambos padres, como en seguida veremos.

Todos los hijos menores quedan sometidos a patria potestad. El antiguo artículo 240 definía la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley da al *padre o madre legítimos* sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

Con la nueva ley se cambia el concepto. Dice el nuevo artículo 243: "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

El cambio trae aparejada una serie de consecuencias del mayor interés:

a) En la legislación anterior el padre no era el representante legal de su hijo natural, por mucho que lo hubiere reconocido voluntariamente. El representante legal del hijo natural o simplemente ilegítimo era su tutor, si era impúber, o su curador general, si se trataba de un menor púber. Esta situación resultaba inconveniente, pues obligaba a la designación de este tutor o curador, con los trámites, demoras y gastos que ello implica. Además de que cuando el menor debía intervenir en la vida jurídica al aparecer representado por su tutor o curador, quedaba de manifiesto su condición de hijo no matrimonial.

Con la reforma, la situación se corrige, pues todos los hijos quedan ahora sometidos al mismo régimen: su representante legal será el padre o la madre que tenga la patria potestad.

b) El código anterior nos hablaba en el artículo 240 inciso 3º del hijo de familia, para referirse al hijo no emancipado, esto es al hijo legítimo sometido a patria potestad. En la nueva normativa, desaparece el concepto de hijo de familia;

c) Con la legislación anterior, si el hijo natural era dueño de un inmueble que se quería enajenar, era necesario autorización judicial y pública subasta, pues esas son las exigencias que la ley impone a las personas sometidas a tutela o curatela. (arts. 393 y 394) Con la reforma esta situación cambia. El padre o madre que tiene la administración de los bienes raíces del hijo, para gravarlos y enajenarlos solo requerirá de autorización judicial (art. 254 Se termina con la exigencia de la pública subasta.

La patria potestad puede corresponder al padre, a la madre o ambos. Bajo la vigencia del código anterior, la patria potestad era un atributo que solo correspondía al padre. La madre pasaba a tenerla solo en defecto del padre. Así lo consignaba el artículo 240 inciso 3º. "En defecto del padre, estos derechos –patria potestad– pertenecerán a la madre, a menos que esté privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta".

Con la nueva ley, las cosas cambian. El artículo 243 señala que "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados". Y en el artículo siguiente, agrega que "la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente...".

La explicación del cambio radica en el principio de la igualdad de ambos padres. Constitucionalmente no hay razón para preferir al padre, pues dicho está, en Chile "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Titulares de la Patria Potestad. Según los artículos 243 y 244, la patria potestad pueden tenerla el padre, la madre o ambos.

Como esta es una materia que interesa a los terceros, desde que uno de los atributos de la patria potestad es la representación del hijo, la ley ha adoptado una serie de precauciones para que pueda saberse con quién hay que entenderse cuando se contrata con un menor o se le pretende demandar. El artículo 244 ha dado una serie de normas del mayor interés práctico, que podríamos resumir en las siguientes reglas:

a) La patria potestad puede ser ejercida por el padre, por la madre o por ambos, según lo acordaren los padres. El acuerdo es solemne y debe constar en escritura pública o acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento (art. 244 inc. 1º);

b) Si no hay acuerdo, la patria potestad corresponde al padre, a menos que el menor se encuentre al cuidado de su madre (art. 244 y 245).

c) Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el tribunal podrá a petición de uno de los padres, confiar la patria potestad al padre que carecía de ella, o radicarla en uno solo de los

padres si la ejercían conjuntamente (art. 244 inc. 3º). Esta sentencia deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro del plazo de 30 días, contados desde que la resolución quede ejecutoriada.

d) En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro padre (244 inc. final).

Estas normas son del mayor interés práctico, pues a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, cuando se contrate con un menor o se le quiera demandar tendrá que tenerse a la vista un certificado de nacimiento del menor al día, para saber quién lo representa.

La norma del artículo 244 nos plantea un problema: hemos visto que el acuerdo de los padres o la resolución judicial que determinan a quién corresponde la patria potestad, debe subinscribirse dentro del plazo de 30 días al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. La pregunta que cabe formularse es qué ocurre si la subinscripción se realiza después de transcurridos los 30 días. ¿Significa que es nulo el acuerdo o que, en su caso, la sentencia ya no se puede cumplir? Dicho de otro modo, la subinscripción dentro del plazo indicado ¿es una solemnidad del acuerdo o simplemente es una medida de publicidad frente a terceros? En relación con el mismo punto, cabe preguntarse si puede el Oficial del Registro Civil negarse a practicar la subinscripción si se la requiere después de transcurridos los 30 días. ¿Será necesario de un nuevo acuerdo o de una nueva sentencia, para que el plazo empiece a correr de nuevo?

Nos parece que la subinscripción solo constituye una medida de publicidad frente a terceros. Así lo demuestra el artículo 246, al establecer que "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". Pero si ello es así, no vemos por qué se exige plazo. Lo lógico es que mientras no se subinscriba, el acuerdo o la sentencia no debe afectar a los terceros.

