

TÍTULO IV
DE LA FILIACIÓN

508. DE LA FILIACIÓN. Se la ha definido como "el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado".⁴⁰⁹ Somarriva dice que "es la relación de descendencia entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra" o, "dicho en otros términos: es la relación que existe entre padre e hijo".⁴¹⁰

El fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre existente entre el padre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales, lícitas o ilícitas, de los padres. Hace excepción a esta regla la llamada filiación adoptiva.

Al legislador preocupan dos aspectos de la filiación: su establecimiento con la mayor certidumbre, y la regulación de sus efectos, o sea, los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos.

509. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ORIGINARIO. CAMBIOS RELEVANTES. Una de las ideas fundamentales del Código Civil fue la distinción entre la filiación legítima, natural e ilegítima, y la protección que se otorgó a la primera. En términos generales,

⁴⁰⁹ *Manual de Derecho de Familia*, Enrique Rossel Saavedra, N° 325, pág. 314.

⁴¹⁰ *Derecho de Familia*, N° 414, pág. 391.



esta situación se mantuvo inconvencional hasta el año 1952, en que la Ley N° 10.271 mejoró sustancialmente la situación de los hijos naturales, pero sin llegar a otorgarles los mismos derechos que a los hijos legítimos. Tuvieron que transcurrir más de 46 años para que esta discriminación odiosa desapareciera, y todos los hijos pasaran a tener los mismos derechos. Ello viene a ocurrir recién con la Ley N° 19.585, publicada en el Diario Oficial del 26 de octubre de 1998, que entró en vigencia un año después (art. 9°).

510. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL CAMBIO. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, era indispensable establecer un estatuto igualitario para todos los hijos. La Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 1° prescribía que “los hombres (hoy dice ‘las personas’ nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. No se podía continuar manteniendo un trato discriminatorio, desconociendo con ello el claro mandato constitucional.

Pero además el Estado de Chile tiene la obligación de respetar y promover los tratados internacionales que ha ratificado y que se encuentren vigentes. Así lo consigna el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, después de la modificación que le introdujo la Ley N° 18.825, del 17 de agosto de 1989. Por ello el Gobierno de Chile al proponer al Congreso las modificaciones que culminaron con la dictación de la Ley N° 19.585, no hizo más que cumplir con las obligaciones que derivaban de esos tratados. El más conocido es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 17° N° 5 establece que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. En el Diario Oficial del 5 de enero de 1991 se publicó la aprobación de esta Convención. Hay varios otros instrumentos internacionales que deben mencionarse: Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Naciones Unidas, 1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969); Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas 1989).⁴¹¹

⁴¹¹ Véase, Daniel Peñailillo Arévalo, “Las categorías de filiación y la investiga-

511. IDEAS CENTRALES DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 19.585. Esta ley realiza cambios profundos en materia de filiación, que iremos estudiando en el desarrollo de esta obra. Sin embargo, y para su mejor comprensión, es importante precisar que las ideas fuerza de la reforma son tres: 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. Sólo así sabrá quien es él. Ello está consagrado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 7°, punto 1°, 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”. Para asegurar este derecho, la Ley N° 19.585 asegura una amplia investigación de la paternidad y maternidad.

b) Trato igualitario a todos los hijos. La Ley N° 19.585 iguala los derechos de todos los hijos, con lo que no hace más que cumplir con el claro mandato de la Constitución Política de la República, que entre las bases de la institucionalidad establece: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1° inc. 1°), agregando en seguida que “es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Los cambios que introduce la Ley N° 19.585 tienen por objeto hacer realidad el claro mandato constitucional y además dar cumplimiento a diversos tratados ratificados por Chile, que el artículo 5° de la Carta Fundamental obliga a respetar. Entre esos tratados merece citarse especialmente el llamado Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 17 N° 5 proclama que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

c) Prioridad del interés del hijo. La Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por Naciones Unidas en 1959, señala que

ción de la paternidad”, Modificaciones al Código Civil en Materia de Filiación y Sucesión por causa de Muerte. Ley N° 19.585, Publicación del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, 1999, pág. 13.

“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”. La reforma busca hacer realidad este principio a través de varias disposiciones que, en cada caso, iremos estudiando. Especial mención merece el artículo 222 inciso 2º: “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”. Muchas otras disposiciones se inspiran en la misma idea (v. gr. arts. 225 inc. 3º, 229, etc.). La ley de adopción, Ley Nº 19.620, que debe ser considerada complementaria de la Ley Nº 19.585, consagra cabalmente este principio.

512. ELIMINACIÓN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE HIJOS. La Ley Nº 19.585 eliminó la distinción entre filiación legítima, natural e ilegítima. No pudo, sin embargo, prescindir de un hecho que es más fuerte que su intención de igualar a todos los hijos: que hay hijos que nacen en el matrimonio de sus padres y otros que son el fruto de relaciones extramatrimoniales.

No es cierto entonces que haya igualado a todos los hijos, porque ello es contrario a la realidad. La nueva normativa sólo ha conferido a todos los hijos los mismos derechos. Como dice Peñailillo, “establece la igualdad de efectos, es decir, de derechos y cargas, entre todos los hijos, con prescindencia del origen de la filiación, y esa idea igualitaria se expande hacia los padres (manifestándose destacadamente en el acceso al cuidado personal y a la patria potestad)”.⁴¹²

513. CLASES DE FILIACIÓN. Con las modificaciones introducidas por las Leyes Nºs 19.585 y 19.620, la filiación admite las siguientes clasificaciones:

A) Filiación por naturaleza, que puede ser: 1) determinada y 2) no determinada.

La filiación determinada se clasifica a su vez en: a) matrimonial; b) no matrimonial, y c) por fecundación mediante la

⁴¹² Ob. cit., pág. 15.

aplicación de técnicas de reproducción humana asistida (arts. 179, 180, 181 y 182).

B) Filiación adoptiva. Esta filiación queda regulada por la Ley Nº 19.620, que estudiaremos más adelante.

514. FILIACIÓN MATRIMONIAL. Dice el artículo 179 que “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial”. Y en conformidad al artículo 180, la filiación matrimonial se produce en los siguientes casos:

a) Cuando al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo exista matrimonio entre los padres (art. 180 inciso 1º);

b) Cuando con posterioridad al nacimiento del hijo, los padres contraen matrimonio entre sí, siempre que a la fecha del matrimonio la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que el Código establece (art. 180 inc. 2º). Esta situación equivale a la legitimación ipso jure que establecía el artículo 207 en el texto anterior a la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585.

c) Si la paternidad o la maternidad no estuviere determinada con anterioridad al matrimonio de sus padres, habrá filiación matrimonial si los padres han reconocido al hijo en el acto del matrimonio o durante su vigencia en la forma prescrita en el artículo 187 (art. 180 inc. 2º), y

d) Si los padres contraen matrimonio entre sí, pero no reconocen al hijo, habrá filiación matrimonial cuando una sentencia judicial dictada en juicio de filiación así lo establezca (art. 180 inciso 2º en relación con el artículo 184 inciso final).

515. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. Es la que existe fuera de los casos anteriores. Así lo señala el inciso final del artículo 180: “En los demás casos, la filiación es no matrimonial”.

516. FILIACIÓN DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. La situación del hijo concebido mediante estas técnicas está regulada en el artículo 182. Esta disposición establece dos ideas fundamentales:

a) El padre y la madre de este hijo son el hombre y la mujer que se sometieron a la aplicación de estas técnicas (inc. 1º), y

b) No se puede en este caso impugnar la filiación, ni se admite reclamar una filiación diferente.

De acuerdo a lo que se acaba de expresar, en el caso en que en la aplicación de estas técnicas se hubiere recurrido a un tercero (donante de espermios o de óvulos; o utilización de un útero ajeno), el hijo ni el tercero tendrían acción de reclamación de filiación. Por su parte, ni los padres ni el hijo podrían impugnar esta filiación.

En esta forma, el legislador chileno cierra la puerta a juicios difíciles, a veces escandalosos, como los que han tenido que conocer y resolver los tribunales extranjeros.

Nos asisten dudas sobre la constitucionalidad del artículo 182. Ello, porque como lo veíamos recién, en conformidad al artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño (vigente para Chile desde el 12 de septiembre de 1990), todo niño tiene el derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. Y no debe olvidarse que el artículo 5º de la Carta Fundamental establece como límite al ejercicio de la soberanía del Estado el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales está, sin ninguna duda, el derecho de toda persona a conocer sus propias raíces (derecho a la identidad).

Muchas otras interrogantes plantea la norma, las que tendrán que ser resueltas cuando se dicte la ley especial sobre fecundación asistida, que se anunció al discutirse el proyecto de ley que dio origen a la Ley Nº 19.585.

517. FILIACIÓN ADOPTIVA. El artículo 179 inciso 2º establece que “la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva”.

La ley respectiva es la Nº 19.620, publicada en el Diario Oficial del 5 de agosto de 1999, que entró en vigencia conjuntamente con la Ley Nº 19.585, esto es, el 27 de octubre de 1999 (art. 47 de la Ley Nº 19.620).

Sin embargo, es necesario dejar constancia de inmediato que la Ley Nº 19.620 reguló además la situación de las personas que a la fecha en que entró en vigencia –27 de octubre de 1999– tenían la calidad de adoptantes o adoptados en conformidad a la legislación anterior. Dice el artículo 45 inc. 2º que “los que tengan la calidad de adoptantes y adoptados conforme a la Ley Nº 7.613 o a las reglas de la adopción simple contempladas en la Ley Nº 8.703,

continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria”. En la forma dicha se produce respecto de esas personas la sobrevivencia de la legislación conforme a la cual se verificó la adopción.

Cabe agregar que el mismo artículo 45 en su inciso 3º establece que “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, esos adoptantes y adoptados, cualquiera sea su edad, podrán acordar que se les apliquen los efectos que establece el artículo 37 inciso 1º de esta ley –es decir, que el adoptado tenga la calidad de hijo del adoptante– si se cumplen los requisitos siguientes”. Estos requisitos los estudiaremos cuando veamos la adopción.

De acuerdo a lo que se acaba de señalar, podría sostenerse que hoy día, salvo los casos de sobrevivencia de las Leyes Nºs 7.613 y 18.703 que recién mencionamos, no existe propiamente filiación adoptiva, pues lo que tipifica una institución son sus efectos y, en conformidad al artículo 37 de la Ley Nº 19.620, “la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles...”. Sin embargo, ello no es tan efectivo, por cuanto el adoptado mantiene la vinculación con su familia biológica para el solo efecto del impedimento dirimente de matrimonio establecido en el artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil. Así lo dice el artículo 37 inciso 1º, que después de establecer la regla general –la desvinculación de su familia biológica–, agrega: “salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán”.

En relación con lo que venimos diciendo, cabe agregar que al discutirse el proyecto que dio lugar a la Ley Nº 19.585 se dejó constancia por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que se juzgaba “impropio consignar en todo caso como fuente de filiación a la adopción, considerando que de acuerdo a las disposiciones legales vigentes (vigentes a esa época) –Ley Nº 7.613 y Ley Nº 18.703–, la adopción común o la adopción simple no generan estado civil ni extinguen los vínculos de filiación biológica, lo que produce en cambio, la adopción plena”.⁴¹³ Finalmente, cuando el proyecto se transformó en ley

⁴¹³ Boletín del Senado Nº 1.060-07, págs. 64-65.

–Ley N° 19.585– quedó consignado que “la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva” (art. 179 inc. 2°). La “ley respectiva” ha pasado a ser la N° 19.620, que, como acabamos de señalar, entró en vigencia el 27 de octubre de 1999, junto con las reformas introducidas por la Ley N° 19.585.

518. EFECTOS DE LA FILIACIÓN. La filiación sólo va a producir efectos cuando esté legalmente determinada, pero estos efectos se retrotraen a la fecha de la concepción. Así lo consigna el artículo 181 inciso 1°: “La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo”.

Hacemos notar que el legislador, con buen criterio, resolvió un problema que con anterioridad, tratándose de los hijos naturales, había motivado opiniones distintas. En efecto, en el caso de los hijos naturales se discutía por los autores si el reconocimiento, voluntario o forzado, era atributivo o declarativo, lo que era importante, pues si se concluía lo primero, los efectos del reconocimiento operaban únicamente para el futuro, en tanto que si la conclusión era la contraria, tales efectos se retrotraían a la fecha de la concepción. Hoy el artículo 181 es absolutamente claro en orden a que la determinación de la filiación es declarativa, al precisar que determinada la filiación, los efectos civiles se retrotraen a la época de la concepción del hijo.

519. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. Para estudiar esta materia es necesario hacer las siguientes distinciones:

- a) determinación de la maternidad;
- b) determinación de la filiación matrimonial;
- c) determinación de la filiación no matrimonial.

520. A) DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD. En conformidad a lo dispuesto en el artículo 183, hay tres formas de determinar la maternidad:

- 1) 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;
- 2) por el reconocimiento de la madre, y

3) por sentencia judicial firme, recaída en un juicio de filiación (art. 186).

Ocupémonos ahora únicamente del primer caso, pues respecto de los casos 2 y 3, se aplican las mismas normas tanto para la determinación de la maternidad como de la paternidad.

521. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD POR EL PARTO. La maternidad supone dos elementos: en primer lugar, que la mujer haya parido, haya dado a luz un hijo; y, en seguida, que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto (identidad del parto). Por ello, la determinación de la maternidad supone la concurrencia de ambos requisitos. Si además se deja constancia de estos hechos en la inscripción de nacimiento del hijo, la ley entiende que la maternidad queda suficientemente determinada. Así lo consagra el artículo 183: “la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo haya dado a luz constan en las partidas del Registro Civil” (inc. 1°).

La norma recién citada debe concordarse con el nuevo texto que la Ley N° 19.585 dio al artículo 31 N° 4 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, que establece los requisitos que debe contener la inscripción de nacimiento. Dice esta disposición: “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: “4°. Los nombres, apellidos, 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”.

De manera que en este caso la maternidad queda determinada sin necesidad de una manifestación de voluntad de la madre. Naturalmente que si la maternidad así establecida no corresponde a la realidad, podrá ser impugnada.

El inciso 2° del artículo 183 señala que “En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes”. Ello quiere decir, que si la maternidad no queda determinada

en la forma que venimos estudiando, sea porque la declaración del requirente no coincide con el comprobante de parto, sea porque no constan en la inscripción las identidades del hijo y de la madre, sea porque no existe comprobante del parto, la determinación sólo podrá hacerse por reconocimiento de la madre o por sentencia firme en juicio de filiación.

522. B) DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. Ya hemos explicado que la filiación matrimonial supone la existencia del matrimonio de los progenitores al tiempo de la concepción o al tiempo del nacimiento del hijo. Si el hijo había nacido antes del matrimonio de sus padres y tenía filiación determinada respecto de ambos, pasa a tener filiación matrimonial por el solo hecho de casarse sus padres. Esto último es una situación equivalente a la antigua legitimación ipso jure que reglaba el artículo 207 anterior a la Ley N° 19.585.

Fuera de estos casos, existirá filiación matrimonial cuando los padres se hayan casado entre sí y hayan reconocido al hijo como suyo o exista una sentencia judicial que así lo resuelva en el respectivo juicio de filiación (art. 180 inc. 2° en relación con el artículo 187).

523. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. El artículo 184 establece una presunción de paternidad: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación judicial de los cónyuges" (texto actual con la modificación de la Ley N° 19.947).

Esta presunción es distinta a la consignada en el artículo 180 del Código Civil anterior a la Ley N° 19.585, pues en aquella se presumía la paternidad de los hijos nacidos después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, lo que se fundamentaba en la regla del artículo 76, que da normas para determinar la fecha de la concepción. Hoy es diferente, pues se presume la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, en cualquier tiempo, salvo el caso de los nacidos después de los 300 días de decretada la separación judicial, con lo que claramente la norma se separa de la regla del artículo 76.

La presunción se apoya en el hecho de que el marido al tiempo de casarse haya tenido conocimiento del embarazo de la mujer.

Por ello el inciso 2° del art. 184 establece que "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...". La excepción nos acerca, ahora sí, a la regla del artículo 76.

Pero el marido, en este caso, puede desconocer la paternidad interponiendo la correspondiente acción de desconocimiento de paternidad que se tramita en el plazo y forma de la acción de impugnación (art. 184 inc. 2°). Será entonces el hijo quien tendrá que probar que su padre se casó con conocimiento del estado de preñez de su madre, lo que deberá hacer en el correspondiente juicio de desconocimiento de paternidad iniciado por su padre, artículo 212. Como observa Court, a partir de la reforma de la Ley N° 19.585, la distinción entre impugnación y desconocimiento de paternidad está explícitamente formulada en el propio Código (art. 184 incisos 2° y 4°) y fuera de él (art. 6 N° 2 de la Ley 4.808).⁴¹⁴

Como acabamos de señalar, la acción de desconocimiento se tramita en el plazo y forma de la acción de impugnación (art. 184 inciso final). Pero, como explica Corral, "la coincidencia de los plazos y forma no convierte esta acción en una de impugnación, porque en este caso lo que se pide al juez no es que compruebe la falsedad de la filiación presumida, sino únicamente que constate los supuestos de hecho del desconocimiento: esto es, que el marido ignoraba el embarazo al tiempo del matrimonio y que no reconoció al hijo por actos positivos. Como se trata de hechos negativos, la carga de la prueba recaerá en el demandado (el hijo, por sí o representado)".⁴¹⁵

En el caso de los hijos nacidos después de 300 días de decretada la separación judicial de sus padres, por excepción opera la presunción de paternidad por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo. La excepción es ampliamente justificada, pues si los dos padres piden que se consigne como

⁴¹⁴ Eduardo Court Murasso, *Nueva Ley de Filiación*, Edit. ConoSur Ltda., año 1999, pág. 36.

⁴¹⁵ Hernán Corral Talciani, *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585*, 1998, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, pág. 56.



padre al marido, ello implica un manifiesto reconocimiento de paternidad. Hacemos notar que para que opere esta excepción, debe consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, no bastando en consecuencia la sola voluntad del marido o de la mujer (art. 184 inc. 3º).

En todo caso, "la paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII" (art. 184 inc. final).

En relación con el artículo 184 se ha fallado que "habiendo nacido el menor dentro y durante la vigencia del matrimonio de su madre con su marido, la filiación que por mandato del artículo 180 del Código Civil corresponde al menor, por haberse concebido y nacido durante la vigencia de ese matrimonio, es la de hijo matrimonial de los cónyuges, pues es absolutamente cierto que es su madre y el artículo 184 del Código citado presume que dicho niño es hijo del marido. De esa manera, conforme al artículo 185 del Código Civil, la filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad estén establecidas, de acuerdo con los artículos 183 y 184 del mismo Código. La inscripción de nacimiento del menor en que se indicó como padre de éste a uno distinto del marido, así como su posterior reconocimiento como hijo natural por un tercero, no surtieron ningún efecto, como quiera que la filiación legítima del hijo, hoy filiación matrimonial, quedó determinada de pleno derecho en virtud de la presunción *pater is es* que consagra el artículo 184 inciso 1º del Código Civil; y no puede ser desvirtuada sino en la forma y por las personas que indican los artículos 212 al 216 del mismo Código, y en tanto ello no ocurre, la presunción legal de paternidad surte todos sus efectos. Así, y de conformidad al artículo 189 del mismo Código Civil, el reconocimiento de un hijo no procede si tiene una filiación, como ocurre en ese caso en que el hijo tiene filiación matrimonial, no cabe sino acoger la demanda de impugnación de la paternidad natural" (Corte de Temuco, 6 de mayo de 2002, causa rol I.843-2001).

524. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. Hay dos formas de determinar la filiación no matrimonial: a) por reconocimiento voluntario de los padres; o b) por reconocimiento

forzado mediante sentencia judicial recaída en un juicio de filiación (art. 186).

525. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. Se puede reconocer a cualquier clase de hijos: mayores, menores, vivos o muertos. La ley no ha establecido ninguna limitación. El artículo 191, al tratar de la repudiación, distingue entre el reconocimiento a un mayor y a un menor; y el artículo 193 deja en claro que se puede reconocer a un hijo fallecido, al comenzar expresando que "Si es muerto el hijo que se reconoce...".

526. ¿DESDE CUÁNDO SE PUEDE RECONOCER A UN HIJO? Como la voluntad del hijo no interviene para su reconocimiento, no nos merece dudas que el padre o la madre lo pueden reconocer desde el momento mismo de la concepción. Por cierto que el problema sólo interesa tratándose del padre, pues si la madre fallece antes de nacer el hijo, este último no llegará a nacer.

527. CAPACIDAD PARA RECONOCER. Pueden reconocer válidamente los menores adultos, que lo harán por sí solos, sin necesidad de ser autorizados o representados por su representante legal. El artículo 262 lo dice expresamente: "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, ni para reconocer hijos".

528. CLASES DE RECONOCIMIENTO. El reconocimiento puede ser:

- a) expreso, que, a su vez, puede ser: espontáneo y provocado, y
- b) tácito o presunto.

529. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO, EXPRESO, ESPONTÁNEO. Es reconocimiento voluntario expreso espontáneo el que se hace mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, en alguno de los instrumentos que indica el artículo 187.

530. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO TÁCITO O PRESUNTO. Es el que la ley colige del "hecho de consignarse el nombre del padre o

de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento del hijo...". Trata de esta forma de reconocimiento el artículo 188 inc. 1º.

531. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EXPRESO PROVOCADO. Es el que hace el padre o la madre en el juicio de filiación en el caso del art. 199 bis del Código Civil, que luego veremos.

Veamos cada uno de estos casos.

**532. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EXPRESO, ESPONTÁNEO, DE PATER-
NIDAD O MATERNIDAD.** El artículo 187 señala: "El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos: 1º. Ante el oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres; 2º. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil; 3º. En escritura pública, o 4º. En un acto testamentario" (inc. 1º).

En relación con el N° 1º de esta disposición, debemos formular los siguientes comentarios:

1. Es semejante a lo que establecía el antiguo artículo 271 N° 1, inciso 1º, para el reconocimiento de un hijo natural. Al igual que a lo que allí ocurría, para que opere no basta una referencia accidental, tangencial o casual a la calidad de hijo. Así, por ejemplo, si una persona confiere un mandato por escritura pública y señala que "confiere poder a su hijo XX...", esa declaración no constituye reconocimiento, por cuanto no ha sido hecha con el objeto de reconocerle, sino de conferirle poder.

2. Llama la atención, y nos parece un error de ubicación de la norma, que diga que se puede reconocer al hijo en el acto de matrimonio de sus padres desde que la disposición está establecida en el párrafo de la filiación no matrimonial, en que no hay matrimonio.

3. En el caso que el reconocimiento se haga en la inscripción de nacimiento del hijo, sólo podrá realizarse al momento de practicarse tal inscripción, porque una vez hecha ésta, no se puede modificar sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada (art. 17, Ley N° 4.808).

4. Debe relacionarse con los artículos 37 y 38 de la Ley N° 4.808, que, con las modificaciones introducidas por las Leyes N°s 19.585 y 19.947, han quedado con el siguiente tenor: Artículo 37: "El oficial del Registro Civil no procederá a la inscripción del matrimonio sin haber manifestado privadamente a los contrayentes que pueden reconocer a los hijos comunes nacidos antes del matrimonio para los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente". El artículo 38 agrega: "En el acto del matrimonio o de requerir la inscripción a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil, podrán los contrayentes reconocer los hijos habidos con anterioridad, y la inscripción que contenga esa declaración producirá los efectos señalados en el inciso segundo del artículo 185 del Código Civil".

533. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO EXPRESO, ESPONTÁNEO, POR ACTO ENTRE VIVOS, PUEDE HACERSE A TRAVÉS DE MANDATARIOS. Así lo establece el artículo 190: "El reconocimiento por acto entre vivos señalado en el artículo 187, podrá realizarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto". Nótese que se trata de un mandato especial y solemne. Lo último constituye una excepción a las reglas generales.

Si el reconocimiento tiene su origen en un testamento, no cabe hacerlo a través de mandatarios, desde que la facultad de testar es indelegable (art. 1004).

534. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO TÁCITO O PRESUNTO. Es el que la ley establece por el hecho que el respectivo padre o madre, o ambos, pidan al momento de inscribir al hijo, que se deje constancia de su nombre en esa inscripción. Lo establece el artículo 188 inciso 1º: "El hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación". Nótese que no basta con que el padre o madre pidan se deje constancia de sus nombres; para que el reconocimiento se perfeccione es indispensable que efectivamente ello se establezca en la inscripción.

Esta forma de reconocimiento es casi igual a la que antes de la Ley N° 19.585 se contemplaba para el hijo natural, en el artículo 271 N° 1, inc. 2º. Sin embargo, hay una diferencia importante, pues la norma recién citada decía: "con todo, el hecho de con-

signarse el nombre del padre o de la madre, *a petición de ellos*, en la inscripción de nacimiento...”, con lo que estaba claro que la petición de que se dejara constancia de su nombre tenía que provenir necesariamente de quien era el padre o la madre. En cambio, el actual artículo 188 señala que “el hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, *a petición de cualquiera de ellos*, al momento de practicarse...”, con lo que podría entenderse que se produce el reconocimiento si se deja constancia del nombre de uno de los padres a petición del otro. No hay duda que no es ese el sentido de la norma. Simplemente no quedó bien redactada. Tratándose de un reconocimiento voluntario, sólo puede derivar de una manifestación de voluntad, expresa o tácita, pero, en todo caso, emanada de quien reconoce.

535. SI LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DEL HIJO SE HACE A TRAVÉS DE UN MANDATARIO, ¿PUEDE PRODUCIRSE EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO TÁCITO? En conformidad al artículo 15 de la Ley sobre Registro Civil, “los interesados en una inscripción podrán hacerse representar por medio de mandatario...”. La pregunta que cabe formular entonces es si cuando se requiere una inscripción de nacimiento por mandatario, podría éste en la representación que inviste solicitar se coloque como padre o madre el nombre de su mandante y si, en este supuesto, implicaría reconocimiento.

