

Nºs 225-226
Año LXXVII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2009
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*ACCIONES DE FILIACIÓN: LEGITIMACIÓN Y CONFLICTOS DE INTERESES**

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Las acciones de filiación son acciones de estado civil que la ley concede, ya sea para constituir, ya sea para desvirtuar una relación de filiación entre padres e hijos.

En el ejercicio de dichas acciones es frecuente que se produzcan conflictos de intereses que deben ser solucionados. En ocasiones, esos conflictos están ya dirimidos por la misma ley, como sucede con el interés de investigar la paternidad del hijo demandante y el de intimidad y de preservar la paz familiar del demandado. La Ley Nº 19.585 resolvió expresamente dicho conflicto haciendo prevalecer la libertad de investigación de la paternidad. Incluso posteriormente la Ley Nº 20.030, de 2005, suprimió el control de admisibilidad de la demanda que de alguna manera contribuía a cautelar el interés del demandado de no ser perturbado por acciones judiciales infundadas o deducidas sólo por ver en qué resultan.

Frente a la prevalencia de la verdad biológica por sobre otros factores como la voluntad de acogida y la posesión notoria del estado, la ley también

* Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación FONDECYT, Nº 1070077/2007, sobre "Los conflictos de interés en las relaciones paterno-filiales", dirigido por la profesora María Sara Rodríguez, y del que el autor ha actuado como coinvestigador. La jurisprudencia que se cita ha sido extraída de las revistas *Gaceta Jurídica (GJ)*, *Leyes y sentencias (LS)* y de la base de datos de Legal Publishing (LP). En esta última se indica el número individualizador del fallo.

estableció normas para dirimir el conflicto. Por ejemplo, el art. 201 CC, que da primacía a la posesión notoria por sobre el informe pericial biológico, salvo que el juez estime que hay graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de prescindir del dato biológico.

Sin embargo, no todos los conflictos de interés están claramente zanjados por el texto de la ley en materia de ejercicio de acciones de filiación, y ello ha provocado que se generen problemas de interpretación que han debido ser solucionados por los tribunales de justicia.

En este trabajo pretendemos abordar aquellos casos en que dichos conflictos se han presentado, o podrían presentarse, sin que exista una solución unívoca y clara para ellos. Nuestra intención es proporcionar elementos para construir una respuesta que sea razonable y consistente con los textos y el espíritu de nuestro actual sistema normativo en materia de filiación.

La mayor parte de los supuestos que exponemos a continuación se refieren a acciones de impugnación: impugnación de la paternidad ejercida por la madre del hijo (II y III), de un tercero interesado (IV) y del propio padre que reconoce (V). Sólo al final analizamos un caso de conflicto de interés en acciones de reclamación, que se ha suscitado por una discrepancia en la jurisprudencia y también en la doctrina: se trata del caso de la posibilidad de ejercer la acción de reclamación por parte del hijo en contra de los herederos del padre fallecido (V). Aunque centramos el análisis en el problema sustantivo de la legitimación activa que puede faltar ante el conflicto de intereses suscitado, hacemos también algunos alcances a las consecuencias procesales que puede tener el tema respecto de la declaración de inadmisibilidad de la acción.

II. IMPUGNACIÓN POR LA MADRE DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO

En el caso de filiación matrimonial, el hijo se ve favorecido por la presunción de paternidad, de modo que si nace después de la celebración del matrimonio, y la maternidad está determinada por el hecho del parto (art. 183 CC), se presume que el marido es el padre (art. 184 CC).

Salvo el supuesto excepcional de que el marido ejerza la acción de desconocimiento del hijo, por haber nacido éste en el plazo de 180 días después del matrimonio y haber ignorado la gravidez de la mujer, la única

forma de desvirtuar la paternidad presumida es mediante la acción de impugnación de la paternidad.

Nuestro punto es si está legitimada la madre del hijo, mujer del marido, para intentar dicha acción. La respuesta, en principio, debe ser negativa, ya que la madre del hijo no está considerada como uno de los titulares de la acción, que son el marido, el hijo capaz y en caso de muerte del marido, sus herederos y las personas a quienes la paternidad irroga un perjuicio actual, todo esto según lo prevenido por los arts. 212, 213 y 214 CC.