Titular de la patria potestad cuando los padres viven separados. Como se ha explicado, según el artículo 245 "si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, en conformidad al artículo 225" (inc. 1º). El inciso segundo agrega que "Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente".

Me interesa analizar el inciso 1º del artículo 245, en relación con el artículo 225.

De acuerdo al artículo 225 "si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos". Y como consecuencia de ello tiene la patria potestad (art. 245 inc. 1º).

Como para que la madre tenga el cuidado de los hijos no es necesario de resolución judicial ni de que se practique subinscripción alguna, la pregunta que cabe formular es cómo el tercero que quiere contratar con un menor o que quiere demandarlo, va a saber quién tiene el cuidado del hijo para poder conocer quién tiene la patria potestad. Nos parece un vacío de la ley que por su trascendencia debiera corregirse. Mientras tanto ¿cómo arreglar el problema? ¿Exigiéndole una declaración jurada a la madre en el sentido que ella está a cargo del cuidado del hijo? Creemos que esta podría ser la forma de operar.

A propósito de lo que se viene tratando, es importante aclarar que si bien, en conformidad al artículo 226, el juez puede en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competente, ello no significa que la patria potestad le vaya a corresponder a ese tercero. La patria potestad es privativa de los padres. El artículo 245 es muy claro en cuanto a que "si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, *en*

conformidad al artículo 225". Y el artículo que autoriza al juez para confiar el cuidado personal del menor a otra persona, no es el artículo 225 sino el 226.

D) *Modificaciones en materia de alimentos*

Otro aspecto en que la ley 19.585 introduce profundas modificaciones es el relativo al Derecho de Alimentos. Las más relevantes son las siguientes:

a) Se suprime la distinción entre alimentos congruos y necesarios. El artículo 323 establece el concepto de alimentos al señalar que "deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social". Como se puede ver, la reforma define los alimentos aplicando la actual definición de alimentos congruos. En seguida, la disposición precisa el contenido de este deber al expresar que comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de 21 años la enseñanza básica y media y la de alguna profesión u oficio", y en el caso del descendiente o hermano mayor de 21 años comprenderá también "la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio".

Nos parece adecuada la eliminación de la distinción entre alimentos congruos y necesarios, porque o se tiene derecho a pedir alimentos o no se tiene, pero si se tiene y el alimentante tiene los medios para otorgarlos, debe dar lo suficiente para que el alimentario pueda vivir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

El legislador ha sido cuidadoso y ha resuelto la situación de las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 19.585, estaban gozando de una pensión de alimentos necesarios. El artículo 3º transitorio autoriza a estas personas para solicitar al tribunal que se adecue la pensión, ajustándola a las nuevas disposiciones, agregando, eso sí, que no se deben alterar las pensiones devengadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley.

b) Establece que la obligación de proporcionar alimentos cesa en el caso de injuria atroz. Hasta aquí repite lo dicho en el anterior ar-tículo 324 inciso final. Pero hay dos diferencias importantes: 1) precisa que "solo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968", esto es, las causales de indignidad que tal disposición contempla. De manera que la ley resuelve definitivamente un problema que había preocupado a la doctrina y lo hace en el mismo sentido que lo habían entendido los autores y los fallos de nuestros tribunales; y 2) la otra diferencia consiste en que permite moderar el rigor de la sanción "cuando la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante".

c) Otro cambio relevante dice relación con la extinción de la obligación de otorgar alimentos. Recordemos que bajo la legislación anterior "los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda" (332 inc. lº). El inciso 2º agregaba que: "Con todo, ningún varón de aquellos a quienes se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que hayan cumplido 21 años..." (contrario sensu el alimentario de alimentos congruos no tenía tope de edad). La ley 19.585, mantiene el inciso 1º pero sustituye el inciso 2º, por el siguiente "con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan 21 años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los 28 años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismo, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensable para su subsistencia". Como se ve, ahora pasa a haber tope de edad para demandar alimentos; por otra parte, se sube la edad durante los cuales se pueden pedir y se suprime la diferencia entre varones y mujeres, pareciendo esto último muy acorde con la época actual en que mujeres y varones gozan de los mismos derechos, por lo que no resultaba procedente la discriminación.