El Código no ha resuelto el problema, pues se ha limitado a expresar que “el reconocimiento por acto entre vivos señalado en el artículo 187 podrá realizarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto”. O sea, sólo lo está permitiendo para el reconocimiento voluntario expreso contemplado en el artículo 187 y el reconocimiento que nos ocupa está en el artículo 188.

No divisamos inconvenientes en que cuando la inscripción la requiere un mandatario, pueda solicitar que se coloque como nombre del padre o de la madre el de su mandante, y que tal hecho importe reconocimiento de paternidad o maternidad. Pero para que ello se produzca será necesario de un poder que cumpla las mismas características que indica el artículo 190, vale decir, otorgado por escritura pública y con facultades expresas para ello.

536. NUEVA FORMA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO PROVOCADO. La Ley N° 20.030 junto con derogar los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 188 del Código Civil, incorporó un artículo nuevo –el 199 bis– (que, de acuerdo al inciso final del artículo transitorio de esa ley, comenzó a regir cuando entraron en funciones los tribunales de familia) que dispone lo siguiente: “Entablada la acción de reclamación de filiación, si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o si negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica, lo que se notificará personalmente o por cualquier medio que garantice la debida información del demandado” (inc. 1°). “El reconocimiento judicial de la paternidad o maternidad se reducirá a acta que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija, para lo cual el tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica” (inc. 2°).

Luego, de acuerdo a esta disposición, interpuesta una acción de reclamación de filiación, el demandado puede adoptar distintas actitudes: a) no comparecer a la audiencia preparatoria; b) comparecer y negar la filiación; c) comparecer y manifestar dudas sobre la paternidad o maternidad, y d) comparecer y reconocer al hijo.

En cualquier momento durante la tramitación de la causa –antes de que se sepa el resultado de las pruebas periciales biológicas o con posterioridad a ello– el demandado puede reconocer al hijo, lo que hace que se trate de un reconocimiento voluntario provocado. Voluntario, porque no hay sentencia condenatoria, y provocado, porque es el resultado de una gestión judicial iniciada por el hijo.

En el caso de producirse este reconocimiento, deberá levantarse un acta, que el tribunal deberá remitir, en copia autorizada, al Registro Civil, para que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija.

Si el reconocimiento voluntario no se produce y se dicta sentencia que acoge la acción de reclamación, no se puede hablar ya de reconocimiento voluntario, sino, simplemente, de reconocimiento judicial (forzado), caso en que de conformidad al artículo 221 del Código Civil, deberá subinscribirse la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija.

537. SITUACIÓN TRANSITORIA EN EL CASO DE LAS CITACIONES PENDIENTES A LA FECHA EN QUE ENTRÓ A REGIR LA LEY Nº 20.030. El artículo transitorio de la Ley Nº 20.030 resolvió lo que ocurría con las citaciones a confesar paternidad (o maternidad) que ya estuvieren pedidas cuando entró en vigencia la nueva ley. Señaló que las citaciones a confesar paternidad ya interpuestas en los Juzgados de Menores, al momento de entrada en vigencia de la ley, seguirán siendo conocidas de acuerdo al procedimiento vigente a su inicio, hasta su sentencia de término (art. 1º transitorio, inc. 2º).

538. RECONOCIMIENTO QUE NO CONSTE EN LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DEBE SUBINSCRIBIRSE AL MARGEN DE ÉSTA. Así está establecido en el artículo 187 inciso final. La subinscripción no constituye solemnidad del reconocimiento, sino una medida de publicidad para que el acto sea oponible a terceros, de tal forma que mientras no se cumpla con ella no podrá hacerse valer en juicio (art. 8º inc. 1º Ley Nº 4.808). El artículo 189 inciso final confirma el carácter de requisito de oponibilidad al establecer que “el reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo”.

539. LÍMITES AL RECONOCIMIENTO. El artículo 189 inc. 1º establece que “no surtirán efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho de ejercer las acciones a que se refiere el artículo 208”. Esta última frase significa que quien pretende ser el padre o la madre deberán ejercer simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación.

Haciendo aplicación de lo dispuesto en este artículo, la Corte de Temuco ha resuelto que si un hijo nace durante el matrimonio, su filiación (matrimonial) queda determinada de pleno derecho por esa circunstancia, de tal suerte que si se le inscribe indicándose como padre a uno distinto del marido, así como su posterior reconocimiento como hijo natural por un tercero, no surten ningún efecto (Corte de Temuco, 6 de mayo de 2002, causa rol 1.843-2001).

540. CARACTERÍSTICAS DE TODO RECONOCIMIENTO. Podemos señalar como características de todo reconocimiento las siguientes:

- a) es un acto unilateral;
- b) solemne;
- c) irrevocable;
- d) no es susceptible de modalidades.

541. A) ES UN ACTO JURÍDICO UNILATERAL. De consiguiente se perfecciona por la sola voluntad del padre o madre que reconoce. No requiere de la aceptación del reconocido. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del hijo para repudiar tal reconocimiento, en los plazos y cumpliendo las exigencias que contempla el artículo 191.

542. B) EL RECONOCIMIENTO ES UN ACTO SOLEMNE. Ello porque para que se perfeccione se requiere que la voluntad de quien lo hace se exprese de alguno de los modos señalados en los artículos 187, 188 y 199 bis según el reconocimiento sea voluntario expreso, tácito o presunto, o provocado.

543. C) EL RECONOCIMIENTO ES IRREVOCABLE. Lo dice expresamente el artículo 189 inciso 2º, en los términos siguientes: “El reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior...”.

El Código en este inciso ha solucionado un problema clásico que se presentaba en el caso de que se reconociera a un hijo natural en un testamento. ¿Qué ocurría, se preguntaban los autores, con ese reconocimiento cuando el testamento se revocaba? Desde antiguo la doctrina nacional estimaba que a pesar de ser el testamento un acto esencialmente revocable (art. 999), ello sólo era cierto respecto de las disposiciones testamentarias, pero no de las declaraciones que en dicho instrumento pudiera haber hecho el causante, como lo eran, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural. Vemos con satisfacción que el legislador en este artículo 188 inciso 2º ha resuelto el problema en el mismo sentido que lo entendía la doctrina ampliamente mayoritaria, esto es, que aunque se revoque el testamento, el reconocimiento practicado en él se mantiene.

Nada tiene de novedoso que el reconocimiento sea irrevocable, pues es lo que ocurre normalmente con los actos unilaterales



(el testamento es la excepción a esta regla y por ello la consignó expresamente el legislador) y, por otra parte, ello se justifica plenamente por la calidad de permanente que tiene todo estado civil.

Sobre esta característica del reconocimiento puede verse sentencia de Corte Suprema de 3 de octubre de 2002 (causa rol 2.646-2002).

544. EL RECONOCIMIENTO NO PUEDE SUJETARSE A MODALIDADES. Esta característica está consignada en forma expresa en el artículo 189 inc. 2º parte final. Señalemos únicamente que tampoco constituye novedad, pues sabido es que las modalidades no juegan en el ámbito del Derecho de Familia, porque allí no opera el principio de la autonomía de la voluntad, que es el que permite su establecimiento.

545. REPUDIACIÓN DEL RECONOCIMIENTO. El hijo puede repudiar el reconocimiento de que ha sido objeto (art. 191). En la historia de la ley quedó claro que la repudiación procede aunque sea efectiva la filiación que se le pretende imponer.⁴¹⁶

Ya hemos explicado que el reconocimiento constituye un acto jurídico unilateral que se perfecciona por la sola voluntad de quien reconoce, sin que intervenga la voluntad del reconocido. Sin embargo, el hecho del reconocimiento da lugar a la filiación y de ella derivan importantes consecuencias jurídicas que pueden resultar inconvenientes para el reconocido, v. gr. la obligación de otorgar alimentos al padre o madre. No es aventurado pensar, por otra parte, que el reconocimiento pueda ser el resultado de mezquinos cálculos de un padre o madre que actuaron movidos más que por un afán de proteger al hijo, pensando en mejorar su propia situación.

Por ello, la ley tenía que contemplar una instancia que permitiera al hijo "zafarse" de los efectos del reconocimiento. Ello lo puede lograr repudiando el reconocimiento, lo que tendrá que hacer en los plazos y cumpliendo los requisitos que se establecen en los artículos 191 y siguientes. Peñailillo, defendiendo la idea de la repudiación, explica que "atendido el carácter unilateral del

⁴¹⁶ Informe Comisión, Boletín 1.060-07, pág. 86.

reconocimiento, no es razonable que por esa decisión quede el reconocido atrapado en la situación de tener que emprender todo un litigio impugnatorio". "Es apropiado entonces –continúa– que el solo repudio, como acto simple y también unilateral, le baste. Y quien quiera alterar el estado de cosas existente, que accione" (reclamando estado).⁴¹⁷

546. SÓLO SE PUEDE REPUDIAR EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO ESPONTÁNEO. Desde luego no procede respecto del reconocimiento forzado, pues sería un contrasentido que se demande una calidad para posteriormente repudiarla. Tampoco, y por parecidas razones, se podrá repudiar el reconocimiento voluntario provocado.

547. PERSONAS QUE PUEDEN REPUDIAR; PLAZOS PARA HACERLO. La ley regula distintas situaciones:

a) si el hijo al momento del reconocimiento es mayor de edad, sólo él puede hacerlo, dentro del plazo de un año, contado desde que tomó conocimiento del reconocimiento (art. 191 inc. 1º, primera parte);

b) si fuere menor, sólo él puede repudiar, dentro de un año contado desde que llegado a la mayor edad supo del reconocimiento (art. 191, inc. 1º, parte final);

c) si el hijo mayor de edad se encuentra en interdicción por demencia o sordomudez, repudiará por él su curador, previa autorización judicial (art. 191, inc. 2º);

d) si el hijo es disipador declarado en interdicción, la repudiación deberá hacerla personalmente, sin autorización de su representante legal ni de la justicia (art. 191 inc. 3º).

e) si se reconoció a un hijo muerto o que falleció antes de llegar a la mayoría de edad, pueden repudiar sus herederos. En el primer caso, tienen para repudiar el plazo de un año contado desde el reconocimiento; y en el segundo, el plazo de un año contado desde su muerte (art. 193 inc. 1º), y

f) si el reconocido mayor de edad falleciere antes de expirar el término que tiene para repudiar, sus herederos pueden efectuar la repudiación durante el tiempo que a aquél hubiere faltado para completar dicho plazo (art. 193 inc. 2º).

⁴¹⁷ Ob. cit., pág. 24.



548. CARACTERÍSTICAS DE LA REPUDIACIÓN. La repudiación es un acto jurídico que presenta las siguientes características:

a) unilateral, desde que se perfecciona por la sola voluntad de quien repudia;

b) solemne, pues debe hacerse por escritura pública (art. 191 inc. 4º). Para que esta repudiación afecte a terceros es necesario que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (arts. 191 inc. 4º, parte final del Código Civil y artículo 8º de la Ley Nº 4.808);

c) irrevocable. Así lo consigna el artículo 191 inc. final: “toda repudiación es irrevocable”.

549. LA REPUDIACIÓN PUEDE HACERSE A TRAVÉS DE MANDATARIO. Aun cuando la ley no contempla esta situación, no vemos inconveniente en que pueda actuarse de este modo, pues tampoco la ley lo ha prohibido. Creemos, eso sí, que el mandato debe cumplir las mismas exigencias que el artículo 190 contempla para el que se da para reconocer a un hijo, esto es, otorgarse por escritura pública y contener facultades especiales para repudiar.

550. NO SE PUEDE REPUDIAR SI SE ACEPTÓ EL RECONOCIMIENTO. El artículo 192 así lo establece: “No podrá repudiar el hijo que, durante su mayor edad, hubiere aceptado el reconocimiento en forma expresa o tácita (inc. 1º)”. En seguida, en sus incisos siguientes, define lo que entiende por aceptación expresa y tácita, señalando: “La aceptación es expresa cuando se toma el título de hijo en instrumento público o privado, o en acto de tramitación judicial” (inc. 2º), y “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” (inc. 3º).

Como se puede observar, estas definiciones son muy semejantes a las establecidas para el caso de la aceptación de una herencia (arts. 1241 y 1242).

551. EFECTOS DE LA REPUDIACIÓN. Los artículos 191 inc. penúltimo y 194 reglan esta situación.

El primero establece que “la repudiación privará retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o a 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”. Al discutirse la ley se dejó constancia que la repudiación “debe tener efectos retroactivos completos en lo que se refiere al hijo y sus descendientes, en términos que se reputa que nunca ha existido el vínculo de filiación con quien efectuó el reconocimiento”.⁴¹⁸ De manera que si se produce la repudiación, la calidad de heredero legítimo que el hijo adquirió respecto de su padre o madre como consecuencia del reconocimiento, desaparece.⁴¹⁹

La repudiación es una antigua institución que el Código Civil contemplaba para la legitimación (art. 209 inc. 2º anterior a la reforma) y para el reconocimiento de un hijo natural (antiguo artículo 273). Sin embargo, los efectos que aquella producía operaban siempre para el futuro: El antiguo artículo 209 inc. 6º decía: “La repudiación no alterará los derechos ya adquiridos, ni afectará los actos válidamente celebrados con anterioridad a ella”. La norma actual, artículo 191 inc. 5º, es diferente: “la repudiación privará retroactivamente al reconocimiento de todos los efectos que beneficien exclusivamente al hijo o sus descendientes.

Luego tratándose del hijo o de sus descendientes la repudiación opera retroactivamente. Por ello, “el hijo no podría pretender suceder al padre que ha fallecido antes de que él repudiara el reconocimiento”.⁴²⁰

No obstante –agrega Hernán Corral–, “el efecto retroactivo no altera los derechos ya adquiridos por los padres o terceros ni afecta los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados con anterioridad a la subinscripción (art. 191.5). La norma que mantiene los derechos adquiridos por los padres no debe extenderse al derecho hereditario que pudiere invocar el progenitor en la sucesión del hijo que reconoce, pues en tal caso la utilidad de la repudiación en este caso se vería seriamente mermada”.⁴²¹

⁴¹⁸ Informe, cit., pág. 90.

⁴¹⁹ Informe Comisión cit., pág. 90.

⁴²⁰ Corral, ob. cit., pág. 29.

⁴²¹ Corral Talciani, ob. cit., pág. 29.

552. CONSECUENCIAS DE LA REPUDIACIÓN EN LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. Esta materia la regula el artículo 194: "la repudiación de cualquiera de los reconocimientos que dan lugar a la filiación matrimonial de los nacidos antes del matrimonio de los padres, que fuere otorgada en conformidad con las normas anteriores, impedirá que se determine legalmente dicha filiación.

Para entender este artículo debe recordarse que en el caso del hijo que nace con posterioridad a la celebración del matrimonio de sus padres tiene filiación matrimonial "siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece...". Luego, si los padres reconocen al hijo y posteriormente se casan, el hijo, por ese sólo hecho, tiene filiación matrimonial. Pero si con posterioridad el hijo repudia los reconocimientos, deja de haber filiación matrimonial.

553. DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. Esta materia la regula el Código Civil en un título especial, el Título VIII del Libro Primero, que incorporó la Ley N° 19.585, y que contempla dos tipos de acciones: a) acciones de reclamación de filiación, matrimonial o extramatrimonial, y b) acciones de impugnación de filiación. Además, recordemos, está la acción de desconocimiento de paternidad, contemplada en el artículo 184 inc. 2°.

554. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN SUPONEN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD. Así lo dice el artículo 195: "La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen" (inc. 1°). Estudiemos entonces en los párrafos siguientes la investigación de la paternidad o maternidad.

555. HISTORIA BREVE DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA. Podemos afirmar que con las modificaciones que la Ley N° 19.585 introdujo al Código Civil, se admite la más amplia investigación de la paternidad o maternidad. Así fluye con meridiana claridad de relacionar el inciso 1° del artículo 195 recién transcrito, con el artículo 198, que autoriza recurrir a todos los medios de prueba en los juicios sobre determinación de la filiación.

El Código Civil en su texto original no aceptaba la investigación de la paternidad. Según los artículos 282 y 283 de ese texto, el hijo ilegítimo tenía derecho a citar judicialmente a su padre para que declarare si creía tener el carácter de tal; y si éste pudiendo concurrir no lo hacía después de habersele repetido por una vez la citación, expresándose el objeto, se tenía por reconocida la paternidad para el solo efecto de otorgar alimentos al hijo. Y el artículo 284 no admitía la indagación o presunción de la paternidad por otros medios que los expresados en los dos artículos precedentes. Sin embargo, y pese a que literalmente de esta norma parecía desprenderse que había formas de indagar la paternidad, ello no era así, no se trataba propiamente de una investigación de paternidad, ya que le bastaba al padre negarse a reconocer al hijo, para que éste quedara absolutamente indefenso, impedido de acreditar su condición de hijo de aquel padre, aun cuando tuviere en sus manos pruebas concluyentes que hubieren permitido probar su filiación.

Como observa Somarriva, "la solución dada por nuestro Código al problema de la investigación de la paternidad ilegítima fue harto mezquina para los hijos". Y ello no obstante que a la fecha de dictación del Código Civil los códigos extranjeros de la época permitían la investigación de la paternidad. No era, eso sí, el caso del Código francés, que en su artículo 340 la prohibía expresamente, inspirado seguramente en aquella terrible máxima atribuida a Napoleón de que "la sociedad no tiene interés en que los bastardos sean reconocidos". Agrega este autor que la crítica no debe ser hecha a Bello, sino más bien a la Comisión Revisora, "ya que Bello, en el artículo 313 del proyecto de 1853, contemplaba varios casos en que era posible investigar la paternidad".⁴²²

Si bien no cabía la investigación de la paternidad, no ocurría lo mismo con la maternidad, pues desde sus orígenes el Código establecía en el artículo 288 que el hijo ilegítimo tenía derecho a que la madre le asistiera con los alimentos necesarios si no podía obtenerlos del padre, agregando que esta acción no se podía intentar en contra de una mujer casada. El artículo 289 establecía

⁴²² *Evolución del Código Civil Chileno*, 2ª edición, Editorial Temis, 1983, Bogotá, Colombia, N° 89, pág. 100.



que "si la demandada negare ser suyo el hijo, será admitido el demandante a probarlo con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo...".

La situación cambió con la Ley N° 5.750, de 2 de diciembre de 1935, que modificó el artículo 280, admitiendo la investigación de la paternidad en varios casos, pero únicamente para los efectos de reclamar alimentos.

Recién en el año 1952 la Ley N° 10.271 permitió la investigación de la paternidad para obtener la calidad de hijo natural, condición que ya confería derecho de alimentos de mayor entidad y derechos hereditarios.

En resumen, tenemos que concluir que ha habido, en lo relativo a la investigación de la paternidad, una larga y lenta evolución que comienza el año 1935 con la Ley N° 5.750 y que culmina el año 1998, con la dictación de la Ley N° 19.585. Nuestro legislador no ha dado saltos, simplemente ha ido ajustando las normas a la realidad social del momento y no parece necesario abundar en razones para demostrar que el Chile del siglo XXI es muy diferente al de mediados del siglo XIX.

556. PRINCIPIOS QUE JUEGAN EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. Un autor español, Xavier O'Callaghan Muñoz,⁴²³ señala que en las acciones de filiación se deben considerar una serie de principios, a saber:

1. Libre investigación de la paternidad y de la maternidad;
2. Las acciones de filiación son declarativas de derechos, no constitutivas, en el sentido de que la sentencia constituya el *status filii* con eficacia *ex nunc*. La filiación es una relación biológica y jurídica que, por el ejercicio de una acción, se declara, no se constituye judicialmente";
3. Las acciones de filiación sólo las puede ejercitar el propio interesado (hijo, padre o madre) y son intransmisibles;
4. Se exige, como presupuesto para la admisibilidad de la demanda acompañar antecedentes serios, que representen un principio de prueba de los hechos en que ésa se funde;
5. Se debe otorgar al hijo medidas protectoras durante la tramitación del juicio;

⁴²³ *Investigación de la Paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba Biológica*, Actualidades Editorial S. A., Madrid, 1933.

6. Se debe establecer una amplia admisibilidad probatoria, aceptándose incluso las pruebas biológicas.

Como veremos en seguida, la Ley N° 19.585 respeta todos estos principios propuestos por O'Callaghan.

557. DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. Podemos definir las como aquellas que la ley otorga al hijo en contra de su padre o de su madre, o a éstos en contra de aquél, para que se resuelva judicialmente que una persona es hijo de otra. Luego, los titulares de las acciones de reclamación pueden serlo: el hijo, el padre o la madre.

558. CLASES DE ACCIONES DE FILIACIÓN. Las acciones de filiación pueden ser: a) de reclamación de filiación matrimonial, o b) de reclamación de filiación no matrimonial.

559. ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL. TITULAR DE LA ACCIÓN. La acción de reclamación la puede intentar el hijo en contra de sus padres o los padres en contra del hijo.

Si es el hijo quien demanda, deberá entablar la acción conjuntamente en contra de ambos padres (art. 204 inc. 2°). Es lógico que así sea, desde que no se puede reconocer filiación matrimonial respecto de uno solo de los padres. Lo que caracteriza la filiación matrimonial es que los padres estén casados y por ello para que se declare esta filiación debe demandarse conjuntamente a ambos (art. 180).

En el caso en que sea el padre o la madre quien demande la filiación matrimonial del hijo, debe el otro padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Así lo establece el artículo 204 inciso final. Y ello también es plenamente justificado, pues el resultado del juicio va a afectar a ambos padres. Por consiguiente, y teniendo en cuenta los efectos relativos de las sentencias judiciales (artículo 3° inciso 2° del Código Civil), resulta absolutamente necesario emplazar a ambos padres.

Si bien la norma señala que "deberá el otro progenitor intervenir forzosamente en el juicio...", es evidente que sólo es necesario emplazarlo, sin que sea necesario que haga gestiones en la causa. Deberá, por cierto, aunque no comparezca, ser notificado de todas las resoluciones que se dicten en el juicio, so pena de nulidad (art. 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil).



560. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. TITULAR DE LA ACCIÓN. La puede interponer el hijo, personalmente o a través de su representante legal, en contra de su padre o de su madre, o en contra de ambos. También la puede intentar el padre o la madre, cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 208. Esta referencia al artículo 208 significa que si el hijo ya tiene reconocida la calidad de hijo de otra persona, deberá el padre o madre que demande impugnar la filiación existente y pedir que se declare que es su hijo. Así lo consigna el artículo 208: "Si estuviere determinada la filiación de una persona y quisiere reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación" (inc. 1º).

Hacemos notar que las acciones a interponer en este caso son dos: una primera, de impugnación de una filiación anterior existente; y una segunda, de reclamación de la nueva filiación. Ambas acciones deben interponerse conjuntamente. Y es lógico que así sea, pues mientras se mantenga la primera filiación, no se puede adquirir una nueva. Deben ser partes en el juicio el hijo y las otras personas respecto de las cuales existe filiación.

En el caso de una persona que no tiene filiación determinada (no tiene la calidad de hijo de nadie), no cabe la interposición de la acción de reclamación de filiación. Y ello porque en tal supuesto este padre o madre no requieren demandar al hijo desde que tienen la opción de reconocerlo voluntariamente en alguna de las formas establecidas en el artículo 187 del Código Civil. Así se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento:⁴²⁴ "A diferencia de la filiación matrimonial, se le niega la acción de reclamación a los padres no matrimoniales. Ello se explica porque pueden reconocer al hijo en cualquier momento, en tanto no se halle inscrita una filiación distinta".

No necesita entonces el padre o madre, en este caso, demandar la filiación. Ello, sin perjuicio de que si al hijo no le satisface este reconocimiento, pueda repudiarlo en la forma y dentro del plazo establecido en el artículo 191.

⁴²⁴ Boletín 1.060-07, págs. 107-108.

561. SI EL HIJO FALLECE MIENTRAS ES INCAPAZ, LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN LA PUEDEN EJERCER SUS HEREDEROS. Así está establecido en el artículo 207: "Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contado desde la muerte" (inc. 1º). Agrega este artículo que "si el hijo falleciere antes de transcurrir tres años desde que alcanzare la plena capacidad, la acción corresponderá a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dicho plazo" (inc. 2º). "El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcancen la plena capacidad" (inc. 3º).

562. SITUACIÓN DEL HIJO PÓSTUMO. En el caso del hijo póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, la acción de reclamación se podrá dirigir en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad (art. 206). Luego si la acción es ejercida por el representante legal del hijo, el plazo de tres años se cuenta desde la muerte del padre o madre; y si quien la ejerce es el hijo, los tres años corren desde que haya alcanzado su plena capacidad.

El plazo de tres años contado desde la muerte del padre o madre se aplicará también cuando el hijo hubiere fallecido siendo incapaz, correspondiendo la acción en este caso a los herederos del hijo. Corral señala que "podría pensarse que en tal caso los herederos del hijo disponen del plazo otorgado en el artículo 207: tres años desde la muerte del hijo (no del padre). Pero creemos -agrega- que debe considerarse preferentemente la norma del artículo 206, que claramente establece una excepción a la regla general que establece la extinción de la acción de reclamación en caso de muerte del supuesto progenitor".⁴²⁵

El artículo 206 representa una innovación con respecto al anterior artículo 272, que exigía que aquel que pretendiera obtener judicialmente la calidad de hijo natural debía intentar su demanda en vida del supuesto padre o madre.

⁴²⁵ Ob. cit., pág. 51.

563. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. La acción de reclamación presenta las siguientes características:

a) es imprescriptible e irrenunciable (art. 195 inc. 2º). Esta norma agrega que "Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia";

b) es personalísima, por lo que no se puede ceder ni transmitir. El único caso en que la pueden intentar los herederos es aquel en que fallece el hijo siendo incapaz, caso en que sus herederos podrán ejercerla dentro del plazo de 3 años contados desde la muerte o dentro del plazo que falta al hijo para cumplir los 3 años desde que cesó su incapacidad (art. 207);

c) se tramita en un juicio de filiación que presenta las siguientes características:

1) es un juicio que se tramita ante los tribunales de familia (art. 8º Nº 9 de la Ley Nº 19.968) en el procedimiento contemplado en el Título III de esa ley, artículos 55 y siguientes;

2) El proceso tiene el carácter de secreto hasta que se dicte sentencia de término, teniendo acceso a él únicamente las partes y sus apoderados judiciales (art. 197 inc. 1º).

564. LEGÍTIMOS CONTRADICTORES EN LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. El Código distingue entre la acción de reclamación matrimonial y la acción de reclamación de filiación no matrimonial.

La primera está reglada en el artículo 204, que a la letra expresa: "La acción de reclamación de la filiación matrimonial corresponde exclusivamente al hijo, al padre o a la madre" (inc. 1º). "En el caso de los hijos, la acción deberá entablarse conjuntamente contra ambos padres" (inc. 2º). "Si la acción es ejercida por el padre o la madre, deberá el otro progenitor intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad" (inc. 3º).

En el caso de la filiación matrimonial es lógico que tenga que demandarse conjuntamente a ambos padres.

La segunda es tratada en el artículo 205: "La acción de reclamación de la filiación no matrimonial corresponde sólo al hijo contra su padre o madre, o a cualquiera de éstos cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual se sujetará a lo dispuesto en el artículo 208" (inc. 1º). "Podrá asimismo, reclamar la filiación el representante legal del hijo incapaz, en

interés de éste" (inc. 2º). En este caso la acción no la tienen los padres, pues ellos pueden reconocer voluntariamente al hijo.

565. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS HEREDEROS. El artículo 205 establece que la acción "corresponde sólo al hijo contra su padre o madre o a cualquiera de éstos cuando el hijo tenga determinada una filiación diferente, para lo cual se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 208" (inc. 1º).

Cabe entonces preguntarse si fallecido el supuesto padre (o madre) es posible demandar a sus herederos considerando que según el artículo 1097 del Código Civil los herederos representan al causante; y que la regla general es que los derechos y obligaciones sean transmisibles.

En general, la doctrina nacional se pronuncia por la negativa, estimando que la acción de reclamación de filiación se debe intentar en vida del supuesto padre (o madre), salvo la excepción muy especial contemplada en el artículo 206 (caso del hijo póstumo o cuando alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto).⁴²⁶

El tema lo puso de actualidad un voto-disidente del ministro Kokisch y del abogado integrante René Abeliuk M., recaído en una sentencia de la Corte Suprema de 2 de noviembre de 2004 (causa rol 2.820-3), en que se sostiene que es posible demandar a los herederos. René Abeliuk, redactor de la disidencia, reconoce que con anterioridad él mismo pensaba de modo distinto.

En defensa de esta tesis se pueden dar los siguientes argumentos:

a) Es cierto que el artículo 205 dice que la acción "le corresponderá sólo al hijo contra su padre o madre", pero ello no obsta a que si ha fallecido el progenitor no se pueda demandar a sus herederos, pues la disposición parte del supuesto que aquél está vivo. Si padre o madre ha muerto, entra a operar el artículo 1097, según el cual los herederos representan al causante.

⁴²⁶ En este sentido René Abeliuk, *La filiación y sus efectos*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. Nº 106, pág. 160; Paulina Veloso, *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, Edit. LexisNexis, 2001, pág. 190; Hernán Corral, "Determinación de la filiación y acciones de Estado en la reforma de la Ley Nº 19.585", artículo publicado en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XX, 1999, pág. 48.



b) Cuando la ley quiere impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente, como ocurría por ejemplo con el artículo 272 del Código Civil (anterior a la Ley N° 19.585), que a la letra establecía: “En los casos a que se refieren los números 2º, 3º y 4º del artículo anterior, la calidad de hijo natural sólo podrá establecerse en juicio ordinario seguido contra legítimo contradictor, y siempre que la demanda se haya notificado en vida del supuesto padre o madre”.⁴²⁷ Otro ejemplo, en la actual Ley de Matrimonio Civil se dice que “la acción de nulidad de matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges, salvo los casos mencionados en las letras c) y d) del artículo precedente”.

c) Como lo señala el voto disidente, el artículo 317 inc. 2º del Código Civil, introducido por la propia ley de filiación, establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos. Esta norma, después de señalar en el inciso 1º que “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo en contra del padre, y en la cuestión de maternidad el hijo en contra de la madre o la madre contra el hijo” (norma que es idéntica a la que existía antes de la Ley N° 19.585), agregó un nuevo inciso 2º, que establece lo siguiente: “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 o cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla”.

d) 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.

e) Se da como argumento contrario el artículo 206. Esta norma dice lo siguiente: “Si el hijo es póstumo o si alguno de los padres fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fa-

⁴²⁷ Esta norma era lógica en el caso de los hijos naturales, ya que la filiación natural sólo creaba una vinculación entre el padre (o madre) y el hijo, por lo que era razonable que si fallecía el padre o madre, no pudiera demandarse a sus herederos. Pero, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, la situación cambia, pues el reconocimiento incorpora al hijo a la familia de su progenitor.

llecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”. El voto disidente que venimos comentando expresa que la excepción a la regla no está en que en ese caso sólo pueda demandarse a los herederos, sino en que hay un plazo de tres años para hacerlo. No puedo sí, dejar de señalar que el artículo 206 es buen argumento para sostener la tesis contraria, pues se puede decir que 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 haya.

f) El artículo 5º transitorio de la Ley N° 19.585 respalda la tesis que venimos defendiendo. En efecto, el inciso 3º de esa disposición dispone: “No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”. Luego cabe entender, contrario sensu, que si a la fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.585 –27 de octubre de 1999– el padre o madre estaba vivo, a su muerte los herederos pueden ser demandados.

g) Uno de los principios fundamentales de la Ley N° 19.585 es reconocer a toda persona el derecho a la identidad, esto es, a poder conocer sus orígenes. Se trata de un derecho consagrado expresamente en la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo artículo 7º punto 1 establece: “El niño será inscrito (sic) inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. También puede mencionarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada comúnmente Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 18 señala que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres...”. Justamente para asegurar este derecho a la identidad la Ley N° 19.585 asegura una amplia investigación de la paternidad y maternidad. De lo que se viene diciendo fluye que se trata de un derecho humano, por lo que, atendido lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución, tiene aplicación preferente.

En relación con este derecho a la identidad, parece útil señalar que en Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de marzo de 1999, anuló por inconstitucional una parte del artículo 95 del Código de la Familia, estimando “dicho Tribunal que el derecho a la identidad no puede tener

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



limitaciones procesales que lo afecten en su esencia; y por consiguiente, la acción no puede caducar, ni aun después de la muerte del progenitor".⁴²⁸

Con fecha reciente –21 de septiembre de 2006– la Corte Suprema ha dictado una sentencia que acepta que se pueda demandar a los herederos (causa rol N° 3.249-05).

566. INTERESES EN JUEGO EN LOS JUICIOS DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. En los juicios de reclamación de filiación hay dos intereses en juego que se deben conciliar. Por una parte está el interés del hijo de que se establezca su verdadera filiación, y por otra, el interés social de velar por la paz familiar que puede verse alterada frente a demandas irresponsables o infundadas. En protección del primero, la ley establece la amplia investigación de la paternidad o maternidad (artículo 195 del Código Civil); y en resguardo del segundo, contemplaba con anterioridad a la Ley N° 20.030, la exigencia de que con la demanda "se presenten antecedentes suficientes que hagan plausible los hechos en que se funda" (art. 196). Además, velando por la paz familiar, el artículo 197 inciso 2° establece que "la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado".

567. LA LEY N° 20.030 DE 5 DE JULIO DE 2005, SUPRIMIÓ LA EXIGENCIA DE QUE SE ACOMPAÑARAN A LA DEMANDA ANTECEDENTES SUFICIENTES QUE HICIEREN PLAUSIBLES LOS HECHOS EN QUE ELLA SE FUNDA. Esta exigencia la contemplaba el artículo 196 cuyo alcance fue ampliamente debatido por la doctrina nacional, y motivó una abundante jurisprudencia. Puede verse, por ejemplo, Corte Suprema.⁴²⁹ Bien hizo la Ley N° 20.030 en derogar el artículo 196, pues se había transformado en una exigencia que en la mayoría de los casos era difícil de cumplir.

568. RESPONSABILIDAD DEL QUE INTERPONE UNA ACCIÓN DE FILIACIÓN DE MALA FE. El artículo 197 inciso 2°, con el objeto de evitar demandas

⁴²⁸ Paulina Veloso, ob. cit., pág. 76.

⁴²⁹ T. 99, sec. 1ª, pág. 31; t. 99, sec. 1ª, pág. 37; Corte de Valdivia, sentencia de 7 de agosto de 2002 (causa rol 10.869-00).

infundadas, establece que "la persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado". Destacamos que para que proceda esta acción de indemnización se tiene que tratar de demandas deducidas de mala fe o hechas con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, circunstancias estas que deberá acreditar quien accione de indemnización (art. 1698 inc. 1°).

Entendemos que esta norma tiene aplicación no sólo cuando se interpone una acción de reclamación de filiación, sino también cuando se deduce la acción de impugnación de filiación, pues el artículo 197 está ubicado en el párrafo de las reglas generales del Título VIII del Libro Primero del Código Civil, "De las acciones de filiación". Además el inciso segundo del artículo 197 no hace ninguna distinción.

569. PRUEBA EN LOS JUICIOS DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. Si se examina el Derecho extranjero se puede apreciar que en los juicios sobre investigación de la paternidad o maternidad, uno de los aspectos más controvertidos es el relativo a la prueba. Ello explica que la Ley N° 19.585 haya regulado esta materia con especial cuidado. Las normas dadas por los artículos 197 a 201 podemos resumirlas del modo siguiente:

a) La regla es que la paternidad o maternidad se puede establecer mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte (art. 198 inc. 1°). Sin embargo, la prueba de testigos por sí sola es insuficiente. Y en cuanto a las presunciones, deberán cumplir con los requisitos del artículo 1712, vale decir, deben ser graves, precisas y concordantes.

La frase "toda clase de pruebas" que emplea el artículo 198 crea algunas dudas, ¿quiere decir cualquier medio de prueba de los aceptados en la ley (arts. 1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil) o se ha querido sobrepasar esta lista con los llamados "medios representativos" (el filme, la cinta magnetofónica)? Daniel Peñailillo se plantea esta pregunta y la resuelve en el sentido que lo que se ha querido es lo último, puesto que si sólo se tratare de aceptar los medios legales expresamente admitidos (art. 341 del Código de Procedimiento Civil), no habría sido necesaria una declaración legal. Concluye que se debe admitir todo



medio que el juez estime idóneo, aun cuando no aparezca en la lista del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.⁴⁹⁰

La Ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia, pone término a esta discusión al establecer en su artículo 28 que “todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”. Más adelante, en el artículo 54 agrega que “podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones, otros sistemas de reproducción de imagen o de sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe (inciso 1°), agregando en seguida que “el juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo” (inciso 2°). Finalmente, en conformidad al artículo 32 de la Ley N° 19.968, “los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo” (inciso 1°). Y el inciso final expresa que “la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

b) La ley admite las pruebas periciales de carácter biológico. La más conocida es la prueba del ADN (sigla que corresponde al ácido desoxirribonucleico), técnica inventada por los ingleses en el año 1985, que según el decir de los especialistas, tiene un grado de certeza para excluir la paternidad o maternidad, que alcanza a un 100% y para incluirla oscila entre el 98,36 y 99,9999999982%.

La prueba del ADN es la más conocida, pero no la única, pues existen otras como el “análisis de grupos y subgrupos sanguíneos” y “el análisis de antígenos de histocompatibilidad”. La primera

tiene un grado de certeza de un 100% para excluir la paternidad o maternidad y de un 60 a un 70% para incluirlas; y en la segunda, la probabilidad de exclusión es del 100% y el valor de inclusión entre el 90 y el 99%.

Estas pruebas de carácter biológico deben practicarse por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos, designados por el tribunal. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial (art. 199).

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.030, no se establecía qué valor tenía este informe de ADN, de donde se concluía que por aplicación del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, debía apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (así, Corte Suprema 13 de noviembre de 2002). La ley que venimos comentando resolvió el problema al reemplazar el inciso 2° del artículo 199 por el siguiente: “El juez podrá dar a estas pruebas periciales por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla”.

570. SANCIÓN A LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A SOMETERSE A UN PERITAJE BIOLÓGICO. El artículo 199, anterior a la reforma de la Ley N° 20.030, establecía en su inciso segundo 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”.

Esta norma creaba problemas. En efecto, Hernán Corral sostenía que aunque el texto del inciso segundo del artículo 199 parecía dar a entender que se aplicaba el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil en su integridad, de tal suerte que esa sola presunción podía constituir plena prueba, la historia de su establecimiento comprobaba que no era así; que no estuvo en la intención de los legisladores que el juez pudiera fallar, a favor o en contra de la demanda, basado únicamente en la negativa de someterse a un peritaje biológico.⁴⁸¹

Una opinión distinta tenía Paulina Veloso, quien señalaba que “la verdad importa en el proceso; y que consiguientemente las partes deben estar en disposición de ayudar a hacer prevalecer la

⁴⁹⁰ Ob. cit., págs. 37-38.

⁴⁸¹ Documentos de Trabajo N° 25, Universidad de los Andes, págs. 36-37.



verdad; y quien tiene una actitud contraria a ello, obstaculizadora, no puede, en ningún caso, beneficiarse con esa actitud. Ello sería así si con esa actitud imposibilitara acreditar el hecho que alega la otra parte, y por ello ganara el juicio".⁴³² Personalmente estábamos por esta última opinión.

La jurisprudencia era vacilante. Así la Corte de Santiago resolvió el 24 de abril de 2001 que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica decretada por el juez importa una presunción grave que puede constituir plena prueba.⁴³³ Hubo también diversos fallos en sentido contrario.

La Ley N° 20.030, puso término a esta discusión al reemplazar el inciso segundo del artículo 199 del Código Civil por 4 incisos, uno de los cuales –el cuarto– señala que “la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen –se refiere a la pericia biológica– hará presumir legalmente la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda”. El inciso quinto de la misma norma determina cuándo hay negativa injustificada: “Se entenderá que hay negativa injustificada si, 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 señalada en el inciso anterior”.

Un fallo de la Corte de Concepción, de 28 de agosto de 2006, resolvió que “la notificación en el caso de que se trata no es una simple citación o llamamiento a comparecer en un lugar determinado. Es más que eso, mejor dicho, conjuntamente con eso, es un requerimiento para la ejecución de un acto, personalísimo...”. El mismo fallo señaló que si bien la ley no indica la forma de notificación que debe emplearse para que el demandado cumpla con la práctica del ADN decretada en autos, “debe tenerse presente que es el juez quien conduce el proceso y será su buen juicio el que le indique el procedimiento adecuado, que en el caso en examen no puede ser sino la notificación personal para la concurrencia a la práctica del examen ordenado, dada

⁴³² Ob. cit., pág. 165.

⁴³³ Gaceta Jurídica N° 251, pág. 83. En el mismo sentido, t. 99, sec. 1ª, pág. 37; Gaceta Jurídica N° 266, pág. 105; Gaceta Jurídica N° 272 N° 8, pág. 156; Gaceta Jurídica N° 285, N° 3, pág. 118; Gaceta Jurídica N° 289; Gaceta Jurídica N° 291, pág. 92; sentencia de la Corte de Concepción de 22 de enero de 2003, causa rol 3.436-2002; Corte de Concepción, 22 de septiembre de 2003, rol 4.336-2002.

la importancia del trámite por sus consecuencias y su carácter personalísimo de ejecución”.⁴³⁴

571. POSESIÓN NOTORIA DE LA CALIDAD DE HIJO. La prueba más importante en esta materia la constituye la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de una persona determinada. Trata de esta prueba el artículo 200 que la define, establece sus requisitos, señala la forma de probarlos y el artículo 201 que determina su valor probatorio.

El artículo 200 inciso 2º señala que “consiste en que el padre, madre o ambos le han tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal” (inc. 2º). Como puede observarse, esta definición es muy semejante a la establecida en los artículos 271 N° 3 inc. 2º y 311 anteriores a la reforma, y contiene los requisitos tradicionales de toda posesión notoria: trato, nombre y fama.

En cuanto a sus requisitos: a) debe haber durado a lo menos cinco años continuos, y b) los hechos que la constituyen deben probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable (art. 200 inc. 1º). No aclara esta disposición –como sí lo hacía el antiguo artículo 271 N° 3, inciso final– si la sola prueba de testigos puede estimarse como prueba suficiente. A nuestro juicio tal prueba por sí sola no basta, porque la ley habla de que debe probarse por un conjunto de testimonios y –nótese la “y” conjunción copulativa– antecedentes o circunstancias fidedignos..., etc.

Acreditada la posesión notoria del estado civil de hijo, constituye una prueba que preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre unas y otras (art. 201 inc. 1º). Sin embargo, no se aplicará esta norma si hubiesen graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar tal regla, caso en que prevalecerán las pruebas de carácter biológico (art. 201 inc. 2º). ¿Cuáles podrían ser estas graves razones? La historia de la ley aclara el punto: en el Informe de la Comisión

⁴³⁴ Revista Leyes y Sentencias, N° 25, pág. 76.



de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se señala lo siguiente, que es suficientemente explicativo: “la Comisión –dice el informe– 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”.⁴⁹⁵

La Corte Suprema resolvió el 25 de septiembre de 2006 que “en conformidad al artículo 200 del Código Civil, el juez de familia puede dar por determinada la filiación si se establece la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona, siempre que se prueben los presupuestos previstos en la norma”, y agregó: “La posesión notoria, no es, así, una acción especial, sino un medio de prueba en el juicio de filiación, según se desprende de la interpretación armónica de la ley. En efecto, lo anterior resulta de relacionar el artículo 200 del Código Civil –ubicado en el párrafo de las Reglas Generales del Título VIII que regula las acciones de filiación– con las normas del artículo 201 e inciso segundo del artículo 309, ambos del mismo cuerpo legal, por cuanto el primero previene que la posesión notoria prefiera a las pruebas periciales de carácter biológico y el segundo dispone que “el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios de prueba previstos en el Título VIII”.

La sentencia que se viene comentando rechazó una solicitud presentada como gestión voluntaria invocando la posesión notoria del estado de hijo, por no haberse deducido acción para reclamar la filiación en la forma ordenada por el legislador.⁴⁹⁶

572. VALOR PROBATORIO DEL CONCUBINATO DE LOS PADRES. Si el hijo tiene filiación determinada respecto de su madre y prueba que ésta vivió en concubinato con el supuesto padre durante la época en que ha podido producirse la concepción, este hecho “servirá de base para una presunción judicial de paternidad”. Así lo establece el artículo 210.

⁴⁹⁵ Boletín 1067-07, págs. 96-97.

⁴⁹⁶ Revista Leyes y Sentencias N° 27, pág. 17, considerandos sexto y séptimo.

Al discutirse esta norma en el Senado, se planteó si el concubinato debía o no ser “notorio”, y se resolvió no exigir este requisito, ya que pudiera no estar en conocimiento del círculo social de los interesados, pero no ser por ello menos permanente y entendió que de esta manera se alcanza en mejor medida el propósito de la disposición.⁴⁹⁷

El inciso 2° agrega que “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”. No tenemos clara la razón por la que haya que emplazar a esta tercera persona. Tampoco sabemos qué efectos produce este emplazamiento ¿Se pretenderá con ello, nos preguntamos, que la sentencia le afecte? ¿Significa que la sentencia podría establecer la filiación respecto de este tercero? Nos parece que ello no es posible, dado que el emplazamiento no se hace al inicio del pleito, ya que la prueba de que la madre cohabitó con otro se rendirá durante el probatorio. Por ello este tercero quedaría en la indefensión, con lo que la norma sería inconstitucional por vulnerar el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental. (debido proceso).

573. 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, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente” (inc. 1°).

Luego el padre o madre pierde sus derechos de tal, tanto respecto de la persona como respecto de los bienes del hijo. Sin embargo, mantiene sus obligaciones. Así lo consigna el inciso 2°: “El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes”.

El inciso 1° del artículo 203 debe concordarse con el artículo 324 inciso final, según el cual “Quedarán privados del derecho a

⁴⁹⁷ Boletín 1067-07, pág. 114.



pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le hayan abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición". Ello significa que para que el padre o madre quede privado del derecho de alimentos no basta con que la filiación haya sido establecida por sentencia judicial contra la oposición del padre o madre, sino que es necesario además que este padre o madre haya abandonado al hijo en su infancia. Como observa Court, "esta mayor exigencia se justifica por el carácter fundamental para la vida del alimentario que reviste la prestación alimenticia".⁴³⁸

De acuerdo al inciso final del artículo 203, el hijo, alcanzada su plena capacidad, puede restituir los derechos a este padre o madre. Señala este precepto: "Sin embargo, se restituirán todos los derechos de los que está privado (el padre o madre, se entiende) si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos". Continúa expresando que "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".

La disposición recién citada nos merece un comentario especial. La sanción parece excesiva, pues el padre o madre, especialmente el primero, pueden oponerse no por querer desconocer al hijo, sino por asistírle 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 ADN, de tal suerte que si se me demuestra que es mi hijo, no tengo problemas en asumir mi paternidad.

574. MIENTRAS NO HAYA SENTENCIA FIRME SE PUEDE RECONOCER VOLUNTARIAMENTE AL HIJO. Con el objeto de evitar la sanción contemplada en el artículo 203, recién estudiada, puede el pa-

⁴³⁸ Ob. cit., N° 194, pág. 190.

dre o madre, si el resultado del examen de ADN demuestra ser efectiva la paternidad o maternidad, reconocer voluntariamente al hijo y con ello evitar la sanción. La Corte de Concepción, en sentencia del 30 de abril de 2001, estableció que "Si durante la secuela de un juicio de reconocimiento forzado de paternidad, el demandado reconoce voluntariamente al hijo (en alguna de las formas que establece la ley), y ello se acredita en la causa, el juez no puede acoger la demanda declarando nuevamente establecida la paternidad biológica del padre, sino que debe rechazar el libelo, precisamente por haber mediado reconocimiento voluntario. De no ser así, conduciría al absurdo jurídico que una misma persona podría ser objeto de un doble reconocimiento (voluntario y judicial a la vez), lo que contraría abiertamente la norma del nuevo artículo 186 del Código Civil". Esa sentencia motivó un comentario del profesor Carlos Álvarez Núñez: "Una misma persona no puede ser reconocido como hijo de su padre en forma voluntaria y judicialmente, a la vez".⁴³⁹

575. ALIMENTOS PROVISIONALES. El artículo 209 prescribe que "Reclamada judicialmente la filiación, el juez podrá decretar alimentos provisionales en los términos del artículo 327".

Puede a primera vista parecer un despropósito que antes de encontrarse probada la filiación, se puedan decretar alimentos provisionales, siendo los alimentos una consecuencia de filiación. Sin embargo, no nos parece que sea así, por varias razones. La primera, porque constituye una facultad del juez, no una obligación el decretarlos. La norma es clara en cuanto a que el juez "podrá decretar", y, en seguida, porque los alimentos se decretan en los términos del artículo 327, lo que significa que la petición al tribunal debe ser fundada y que para el caso de que la sentencia sea absolutoria se deben, por regla general, restituir.

576. SENTENCIA QUE ACOGE ACCIÓN DE RECLAMACIÓN ES DECLARATIVA, NO CONSTITUTIVA DE FILIACIÓN. Así aparece del artículo 181: "la filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo" (inc. 1º). La misma disposición agrega que "no

⁴³⁹ Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 207, pág. 29.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación cuando sea llamado en su calidad de tal" (inc. 2º). "Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales" (inc. 3º).

Para la correcta inteligencia de los dos incisos que se acaban de transcribir, es ilustrativo tener en cuenta las explicaciones que se dieron en la discusión en el Senado. Allí se dijo: "Por otro lado, creyó -la Comisión- de toda lógica desde el punto de vista de la certeza jurídica, particularmente considerando los efectos patrimoniales de la filiación del hijo frente a terceros, hacer salvedad de la validez de los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas en el tiempo intermedio. Ello permite evitar dudas, por ejemplo, respecto de los actos celebrados por un curador del hijo, antes de que se determine la filiación de éste, hecho que, de acuerdo al solo inciso primero, produciría efectos retroactivos".

En seguida continúa el Informe: "pero la aplicación estricta de esta excepción a la retroactividad permitiría a los herederos del pariente fallecido en ese lapso alegar que se vulnerarían sus derechos adquiridos, que quedaron fijados a la época de apertura de la sucesión y delación de la herencia, esto es, a la muerte del causante, si participase en la sucesión el hijo cuya filiación se ha determinado con posterioridad. Para evitar esta interpretación, se dijo expresamente que el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas antes de la determinación de su filiación cuando sea llamado en su calidad de tal. O sea, cuando habría estado incluido en la delación de la herencia si su filiación se hubiese determinado en forma previa a la muerte del causante". "De esta manera, se agregó, el hijo podrá ejercer las acciones propias del heredero, en especial la de petición de herencia, mientras no transcurran los plazos de prescripción".⁴⁴⁰

577. TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. Esta materia es del conocimiento de los tribunales de familia (art. 8 N° 9 de la Ley N° 19.968) y

⁴⁴⁰ Boletín 1067-07, págs. 68-70.

de acuerdo al artículo 147 del Código Orgánico de Tribunales en el texto dado por la Ley N° 20.030, es juez competente para conocer de las acciones de reclamación de filiación contempladas en el párrafo 2º del Título VIII del Libro I del Código Civil, el del domicilio del demandado o demandante, a elección de este último.

578. ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN; CONCEPTO. Esta materia está tratada en el párrafo 3º del nuevo Título VIII del Libro Primero del Código Civil, artículos 211 hasta el 221.

Como su nombre lo indica, estas acciones tienen por objeto dejar sin efecto la filiación generada por una determinada paternidad o maternidad, por no ser efectivos los hechos en que se funda. Así aparece de los artículos 211 y siguientes.

579. NO CABE LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN DETERMINADA POR SENTENCIA FIRME. Según el artículo 220, "No procederá la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme...". Ello es la consecuencia de la cosa juzgada generada por dicha sentencia firme.

La norma agrega que ello es "sin perjuicio de lo que dispone el artículo 320". Esta disposición expresa 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".

De consiguiente, si judicialmente se ha resuelto que una persona es hijo de un determinado padre o madre, no puede ni el hijo ni los padres que intervinieron en el pleito en que aquello se resolvió, impugnar la filiación establecida en la sentencia. Pero nada obsta a que si un tercero pretende ser el padre o madre del mismo hijo, pueda demandar dicha filiación en los términos establecidos en el artículo 208, esto es, ejerciendo simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva.

Luego, cuando el artículo 320 habla de "fallo alguno" no se refiere al fallo dictado en juicio seguido entre el hijo y el padre o madre. Esa sentencia produce cosa juzgada respecto de quienes intervinieron en esa causa. El fallo que no puede oponerse



contra el verdadero hijo o el verdadero padre o madre, es aquel que recayó en una causa seguida por otras personas.⁴⁴¹

580. SITUACIONES QUE REGLA LA LEY. El Código reglamenta diversas situaciones:

I) desconocimiento e impugnación de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio;

II) impugnación de la paternidad determinada por reconocimiento, y

III) impugnación de la maternidad.

581. ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO Y DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DEL HIJO CONCEBIDO O NACIDO DURANTE EL MATRIMONIO.

Cuando nace el hijo antes de los 180 días siguientes al matrimonio pueden presentarse dos situaciones distintas: a) que el padre ignore que a la fecha del matrimonio que su mujer se encontraba embarazada, y b) que contraiga nupcias conociendo el estado de embarazo de su mujer.

a) En el primer caso, tiene la *acción de desconocimiento* que le otorga el artículo 184 del Código Civil, caso en que deberá demandar al hijo solicitando que se declare que no rige la presunción de paternidad que establece el inciso 1º de esa disposición por haber contraído nupcias desconociendo el embarazo de su consorte. En este supuesto, quien deberá probar lo contrario es el hijo. Si este último acreditare esta circunstancia, la acción del padre será rechazada, quedándole, sin embargo, la posibilidad de demandar de impugnación de filiación conforme al artículo 212 del Código Civil.

Esta acción no es propiamente una acción de impugnación, sino de desconocimiento, pero en conformidad a lo que dispone el artículo 184 inc. 2º debe ejercerse en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes, o sea, en el plazo y forma de la acción de impugnación, circunstancia que no cambia su naturaleza jurídica —sigue siendo acción de desconocimiento y no de impugnación—, distinción que tiene importancia, porque lo que se debe solicitar al tribunal es únicamente que constate los supuestos del desconocimiento (que ignoraba al tiempo de

⁴⁴¹ Corte Suprema, t. XXI, sec. 1ª, pág. 228.

casarse la preñez de su mujer y que no reconoció al hijo por hechos positivos). El *onus probandi* correponderá al hijo (art. 1698);

b) En el segundo caso, esto es, cuando el padre al momento de casarse conocía el estado de embarazo de su mujer, la acción que debe intentar es la de impugnación fundada en el artículo 212. A ella nos referiremos en los puntos que siguen.

582. PERSONAS QUE PUEDEN IMPUGNAR LA PATERNIDAD. Pueden hacerlo: a) el marido, b) los herederos del marido o cualquier persona al que la pretendida paternidad irrogare perjuicio, y c) el hijo.

583. IMPUGNACIÓN HECHA POR EL MARIDO. Esta situación está tratada en el artículo 212: "La paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer" (inc. 1º).

De manera que el plazo para impugnar es diferente según se trate de cónyuges que viven juntos, en que es de 180 días, o separados, situación ésta en que el plazo se alarga a un año. En ambos casos los plazos se cuentan desde que el marido tuvo conocimiento del parto.

El artículo 212 en sus incisos 2º y 3º establece presunciones legales (simplemente legales) sobre la fecha en que el marido tomó conocimiento del parto. Dice el inciso 2º: "La residencia del marido en el lugar de nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente; a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación de parto". El inciso 3º agrega: "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 mencionado en el inciso precedente".

584. IMPUGNACIÓN HECHA POR LOS HEREDEROS DEL MARIDO O POR CUALQUIERA PERSONA A LA QUE LA PRETENDIDA PATERNIDAD CAUSARE PERJUICIOS. Mientras el marido vive, sólo a él compete el derecho de impugnar la paternidad, lo que es lógico y es igual a lo que

ocurría antes de la reforma de la Ley N° 19.585. Sin embargo, si fallece antes de tomar conocimiento del parto o mientras está corriendo el plazo para impugnar, la acción de impugnación pasa a sus herederos o a toda persona a la que la pretendida paternidad causare perjuicios. Pasa la acción por la totalidad del plazo (cuando fallece el marido sin haber tomado conocimiento del parto) o por el tiempo que faltare para completarlo, en caso contrario (art. 213 inc. 1°).

No cabe que los herederos o terceros interesados impugnen si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (art. 2113 inc. 2°).

585. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL HIJO EN EL CASO DEL HIJO CONCEBIDO O NACIDO DURANTE EL MATRIMONIO. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo, sea a través de su representante legal o en forma personal. Si quien impugna es el representante legal, debe hacerlo en el plazo de un año contado desde la fecha de nacimiento del hijo; y si es el hijo quien impugna en forma personal, también debe hacerlo en el plazo de un año, que, en este caso, se cuenta desde que adquiere su plena capacidad (art. 214).

586. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DETERMINADA POR RECONOCIMIENTO. En este caso la paternidad puede ser impugnada por las siguientes personas:

- a) por el propio hijo;
- b) por toda persona que prueba interés actual en la impugnación.

Nos interesa destacar que en este caso el padre no es titular de la acción de impugnación. Ello es lógico y guarda concordancia con el sistema de la ley, según el cual no hay impugnación si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (art. 213 inc. 2°). Así ha sido fallado (Corte Suprema 3 de octubre de 2002, causa rol 2.646-2002).

No tiene el padre acción de impugnación, pero sí puede impetrar la nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad en conformidad al artículo 202: "La acción para impetrar la nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad prescribirá en el plazo de un año contado desde la fecha de su otorgamiento, o en el caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiere cesado".

En relación con esta norma, en el Proyecto del Ejecutivo se hablaba de "*reconocimiento voluntario*", pero en el Senado se suprimió el calificativo "voluntario", porque en lo sucesivo el reconocimiento siempre va a tener este carácter.⁴⁴²

587. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL HIJO. Cuando el hijo ha sido reconocido por su padre puede impugnar la paternidad dentro del plazo de 2 años contados desde que el hijo supo del reconocimiento (art. 216 inc. 1°).

Si el hijo es incapaz puede impugnar su representante legal. ¿En qué plazo puede impugnar este representante legal? Nos surgen dudas, pues el artículo 216 inciso 2° expresa que "esa acción se ejercerá conforme a las reglas previstas en el artículo 214". ¿Significa entonces que rige para impugnar el plazo del artículo 214, esto es, "dentro del año siguiente a su nacimiento". No creemos que esa sea la interpretación correcta, pues el representante legal del hijo no tiene por qué conocer la fecha del reconocimiento. Por ello nos parece que el plazo es el mismo que tiene el hijo y que la referencia al 214 sólo implica que la impugna el representante legal del hijo.

Si el hijo muere desconociendo el reconocimiento o antes de vencido el plazo para impugnar, la acción de impugnación corresponderá a sus herederos por el mismo plazo o por el tiempo que faltare para completarlo, plazo que se cuenta desde la muerte del hijo (art. 216 inc. 3°).

En el caso de los hijos nacidos antes del matrimonio de sus padres (supuesto en que también hay filiación matrimonial de acuerdo al artículo 180 inciso 2°), se aplican estas mismas reglas de impugnación, "pero el plazo de dos años se contará desde que el hijo supo del matrimonio o del reconocimiento que la producen" (art. 216 inc. 4°).

588. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD POR TODA PERSONA QUE PRUEBE INTERÉS ACTUAL EN ELLO. Esta situación está regulada en el artículo 216 inciso final: "También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año contado desde que tuvo ese

⁴⁴² Boletín 1.060-07, pág. 103.



interés y pudo hacer valer su derecho". Interés actual significa interés patrimonial. El puro interés moral no es suficiente.

589. IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD. La maternidad puede ser impugnada atacándose los dos hechos en que ella se funda: existencia del parto y que el hijo es el producto de ese parto. Por ello el artículo 217 inciso 1º dispone: "La maternidad podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero".

590. TITULARES DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD. Pueden impugnar la maternidad: a) el marido de la supuesta madre; b) la madre supuesta; c) los verdaderos padre o madre del hijo, d) el verdadero hijo o el que pasa por tal si se reclama conjuntamente la determinación de la auténtica filiación, y e) 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, siempre que no exista posesión notoria del estado civil (art. 217 incs. 2º y 3º, y artículo 218).

El plazo para impugnar es de un año contado desde el nacimiento del hijo (art. 217 inc. 2º). Sin embargo, si el pretendido hijo no entabla la acción de impugnación conjuntamente con la de reclamación, deberá ejercerla dentro del año contado desde que alcance su plena capacidad. En el caso que quien impugne la maternidad sea la persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente en sus derechos hereditarios sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre, el plazo para impugnar es de un año contado desde el fallecimiento de dichos padre o madre (art. 218 inc. 2º).

Si quien impugna es el verdadero padre o madre del hijo, no hay plazo para impugnar en razón de que se interpondrán conjuntamente las acciones de impugnación y de reclamación de la verdadera filiación y, en ese caso, no rigen los plazos señalados en el párrafo 3º del Título VIII (art. 208 inc. 2º).

No obstante haber expirado los plazos establecidos, si sale inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción respectiva por un año contado desde la revelación justificada del hecho

(art. 217 inc. final). Se ha fallado que constituye un hecho de este tipo "el conocimiento tardío que tuvo el recurrente (demandante que impugna la maternidad) de una inscripción irregular que da fe del nacimiento de una menor que, como ya ha quedado establecido en autos, no es hija legítima de los cónyuges litigantes, porque no existió el parto que le dio origen". "Habiéndose producido tal hecho, él hace revivir la acción de impugnación...".⁴⁴³

591. SANCIÓN A LOS QUE INTERVENGAN EN LA SUPLANTACIÓN DEL PARTO. El artículo 219 sanciona a los que hayan intervenido en el fraude de falso parto o suplantación de parto, estableciendo que no les aprovechará en modo alguno el descubrimiento del fraude ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte. La norma agrega que "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".

592. DE LOS JUICIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD. La impugnación de la paternidad o maternidad se tramitan ante los tribunales de familia, en el procedimiento regulado en el Título III de la Ley Nº 19.968 (arts. 8º y 55 de la Ley Nº 19.968, respectivamente).

Si se impugna la paternidad del hijo de filiación matrimonial, la madre debe ser citada, pero no es obligada a comparecer. Así lo establece el artículo 215. Y ello es lógico, pues la sentencia que en este caso se dicte, afectará no sólo al padre y al hijo, sino también a la madre, por eso es necesario emplazarla, pues en caso contrario, no podría afectarle la sentencia, atendido lo dispuesto en el artículo 3º inc. 2º del Código Civil (efecto relativo de las sentencias).

593. SITUACIÓN ESPECIAL DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. En el caso del hijo que ha sido concebido

⁴⁴³ Corte Suprema, 16 de noviembre de 1988, Revista Fallos del Mes Nº 360, pág. 746.



mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida no cabe la impugnación de la filiación ni la reclamación de una filiación diferente (art. 182 inc. 2º). Ello es la consecuencia de que el padre y la madre de este hijo son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas (art. 182 inc. 1º).

594. SUBINSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA QUE ACOGE ACCIONES DE RECLAMACIÓN O DE IMPUGNACIÓN. Las sentencias que se dicten en esta clase de juicios deben subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 221). Esta subinscripción es un requisito de oponibilidad para que la sentencia afecte a terceros. Lo anterior se desprende de esta disposición, en cuanto señala que “no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción”, y del artículo 8º inc. 1º de la Ley Nº 4.808.

595. EFECTOS DE LA FILIACIÓN. DERECHOS Y DEBERES ENTRE PADRES E HIJOS. Los efectos de la filiación son los derechos y obligaciones que derivan de ella y abarcan las siguientes materias:

- I) Autoridad paterna;
- II) Patria potestad;
- III) Derecho de alimentos, y
- IV) Derechos hereditarios.

596. AUTORIDAD PATERNA. Tradicionalmente ha sido definida como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos.

El Código Civil dedica a esta materia el Título IX del Libro Primero, artículos 222 al 242. Para su estudio, debemos distinguir entre: a) Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes, y b) Derechos-deberes de los padres para con los hijos.

597. DEBERES DE LOS HIJOS PARA CON SUS PADRES Y ASCENDIENTES. Los hijos tienen respecto de sus padres los siguientes deberes: 1) respeto y obediencia a los padres, y 2) deber de cuidado a los padres y demás ascendientes.

598. DEBER DE RESPETO Y OBEDIENCIA A LOS PADRES. El artículo 222 establece que “los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”

(inc. 1º). Antes de la Ley Nº 19.585 reglaba esta situación el artículo 219: “Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre, pero estarán especialmente sometidos a su padre”. Si bien esta última norma se refería a los hijos legítimos, también era aplicable a los hijos naturales, por mandato del antiguo artículo 276. Dos diferencias importantes encontramos entre la actual disposición y la anterior. La primera, que antes se hacía la distinción entre hijos legítimos y naturales, y la segunda, que se señalaba que el hijo quedaba sometido especialmente a su padre.

599. DEBER DE CUIDADO. Lo consagra el artículo 223: “Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho a 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” (inc. 1º). El inciso 2º agrega que “Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes”.

El actual artículo 223 repite lo que antes de la Ley Nº 19.585 estaba dicho en los artículos 220 y 221, con la salvedad que la norma aplicable hoy a todos los hijos regía antes exclusivamente para los legítimos en razón de que tratándose de los hijos naturales la relación se producía únicamente entre el padre o madre y el hijo (antiguos arts. 270, 274 y 276), lo que daba pie a la conocida sentencia de que “el hijo natural no tenía abuelos”.

600. DERECHOS-DEBERES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS. Hablamos de “derechos-deberes”, pues el cuidar, criar y educar a los hijos no es sólo un derecho o prerrogativa de los padres, sino, y muy fundamentalmente, el cumplimiento de una obligación que les impone su condición de progenitores.

Para la cabal comprensión de las normas que pasamos a estudiar deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 222, que constituye una verdadera declaración de principios sobre la protección que debe darse al menor: “La preocupación fundamental de los padres es el *interés superior del hijo*,⁴⁴⁴ para lo

⁴⁴⁴ Ver Maricruz Gómez de la Torre, “El interés superior del niño”, Gaceta Jurídica Nº 228, pág. 23.



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". Esta disposición se ajusta a lo establecido en la "Declaración de los Derechos del Niño" proclamada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término a los padres" (Principio 8º inc. 2º).

Estudiemos estos derechos-deberes en el siguiente orden: a) cuidado; b) derecho de visita; c) crianza y educación, y d) gastos de crianza y educación.

601. DERECHO-DEBER DE CUIDADO. Esta materia está regulada por los artículos 224 al 228. El primero señala: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos" (inc. 1º). "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. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez" (inc. 2º).

Cabe observar que aunque la ley no hace distinción entre los hijos, no puede desconocer dos realidades: 1. Que los hijos pueden ser producto de filiación matrimonial o no matrimonial, y 2. Que cualquiera sea el caso -filiación matrimonial o no matrimonial- los padres pueden vivir juntos o separados.

Tratándose de hijos producto de un matrimonio, el cuidado personal de su crianza y educación corresponde a ambos padres, que lo deben ejercer de consuno. Si alguno de ellos fallece, esta función pasa al sobreviviente.

En el caso de los hijos de filiación no matrimonial, el cuidado corresponde al padre o madre que lo haya reconocido (art. 224 inc. 2º). Sin embargo, si el reconocimiento ha sido por resolución judicial con oposición del padre o de la madre, este padre o madre quedará privado del cuidado del hijo. Así resulta de aplicar el artículo 203: "Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto

de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente".

Tratándose de padres separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos (art. 225 inc. 1º). Esta norma no se aplica en dos casos: a) cuando existe un acuerdo de los padres en sentido diverso, y b) cuando por resolución judicial se dispone otra cosa.

a) Acuerdo de los padres. Así lo consigna el inciso 2º del artículo 225: "No obstante, 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 treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre...".

Este acuerdo tiene las siguientes características: 1) es solemne, ya que debe constar en escritura pública o en un acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil; 2) para que sea oponible a terceros, el instrumento en que consta el acuerdo deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, y 3) es revocable, debiendo para ello cumplirse las mismas solemnidades (art. 225 inc. 2º, parte final).

Respecto a la subinscripción, no resulta claro si la exigencia de practicarla dentro del plazo de 30 días constituye otra solemnidad del pacto (situación semejante a la del artículo 1723) o simplemente lo que se quiere significar es que mientras no se practique el pacto es inoponible a los terceros. Más adelante volveremos sobre este punto.

b) Por resolución judicial. El artículo 225 inciso 3º prescribe: "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 personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo".

En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, podrá el juez "confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes", debiendo preferirse a "los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes" (art. 226). Esta



norma debe ser concordada con el artículo 42 de la Ley N° 16.618, sobre Protección de Menores, que precisa que “para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral”:

1°. Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2°. Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3°. Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o la educación del hijo;

4°. Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía pública o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5°. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6°. Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor, o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad, y

7°. Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Respecto al derecho de cuidado, cabe agregar que el padre quedará privado de él cuando háya sido condenado por un delito de significación sexual cometido en la persona del hijo (art. 370 bis del Código Penal).

En relación con la materia que estamos tratando, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “el hecho de convivir la madre con quien no es su cónyuge legítimo, ni el padre de los menores, en el mismo hogar que éstos habitan, la inhabilita en los términos de los artículos 223 inciso 2° del Código Civil (esta referencia debe entenderse hecha hoy día al artículo 225 inc. 3°) y 42 N° 6 de la Ley N° 16.618, por cuanto con ello da un manifiesto y permanente mal ejemplo, que implica un necesario peligro para la moralidad de los hijos, debiendo entregarse al padre la tuición”.⁴⁴⁵ Tiene este fallo un interesante voto disidente del ministro don Carlos Cerda F.

602. EXIGENCIA ESPECIAL PARA MANTENER EN EL HOGAR COMÚN UN HIJO DE UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES. Trata de esta materia el artículo

⁴⁴⁵ T. 86, sec. 2ª, pág. 30.

228; la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su otro cónyuge.

Esta disposición mantiene el mismo principio que, respecto de los hijos naturales, establecía el artículo 278 inciso 2° del Código anterior a la reforma de la Ley N° 19.585.

603. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO DE LOS JUICIOS DE TUICIÓN. A partir del 1° de octubre de 2005, fecha en que entraron a operar los tribunales de familia, estas causas se tramitan ante esos tribunales (art. 8° N° 1). El procedimiento es el ordinario establecido en el Título III de esa ley (arts. 55 y siguientes). Ello explica que la frase “*el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente oyendo*”, que se contenía en el artículo 227, pasó a ser reemplazada por la expresión “*el juez oír*”.

604. DERECHO-DEBER DE MANTENER CON EL HIJO UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR. Este “derecho-deber” equivale a lo que antes se denominaba derecho de visita, y se trata en el artículo 229: “El padre o la 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, 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”. Agrega la norma que “se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”.

La disposición recién citada introduce algunas precisiones importantes respecto a la situación existente antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585. En efecto, explicita que el padre que no tiene el cuidado del hijo no sólo tiene el derecho, sino el deber de “mantener con sus hijos una relación directa y regular...”.⁴⁴⁶ Por la misma razón se eliminó el vocablo “visitas”, por considerarse que limitaba en algunos casos esta comunicación tanto en cuanto a su substancia como a la forma en que puede ejercerse,

⁴⁴⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín 1.060-07, págs. 145-146.



entregándose a falta de acuerdo de los padres, al tribunal la determinación de la frecuencia y libertad que ha de mantener esta relación, siempre en el marco de que sea directa con el hijo y efectuada con periodicidad regular. Finalmente se acotaron las extensas facultades que antes tenía el Tribunal de Menores, al establecerse que la frecuencia y libertad de esas relaciones será la que el juez estime conveniente "para el hijo", y que la comunicación entre el padre o la madre y el hijo sólo se suspenderá o restringirá cuando perjudique el bienestar de este último en forma manifiesta, declaración que el tribunal deberá hacer en resolución fundada.⁴⁴⁷

Al transformarse el "derecho de visitas" del padre que no tiene el cuidado personal del hijo, en un "derecho-deber", puede ser compelido a cumplir con esta obligación de padre mediante apremios en los términos contemplados en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, según veremos en el punto siguiente.

La Corte de Santiago, en sentencia de 7 de junio de 1995, resolvió que "la visita de un padre y un hijo que como medida cautelar haya podido resolver un juez civil ordinario, conociendo una denuncia de la Ley N° 19.325 (Ley sobre violencia intrafamiliar), no puede interferir en la competencia del tribunal de menores para conocer y decidir sobre el derecho a visitas contemplado en el artículo 227 (entiéndase hoy art. 229) del Código Civil".⁴⁴⁸

En relación a esta materia, también se ha fallado que "Para resolver el régimen de visitas, los sentenciadores deben reconocer como base de su decisión la conveniencia y el interés de los menores, en armonía con los sentimientos y anhelos exteriorizados por ellos, considerando que son los sujetos y principales beneficiarios del derecho de menores, cuyas normas de legislación positiva tienen por objeto primordial la de cautela y protección de los intereses esenciales de las personas en minoridad". El mismo fallo establece que "la mantención de un determinado sistema de visitas no puede depender del cumplimiento de las obligaciones alimenticias, pues ello podría conducir al extremo de privar al

⁴⁴⁷ Boletín cit., pág. 146.

⁴⁴⁸ T. 92, sec. 2ª, pág. 57.

padre o madre indigente de la posibilidad de relacionarse con sus hijos menores".⁴⁴⁹

605. TRIBUNAL COMPETENTE Y FORMA DE HACER VALER EL DERECHO-DEBER DE MANTENER CON EL HIJO UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR. El tribunal competente para conocer de esta materia es el de familia (art. 8º N° 2 de la Ley N° 19.968).

En conformidad al artículo 48 de la Ley N° 16.618 (en el texto dado por la Ley N° 19.711), quienes primero deben determinar la forma como se ejerce este "derecho-deber" son los padres. Si no hubiere acuerdo, cualquiera de ellos podrá solicitar al juez de familia que la regule. También se podrá pedir al tribunal que "modifique la regulación que se haya establecido de común acuerdo o por resolución judicial, si fuere perjudicial para el bienestar del menor".

La misma disposición señala que "si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal del menor, y no se debatiere la forma en que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso (inc. 2º, según texto actual establecido por la Ley N° 19.968).

En seguida, la norma que venimos comentando resuelve varias situaciones distintas:

a) si por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla puede solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente (inc. 3º);

b) en el caso en que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, puede ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar la suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan,

⁴⁴⁹ Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, de 28 de marzo de 1997, t. 94, sec. 2ª, pág. 34.



de conformidad al inciso 3º del artículo 66, esto es, de acuerdo al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil (arresto hasta por 15 días o multa proporcional, que se puede repetir (inc. 3º). Respecto a esta norma, podemos acotar que se trata de una sanción que sólo procede respecto del padre o madre que deja de cumplir injustificadamente la relación con el hijo;

c) el tribunal puede disponer la suspensión o restricción del ejercicio del derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo e incluso si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifiquen, puede accederse provisionalmente a la solicitud. La resolución del tribunal debe ser fundada y podrá disponer 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), y

d) el tribunal, “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 aparezca de manifiesto la conveniencia para el menor, y podrá asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiere perjudicar su bienestar” (inc. 6º).

Las facultades que el artículo 48 de la Ley Nº 16.618 otorga al tribunal de menores (hoy tribunales de familia), en sus incisos 5º y 6º, constituyen una manifestación del principio de que en lo relativo al cuidado de los menores prima “el interés superior del menor”.

La Ley Nº 19.947 agregó a la Ley de Menores un nuevo artículo, el 48 ter, según el cual “Cuando se deduzca 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 relación directa y regular que mantendrá con ellos aquel de los padres que no los tenga a su cuidado, 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 reconvenional. El tribunal hará lugar a esa solicitud, a menos que no se den los presupuestos que justifican su regulación” (inc. 1º). “Para esos 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” (inc. 2º).

606. AUTORIZACIÓN PARA QUE EL MENOR PUEDA SALIR AL EXTRANJERO. Esta materia está regulada por el artículo 49 de la Ley Nº 16.618, disposición que establece que la salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Nº 18.703 (inc. 1º).

El inciso 2º agrega que “si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido en su caso” (inc. 2º).