Sin embargo, debemos poner atención a lo dispuesto por el art. 214 CC, que dispone: “La paternidad a que se refiere el artículo 212 [la matrimonial determinada por presunción] también podrá ser impugnada por el representante legal del hijo incapaz, en interés de éste, durante el año siguiente al nacimiento”.

Por el juego de los arts. 245 y 225 CC, podemos ver que con cierta facilidad esta representación legal puede recaer en la madre del hijo. En efecto, si existe una ruptura en el matrimonio (que hemos de suponer si la cónyuge y madre está demandando al marido para que se declare que éste no es el padre de su hijo), la patria potestad se determinará por la regla de los padres que viven separados, y en tal caso se conferirá al progenitor que tenga el cuidado personal del hijo. A falta de acuerdo o regulación judicial, el cuidado personal de los hijos menores de edad se atribuye *ipso iure* a la madre.

En conformidad a estos preceptos, la madre tendría el campo abierto para impugnar la paternidad en la calidad de representante legal del hijo incapaz si lo hace dentro del año siguiente al nacimiento.

El caso se ha presentado ante nuestros tribunales. La madre impugnó la paternidad matrimonial de su marido aduciendo haberlo concebido durante el matrimonio pero producto de sus relaciones sexuales con un tercero que ahora era su conviviente. Las sentencias de instancia acogieron la demanda de impugnación. El demandado recurrió de casación en el fondo por varios motivos; entre ellos adujo que la madre se encontraba inhabilitada para provocar la impugnación por el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o malicia y que aceptar que por esta demanda de la madre el hijo quede sin padre legal, iba en contra del interés superior del niño y la protección de la familia. La Corte rechazó el recurso basándose en que no habría infracción a los arts. 214 y 212 CC, ya que “las normas citadas establecen la posibilidad de impugnarse la filiación matrimonial por el hijo

que en la situación de ser incapaz, como en la de autos, debe actuar a través de su representante legal, que en este caso es su madre doña I. V., a quien se le confirió la tuición del menor detentando la patria potestad en conformidad a los artículos 225 y 245 del Código Civil” (C. Sup. 5 de mayo de 2005, *GJ* Nº 299, p. 143).

No nos parece que esta solución sea la más adecuada, ya que en estos casos hay un claro conflicto de intereses entre la madre representante y el hijo representado. Piénsese que el hijo no puede expresar su voluntad y que de alguna manera su acción (que la ley le reconoce para cuando adquiera la plena capacidad) queda usurpada por su representante legal. Una vez deducida por éste, el hijo no podrá decidir sobre qué es lo que más conviene a sus intereses. En segundo lugar, la madre bien podría tener intereses propios para impetrar la acción de impugnación, que no son inusuales en los conflictos matrimoniales, como los de venganza respecto del marido o alejarlo y excluirlo de la crianza y educación del hijo. En tercer lugar, parece impropio que la madre alegue en el juicio su propio adulterio pero sin revelar ni pretender probar la paternidad del supuesto verdadero progenitor del hijo. Finalmente, hemos de constatar que por el ejercicio de la acción de impugnación se pretende que el hijo quede sin filiación paterna determinada, ya que la madre en este supuesto no ejerce conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad respecto de un tercero, sino sólo la de impugnación. La solución parece incluso mermar el derecho a la identidad del hijo ya que le hace perder el vínculo legal de paternidad. Y no sólo hay que pensar en la figura paterna y el vínculo legal, sino en sus consecuencias patrimoniales: derecho de alimentos, derecho al financiamiento de los gastos de educación, derechos hereditarios.

Podría considerarse que el marido-padre demandado podría evitar esta consecuencia oponiendo como excepción la posesión notoria del estado filial que, conforme con lo dispuesto en el art. 201 CC, prefiere, por regla general, las pruebas biológicas. Pero en el caso que analizamos la prueba de la posesión notoria no podrá configurarse ya que no habrá pasado el tiempo suficiente, cinco años a lo menos, exigido por la norma del art. 200 CC (la acción de impugnación puede ejercerse sólo en el plazo de un año después del nacimiento)¹.