E) *Derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente*

La ley 19.585 introduce modificaciones substanciales en lo relativo a los derechos hereditarios

del cónyuge sobreviviente. Veamos los aspectos más salientes:

a) La reforma elimina la porción conyugal, lo que nos parece conveniente, pues es sabido que si había una institución dentro del Derecho Sucesorio que creaba problemas era justamente esta, con el agravante que operaba en muy contadas ocasiones, dado que para tener derecho a ella era necesario no tener bienes, situación que difícilmente se daba en la práctica. Ello porque generalmente las personas se casan en régimen de sociedad conyugal, por lo que tienen derecho a gananciales que resultan de monto superior a lo que le correspondería por porción conyugal, razón por la que, en conformidad al artículo 1176, no tenían derecho a esta última;

b) En la legislación anterior el cónyuge cuando concurría con la descendencia legítima, no lo hacía como heredero sino por su porción conyugal. Como, según se acaba de explicar, en la generalidad de los casos el cónyuge sobreviviente no llevaba porción conyugal, de hecho nada recibía. Con la reforma, la norma se cambia, pasando el cónyuge sobreviviente a ser heredero, con derecho a una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo; y, si hubiere un solo hijo, pasará a ser igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Todavía se agrega que "en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso". Y para terminar, la ley Nº 19.585 agregó al artículo 1193, un nuevo inciso según el cual "si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el artículo 988, la diferencia deberá pagarse con cargo a la cuarta de mejoras".

Pero hay más, no solo se mejora al cónyuge sobreviviente en este aspecto, sino además en otros dos de la mayor importancia:

a) Se le transforma en legitimario (1182 Nº 3); y

b) La ley 19.585 agrega al artículo 1337 una nueva regla (regla décima) según la cual el cónyuge sobreviviente tiene derecho a que en la partición se le adjudique en forma preferente la vivienda principal de la familia, incluido el mobiliario que la guarnece, siempre que formen parte del patrimonio del difunto. La norma agrega que "si el valor de dichos bienes (vivienda y muebles que la guarnecen) excede la cuota hereditaria del cónyuge, este podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios".

En relación con lo anterior, quiero expresar mis puntos de vista:

a) En principio, me parece adecuado proteger al cónyuge sobreviviente. Especialmente lo referente a la adjudicación de la vivienda familiar y los muebles que la guarnecen y, en su caso, el otorgarle un derecho de uso y habitación gratuito y vitalicio sobre esos bienes. Con ello se evitarán los dramas que tantas veces hemos tenido que presenciar de hijos que piden partición, dejando a sus padres en la calle.

b) Sin embargo, no se puede desconocer que la protección puede resultar excesiva perjudicando con ello las legítimas expectativas de los hijos. Téngase presente que, si como ocurre en la generalidad de los casos, los cónyuges se encontraban casados en régimen de sociedad conyugal, quiere decir que el sobreviviente va a tener derecho a la mitad de los bienes a título de gananciales. De la mitad restante, la ley le asegura la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso (art. 988). Como se puede ver bien poco queda para repartir entre los hijos. Si a esto se agrega que tiene derecho a que se le adjudique la propiedad del inmueble en que resida más el mobiliario que la guarnece, y que si por este concepto lleva más que lo que le corresponde se entienda constituido en su favor derechos de habitación o de uso, gratuitos o vitalicios, sobre esos bienes, según corresponda, se podrá apreciar que se ha ido demasiado lejos.

Si por otra parte se piensa que el promedio de vida de las personas se va alargando cada día más (ya no es raro que las personas vivan más de 80 años), quiere decir que si, por colocar un ejemplo, una mujer enviuda a los 40 años, sus hijos prácticamente no van a entrar nunca a gozar de su condición de herederos, ya que en la generalidad de los casos las personas al fallecer solo tienen la casa en que viven y sus muebles, bienes que van a quedar en poder de la viuda del ejemplo, durante 40 años. Y lo más probable es que esa viuda de 40 años, se vuelva a casar, lo que hace más injusta la situación.

Siempre nos ha parecido que se debió haber discriminado, considerando la edad del viudo o viuda sobreviviente.

c) Si lo anterior es injusto, la situación pasa a ser dramática en aquellos casos –y los hay muchos– en que los matrimonios han vivido separados por largos años, por lo que la situación que venimos comentando ni siquiera tiene la atenuante que ese viudo o viuda colaboró en la producción de los bienes; y

d) Lo que acabamos de decir deberá ser considerado por los abogados, para aconsejar a sus clientes que se encuentren por largo tiempo separados de hecho. Se le debe recomendar que hagan testamento asignando las cuartas de mejoras y de libre disposición a sus hijos.

4. PALABRAS FINALES

Quiero terminar manifestando que, a mi juicio, la ley Nº 19.585 constituye la más importante ley modificatoria del Código Civil. Las innovaciones que introduce son más relevantes que las que en su momento hicieron leyes tan conocidas como las leyes 5.521, 5.750, 10.271, 18.802 y 19.335, por mencionar a las principales. Se podrá, a lo mejor, objetar algunos aspectos menores, que en parte es lo que hemos hecho en este trabajo, pero no cabe duda que representa el esfuerzo más serio que se haya realizado entre nosotros para actualizar nuestro Derecho de Familia. No puedo dejar de expresar antes de concluir que comparto en su integridad los grandes principios de esta reforma.

NOTAS

[1] El texto vigente a la fecha de dictación de la ley Nº 19.585 era el siguiente: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

© 2009 • Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile
Teléfono: 56 63 221567 • Fax: 56 63 221942 • Casilla 567 • Campus Isla Teja S/N • Valdivia • Chile
E-mail: revider@uach.cl