El inciso 3º prescribe que “confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado”; y el 4º (después de la modificación de la Ley Nº 19.711) establece que “Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil –derecho a tener una relación directa y regular con el hijo– por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció”.

El permiso que exige el artículo 49 de la Ley de Menores se debe prestar por escritura pública o por escritura privada autorizada por un notario público. No se necesitará este permiso si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo (art. 49 inc. final).⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ En relación con el artículo 49 de la Ley de Menores, es útil consignar que la Corte de Apelaciones de Santiago acordó que “la simple autorización judicial o notarial para la salida de menores de Chile, regulada por el artículo 49 de la Ley Nº 16.618, no habilita en caso alguno para su adopción en el extranjero, por hallarse esta materia sometida a las prescripciones escritas en el Título IV de la Ley Nº 18.703, hoy reemplazada por la Ley Nº 19.620, también sobre adopción de menores. Los jueces de menores –hoy deberá entenderse jueces de familia– deberán dejar constancia expresa de este impedimento en la resolución o instrumento respectivo”. Auto acordado de dicha Corte de 8 de junio de 1992, publicado en el Diario Oficial del 2 de julio de 1992, Nº 11 de ese acuerdo citado por Antonio Vodanovic, *Leyes de Derecho de Familia y de Menores*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 205.



Agrega el artículo 49 que “en caso de que no pudiese otorgarse (el permiso) o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de letras de menores (hoy debe entenderse tribunales de familia de acuerdo al artículo 8º Nº 11 de la Ley Nº 19.968) del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiese reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización” (inc. 6º). “Expirado el plazo a que se refiere el inciso anterior sin que el menor, injustificadamente, vuelva al país, podrá el juez decretar la suspensión de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado” (inc. 7º). “En los demás casos para que un menor se ausente del país requerirá la autorización del juzgado de letras (hoy tribunal de familia) de su residencia”.

607. CRIANZA Y EDUCACIÓN. El artículo 224 establece que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (inc. 1º). Quedó claro al discutirse la ley que el “derecho-deber” de educar a los hijos, que la ley entrega a ambos padres, o, a falta de alguno de ellos, al sobreviviente, no se refiere únicamente a supervisar la educación formal que imparten los establecimientos de enseñanza. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, tal como lo establece el artículo 19 Nº 10 de la Constitución Política de la República. De modo que la voz “educación” está tomada en el sentido amplio de formar al hijo para que éste logre “el pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”, tal como lo consigna la Carta Fundamental, y lo reitera el artículo 236 del Código Civil.

608. PADRES PRIVADOS DEL DERECHO A EDUCAR A SUS HIJOS. La ley priva a los padres del derecho de educar a sus hijos en cinco casos:

- a) Cuando la filiación del menor haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre (art. 203);
- b) Cuando el cuidado del hijo haya sido confiado a otra persona, caso en que corresponderá a ésta, debiendo ejercerlo con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere (art. 237);
- c) Cuando el padre hubiere abandonado al hijo (art. 238);

d) Cuando el hijo ha sido separado de su padre por inhabilidad moral de éste, a menos que la medida haya sido revocada (art. 239), y

e) Cuando el padre o madre hubiere sido condenado por un delito sexual cometido en la persona del menor, debiendo así declararlo en la sentencia condenatoria, la que ordenará dejar constancia al margen de la inscripción de nacimiento del menor (art. 370 bis del Código Penal, incorporado por la Ley Nº 19.617, del 12 de julio de 1999).

609. GASTOS DE EDUCACIÓN, CRIANZA Y ESTABLECIMIENTO DE LOS HIJOS.

En esta materia la ley distingue según si los padres están casados en régimen de sociedad conyugal o no lo están (sea porque no hay matrimonio o porque se encuentren sujetos a otro régimen matrimonial). En el primer caso, esos gastos serán de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que allí da el Código. La referencia debe entenderse hecha a los artículos 1740 Nº 5 y 1744. De acuerdo a estas reglas, la sociedad es obligada al pago y soporta el gasto que demande el mantenimiento, educación y establecimiento de los hijos.

Si no hay sociedad conyugal, ambos padres deberán contribuir en proporción a sus respectivas facultades económicas (art. 230).

La ley mantiene la idea anterior a la reforma de que “si el hijo tuviese 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” (art. 231 que corresponde al anterior artículo 228 del Código Civil).

610. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTAR Y EDUCAR AL HIJO QUE CARECE DE BIENES PASA, POR INSUFICIENCIA DE LOS PADRES, A SUS ABUELOS, POR UNA Y OTRA LÍNEA. Así lo consigna el artículo 232. Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, esta obligación de los abuelos sólo procedía tratándose de los nietos legítimos (antiguo artículo 231). Y lo anterior por una razón muy simple, porque a la sazón los hijos naturales jurídicamente no tenían abuelos (artículos 270, 274 y 276 del Código antes de la Ley Nº 19.585). Con la reforma, al eliminarse las distintas categorías de hijos, la regla pasó a operar sea que se trate de filiación matrimonial o



no matrimonial, de tal suerte que hoy día todos los hijos tienen abuelos, y éstos están obligados a suministrar alimentos a sus nietos si los padres no estuvieren en condiciones de hacerlo.

El artículo 233 mantiene la idea que antes establecía el artículo 231 inc. 2º, de que “en caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

611. DERECHOS QUE ASISTEN A QUIEN ALIMENTA Y CRÍA A UN HIJO AJENO.

El artículo 240 establece que “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez” (inc. 1º). “El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo” (inc. 2º). Debe tenerse presente que según el artículo 47 de la Ley de Menores “El sólo hecho de colocar al menor en casa de terceros no constituye abandono para los efectos del artículo 240 del Código Civil”.

Este artículo 240 repite lo que antes de la reforma de la Ley Nº 19.585 decía el artículo 239. Hay, sin embargo, una diferencia importante en el inciso 2º. El artículo 239 establecía que el juez concederá la autorización si estima que “por razones graves conviene darla”. Hoy el artículo 240 dice que “el juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”. La modificación no es intrascendente, pues el tribunal sólo deberá devolver el hijo a sus padres cuando ello fuere conveniente para el hijo. No cabe tener en cuenta —como sí antes podía ocurrir— el interés de los padres, considerando el dolor que les produjera no tener a sus hijos consigo, ni tampoco el interés de la persona que haya tenido al menor bajo su cuidado.

Una última observación respecto a este artículo. Siempre me ha parecido inaceptable que se condicione la devolución del hijo al pago de los costos de crianza y educación. Es una especie de derecho legal de retención que recae sobre la persona del menor, lo que juzgamos inadmisibles. Más criticable aun si se tiene presente

que el artículo 240 dice que se debe atender a la conveniencia del hijo. ¿Debe entenderse entonces, nos preguntamos, que si conviene al menor que se le devuelva a sus padres, a pesar de ello no se le debe entregar porque no se ha reembolsado lo que el tercero gastó en el menor? Nos parece que, por lo menos, debió eliminarse la condición de que el pago fuere previo.

612. SUMINISTRO DE ALIMENTOS AL MENOR AUSENTE DE SU CASA. El artículo 241 trata de la situación del hijo menor que se ausenta de su casa y que es auxiliado por terceros para que pueda subsistir. Dice la norma: “Si el hijo de menor edad ausente de su casa se halla en urgente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre o madre que tiene su cuidado personal, se presumirá la autorización de éste o ésta para las suministros que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración de su posición social” (inc. 1º). “El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas al padre o madre lo más pronto posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad” (inc. 2º). “Lo dicho del padre o madre en los incisos precedentes se extiende en su caso a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo” (inc. 3º).

En definitiva, esta disposición contempla una presunción en el sentido de que el padre, la madre o la persona que tiene al menor a su cuidado autorizó al menor para efectuar las adquisiciones que se le hicieron en razón de alimentos, y por la misma razón debe responder de su pago, en conformidad al artículo 241. Se trata de una presunción simplemente legal que para que opere supone el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) un menor ausente de la casa de su padre, madre o persona que lo tenga a su cuidado;
- b) que el menor se encuentre en urgente necesidad;
- c) que no está en condiciones de ser asistido por el padre, madre o por la persona bajo cuyo cuidado está;
- d) que un tercero haga al menor suministros a título de alimentos, y
- e) que el que haga las suministros dé noticia al padre o madre lo más pronto posible. Si por muerte o inhabilidad de los padres, éstos faltaren, la noticia deberá darse a quien corresponda la sustentación del menor.

613. FACULTAD DE LOS PADRES DE CORREGIR A SUS HIJOS. Esta materia está regulada por el artículo 234. Dice la norma: "Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal" (inc. 1º). Si se compara este artículo 234 con el 233 (anterior a la Ley Nº 19.585), se podrá apreciar que con la Ley Nº 19.585 desapareció la facultad de los padres de castigar moderadamente al hijo". Ello con el objeto de ajustar la normativa a la Convención de los Derechos del Niño. Es importante el cambio si se tiene en cuenta que hay estudios que demuestran la forma alarmante en que han ido aumentando los casos de violencia paterna. Soledad Larraín tiene un estudio en que se señala que uno de cada tres niños es víctima de lo que ella denomina "golpizas", es decir, actos de violencia mayor. Este dato aparece consignado en la discusión del proyecto que dio lugar a la Ley Nº 19.585.

El artículo 234 pone especial énfasis en que esta facultad de los padres debe ser ejercida sin menoscabar la salud del menor ni su desarrollo personal. Y establece una idea nueva: si se produce tal menoscabo, queda autorizada cualquier persona para solicitar medidas en resguardo de la salud o desarrollo personal del hijo, pudiendo incluso el tribunal actuar de oficio. Este tribunal actualmente es el de menores y a partir del 1º de octubre de 2005, será el de familia (art. 8º Nº 7).

En su inciso 3º el artículo 234 establece que "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".

614. PATRIA POTESTAD. Este efecto de la filiación ha quedado regulado en el Título X del Libro Primero del Código Civil, artículos 243 al 273.

En el proyecto del Ejecutivo, la patria potestad y los derechos y obligaciones entre padres e hijos, estaban tratados en conjunto, idea que posteriormente se cambió, volviéndose a lo que ha sido la tradición en nuestro Código Civil.

El artículo 243 la define diciendo que "es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

Como se puede apreciar, la gran innovación que en esta materia incorporó la Ley Nº 19.585 es conferir la patria potestad tanto al padre como a la madre, y, además, sin distinguir si la filiación de los hijos es matrimonial o no matrimonial. Nos parece uno de los cambios más trascendentes de la nueva normativa. Para apreciarlo en todas sus implicancias, recordemos únicamente que con anterioridad sólo se encontraban sometidos a patria potestad los hijos legítimos, quedando, por consiguiente, excluidos los hijos naturales. Por ello sólo los padres legítimos tenían la representación legal de sus hijos menores. El padre natural carecía de ese derecho. Al hijo natural lo representaba su tutor o curador. Y de aquí derivaban una serie de consecuencias del más alto interés, como, por ejemplo, que para enajenar bienes raíces del hijo natural se requería pública subasta (art. 394). Con la reforma introducida por la Ley Nº 19.585, tal exigencia desapareció y, en buena hora, porque ella dificultaba la administración de los bienes del menor. Por la misma razón –no tener la patria potestad– antes el padre natural no tenía la administración ni el goce de los bienes del hijo, porque eran atributos de la patria potestad.

615. TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD. Antes de entrar en vigencia la Ley Nº 19.585, la patria potestad sólo correspondía al padre (legítimo) y sólo pasaba a la madre a falta del padre. Así estaba dicho en el artículo 240 inciso 4º. Con la reforma la situación cambió sustancialmente, pues el artículo 244 prescribe que "la patria potestad será ejercida por el padre o la madre, o por ambos conjuntamente, según convengan..." y agrega que "sólo a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad" (art. 244 inc. 2º).

La Ley Nº 19.585, al conferir la patria potestad tanto al padre como a la madre, constituye el eslabón de una larga cadena evolutiva. En efecto, el Código Civil no contemplaba la posibilidad de que la madre tuviera la patria potestad, omisión que vino a ser reparada por DL Nº 328, de 1925, y posteriormente por la Ley Nº 5.521, del año 1934, que sólo a falta del padre otorgaron la patria potestad a la madre, situación que se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley Nº 19.585.

Como con la reforma de la Ley Nº 19.585 la patria potestad la puede tener tanto el padre como la madre, o ambos en conjunto, y uno de los atributos de la patria potestad es la representación

del menor, es fundamental para los terceros que contratan con éste conocer quién realmente lo representa, para saber con quien tiene que entenderse. Por ello, la ley ha dado una serie de normas, sobre las cuales es necesario poner atención. Nos parece que la situación puede resumirse del modo siguiente:

a) Si no hay acuerdo entre los padres, la patria potestad la tiene el padre (art. 243 inc. 3º).

b) Los padres pueden acordar que la patria potestad la tenga el padre, la madre, o el padre y madre en conjunto. Este acuerdo es solemne, siendo la solemnidad el que se haga por escritura pública o en acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil.

c) Judicialmente se puede confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de este derecho, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercían conjuntamente (art. 244 inc. 3º).

d) Tanto en el caso del acuerdo de los padres, como de existir una resolución judicial que atribuya la patria potestad a alguno de ellos o a ambos, deberá subinscribirse el acuerdo o la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. En conformidad al artículo 244, tal subinscripción deberá practicarse dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

Esto último nos plantea una duda: ¿qué pasa si la subinscripción se realiza después de transcurridos los 30 días? ¿Significa que es nulo el acuerdo o que la sentencia ya no se puede cumplir? Dicho de otro modo, el plazo para practicar la subinscripción ¿constituye una solemnidad del acuerdo o simplemente es una medida de publicidad frente a terceros?

La subinscripción sólo constituye una medida de publicidad frente a terceros —así aparece del artículo 246 del Código Civil y del artículo 8º de la Ley Nº 4.808— y, por ello, no vemos por qué se exige plazo para hacerla. Simplemente mientras no se haga, el acuerdo o la sentencia no debe afectar a los terceros. Les es inoponible. Y consecuencia de ello es que mientras no se practique la subinscripción, para los terceros la patria potestad la ejerce el padre, atendido lo que dispone el artículo 244 inc. 2º. En relación con el mismo punto, ¿puede oponerse el Registro Civil a subinscribir si se le requiere la subinscripción pasados los treinta días? ¿Sería necesario en tal caso de un nuevo acuerdo o de una nueva sentencia, para que el plazo de treinta días comenzara a

contarse de nuevo? Todas estas dudas son la consecuencia de una norma mal redactada.

e) El artículo 245 establece que “si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225”. En principio esta norma no crea problemas, pues de acuerdo al artículo 255, todo acuerdo o resolución judicial que entregue a uno de los padres el cuidado del hijo, debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo para que sea oponible a terceros.

Sin embargo, no debe olvidarse que en conformidad al artículo 225 inciso 1º si los padres viven separados, corresponde a la madre por el solo ministerio de la ley el cuidado personal de los hijos. Y al tener la madre el cuidado de los hijos, pasa a tener la patria potestad de acuerdo al art. 245. Todo esto ocurre sin que sea necesario practicar ninguna anotación al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. Pensamos que hay una omisión en la ley, pues los terceros no tienen por qué saber si los padres viven o no separados, no tienen una forma oficial de conocer esta circunstancia. Al ignorar este hecho, podrían pensar que la patria potestad la tiene el padre en conformidad a lo dispuesto en el artículo 244 inc. 3º.

Si bien el cuidado personal del hijo puede ser confiado a un extraño cuando ambos padres están física o moralmente inhabilitados (art. 226), no debe creerse que en este supuesto este tercero pasa a tener la patria potestad del menor. Esta institución es un atributo exclusivo del padre, de la madre o de ambos, jamás corresponde a un tercero. Lo que decimos no es contrario al artículo 245, pues esta norma señala 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 225 se refiere exclusivamente a los padres, no al tercero, cuya situación está contemplada en el artículo 226.

f) Si la paternidad y maternidad han sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre, no corresponde a éstos la patria potestad, por lo que será necesario nombrar al hijo un tutor o curador (art. 248 que debe relacionarse con el artículo 203).



Queremos terminar este punto con una recomendación práctica: en lo sucesivo cuando se contrate con un menor o se le quiera demandar deberá tenerse a la vista un certificado de su nacimiento al día, para saber quien lo representa. Sólo así se tendrá la seguridad de entenderse con el auténtico representante legal del hijo.

616. ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD. Los atributos de la patria potestad son los clásicos: a) derecho legal de goce (usufructo) del padre sobre ciertos bienes del hijo; b) administración de los bienes del hijo, y c) representación legal del menor.

617. DERECHO LEGAL DE GOCE. USUFRUCTO LEGAL. Cabe señalar que la facultad que tiene el padre para gozar de ciertos bienes del hijo pasa, con la Ley N° 19.585, a llamarse "Derecho legal de goce", cambio que parece adecuado considerando que no corresponde a la idea del derecho real de usufructo, entre otras razones porque no da derecho de persecución contra terceros adquirentes de los bienes del menor. Sin embargo, el legislador, para evitar cualquier duda, precisa que "el derecho legal de goce recibe también la denominación de usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo...", agregando que "en cuanto convenga a su naturaleza, se regirá supletoriamente por las normas del Título IX del Libro II, esto es, por las reglas del derecho real de usufructo.

618. DEFINICIÓN. El derecho legal de goce está definido en el artículo 252: "Consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y substancia 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". No hay dudas que esta definición se inspira en la del derecho real de usufructo contenida en el artículo 764.

619. CARACTERÍSTICAS. Sus características son las siguientes:

- a) Es un derecho personalísimo (art. 252 inc. 1°).
- b) Es inembargable (art. 2466 inciso final).
- c) No obliga a rendir fianza o caución de conservación y restitución ni tampoco a hacer inventario solemne. Debe sí lle-

vase una descripción circunstanciada de los bienes desde que entre a gozar de ellos. En el caso que quien gozare del derecho de usufructo enviudare, para contraer nuevas nupcias deberá proceder al inventario solemne de los bienes del menor (art. 252 en relación con el art. 124).

d) Si quien goza del derecho legal de goce es la madre casada en régimen de sociedad conyugal, se considerará separada de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga, rigiéndose esta separación por el artículo 150 (art. 252 inc. 3°). La explicación de esta norma aparece consignada en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en los siguientes términos: "Los frutos, como consecuencia del derecho legal de goce, deberían incorporarse, por regla general, al patrimonio del padre o de la madre que ejerza este derecho. Sin embargo, en el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, lo anterior significaría que los frutos ingresarían a esta sociedad y pasarían a ser administrados por el marido, por lo que la Comisión resolvió establecer que ella se considerará separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio, lo que le permitirá administrarlos separadamente, en los mismos términos que si fueran producto de un empleo, profesión u oficio separado del marido, aplicándose al efecto lo dispuesto en el artículo 150".⁴⁵¹

e) Si la patria potestad la ejercen conjuntamente ambos padres, el derecho legal de goce se distribuirá en la forma que ellos lo tengan acordado. A falta de acuerdo, se dividirá por partes iguales (art. 252 inc. 4°).

620. BIENES SOBRE LOS QUE RECAE EL DERECHO LEGAL DE GOCE. Este aspecto está regulado por el artículo 250. La patria potestad confiere el derecho legal de goce sobre todos los bienes del hijo, con las siguientes excepciones:

- a) bienes que integran el peculio profesional o industrial del hijo (art. 250 N° 1). Respecto de estos bienes, el goce lo tiene el hijo (art. 251);
- b) bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha estipulado que no tenga el goce o la administración quien ejerza la patria potestad;

⁴⁵¹ Boletín 1060-7, págs. 165-166.

o haya impuesto la condición de obtener la emancipación, o haya dispuesto expresamente que tenga el goce de esos bienes el hijo (art. 250 N° 2);

c) las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad, caso en que el goce corresponderá al hijo o al otro padre (art. 250 N° 3).

Si el padre o la madre que tiene la patria potestad no puede ejercer el derecho de goce sobre uno o más bienes del hijo, este derecho pasará al otro; y si ambos estuvieren impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración (art. 253 inc. 2°).

621. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO. Respecto a la administración de los bienes del hijo, cabe distinguir:

a) Los bienes que forman el peculio profesional o industrial, que son administrados por el hijo, con la limitación del artículo 254, que luego veremos (art. 251).

b) Respecto de los otros bienes, la regla es que los administre el padre o madre que tenga el derecho legal de goce (art. 253 inc. 1°). Si ninguno lo tiene, la administración corresponderá a un curador (art. 253 inc. 2°).

622. FACULTADES ADMINISTRATIVAS DEL PADRE. En el Proyecto de 1853, se establecía que el padre administraba los bienes del hijo con las mismas facultades del tutor o curador. Pero en definitiva esta regla no se mantuvo, por lo que hay que concluir que administra con amplias facultades salvo las excepciones legales. Veamos entonces estas excepciones, que constituyen limitaciones a la administración del padre:

1. Para enajenar o gravar bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, o derechos hereditarios, se requiere de autorización judicial con conocimiento de causa (art. 254). La norma es semejante al artículo 255 anterior a la reforma de la Ley N° 19.585, con la salvedad que se reemplaza la voz "hipotecar" por "gravar". Además —y esto es más importante— se amplió la limitación a la enajenación y gravamen de los derechos hereditarios que corresponden al hijo. Ello con el objeto de que esta norma "guarde armonía con la necesidad de

autorización que el artículo 1749, inciso tercero, establece para celebrar tales actos respecto de los derechos hereditarios de la mujer casada en sociedad conyugal".⁴⁵²

La sanción para el caso de incumplimiento es la nulidad relativa.

2. En conformidad al artículo 255, no podrá donar parte alguna de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores. Estas limitaciones están contempladas en el artículo 402, para las donaciones; en el artículo 407, para los arriendos, y en el artículo 397 (reiterado en los artículos 1225, 1236 y 1250), para la aceptación o repudiación de una herencia.

Respecto de las donaciones, debe distinguirse entre:

- a) bienes inmuebles, y
- b) bienes muebles.

El padre no podrá donar bienes raíces del hijo, ni aun con autorización judicial (art. 402 inc. 1°). Luego, si lo hace: nulidad absoluta, por ser una norma prohibitiva (arts. 10, 1466, 1682). Tratándose de bienes muebles, para donarlos requiere de autorización judicial. El juez sólo autorizará estas donaciones cuando exista "una causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable los bienes productivos" (art. 402 inc. 2°). El padre no tiene limitaciones para hacer gastos de poco valor destinados a objetos de caridad o de lícita recreación (art. 402 inc. 3°). La sanción si no se otorga la autorización judicial, es la nulidad relativa (art. 1682).

En el caso de los arriendos, el padre no podrá dar en arriendo los bienes raíces del hijo por más de 5 años si son urbanos, ni por más de 8 si son rústicos, ni por más tiempo que el que falte para que el menor cumpla 21 años (arts. 255 y 407). La sanción si se incumple es la inoponibilidad: el contrato no afecta al menor más allá de los 5 u 8 años, según se trate de predios urbanos o rústicos, ni más allá del plazo que le falte para cumplir 18 años.

⁴⁵² Boletín 1060-07, pág. 169.

Tratándose de la aceptación de una herencia, el padre tiene que aceptar con beneficio de inventario (arts. 255, 397, 1250). Si no lo hace de esa forma, el menor no será obligado por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en su beneficio (art. 1250 inciso final).

Respecto de la repudiación de una herencia, el padre requiere de decreto del juez con conocimiento de causa (art. 255 en relación con el art. 397, y art. 1236). La última norma señalada tiene más amplitud que las anteriores, por cuanto no alcanza sólo a la repudiación de una herencia, sino también a la de los legados, que requieren de autorización judicial si se refieren a bienes raíces o a bienes muebles que valgan más de un centavo. La sanción a una repudiación hecha sin la competente autorización judicial será la nulidad relativa por haberse omitido un requisito que mira al estado o calidad del menor (art. 1682).

3. Tiene también el padre limitaciones respecto de la partición de bienes en que tenga interés el menor.

Requiere de autorización judicial para provocar la partición de las herencias o de bienes raíces en que tenga interés el menor (art. 1322). La autorización se exige sólo para provocar la partición, no para intervenir en una partición que se haga de común acuerdo, en conformidad al artículo 1325 (así lo resolvió la Corte Suprema, con fecha 27 de septiembre de 1937, en juicio "Fritz con sucesión Fritz").

La designación de partidador, salvo la que haya sido hecha por el juez, debe ser aprobada por la justicia (art. 1326).

La falta de autorización judicial para provocar la partición o la omisión de la aprobación judicial del partidador nombrado, trae consigo la nulidad relativa de la partición.

623. RESPONSABILIDAD DEL PADRE O MADRE POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO. RESPONDE HASTA DE LA CULPA LEVE (ART. 256, INCISO 1º). El artículo 256 agrega que "La responsabilidad del padre 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" (inciso 2º).

624. PRIVILEGIO EN FAVOR DEL HIJO. El artículo 2481 N° 4 otorga al hijo sujeto a patria potestad un crédito privilegiado de cuarta clase, "por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos".

625. EXTINCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL PADRE O DE LA MADRE. Termina la administración del padre o de la madre, en los siguientes casos:

1. Por la emancipación del hijo, desde que la administración es una consecuencia de la patria potestad.

2. En el caso en que se suspenda la patria potestad del padre o madre en conformidad al artículo 267 (art. 257 inc. 2º). Si se suspende respecto de un padre, la ejercerá el otro padre. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda (art. 267 inc. 2º).

3. En el caso en que se prive al padre, madre o a ambos de la administración de los bienes del hijo por haberse hecho culpable "de dolo, o de grave negligencia habitual y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo" (art. 257 inc. 1º).

626. OBLIGACIÓN DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD DE PONER EN CONOCIMIENTO DE SUS HIJOS LA ADMINISTRACIÓN REALIZADA. En conformidad al artículo 259 "Al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes".

Esta disposición fue incorporada por la Ley N° 19.585. Cabe señalar que en el proyecto se establecía que al término de la patria potestad, los hijos podrían exigir a sus padres rendición de cuentas de la administración que hicieron de sus bienes. Sin embargo, en la discusión parlamentaria se estimó que lo anterior era inconveniente para la convivencia familiar y además innecesario, ya que cabe suponer que quien ejerce la patria potestad ha ido informando adecuada y oportunamente a sus hijos.⁴⁶³

627. REPRESENTACIÓN LEGAL DEL HIJO MENOR. El tercer atributo de la patria potestad es la representación del hijo. El hijo menor

⁴⁶³ Boletín 1060-07, pág. 173.



puede ser absolutamente incapaz (demente, impúber, sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente) o relativamente incapaz, si es menor adulto (art. 1447). En el primer caso sólo puede actuar a través de su representante legal; en el segundo, representado o autorizado por dicho representante.

628. EL HIJO MENOR ADULTO TIENE CAPACIDAD PARA REALIZAR CIERTOS ACTOS. Podemos mencionar los siguientes:

a) actos judiciales o extrajudiciales que digan relación con su peculio profesional o industrial (art. 251);

b) actos de familia, como casarse, pues aunque queda sujeto a ciertas autorizaciones para hacerlo (arts. 114 y siguientes), la omisión de éstas no acarrea la nulidad del matrimonio; puede reconocer hijos (art. 262); hacer testamento (art. 262).

629. INCAPACIDAD DEL HIJO MENOR. Fuera de los casos de excepción recién señalados, el hijo tiene que actuar representado o autorizado por su representante legal. Para el mejor estudio del punto, es necesario distinguir entre:

- a) incapacidad para actos extrajudiciales, y
- b) incapacidad para actos judiciales.

630. REPRESENTACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL HIJO. El representante legal del hijo es el padre o la madre que lo tenga bajo su patria potestad. Si ninguno lo tuviere, lo representará el respectivo curador (art. 260).

La sanción para el caso en que el hijo actúe por sí solo, es que únicamente se obligará en su peculio profesional o industrial (art. 260 inc. 1º). Sin embargo, en ningún caso podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de las personas mencionadas. Y si lo hiciera, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ello (art. 260 inc. 2º).

631. EFECTOS DE LOS ACTOS O CONTRATOS DEL HIJO AJENOS A SU PECULIO PROFESIONAL O INDUSTRIAL, REALIZADOS A TRAVÉS DE SUS REPRESENTANTES LEGALES O AUTORIZADOS POR ÉSTOS. Para el estudio de esta materia se debe distinguir según que los que ejercen

la patria potestad se encuentren o no casados en régimen de sociedad conyugal.

En el primer caso, los actos y contratos que el hijo celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que el padre o madre que ejerce la patria potestad autorice o ratifique por escrito o celebre en su representación, 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).

Si no hay sociedad conyugal, los actos y contratos sólo obligan al padre o madre que haya intervenido, lo que no obsta a que éste pueda repetir contra el otro padre en la parte en que de derecho ha debido proveer a las necesidades del hijo (art. 261 inc. 2º).

632. NO HAY AUTORIZACIÓN SUPLETORIA DE LA JUSTICIA PARA ACTOS EXTRAJUDICIALES. La ley no contempla lo que ocurre en el caso de impedimento o negativa del padre o madre de dar su autorización. La doctrina estima que no cabe la autorización supletoria de la justicia, por cuanto la judicatura sólo puede actuar en virtud de un texto expreso.⁴⁵⁴

633. ACTOS EJECUTADOS POR EL HIJO SIN LA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN DEL PADRE, DE LA MADRE O DEL CURADOR ADJUNTO. Trata de esta situación el artículo 260, que en su texto actual, dado por la Ley Nº 19.585 dice: "Los actos y contratos del hijo no autorizados por el padre o la madre que lo tengan bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial" (inc. 1º).

De aplicarse las reglas generales, los actos celebrados por el hijo en estas condiciones deberían ser nulos relativamente pudiendo llegar a generar una obligación natural (arts. 1470 Nº 2, 1682, 1691). Sin embargo, la ley se ha puesto en el caso de que el hijo tenga peculio profesional, lo que podría inducir a los terceros a contratar con él creyendo que lo está haciendo dentro de ese peculio, y por ello, como manera de proteger a esos terceros,

⁴⁵⁴ Somarriva, *Derecho de Familia*, Nº 514, pág. 479; Rossel, ob. cit., Nº 384, pág. 369.



establece que tales actos obligan al hijo en su peculio profesional o industrial. Si no tiene peculio profesional o industrial, se vuelve a la sanción normal (nulidad relativa).

El inciso 2º del artículo 260 establece una excepción a la regla del inciso 1º, es decir, en ese caso no se va a obligar el peculio profesional o industrial. Dice: "Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de las personas mencionadas (padre, madre o curador). Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos".

634. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS SOMETIDOS A SU PATRIA POTESTAD. La ley nada ha dicho sobre la contratación entre padre e hijo sometido a patria potestad. Como el artículo 1796 prohíbe la celebración del contrato de compraventa entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad, tenemos que concluir que fuera de este caso (y el de la permuta por aplicación del artículo 1900), la contratación entre ellos sería posible. Naturalmente que si hay incompatibilidad de intereses, no podrá autorizar el padre, pues la representación legal llega hasta el momento que se produce incompatibilidad de intereses.

635. REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL HIJO SOMETIDO A PATRIA POTESTAD. Deben distinguirse las siguientes situaciones:

- a) Juicios en que el hijo es demandante o querellante;
- b) Acciones civiles seguidas contra el hijo;
- c) Juicios criminales seguidos contra el hijo, y
- d) Juicios entre padre e hijo.

636. JUICIOS EN QUE EL HIJO ES DEMANDANTE O QUERELLANTE. Rige en este caso la norma del artículo 264: "el hijo no puede parecer en juicio como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta" (art. 264 inc. 1º). "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, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis" (art. 264 inc. 2º).

Si el juicio versa sobre un derecho que dice relación con el peculio profesional o industrial del hijo, puede actuar por sí solo, pues se le mira como mayor de edad (art. 251).

637. ACCIONES CIVILES SEGUIDAS CONTRA EL HIJO. Cuando se interponga una acción en contra del 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 madre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis" (art. 265 inc. 2º).

Estas reglas no rigen respecto de aquellos juicios que versen sobre peculio profesional o industrial del hijo, pues en tales casos el hijo comparece y actúa por sí mismo, reputándose mayor de edad. En este sentido Somarriva,⁴⁵⁵ Rossel.⁴⁵⁶ Existe también un fallo en el mismo sentido.⁴⁵⁷ Claro Solar disiente de la doctrina de esta sentencia, pues a su juicio, aun tratándose del peculio profesional o industrial, las demandas deben dirigirse en contra del padre.⁴⁵⁸

638. JUICIOS CRIMINALES EN CONTRA DEL HIJO. La situación la regula el artículo 266, en los términos siguientes: "No será necesaria la intervención paterna o materna para proceder criminalmente en contra del hijo, pero el padre o madre que tiene la patria potestad será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa".

639. JUICIOS DEL HIJO EN CONTRA DEL PADRE O MADRE QUE EJERCE LA PATRIA POTESTAD. El artículo 263 establece que "siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis".

Nada dice la ley sobre el caso en que sea el padre o la madre que tiene la patria potestad quien demande al hijo. Frente a este

⁴⁵⁵ *Derecho de Familia*, N° 490, pág. 464.

⁴⁵⁶ Ob. cit., N° 387, pág. 371.

⁴⁵⁷ T. 30, sec. 1ª, pág. 406.

⁴⁵⁸ Ob. cit., t. III, págs. 134 y 342.



vacío se estima que por el hecho de que el padre o la madre demande al hijo lo está autorizando para litigar. En este caso se le debe designar un curador para que lo represente en la litis. Así ha sido resuelto.⁴⁵⁹

640. EXPENSAS PARA LA LITIS. En el caso de juicios entre el padre o madre que tiene la patria potestad con el hijo, sea que el padre o madre actúe como demandante o demandado, deben proveer al hijo "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). Esta norma la incorporó la Ley Nº 19.585 y es de gran utilidad por la frecuencia de juicios entre padres e hijos, especialmente en materia de alimentos. Con anterioridad el asunto era discutible, pues el Código únicamente establecía la obligación de otorgar expensas tratándose de los juicios criminales seguidos contra el hijo, norma que, por lo demás, mantiene el nuevo artículo 266.

641. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. La patria potestad puede suspenderse sin extinguirse, lo que ocurre en los casos del artículo 267:

- a) Prolongada demencia del padre o de la madre que la ejerce;
- b) Menor edad del padre o de la madre que la ejerce;
- c) Por estar el padre o madre que la ejerce en entredicho de administrar sus propios bienes, cualquiera sea la causa de su interdicción, y
- d) Larga ausencia u otro impedimento físico del padre o madre que la ejerza, de los cuales se siga perjuicio grave a los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente no provee.

642. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD OPERA POR SENTENCIA JUDICIAL. La suspensión de la patria potestad no opera de pleno derecho, salvo que se trate de la menor edad del padre o de la madre, en que la suspensión sí se producirá de pleno derecho (art. 267 inc. 2º). En los demás casos, debe ser decretada judicialmente, con conocimiento de causa, y después de oídos sobre

ello los parientes del hijo y el defensor de menores. Así lo señala el artículo 268 inc. 2º. Esta gestión se sigue ante los tribunales de familia (art. 8º Nº 3 de la Ley Nº 19.968).

En virtud de la reforma que en esta materia introdujo la Ley Nº 19.585, cuando cese la causa que motivó la suspensión de la patria potestad, podrá judicialmente ordenarse su recuperación, considerándose el interés del hijo. Así lo establece el inciso 2º del artículo 268: "El juez, en interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión". Como este inciso no hace ninguna distinción, debemos entender que se requiere decreto judicial aun en el caso en que la causal de la suspensión sea la menor edad del padre o de la madre.

Con anterioridad a la Ley Nº 19.585, no estaba resuelta la forma de recuperar la patria potestad, si bien autores como Fernando Rozas, eran de opinión que se requería de decreto judicial.⁴⁶⁰

El inciso final del artículo 268 ordena que la resolución que decreta o deje sin efecto la suspensión debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. Esta exigencia fue establecida por la Ley Nº 19.585 y constituye un requisito de oponibilidad para que dichas resoluciones afecten a terceros (art. 8º de la Ley Nº 4.808).

643. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. Si se suspende la patria potestad respecto de uno de los padres, pasará a ser ejercida por el otro padre. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda (art. 267 inc. final).

644. DE LA EMANCIPACIÓN. El artículo 269 la define diciendo que "es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso".

645. LA LEY Nº 19.585 ELIMINÓ LA EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA. Antes de entrar en vigencia la Ley Nº 19.585, la emancipación era de tres clases: voluntaria, legal y judicial. La ley recién citada suprimió la emancipación voluntaria, que era la que se producía por un acuerdo

⁴⁶⁰ *Análisis de la reforma que introdujo la Ley Nº 18.802*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 35.

⁴⁵⁹ T. 38, sec. 1ª, pág. 396.



entre el padre y el hijo. La eliminación nos parece adecuada, pues tenía muy poca aplicación. En definitiva, hoy día la emancipación sólo puede ser legal o judicial (art. 269 parte final).

646. LAS NORMAS SOBRE EMANCIPACIÓN SON DE ORDEN PÚBLICO. Por esta razón las causales de emancipación las establece taxativamente la ley. Las partes no pueden crearlas. Tanto es así, que cuando se hace al hijo una donación, herencia o legado, bajo condición de que se emancipe, la condición se cumple por equivalencia, es decir, el hijo no obstante la aceptación de la donación, herencia o legado, no se emancipa, siendo el efecto exclusivamente que el padre o madre pierde el derecho de goce sobre esos bienes (art. 250 N° 2).

647. EMANCIPACIÓN LEGAL. Es la que se produce por el solo ministerio de la ley en los casos taxativamente señalados en el artículo 270:

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

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;

3°. Por el matrimonio del hijo;

4°. Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años.

648. EMANCIPACIÓN JUDICIAL.⁴⁶¹ La emancipación judicial es la que se produce por sentencia judicial en los casos taxativamente señalados en el artículo 271:

1°. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro;

2°. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente;

3°. Cuando por sentencia judicial 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, y

⁴⁶¹ La emancipación judicial se tramita ante los tribunales de familia, art. 8° N° 3 de la Ley N° 19.968.

4°. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad.

Es importante señalar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, para que los malos tratos pudieran constituir la causal de emancipación judicial era necesario que pusieran en peligro la vida del menor o amenazaren con causarle grave daño (antiguo art. 267 N° 1), exigencias que hoy no contempla el artículo 271 N° 1.

En el caso del N° 2°, deberá tenerse presente lo que dispone el inciso 2° del artículo 19 de la Ley N° 14.908: "Para los efectos de los números 3° y 4° del artículo 267 del Código Civil (con la reforma de la Ley N° 19.585, la referencia debemos entenderla hecha al N° 2° del artículo 271) se entenderá que hay abandono por parte del padre o madre por el hecho de haber sido apremiado en la forma señalada en el inciso anterior para el pago de pensiones de una misma obligación alimenticia".

La Ley N° 19.617, publicada en el Diario Oficial del 12 de julio de 1999, que modificó el Código Penal en relación con los delitos de violación y otros de significación sexual, intercaló en dicho Código el artículo 370 bis, que contiene otra causal de emancipación judicial. Dice la norma: "El que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor". Agrega el inciso 2° que "El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes".

649. LA SENTENCIA QUE DECLARE LA EMANCIPACIÓN JUDICIAL DEBE SUBINSCRIBIRSE. Así lo establece el inciso final del artículo 271: "La resolución judicial que decreta la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo".



Esta subinscripción es un requisito de publicidad para que dicha resolución afecte a terceros (art. 8º de la Ley Nº 4.808).

650. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN. La emancipación no transforma al menor en capaz, salvo que la causal sea haber llegado a la mayoría de edad. De consiguiente, producida la emancipación, será necesario designarle un curador que lo represente y administre sus bienes. Lo dice en forma expresa el artículo 273: "El hijo menor que se emancipa queda sujeto a guarda".

651. IRREVOCABILIDAD DE LA EMANCIPACIÓN. EXCEPCIÓN. El artículo 272 señala que "toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable". Esta regla rige sea que se trate de emancipación legal o judicial, pues el artículo 272 es categórico: "Toda emancipación".

La Ley Nº 19.585 introdujo algunas excepciones en el artículo 272 inciso 2º: "Se exceptúa de esta regla -de la irrevocabilidad- la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre, las que podrán ser dejadas sin efecto por el juez, a petición del respectivo padre o madre, cuando se acredite fehacientemente su existencia o que ha cesado la inhabilidad, según el caso, y además 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".

652. LÍMITES A LA REVOCACIÓN. Del inciso 2º del artículo 272 se desprende que la revocación de la emancipación, en los casos de excepción que se acaban de señalar, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Debe ser ordenada por sentencia judicial;
- b) Sólo cabe cuando la emancipación se hubiere producido por las causales del Nº 2º del artículo 270 y Nº 4º del artículo 271;
- c) El tribunal sólo podrá decretarla cuando convenga a los intereses del hijo;
- d) La resolución judicial que dé lugar a ella sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 272 inc. 2º parte final), y
- e) Procede por una sola vez (art. 272 inc. 3º).

653. DERECHO DE ALIMENTOS. Otro de los efectos de la filiación es generar el derecho de alimentos y la obligación correlativa de otorgarlos, materia que se estudiará separadamente más adelante al tratar el derecho de alimentos.

654. DERECHOS HEREDITARIOS. El último de los efectos de la filiación está constituido por los derechos hereditarios que genera. Esta materia se debe estudiar al tratar la sucesión por causa de muerte.

655. NORMAS TRANSITORIAS DE LA LEY Nº 19.585 EN MATERIA DE FILIACIÓN. Terminados los efectos de la filiación, nos parece indispensable detenernos a estudiar las disposiciones transitorias de la Ley Nº 19.585, destinadas a resolver algunos problemas creados por el cambio de legislación, teniendo en cuenta especialmente la supresión de las categorías de hijos naturales y de hijos ilegítimos con derecho a alimentos necesarios y de instituciones como la emancipación voluntaria.

Veamos, en los números siguientes, las situaciones resueltas por los artículos transitorios de la Ley Nº 19.585.

656. PERSONAS QUE TENÍAN LA CALIDAD DE HIJOS NATURALES A LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGENCIA LA LEY Nº 19.585. Los que a esa fecha tenían la calidad de hijos naturales, pasan a tener los derechos que la ley contempla para todos los hijos. Así lo establece el artículo 1º transitorio: "Todos los que posean el estado de hijo natural a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, tendrán los derechos que ésta establece" (inc. 1º).

Nótese que esta disposición no dice que quienes tenían la calidad de hijos naturales a la fecha en que entró a regir la nueva ley pasen, a partir de ese momento, a tener la condición de hijos (nuevo estado civil creado por el artículo 33 de la Ley Nº 19.585). Sólo establece que pasan a tener los derechos que ésta (la ley) establece. Por esta razón Carlos Álvarez Núñez opina que "el cambio legislativo en esta materia no implicó modificar un estado civil preexistente ni que se fijaran nuevas condiciones para adquirir este estado civil...".⁴⁶² Y no deja de ser importante esta observación,

⁴⁶² "Disposiciones transitorias de la Ley 19.585". Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte, Departamento de



pues a falta de norma expresa, debe estarse a lo establecido en el artículo 3º inc. 1º de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, según el cual el estado civil adquirido conforme a una ley anterior constituye un derecho adquirido, que debe subsistir aunque la ley bajo cuyo imperio se constituyó pierda después su fuerza.

En todo caso y pese a que técnicamente el artículo 1º transitorio es deficiente, es claro en cuanto a que quien tenía la calidad de hijo natural al 27 de octubre de 1999, ha pasado a tener a partir de esa fecha los derechos que la nueva legislación establece para los hijos.

Sin embargo, si su padre o madre hubiere fallecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley (antes del 27 de octubre de 1999), como los derechos hereditarios se ajustan a la legislación vigente a la época de la apertura de la sucesión (art. 1º transitorio inc. 3º), a estos hijos les va a corresponder únicamente lo que la legislación anterior al 27 de octubre de 1999 establecía para los hijos naturales. Ello significa que concurriendo con hijos de matrimonio legítimos, según la terminología vigente a esa época, llevará, en términos generales, la mitad de lo que a aquéllos correspondiere.

657. DERECHOS DEL PADRE O MADRE NATURAL CUANDO EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO FUE FORZADO (ANTIGUO ARTÍCULO 271 N°s 2º, 3º Y 4º). El inciso 2º del artículo 1º transitorio establece que “el padre o la madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente conforme con los números 2º, 3º y 4º del anterior artículo 271 del Código Civil, tendrá la calidad, obligaciones y derechos que esta ley atribuye al padre o a la madre cuya paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición.

Lo anterior significa que a ese padre o madre se le aplica la norma del artículo 203, que lo priva 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; y, en cambio, le conserva todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o de sus descendientes (art. 203).

Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 1999, pág. 145.

658. LAS PERSONAS QUE AL 27 DE OCTUBRE DE 1999 –FECHA DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA LEY– NO HAYAN TENIDO UNA FILIACIÓN DETERMINADA PODRÁN RECLAMARLA EN CONFORMIDAD A LA NUEVA LEY. Así lo señala el artículo 2º transitorio inc. 1º: “Las personas que a la entrada en vigencia de esta ley no tengan una filiación determinada, podrán reclamarla en la forma y de acuerdo a las reglas establecidas en ésta, salvo lo dispuesto en el artículo 6º”.

La referencia al artículo 6º transitorio significa que el derecho a demandar contemplado en ese inciso 1º tiene como límite el efecto de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Los incisos 2º y 3º del artículo 2º transitorio constituyen aplicación del principio general sentado en el inciso 1º. Dice el inciso 2º: “en consecuencia, la persona que hubiere intentado una acción para obtener alimentos conforme con el anterior artículo 280, N°s 1º, 2º, 3º ó 5º del Código Civil, podrá demandar la reclamación del estado de hijo de acuerdo con las disposiciones que establece la presente ley”. Recordemos que el artículo 280 permitía al hijo ilegítimo demandar alimentos a su padre o madre. Si la sentencia acogía la demanda, el hijo sólo obtenía alimentos, pero su estado civil de hijo ilegítimo no variaba.

Pues bien, sea que la sentencia judicial hubiere acogido la demanda de alimentos, sea que la hubiere desechado, entendemos que el hijo puede intentar la acción de reclamación del estado de hijo. En el caso que la sentencia le hubiere sido favorable, vemos en esa sentencia un antecedente que hace plausible su acción para los efectos que el juez dé curso a su demanda (art. 196 inc. 2º).

El inciso 3º del artículo 2º transitorio contempla la situación de aquellas personas que citaron a reconocer paternidad en conformidad al artículo 271 N° 5 (para obtener la calidad de hijo natural) o al artículo 280 N° 4 (para obtener alimentos como hijo simplemente ilegítimo), y no tuvieron éxito en su gestión. La norma les permite demandar el reconocimiento, de acuerdo a las nuevas disposiciones, con una sola limitación: no pueden citar al mismo padre o madre para que confiese la paternidad o maternidad.



659. MANTENCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS Y OTROS BENEFICIOS PECUNIARIOS DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS OBTENIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 19.585. El artículo 2º transitorio inciso 4º trata este punto: "En todo caso, las personas que hayan adquirido el derecho de alimentos en conformidad con los anteriores artículos 280 al 291 (hijos ilegítimos no reconocidos como naturales) o a cualquier beneficio de carácter pecuniario en virtud de leyes especiales, conservarán esos derechos hasta su expiración conforme a las normas respectivas". Los otros beneficios a que hace referencia este artículo son generalmente de carácter previsional que diferentes leyes establecían en favor de los hijos simplemente ilegítimos.

660. ADECUACIÓN DE SENTENCIAS QUE OTORGARON ALIMENTOS NECESARIOS. Como es sabido, con anterioridad a la Ley N° 19.585, el Código Civil distinguía entre alimentos necesarios y congruos, siendo los primeros de menor entidad. Al suprimir la nueva ley esta distinción, tuvo que resolver qué pasaba con las sentencias que habían establecido el derecho de alimentos necesarios. Y lo hizo en los términos siguientes: "Las personas que bajo la legislación que esta ley 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 artículo 32 del Código Civil, que esta ley establece" (art. 3º transitorio, inc. 1º).

Luego, la ley no modifica las sentencias. No podía hacerlo. Pero permite a los interesados presentar una nueva demanda para adecuar la pensión anterior.

El artículo 3º transitorio en su inciso 3º declara que "no se alterarán en caso alguno las pensiones devengadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

661. EXTINCIÓN DE GUARDAS DEL HIJO NATURAL. Bajo la vigencia del Código Civil anterior a la Ley N° 19.585, el hijo natural no estaba sujeto a patria potestad; su representante legal era su tutor o curador. Como hoy día la patria potestad se extiende a todos los hijos, la ley en su artículo 4º transitorio resolvió la situación creada por el cambio de legislación del modo siguiente: "La guarda a que estuviere sujeto el hijo natural expirará por la entrada en

vigencia de esta ley, cuando de acuerdo con ella el hijo debiera estar sujeto a patria potestad. El respectivo padre o madre entrará de pleno derecho en el ejercicio de la patria potestad que le corresponde" (inc. 1º).

Cuando este artículo habla del hijo "que debiera estar sujeto a patria potestad", se está refiriendo a los hijos menores.

Como a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 -artículo 244- la patria potestad puede corresponder indistintamente al padre, a la madre o a ambos en conjunto, pero a falta de acuerdo, al padre, debe entenderse la norma del artículo 4º transitorio en el sentido que la patria potestad pasará de pleno derecho al padre, y a la madre sólo en el caso que faltare el primero. Lo anterior, sin perjuicio de que posteriormente puedan alterarse estas reglas en virtud de lo que acordaren los padres o pudiere resolver la justicia.

662. LAS EMANCIPACIONES VOLUNTARIAS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 19.585 SE MANTIENEN VIGENTES. Ya hemos explicado que con anterioridad a la Ley N° 19.585 existía la emancipación voluntaria, que la nueva ley suprimió. El inciso 2º del artículo 4º transitorio establece que los que a la entrada en vigencia de la referida ley se encontraren emancipados voluntariamente, mantienen esa condición. Señala la norma: "Las emancipaciones voluntarias realizadas en conformidad al anterior artículo 265 del Código Civil, conservarán el valor y los efectos que les atribuía el texto de esa disposición".

663. PRESCRIPCIÓN DE PLAZOS PARA IMPUGNAR, DESCONOCER O RECLAMAR FILIACIÓN. El artículo 5º transitorio da reglas sobre prescripción de las acciones de impugnación, desconocimiento o reclamación de filiación, y se coloca en distintas situaciones:

a) Los plazos que a la fecha de entrada de la nueva ley ya estuvieren corriendo, se sujetarán en su duración a las disposiciones de la ley antigua (inc. 1º). Como puede observarse, en esta materia esta disposición se separa de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que otorga al prescribiente una opción entre el plazo de la ley antigua y la nueva.

b) Los plazos que a la misma fecha no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad



a la entrada en vigencia de la nueva ley, se ajustarán a esta nueva legislación (inc. 2º).

664. TITULARIDAD DE LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN, DESCONOCIMIENTO O RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN. En esta materia se aplica la ley nueva (art. 5º trans. inc. 1º).

665. FORMA DE EJERCER ESTAS ACCIONES. En cuanto a la forma de hacer valer estas acciones, se aplica la ley nueva (art. 5º trans. inc. 1º). En esta parte, la norma aplica el mismo criterio de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, ya que esta última en su artículo 24 prescribe que “las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...”.

666. NO PUEDE DEMANDARSE EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD O MATERNIDAD RESPECTO DE PERSONAS FALLECIDAS CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA LEY. Así lo dice el artículo 5º transitorio inc. 3º: “No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

667. PLAZO DE UN AÑO PARA INTERPONER LAS ACCIONES CONTEMPLADAS EN LOS ARTÍCULOS 206 Y 207 DEL CÓDIGO CIVIL. El inciso final del artículo 5º transitorio establece que “podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretendida paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros”.

Para la cabal inteligencia de esta norma, recordemos que el artículo 206 se refiere al plazo que tiene el hijo póstumo o aquel cuyos padres fallecieron dentro de los 180 días siguientes al parto, para interponer la acción de reclamación de paternidad o maternidad en contra de los herederos del padre o madre fallecidos; y el artículo 207 se refiere al plazo que tienen los herederos del

hijo fallecido siendo incapaz o antes de transcurrir los tres años desde que alcanzare la plena capacidad, para intentar la acción de reclamación de paternidad o maternidad.

668. RESPETO A LA COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY Nº 19.585. La última disposición transitoria –artículo 6º– prescribe que “La presente ley no alterará el efecto de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque resolvieren sobre acciones de estado civil, de desconocimiento, impugnación o reclamación de la filiación, paternidad o maternidad, atribución y suspensión de la patria potestad o emancipación del hijo”. La norma es lógica, pues las sentencias ejecutoriadas incorporan derechos al patrimonio de las partes, que la nueva ley no debe alterar.

669. DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA. DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES. A partir del 27 de octubre de 1999, la adopción ha pasado a quedar reglada por la Ley Nº 19.620, publicada en el Diario Oficial del 5 de agosto de ese año, que entró en vigencia conjuntamente con la Ley Nº 19.585, esto es, el 27 de octubre de 1999 (art. 47 de la Ley Nº 19.620). Cabe agregar que esta nueva normativa no precisó lo que ocurría con las causas sobre adopción que se encontraban en tramitación a la fecha en que entró en vigencia, por lo que fue necesario dictar una norma complementaria (Ley Nº 19.658, publicada en el Diario Oficial del 20 de diciembre de 1999). El reglamento de esta ley es el Decreto Nº 944 del Ministerio de Justicia, publicado el 18 de marzo de 2000.

La nueva ley derogó la legislación anterior, constituida por la Ley Nº 7.613 –publicada en el Diario Oficial del 21 de octubre de 1943– y por la Ley Nº 18.703, publicada en el Diario Oficial del 10 de mayo de 1988, sobre adopción de menores.

670. ANTECEDENTES DE LA ADOPCIÓN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. Históricamente podemos distinguir varias etapas:

1. El Código Civil no estableció reglas sobre adopción. La institución sólo se vino a incorporar a nuestro derecho positivo con la Ley Nº 5.343, de 6 de octubre de 1934, posteriormente sustituida por la Ley Nº 7.613, publicada en el Diario Oficial del



21 de octubre de 1943, que se mantuvo vigente hasta el 26 de octubre de 1999.

2. La adopción establecida en la Ley N° 7.613 era un contrato entre adoptante y adoptado que no generaba para este último el estado civil de hijo del primero. Sólo creaba entre ellos los derechos y obligaciones que la misma ley establecía. Al no adquirir el adoptado la calidad de hijo del adoptante, no constituía una real solución para los padres sin hijos, que, en la mayoría de los casos, aspiraban a darles esa categoría. Ello incluso motivó que en vez de adoptar, los matrimonios optaran por el camino fraudulento de inscribirlos como hijos propios. En términos vulgares, se decía que “se metían al hijo en la libreta”.

3. Para resolver el problema anterior, se dictó la Ley N° 16.346, publicada en el Diario Oficial del 20 de octubre de 1965, que, sin suprimir la adopción de la Ley N° 7.613, estableció la “legitimación adoptiva”, que, como lo señalaba su artículo 1°, tenía “por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones, en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley”.

4. Posteriormente se dictó la Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, que estableció normas sobre la adopción de menores, derogando la Ley N° 16.346 (que se estimaba engorrosa y daba lugar a diversos problemas). Se mantuvo, no obstante, vigente la Ley N° 7.613.

La Ley N° 18.703 reemplazó la legitimación adoptiva que había establecido la Ley N° 16.346, por dos tipos de adopción: la simple y la plena. La primera no confería al menor el estado civil de hijo de los adoptantes, pero permitía a éstos tenerlo a su cuidado en su hogar, con obligación de criarlo, alimentarlo y educarlo por lo menos hasta la educación básica o hasta que tuviera una profesión u oficio. Además el adoptante pasaba a tener la patria potestad y los derechos y obligaciones que el Código Civil establece entre padres e hijos, entre otros, el de consentir en su matrimonio.

La adopción plena, en cambio, creaba para el adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes, con los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad. El adoptado, al adquirir el nuevo estado civil de hijo legítimo, quedaba desvinculado de su familia de origen, salvo para ciertos aspectos (impedimentos para contraer matrimonio y mantención de ciertos tipos penales

como el delito de parricidio, que subsistía si el adoptado daba muerte a su padre biológico).

5. La última etapa en esta síntesis histórica la constituye la Ley N° 19.620, que, como se ha dicho, entró en vigor conjuntamente con la Ley N° 19.585. La nueva ley derogó la legislación anterior, esto es, las Leyes N°s 7.613 y 18.703.

La Ley N° 19.620 ha sido modificada por la Ley N° 19.910 (publicada en el Diario Oficial del 28 de octubre de 2003), por la Ley N° 19.947 (Ley de Matrimonio Civil), por la Ley N° 19.968, que estableció los tribunales de familia, y por la Ley N° 20.203 (Diario Oficial del 3 de agosto de 2007).

El Reglamento de la Ley de Adopción fue aprobado por el Decreto Supremo 944, del 18 de noviembre de 1999, publicado en el Diario Oficial del 18 de marzo de 2000.

671. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS ADOPTADAS CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 19.620. El artículo 45 inciso 2° de la Ley N° 19.620 reguló en forma expresa la situación de quienes a la fecha de su entrada en vigencia tenían la calidad de adoptantes o adoptados: “los que tengan la calidad de adoptantes y adoptados conforme a la Ley N° 7.613 o a las reglas de la adopción simple contempladas en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria”.

En la forma dicha se produce respecto de estas personas la sobrevivencia de la legislación conforme a la cual fueron adoptados. Por ello, por ejemplo, continúa vigente la norma del artículo 27 de la Ley N° 7.613 y del artículo 18 de la Ley N° 18.703, que prohíben el matrimonio entre adoptante y adoptado o del adoptado con el viudo o viuda del adoptante; se mantiene la obligación recíproca de alimentos (art. 22 de la Ley N° 7.613); se mantiene la patria potestad del adoptante, quien sin embargo no tiene el derecho de usufructo sobre los bienes del adoptado (art. 15 de la Ley N° 7.613); continúa vigente el derecho para consentir en el matrimonio del adoptado menor (art. 15 de la Ley N° 7.613), etc.

Llamamos la atención a que el artículo 45 inc. 2°, que se viene glosando, se refiere a los que tengan la calidad de adoptantes y adoptado conforme a la Ley N° 7.613 o a las reglas de la



adopción simple contempladas en la Ley N° 18.703. Ello porque si la adopción era plena, el adoptado pasaba a tener la calidad de hijo legítimo del causante.

En materia de derechos hereditarios, las personas adoptadas de acuerdo a las Leyes N°s 7.613 ó 18.703, mantienen los derechos que esas leyes les conferían (art. 45 de la Ley N° 19.620). Para la mejor comprensión de esta materia, debemos hacer algunas distinciones:

a) respecto de las sucesiones abiertas antes del 27 de octubre de 1999, se aplican a estas personas las normas de la ley antigua, pues según el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.585, "los derechos hereditarios se regirán por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión" (inc. final);

b) en cuanto a las sucesiones abiertas a partir del 27 de octubre de 1999, en el caso de los adoptados en conformidad a la Ley N° 7.613, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 24 de dicha ley: "en la sucesión intestada del adoptante, el adoptado será tenido, para este solo efecto, como hijo natural, y recibirá, en consecuencia, en los casos contemplados en los artículos 988, 989, 990, 991 y 993 del Código Civil, una parte igual a la que corresponda o haya podido corresponder a un hijo natural".

Al desaparecer la distinción entre hijos legítimos y naturales, el cuadro se complica, pues el adoptado tenía, en términos generales, los mismos derechos de un hijo natural, lo que implicaba que en el primer orden sucesorio, llevaba la mitad de lo que correspondía a un hijo legítimo. La pregunta que cabe formular es si esa eliminación favorece también al adoptado, que en tal caso ya no llevaría la mitad de lo que lleva un hijo, sino lo mismo que éste. Pensamos que con la supresión de la distinción entre hijos legítimos y naturales, concurre en la misma proporción que los demás hijos del causante, con lo que efectivamente ha mejorado su situación. Así lo entiende también Gonzalo Figueroa Yáñez: "Creo que en razón del texto de este artículo, el adoptado verá mejorar su situación, en lo que corresponde a los órdenes 1°, 3° y 4°, porque 'será tenido como hijo natural' y éste ha mejorado su situación sucesoral".⁴⁶³ Eduardo Court Murasso, después de

⁴⁶³ Gonzalo Figueroa Yáñez, Ciclo de Charlas "Nueva Ley de Adopción N° 19.620", Colegio de Abogados de Chile. Aspectos sustantivos de la nueva ley, pág. 18.

resolver que el problema se puede entender en la forma recién indicada, agrega que "otra posible respuesta, sujetándonos de los términos que emplea el artículo 24 de la Ley N° 7.613, es señalar que el adoptado de esa ley tendrá una parte igual a la que hubiera podido corresponder a un hijo natural. Así el adoptado concurriría en el primer orden junto con los hijos, pero le serían aplicables las limitaciones que el actual artículo 988 –se refiere al artículo 988 vigente antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585– impone a los hijos naturales".⁴⁶⁴

Gonzalo Figueroa señala que "en el segundo orden deben aplicarse las reglas actualmente vigentes –se refiere a las vigentes antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585–, y dividir la herencia en 6 partes, correspondiendo una sexta parte al adoptado según la Ley N° 7.613".⁴⁶⁵ Ello "porque la ley se refiere aquí específicamente al adoptado, distinguiéndolo del hijo natural".⁴⁶⁶ Al mismo resultado llega Court: "La eventual concurrencia del adoptado de la Ley N° 7.613 en el actual segundo orden de sucesión es más complicada. En efecto, conforme a la Ley N° 19.585 el segundo orden de sucesión tiene lugar a falta de hijos, y de descendencia de éstos con derecho a representarlos y lo fijan el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. No hay herederos concurrentes. Si aplicamos el artículo 24 de la Ley N° 7.613, el adoptado concurriría en este segundo orden y llevaría lo que hubiera podido corresponder a un hijo natural (inciso primero). Es decir, si concurren todos (ascendientes, cónyuge y adoptado), la herencia debería dividirse en seis partes, correspondiente una al adoptado, y si no concurre el cónyuge o los ascendientes, la herencia se dividiría en dos partes: una para el cónyuge o ascendientes y otra para el adoptado".⁴⁶⁷

Para terminar con los derechos hereditarios de estas personas adoptadas de acuerdo a las Leyes N°s 7.613 ó 18.703, nos parece importante formular una precisión: si bien, con la supresión de los hijos naturales, puede estimarse que en el primer orden de sucesión abintestato el adoptado concurre en la misma propor-

⁴⁶⁴ Nueva Ley de Filiación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, págs. 205-206.

⁴⁶⁵ Ob. cit., pág. 18.

⁴⁶⁶ Ob. cit., pág. 18.

⁴⁶⁷ Ob. cit., págs. 206-207.



ción que los demás hijos del causante, no debe olvidarse que estos últimos son legitimarios, calidad que el adoptado no tiene (art. 24 inc. final de la Ley N° 7.613).

672. ADOPTANTES Y ADOPTADOS (LEYES N°S 7.613 Ó 18.703), PUE- DEN ACORDAR QUE SE LES CONFIERAN LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA LEY N° 19.620. El artículo 45 en su inciso 3° establece que: “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, esos adoptantes y adoptados –los adoptados de acuerdo a las Leyes N°s 7613 ó 18.703– cualquiera sea su edad, podrán acordar que se les apliquen los efectos que establece el artículo 37 inciso 1° de esta ley –es decir, que el adoptado tenga la calidad de hijo del adoptante– si se cumplen los siguientes requisitos:

a) El pacto deberá constar en escritura pública, que suscribirán el o los adoptantes y el adoptado, por sí mismo o por curador especial, según el caso. Si la adopción se otorgó conforme a la Ley N° 7.613, además deberán prestar su consentimiento las otras personas que señala su artículo 2°, y, en el caso de la adopción simple establecida en la Ley N° 18.703, las personas casadas no divorciadas requerirán el consentimiento de su respectivo cón- yuge;

b) el pacto se someterá a la aprobación del juez competente, la que se otorgará luego de que se realicen las diligencias que el tribunal estime necesarias para acreditar las ventajas para el adoptado. Tales diligencias, en el caso de la adopción regulada por la Ley N° 7.613, contemplarán necesariamente la audiencia de los parientes a que se refiere el inciso primero de su artículo 12, si los hay; y tratándose de la adopción simple que norma la Ley N° 18.703, la audiencia de los padres del adoptado siempre que ello sea posible, y

c) la escritura pública y la resolución judicial que apruebe el pacto deberán remitirse a la oficina correspondiente del Servicio de Registro Civil e Identificación, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo del o de los adop- tantes, y sólo desde esa fecha producirá efecto respecto de las partes y terceros (el texto de esta letra lo estableció la Ley N° 19.910).

El inciso final del artículo 45 agrega que “se aplicará a la adopción constitutiva de estado civil así obtenida el artículo 38 de esta ley, con la salvedad de que, además del adoptado, podrán solicitar su declaración de nulidad las personas que tengan actual

interés en ella, en el cuadrienio que empezará a computarse desde la inscripción practicada en el Registro Civil” (redacción dada por la Ley N° 19.910).

Lo anterior significa que esta adopción es irrevocable, sin perjuicio de que el adoptado, por sí o por curador especial, pueda pedir su nulidad si se obtuvo por medios ilícitos o fraudulentos. Respecto de la nulidad, el inciso final del artículo 45 introduce dos modificaciones a lo señalado en el artículo 38. La primera, que pueden demandar la nulidad además del adoptado todas las personas que tengan actual interés en ella; y, la segunda, que en este caso el cuadrienio se cuenta desde la subinscripción practicada en el Registro Civil.

673. ESTRUCTURA DE LA LEY N° 19.620. La estructura de la Ley N° 19.620 es la siguiente: El Título I trata de: Disposiciones gene- rales; el Título II: De los procedimientos previos a la adopción; el Título III: De la Adopción; el Título IV: De las sanciones, y finalmente, en un Título sin numeración: Disposiciones Finales. Explicamos esto para aclarar que debemos distinguir dos etapas: una primera referida a los aspectos previos a la adopción, y una segunda que trata de la adopción propiamente tal: La primera termina con una resolución que declara al menor susceptible de ser adoptado (art. 15), y la segunda, con la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de adopción (art. 24).

674. CARACTERÍSTICAS DESTACADAS DE LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA DE ADOPCIÓN. Podemos anotar las siguientes características:

a) La adopción se constituye por sentencia judicial dictada en un procedimiento no contencioso (art. 23 inc. 2°) y requiere de una preparación previa. Ambrosio Rodríguez explica esto último señalando que “para preparar una adopción el menor debe ser incluido en un registro de personas susceptible de ser adoptadas; los futuros adoptantes deben inscribirse en un registro de personas susceptibles de ser adoptantes; el Servicio Nacional de Menores, a su vez, es el organismo encargado de acreditar a corporaciones o instituciones que se dediquen precisamente a ubicar hijos y padres”.⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ “Nuevo Régimen de Adopción”, conferencia dictada en la Universidad del Desarrollo, Concepción, septiembre de 1999, pág. 7.



b) Sólo permite la adopción de menores de 18 años de edad que se encuentre en determinadas situaciones (artículos 8º y 12).

Cabe precisar que la ley obliga al tribunal que conoce de la adopción a tener en cuenta "las opiniones del menor, en función de su edad y madurez" (art. 3º inc. 1º) y para el caso de tratarse de un menor adulto, será necesario contar con su consentimiento, "que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción..." y "en el curso del procedimiento de adopción" (inc. 2º). Agrega esta norma que "en caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor..." y agrega que "excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél (menor), podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento". Esta última parte de la disposición ha sido criticada, porque "si se requiere el consentimiento de una persona para la existencia del acto jurídico, la prescindencia de ese consentimiento no puede generar el acto jurídico que se persigue".⁴⁶⁹ Este profesor llega a sostener que "prescindir de la voluntad de una persona para romper los vínculos de su familia de origen, para crear vínculos con otra familia que no desea, teniendo, según la ley, voluntad, faltándole solamente experiencia, en mi opinión, es susceptible de impugnación en virtud del Principio de Supremacía Constitucional".⁴⁷⁰

c) Tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen" (art. 1º inc. 1º).

En esta parte, la ley se ajusta a lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor para Chile el 12 de septiembre de 1990.

Agreguemos que esta idea del respeto absoluto a los intereses superiores del menor está expresada no sólo en el artículo 1º, sino también en varias otras disposiciones (arts. 3º, 12 Nº 3 inc. 2º, 25 inc. final, 30 inc. 2º, etc.).

⁴⁶⁹ Ambrosio Rodríguez, ob. cit., pág. 8.

⁴⁷⁰ Ob. cit., pág. 26.

d) Confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes (arts. 1º inc 2º, 37). Consecuencia de ello es que el menor pierde su filiación de origen, salvo para ciertos efectos (art. 1º inc. 2º y art. 37).

e) Otorga al Servicio Nacional de Menores una importante intervención en todo lo relacionado con la adopción (arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 9º Nº 3, 10, 13, 17, 18, 19, 33). Entre otros aspectos, está facultado para hacerse parte en todos los asuntos que regula la ley que digan relación con la protección del menor; tiene la obligación de llevar dos registros: uno de personas interesadas en adoptar y otro de menores que pueden ser adoptados; tiene competencia exclusiva -el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados por éste- para intervenir en programas de adopción destinados a procurar al menor una familia responsable, etc.

f) Distingue entre adoptantes residentes en Chile y no residentes en Chile (arts. 29 y siguientes).

g) La ley garantiza la reserva de todas las tramitaciones, judiciales y administrativas, salvo que los interesados en la solicitud de adopción renuncien a esta garantía (art. 28). El incumplimiento de este deber de reserva, se sanciona severamente (arts. 39 al 44).

675. PERSONAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS. Sólo pueden ser adoptados los menores de 18 años que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 8º de la ley: a) El menor cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente; b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, y c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes.

En los puntos siguientes iremos viendo cada una de estas situaciones.

676. MENOR CUYOS PADRES NO SE ENCUENTRAN CAPACITADOS O EN CONDICIONES DE HACERSE CARGO RESPONSABLEMENTE DE ÉL Y QUE EXPRESEN SU VOLUNTAD DE ENTREGARLO EN ADOPCIÓN ANTE EL JUEZ COMPETENTE (art. 8º letra a). Según el artículo 9º, "tratándose de

alguno de los menores a que se refiere la letra a) del artículo anterior, el padre o la madre que haya expresado su voluntad de entregarlo en adopción de conformidad al artículo 56 o ambos si fuere el caso, tendrán un plazo de treinta días para retractarse, contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. Vencido este plazo, no podrán ejercitar tal derecho”.

En cuanto al procedimiento, lo fija el inciso 2º y es el siguiente:

1. “La audiencia preparatoria se llevará a cabo entre el décimo y el décimo quinto día posterior a la presentación de la solicitud. Al ratificar la declaración de voluntad, el juez informará personalmente a el o los solicitantes sobre la fecha en que vencerá el plazo con que cuentan para retractarse”.

2. “Si la solicitud sólo hubiere sido deducida por uno de los padres, ordenará que se cite a la audiencia preparatoria al otro padre o madre que hubiere reconocido al menor de edad, bajo apercibimiento de que su inasistencia hará presumir su voluntad de entregar al menor en adopción. En dicha audiencia podrán allanarse o deducir oposición respecto de la solicitud”.

“La citación se notificará personalmente, si el padre o la madre tienen domicilio conocido. Para este efecto, si no se conociera el domicilio, al proveer la solicitud, el tribunal requerirá al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dicha persona que conste en sus registros. De no establecerse el domicilio, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, la notificación se efectuará por medio de aviso que se publicará en el Diario Oficial conforme a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 14” (o sea, el día 1 ó 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuere feriado).

3. “El tribunal comprobará que los padres del menor de edad no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él”.

“Se entenderán comprobadas estas circunstancias con el informe que, en tal sentido, haya emitido y presentado en audiencia aquel de los organismos aludidos en el artículo 6º que patrocine al padre o madre compareciente o, si no mediare tal patrocinio, con el que el tribunal ordene emitir a alguno de esos organismos, para ser conocido en la audiencia del juicio”.

4. “Si el padre o madre que no hubiere deducido la solicitud hubiere fallecido o estuviere imposibilitado de manifestar su voluntad, bastará la sola declaración del compareciente. En dicho caso, como también si no se deduce oposición, el tribunal resolverá en la audiencia preparatoria, en tanto cuente con la rendición del informe a que alude el numeral precedente y haya transcurrido el plazo de retractación a que se refiere el numeral 1 precedente”.

5. “En su caso, la audiencia de juicio se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes a la audiencia preparatoria. Sin embargo, si el plazo de retractación a que se refiere el numeral 1 precedente estuviere pendiente a esa fecha, la audiencia de juicio se efectuará dentro de los cinco días siguientes a su vencimiento”.

“No podrá suspenderse el desarrollo de la audiencia de juicio ni decretarse su prolongación en otras sesiones por la circunstancia de que, hasta el día previsto para su realización, no se hayan recibido los informes u otras pruebas decretadas por el tribunal”.

6. “La notificación de la sentencia definitiva a los comparecientes, en todo caso, se hará por cédula en el domicilio que conste en el tribunal, salvo que sea posible efectuarla en forma personal en la audiencia respectiva”.

“Una vez ejecutoriada, será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores para los efectos previstos en el artículo 5º” (para que los incorporen al Registro de las personas que pueden ser adoptadas).

En conformidad al inciso final del artículo 10, “ratificada por la madre su voluntad (de dar al menor en adopción), el juez citará a la audiencia de juicio para dentro de los cinco días siguientes”.

677. PROCEDIMIENTO SE PUEDE INICIAR ANTES DEL NACIMIENTO DEL HIJO. En el caso que nos ocupa –artículo 8º letra a)– el artículo 10 establece que “El procedimiento a que se refiere el artículo anterior podrá iniciarse antes del nacimiento del hijo, sólo cuando sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste. En tal caso, se efectuarán los trámites que correspondan, y sólo quedará pendiente la ratificación de la madre y la dictación de la sentencia. En caso de no existir patrocinio, el tribunal remitirá los antecedentes al Servicio Nacional de Menores, suspendiendo la tramitación de la solicitud”.



Respecto de la ratificación pueden presentarse varias situaciones:

a) que la madre ratifique dentro del plazo de 30 días contados desde el parto, su voluntad de entregar en adopción al menor;

b) que transcurra el plazo referido sin que se produzca la ratificación. En tal supuesto, no se le puede apremiar para que lo haga y transcurrido el plazo se le tendrá por desistida de su decisión (art. 10 inc. 2º);

c) que la madre falleciere antes de ratificar. En este caso "será suficiente manifestación de su voluntad de dar al menor en adopción la que conste en el proceso" (art. 10 inc. 3º).

La norma del artículo 10 que estamos comentando tiene por objeto evidente que aquella mujer que encontrándose embarazada sienta que no podrá hacerse cargo del hijo, opte por el camino de darlo en adopción y no interrumpa su embarazo mediante el aborto.

d) "ratificada por la madre su voluntad (de dar en adopción al hijo que espera), el juez citará a la audiencia de juicio para dentro de los cinco días siguientes".

678. MENOR QUE SEA DESCENDIENTE CONSANGUÍNEO DE UNO DE LOS ADOPTANTES (ART. 8º LETRA B). Tratándose de estos menores, la ley distingue dos situaciones:

a) que el cónyuge que quisiere adoptar al menor sea su padre o madre, y que sólo haya sido reconocido como hijo por él o ella, caso en que se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III, es decir, el procedimiento de adopción. (art. 11 inc. 1º);

b) que el hijo esté reconocido por ambos padres o tenga filiación matrimonial. En este supuesto es necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, el artículo 9º.

Si faltare el padre o la madre, o si éste se opusiere a la adopción, debe el juez resolver si el menor es susceptible de ser adoptado.

El inciso final del artículo 11 expresa: "En caso de que uno de los solicitantes que quieran adoptar sea otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del menor, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 9º o 13, según corresponda".

679. MENOR DECLARADO SUSCEPTIBLE DE SER ADOPTADO POR RESOLUCIÓN DE TRIBUNAL COMPETENTE, DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 12 Y SIGUIENTES (ART. 8º LETRA C). En conformidad al artículo 12, "procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se hallen en una o más de las siguientes situaciones:

1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil;

2. No le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviere una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días (texto dado por la Ley N° 20.203).

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor;

3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

Como la prueba de este ánimo es difícil, la ley ha establecido tres presunciones que lo suponen:

a) cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado (art. 12, N° 3, inc. 2º), y

b) cuando el padre, la madre o las personas que tuvieran al menor a su cuidado no lo visiten, por lo menos una vez, durante cada dos meses si el menor tuviere más de un año de edad, o una vez cada treinta días si tuviere menos de un año (art. 12 incs. 2º y 3º con las reformas de la Ley N° 20.203).

La institución o el tercero que reciba al menor que le ha sido entregado por el padre, la madre o un tercero con el ánimo de librarse de sus obligaciones legales "deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que lo tenían a su cuidado" (art. 12 inc. penúltimo).

c) El artículo 12 inciso final contempla otra presunción de abandono: "Los casos de abandono del menor en la vía pública,



en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos, se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia del abandono”.

680. PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR QUE UN MENOR ES SUSCEPTIBLE DE SER ADOPTADO. Según el artículo 13 de la Ley N° 19.620, el procedimiento que tenga por objeto *declarar que un menor es susceptible de ser adoptado* se iniciará de oficio por el juez, a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo.

En conformidad al artículo 14, “recibida la solicitud precedente (la que tiene por objeto que se declare que el menor es susceptible de ser adoptado), el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurren a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurre, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud” (inc. 1°).

“La citación se notificará personalmente a los padres del menor, y por carta certificada a las demás personas; todo ello, en cuanto tuvieren domicilios conocidos. Para este efecto, si no se conocieren los domicilios, el tribunal requerirá, en los términos a que se refiere el párrafo segundo del número 2 del artículo 9°, al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dichas personas que conste en sus registros” (inc. 2°).

“De no establecerse el domicilio de alguna de ellas, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, el juez ordenará de inmediato que la notificación se efectúe por medio de un aviso que se publicará gratuitamente en el Diario Oficial el día 1 ó 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuere feriado. De igual

forma se citará a los ascendientes y consanguíneos del menor de edad cuya filiación no esté determinada. El aviso deberá incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor. La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación del aviso” (inc. 3°).

El inciso final agrega que “A las personas que no comparecieron se las considerará rebeldes por el solo ministerio de la ley, y respecto de ellas las siguientes resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien”.

Según el artículo 15 de la Ley N° 19.620 (en el texto dado por la Ley N° 19.968) “la audiencia preparatoria y las audiencias del juicio se llevarán a cabo en los términos que establecen los números 1 y 5 del artículo 9°, respectivamente” (inc. 1°). “El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él” (inc. 2°). “Los informes que se evacuen y rindan al respecto deberán solicitarse a algunos de los organismos a que se refiere el artículo 6°, pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su solo mérito” (inc. 3°). “Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse la convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria” (inc. 4°).

La sentencia que declare que el menor puede ser adoptado se notificará por cédula a los consanguíneos que hayan aparecido al proceso, en el domicilio que conste en el mismo, salvo que sea posible efectuar la notificación en forma personal en la audiencia respectiva. Una vez ejecutoriada, será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores, para los efectos previstos en el artículo 5° (art. 16).

681. RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA QUE SE PRONUNCIE SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EL MENOR PUEDA SER ADOPTADO. El artículo 17 señala que “contra la sentencia que declare al menor como susceptible de ser adoptado o la que deniegue esa declaración, procederá el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo”. Agrega esta norma que



“la sentencia recaída en procesos en que no sea parte el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado por éste, que no se apelare deberá elevarse en consulta al tribunal superior” (inc. 2º). Y el inciso final ordena al tribunal que “la sentencia que declara al menor susceptible de ser adoptado debe ser comunicada –se le debe oficiar– al Servicio Nacional de Menores para que lo incorpore al correspondiente registro a que se refiere el artículo 5º”.

En nuestro concepto, la sentencia que declara que el menor no es susceptible de ser adoptado tiene la naturaleza jurídica de sentencia interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su continuación, por lo que es susceptible de casación en la forma (art. 67 Nº 6 de la Ley Nº 19.968).

682. TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE ESTA MATERIA. Esta materia es de la competencia de los tribunales de familia (arts. 8º Nº 13 de la Ley Nº 19.968 y 18 inciso 1º de la Ley Nº 19.620). Esta última norma señala: “Conocerá de los procedimientos a que se refiere este Título el juez de letras de menores del domicilio del menor que tenga competencia en materias de familia” (el texto actual está dado por la Ley Nº 19.968), entendiéndose por domicilio del menor el correspondiente a la respectiva institución, si se encontrare bajo el cuidado del Servicio Nacional de Menores o de un organismo acreditado ante éste (inc. 2º). El inciso 3º agrega que “en su caso si hubiere procesos de protección incoados relativos al menor, el juez ordenará acumularlos al de susceptibilidad o adopción, sin perjuicio de tener a la vista los antecedentes de los procesos terminados en relación con el mismo”.

683. ENTREGA ANTICIPADA DEL MENOR A QUIEN HAYA MANIFESTADO AL TRIBUNAL SU VOLUNTAD DE ADOPTARLO. El inciso 1º del artículo 19 de la Ley Nº 19.620 establece que “El juez ante el cual se siga alguno de los procedimientos regulados en este título, podrá confiar el cuidado personal del menor a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos señalados en los artículos 20, 21 y 22. Para los efectos de resolver dicha solicitud, el juez citará a una audiencia para dentro de quinto día, debiendo concurrir los solicitantes con los antecedentes que avalen su petición. El procedimiento será reservado respecto de terceros distintos de los solicitantes”.

La resolución que apruebe dicha solicitud producirá sus efectos sólo una vez ejecutoriada la sentencia que declare que el menor de edad es susceptible de ser adoptado. Excepcionalmente, mediante resolución fundada, podrá autorizarse el cumplimiento de dicha resolución durante el curso del respectivo procedimiento, en los siguientes casos:

a) “Cuando se siga el procedimiento regulado en el artículo 9º, una vez certificado el vencimiento del plazo de treinta días a que se refiere el encabezamiento, sin que se haya producido la retractación de la voluntad de entregar al menor en adopción y no se haya deducido oposición” (art. 19 de la Ley Nº 19.620, según texto dado por la Ley Nº 19.968).

b) “En los casos a que se refiere el artículo 12, desde el término de la audiencia preparatoria, en caso que no se haya deducido oposición a que se declare que el menor es susceptible de ser adoptado. En su caso, se considerará especialmente la concurrencia de alguna de las presunciones que establece el artículo 12 de la presente ley” (art. 19).

684. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. Esta materia está regulada en el Título III de la Ley Nº 19.620, que la trata en 4 párrafos: De la constitución de la adopción por personas residentes en Chile; De la competencia y el procedimiento de adopción; De la constitución de la adopción por personas no residentes en Chile; De los efectos de la adopción y de su expiración.

685. PERSONAS QUE PUEDEN ADOPTAR. Para determinar quiénes pueden adoptar, la ley se coloca en dos escenarios diferentes: 1, que el menor sea adoptado por personas que tengan residencia en Chile, y 2, que lo sea por personas no residentes en Chile. Como acabamos de ver, la primera situación la trata en el párrafo primero del Título III, artículos 20 y siguientes, y la segunda, en el párrafo tercero del mismo Título, artículos 29 y siguientes.

686. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN POR PERSONAS RESIDENTES EN CHILE. El artículo 20 establece que “podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por

alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º –Servicio Nacional de Menores u organismos acreditados ante éste– que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes”. El inciso 2º establece que “El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de 5 años”.

De consiguiente, para adoptar se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Debe tratarse de cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, quienes deben actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

La regla general de que sólo pueden recibir en adopción los matrimonios tiene algunas excepciones:

1. Si no existen cónyuges interesados en adoptar a un menor o no cumplan con el requisito de residencia permanente en Chile, se podrá entregar el menor en adopción a una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, siempre que cumpla con los demás requisitos legales (edad mínima y máxima, diferencia de edad e idoneidad física, mental, psicológica y moral) (art. 21 de la Ley Nº 19.620 según texto dado por Leyes Nºs 19.910 y 19.947).

Antes de la modificación que la Ley Nº 19.910 introdujo a esta norma las personas solteras o viudas sólo podían adoptar si tenían la nacionalidad chilena, lo que constituía una excepción al artículo 57 del Código Civil, por lo que la modificación nos parece adecuada.

Esta persona viuda o soltera debe, además, haber participado en alguno de los programas de adopción realizados por el Servicio Nacional de Menores o por un organismo acreditado por éste (art. 21 inc. 2º).

Finalmente, “si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal” (art. 21 inc. final). Nos asiste la duda sobre si no habría sido más adecuado invertir la regla, prefiriendo

primero al que tenga al menor a su cuidado y sólo en defecto de éste a los parientes consanguíneos, y

2. En el caso de que en vida de ambos cónyuges se hubiere iniciado la tramitación de la adopción o, no habiéndose iniciado ésta, el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente, podrá otorgarse la adopción del menor al viudo o viuda, siempre que cumpla con los demás requisitos legales. En este caso, la adopción se entenderá efectuada por ambos cónyuges, desde el momento en que se practique la inscripción del nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye (art. 22 inc. 1º parte final). La voluntad de adoptar del cónyuge difunto deberá probarse por instrumento público, por testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable, no bastando la sola prueba de testigos (art. 22 inc. 2º).

La Ley de Matrimonio Civil agregó al artículo 22 un inciso tercero, según el cual “Los cónyuges que hubieren iniciado la tramitación de una adopción, podrán solicitar que ésta se conceda aun después de declarada su separación judicial o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado”.

b) Deben tener más de dos años de matrimonio. No rige esta exigencia si uno o ambos cónyuges están afectados de infertilidad (art. 20 inc. final).

c) Deben tener idoneidad física, mental, psicológica y moral calificada por el Servicio Nacional de Menores o por un organismo autorizado por éste (art. 20 inc. 1º).

d) Deben ser mayores de veinticinco y menores de sesenta años de edad, y tener una diferencia de edad de 20 o más años con el menor. El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años, sin que esta rebaja pueda exceder de 5 años. Además, estas exigencias no rigen si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado (art. 20 incisos 2º y 3º).

687. NO PROCEDE LA ADOPCIÓN EN EL CASO DE LOS CÓNYUGES SEPARADOS JUDICIALMENTE. La Ley Nº 19.947, Ley de Matrimonio Civil, agregó un inciso quinto al artículo 20 de la Ley Nº 19.620, que establece que “En todo caso, no podrá concederse la adopción a



los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil". Cabe agregar que según el inciso 3º del artículo 22, incorporado por la Ley de Matrimonio Civil, si los cónyuges hubieren iniciado la tramitación de la adopción, podrán solicitar que ésta se conceda aun después de declarada la separación judicial o divorcio, si conviene al interés superior del adoptado.

688. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN. Esta materia la trata la Ley Nº 19.620 en el párrafo segundo del Título III, artículos 23 y siguientes. En síntesis, las reglas son las siguientes:

1. Tiene competencia para conocer de esta materia el juez de letras con competencia en materia de familia, del domicilio del menor (art. 23 inc. 1º, según texto dado por la Ley Nº 19.910). Con anterioridad a esta ley, era competente el juez de letras de menores del domicilio de los adoptantes.

2. La adopción se tramita en un procedimiento no contencioso, en que no se admite oposición. Esto último constituye una excepción a la regla del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil. Las cuestiones que se susciten se substanciarán en cuaderno separado. Cabe agregar que en este procedimiento el tribunal debe cumplir un papel activo, pudiendo "decretar de oficio las diligencias necesarias para comprobar las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor y, si lo estimare necesario, las que le permitan complementar la evaluación de idoneidad de los solicitantes..." (art. 24 inc. 1º).

3. La solicitud de adopción deberá ser firmada por todas las personas cuya voluntad se requiera según lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22, ante la presencia del secretario del tribunal, quien deberá certificar la identidad de los comparecientes.

4. Deben acompañarse a la solicitud los siguientes antecedentes:

a) copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que pretenda adoptar;

b) copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado, dictada en virtud del artículo 8º, letras a) o c), o certificados que acrediten las circunstancias a que se refiere la letra b) del artículo 8º, en su caso;

c) informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por el Servicio Nacional de Menores o por un organismo autorizado por éste.

5. En el caso en que los menores en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes (art. 23 inc. final).

6. Si distintas personas solicitan la adopción de un mismo menor, las solicitudes deberán acumularse a fin de ser resueltas en una sola sentencia (art. 23 inciso final, agregado por la Ley Nº 19.910).

7. Si se acompañan a la solicitud todos los antecedentes indicados en el artículo 23, el juez acogerá la petición a tramitación, debiendo, en seguida, ordenar de oficio las diligencias conducentes a comprobar las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor y, si lo estimare necesario, para complementar la evaluación de idoneidad de los solicitantes. Todas estas diligencias deberán realizarse dentro del plazo de 60 días, vencido el cual, las no cumplidas se tendrán por no decretadas, debiendo dictarse sentencia sin más trámite. Deberá además agregar a los autos la causa a que se alude en las letras a) y c) del artículo 8º, según corresponda.

8. Si los solicitantes no tienen el cuidado personal del menor, el tribunal, desde que aparezcan en autos antecedentes que a su juicio sean suficientes, les otorgará la tuición del menor y dispondrá las diligencias que estime pertinentes para establecer la adaptación a su futura familia.

9. En cualquier momento el tribunal "podrá poner término al ejercicio del cuidado personal del menor por los interesados, cuando así lo estime necesario para el interés superior de aquél. En todo caso, cesará de pleno derecho si el tribunal denegare la solicitud de adopción, de lo que dejará constancia en la misma sentencia, la cual dispondrá además la entrega del menor a quien confíe su cuidado en lo sucesivo" (art. 24 inc. final).

689. DE LA SENTENCIA DE ADOPCIÓN. RECURSOS. La sentencia deberá ordenar lo que dispone el artículo 26, entre otras cosas, practicar una nueva inscripción de nacimiento y cancelar la anterior. Se notificará por cédula a los solicitantes en el domicilio que conste en el proceso, salvo que sea posible efectuar la notificación en forma personal en la audiencia respectiva.



La Ley N° 19.910 agregó al artículo 26 una nueva exigencia: la sentencia deberá ordenar que se oficie cuando corresponda, al Ministerio de Educación, a fin de que se eliminen del registro curricular los antecedentes relativos al menor de edad adoptado y se incorpore otro registro de acuerdo a la nueva identidad de éste.

En contra de la sentencia procederá el recurso de apelación en ambos efectos, que gozará de preferencia para su vista y fallo y se tramitará de acuerdo a las reglas de los incidentes, vale decir, el tribunal lo conocerá en cuenta a menos que los solicitantes dentro del plazo para comparecer a segunda instancia, soliciten alegatos (art. 199 Código de Procedimiento Civil).

Cabe también, en contra de la sentencia, el recurso de casación de forma (arts. 766 y 822 del Código de Procedimiento Civil), y en contra de la sentencia de segunda instancia, casación de fondo.⁴⁷¹ Cabe tener presente que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, no procedía el recurso de casación, por no contemplarlo el artículo 37 de la Ley de Menores.

690. ENVÍO DE LOS ANTECEDENTES A LA DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO CIVIL. El oficial del Registro Civil que practique la nueva inscripción de nacimiento del adoptado deberá enviar los antecedentes a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, que, a su vez, los remitirá al Jefe del Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, para que los mantenga bajo su custodia en sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial (art. 27). Agrega esta disposición que “podrán únicamente otorgarse copias autorizadas de la sentencia o del expediente de adopción por resolución judicial, a pedido del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes y descendientes de éstos. Si los peticionarios no son los adoptantes, la autorización se concederá siempre previa citación de éstos, salvo que se acredite su fallecimiento”.

Termina el artículo 27 expresando que “cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que

⁴⁷¹ Hernán Corral T., *Adopción y Filiación Adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 229.

le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”.

691. ADOPCIÓN POR PERSONAS NO RESIDENTES EN CHILE.⁴⁷² El párrafo tercero del Título III de la ley, artículos 29 y siguientes, regulan esta materia. En los puntos que siguen desarrollaremos los siguientes aspectos: forma de constituir la, requisitos, tribunal competente y procedimiento.

692. FORMA DE CONSTITUIR LA ADOPCIÓN POR PERSONAS NO RESIDENTES EN CHILE. La Ley N° 18.703 establecía normas especiales para regular la salida de menores que iban a ser adoptados en el extranjero. Señalaba en su artículo 39 que “la salida de menores para ser adoptados en el extranjero, deberá ser autorizada por el juez de letras de menores del domicilio del menor”, y agregaba: “En estos casos la adopción se registrará por la ley del país en que se otorgue”.

Si bien dicha ley exigía autorización judicial para que el menor pudiera ser sacado del país, y obligaba al juez a adoptar una serie de medidas para otorgarla, la protección que se quiso dar era insuficiente, desde el momento que la institución quedaba regulada por una ley extranjera. Y de hecho, se cometieron diversos abusos, generándose un tráfico ilícito de menores que motivó más de una investigación judicial.

Con el objeto de subsanar estos inconvenientes, la Ley N° 19.620 reguló esta materia de un modo diferente. Un conocido profesor resume el nuevo trato en los siguientes términos: “la nueva ley cambia absolutamente esta situación y establece un procedimiento para que extranjeros no residentes en Chile adopten en el país, pero sujetos a la legislación chilena y cumpliendo una serie de requisitos respecto de los cuales el tribunal está obligado a velar por que efectivamente se lleven a la práctica”.⁴⁷³

⁴⁷² Sobre esta materia se puede consultar, “La adopción por personas no residentes y las convenciones internacionales aplicables. Requisitos, procedimientos y garantías”, Hernán Salinas Burgos, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 1, pág. 47.

⁴⁷³ Ambrosio Rodríguez Quirós: “Nuevo Régimen de Adopción”, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, Cursos de actualización en Derecho Civil, septiembre de 1999, pág. 5.



El artículo 29 de la Ley N° 19.620 establece que la adopción de un menor por personas no residentes en Chile se constituye de acuerdo al procedimiento establecido en el párrafo II del Título III de la ley –artículos 23 y siguientes– y, cuando corresponda, deberá ajustarse a las Convenciones y Convenios Internacionales que la regulen y se encuentren ratificados por Chile.

Respecto a la referencia a las Convenciones y Convenios Internacionales, se debe mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró a regir para Chile el 12 de septiembre de 1990 (Convención publicada en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990). En ella existe un artículo especial –el 21– que regula diversos aspectos de la adopción, que los Estados Partes deben considerar en sus legislaciones internas. A modo de ejemplo, establece que la consideración primordial de la adopción es el interés superior del menor; que las adopciones deben ser autorizadas por autoridad competente; que sólo pueden adoptar personas no residentes cuando el menor no pueda ser atendido de manera adecuada en su país de origen, etc.

693. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN EN ESTE CASO. Para que personas no residentes en Chile, puedan adoptar, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor, que cumplan los requisitos legales, lo que deberá certificar el Servicio Nacional de Menores, que para ello, según el artículo 5º, cuenta con un Registro Especial (art. 30).

Sin embargo, esta exigencia no es tan absoluta, pues la ley admite que el juez acoja “a tramitación la solicitud de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun cuando también estén interesadas en adoptarlo personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundamentadamente en la misma resolución” (art. 30 inc. 2º).

b) Los cónyuges adoptantes, sean nacionales o extranjeros, deben cumplir los requisitos señalados en el artículo 20, inciso primero, tercero y cuarto, y artículo 22 (art. 31). Al no aplicarse en este caso el inciso 2º del artículo 20, quiere decir que no puede el tribunal rebajar los límites de edad o la diferencia de años exis-

tente entre adoptantes y adoptados. No rige tampoco el artículo 21, por lo que quedan impedidas de adoptar las personas solteras o viudas, salvo que se trate del viudo o viuda de un matrimonio que en vida hubiere iniciado la tramitación de la adopción.

c) La identidad de los solicitantes podrá acreditarse mediante un certificado otorgado por el consulado de Chile en el país respectivo, sujeto, en todo caso, a ratificación ante el tribunal una vez que debiesen comparecer personalmente los solicitantes conforme lo dispone el inciso 1º del artículo 35 de la presente ley (artículo 31 inciso 2º, agregado por la Ley N° 19.910).

d) La solicitud de adopción, en todos los casos regulados por este párrafo, deberá ser patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste (inciso 3º agregado al artículo 31 por la Ley N° 19.910).

694. TRIBUNAL COMPETENTE. Es competente para conocer de esta adopción el juez de letras de familia correspondiente al domicilio del menor o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre (art. 34).

695. PROCEDIMIENTO. Los matrimonios interesados en la adopción deberán presentar al tribunal de familia competente, autenticados, autorizados y legalizados, según corresponda traducidos al castellano, diversos documentos que detalla el artículo 32, documentos estos que tienen por objeto acreditar que los adoptantes cumplen las exigencias legales. La Ley N° 19.910 agregó un nuevo numerando al artículo 32, según el cual se debe agregar un “informe psicológico, otorgado por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes.

Si no se acompañan los antecedentes exigidos por el artículo 32, el tribunal no debe acoger a tramitación la solicitud (art. 33 inc. 1º).

Los solicitantes deberán comparecer personalmente al tribunal cuando éste lo estime necesario, lo que deberá ocurrir a lo menos una vez durante el curso del proceso (art. 35 inc. 1º).

Mientras se tramita la adopción, el menor puede quedar entregado al cuidado de uno de los solicitantes, pero no podrá salir del país sin la autorización del tribunal (art. 35 inc. 2º).



696. DE LOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN Y DE SU EXPIRACIÓN. Según el artículo 37, la adopción produce los siguientes efectos, desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye:

a) confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos;

b) extingue, para todos los efectos civiles, sus vínculos de filiación de origen, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, que subsisten. Para los efectos de que pueda operar el impedimento, cualquiera de los parientes biológicos que menciona esa disposición podrá hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, lo que dicho Servicio deberá verificar consultando el expediente de adopción.

Nótese que la extinción de la filiación anterior opera exclusivamente para los efectos civiles. De consiguiente, se mantiene para los efectos penales, v. gr. para lo dispuesto en los artículos 13 inciso 2°, 375, 390, etc., del Código Penal.

697. LA ADOPCIÓN ES IRREVOCABLE. Así lo establece el artículo 38. Ello se explica, tanto por tratarse de un acto de familia, como porque crea un nuevo estado civil.

698. NULIDAD DE LA ADOPCIÓN. El adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. Nótese que el adoptado es el único titular de la acción de nulidad. No la tienen, por consiguiente, ni los adoptantes ni los terceros a quienes tal adopción pudiere perjudicar. Obsérvese también que el único vicio que hace procedente la nulidad es el haberse obtenido "por medios ilícitos o fraudulentos". Según aparece del Boletín 899-07 de la Comisión Mixta, se prefirió emplear esta terminología —medios ilícitos y fraudulentos— para comprender las distintas situaciones que podían presentarse. Se desechó la idea de hablar de vicios del consentimiento, por no tener la adopción ahora el carácter de contractual, como acontecía antes con la Ley N° 7.613. Ambrosio Rodríguez cree que la expresión "medios ilícitos y fraudulentos"

comprendería, por ejemplo, aquello que se llama comúnmente fraude procesal, la infracción de las normas de esta propia ley, desde luego, porque sería un medio ilícito la infracción de la ley que reglamenta la forma de obtenerla..."⁴⁷⁴

La acción de nulidad prescribe en 4 años contados desde la fecha en que el adoptado alcanzada su plena capacidad, y haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción.

El tribunal para conocer de la nulidad de la adopción es el juez con competencia en materias de familia del domicilio o residencia del adoptado. Esta materia se tramita de acuerdo al procedimiento ordinario previsto en la ley que crea los tribunales de familia (art. 38 inciso final).

699. DELITOS RELACIONADOS CON LA ADOPCIÓN. El Título IV de la ley contempla una serie de delitos específicos relacionados con la adopción. Pena las conductas siguientes:

a) Sanciona al funcionario público que revele antecedentes de que tenga conocimiento en razón de su cargo y que de acuerdo a la Ley N° 19.620 son reservados, y también al funcionario público que permita que otro revele estos antecedentes (art. 39). La sanción es la suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio y multa de 6 a 20 unidades tributarias mensuales, pena que se eleva a inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa de 21 a 30 unidades tributarias mensuales, en dos casos: cuando hay reiteración y cuando en razón de la revelación se ocasionare grave daño al menor o a sus padres biológicos o adoptivos (art. 39).

Si incurre en el delito quien no es funcionario público o siéndolo no tenía conocimiento de los hechos en razón de su cargo, la pena es de multa de 6 a 20 unidades tributarias mensuales (art. 40).

b) Sanciona también al que "con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante, obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con fines de adopción". La pena es de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales (art. 41).

⁴⁷⁴ Ob. cit., pág. 15.



La pena se aumentará en un grado si el delito fuere cometido por autoridad, empleado público, abogado, médico, matrona, enfermera, asistente social o por el encargado, a cualquier título, del cuidado del menor, cuando ejecutare la conducta abusando de su oficio, cargo o profesión (art. 44).

c) Sanciona finalmente al que "solicitar o aceptar recibir cualquier clase de contraprestación por facilitar la entrega de un menor en adopción. La pena es la de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 10 a 15 unidades tributarias mensuales (art. 42).

También en este caso la pena se aumenta en un grado cuando quien incurre en el delito lo hace abusando de su oficio, cargo o profesión (art. 44).

Si quien comete este delito es un funcionario público, será sancionado de acuerdo al inciso 1º del artículo 42, si no le correspondiere una pena superior de conformidad a lo dispuesto en los párrafos 4º y 9º del Título V del Libro II del Código Penal (art. 42 inc. 2º).

No quedan comprendidas en esta figura delictual las personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que se presten durante el curso de los procedimientos regulados por la ley, sean éstos de carácter legal, social, psicológico, psiquiátrico u otros semejantes (art. 43).

SEGUNDA PARTE

DEL ESTADO CIVIL



René Ramos Pazos

DERECHO DE FAMILIA

TOMO II

Sexta edición actualizada