¹ En el fallo de C. Sup. 5 de mayo de 2005, *GJ* Nº 299, p. 143, que ya hemos citado, el demandado adujo la posesión notoria pero su excepción fue desestimada porque no se habían cumplido los cinco

Los resultados perjudiciales y contrarios al espíritu de la ley de filiación (derecho a la identidad del hijo e interés superior del niño) nos deben inducir a intentar una interpretación que los evite, si es que los textos lo permiten. Estimamos que sí lo hacen.

A nuestro entender la norma del art. 214 CC no es una mera aplicación de los principios de la representación legal ni de la sola patria potestad. Si así lo fuera, no tendría sentido que existiera una norma especial que dispusiera que el representante legal puede ejercer a nombre del hijo esta acción. Por el contrario, la existencia de la norma nos indica que, tratándose de legitimación activa de acciones judiciales de filiación, no se aplica la regla general del art. 264 CC que da un derecho general al padre o madre que ejerce la patria potestad para parecer en juicios civiles a nombre del hijo incapaz. Es decir, para deducir acciones judiciales en principio no cabe la representación legal del hijo incapaz, sino sólo en los casos en los que un precepto especial así lo autorice. En este contexto, es lógico que la norma autorizante sea interpretada restrictivamente².

Pues bien, el art. 214 CC no se contenta con señalar que la paternidad matrimonial podrá ser impugnada por el representante legal del hijo incapaz, sino que agrega una frase que es decisiva: “en interés de éste”. Es decir, es un requisito de la legitimación del representante legal que la acción se ejerza sólo en interés del hijo incapaz y nunca en interés del representante o de un tercero.

Si esto es así, la mera posibilidad o probabilidad de que se produzca un conflicto de intereses al deducir la acción de impugnación debiera ser

años exigidos en el art. 200 inc. 1º CC. En el supuesto se acreditaron cuatro años de posesión, porque el hijo había nacido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, pero la Corte entendió que la acción de impugnación podía ejercerse en el año contado no desde el nacimiento sino desde que dicha ley entró en vigor.

² La representación legal del hijo procede en caso de legitimación pasiva, esto es, cuando es demandado, sin perjuicio de que en ocasiones también pueda darse un conflicto de interés entre el padre o madre que ejerce la patria potestad y el hijo incapaz. Por ejemplo, si la madre que ejerce la patria potestad deduce en contra del hijo acción de impugnación de la maternidad. En estos casos, deberá nombrarse un curador *ad litem* al hijo demandado.

Discutible es la cuestión de si procede la titularidad del representante legal para ejercer la acción de reclamación de la filiación matrimonial, ya que el art. 204 CC, a diferencia del art. 205, no menciona al representante legal entre los legitimados e incluso aclara que dicha legitimación activa corresponde “exclusivamente al hijo, al padre o la madre”. Atendido el texto y contexto de las normas, nos parece que en este caso la legitimación del representante legal está excluida.

Cuando no se trata del hijo incapaz, la representación legal y voluntaria procede de acuerdo con las reglas generales.

suficiente para negar legitimación al representante. Es lo que ocurre, como ya hemos visto, si es la madre y cónyuge la que ejerce la acción. No se divisa cuál sería el interés del menor y, en cambio, hay buenas razones para estimar que sí hay intereses propios de la madre en descartar la paternidad del marido. Hay que fijarse que el art. 215 señala que “en el juicio de impugnación de la paternidad del hijo de filiación matrimonial, la madre será citada, pero no obligada a parecer”. La norma, que se aplica a todos los juicios de impugnación de la paternidad matrimonial, parte de la base de que la madre no puede ser parte del juicio, y por eso obliga a citarla. Es un indicio de que el legislador no estaba considerando que fuera la madre la que, como representante del hijo, fuera admitida como titular de la impugnación de la paternidad.

Una solución a este caso sería aplicar el art. 19 de la ley de Tribunales de Familia, Ley Nº 19.968, y que se nombre un curador *ad litem* para el menor. De acuerdo a dicha norma, el juez debe velar porque el niño, niña o adolescente se encuentre debidamente representado, por lo que designará un abogado perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial u otra institución pública o privada cuando, por motivos fundados, estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación. Otra solución más drástica es sencillamente declarar inadmisibile la demanda por falta de legitimación, a menos que se pruebe que existe un interés del menor en que se impugne la paternidad.

III. IMPUGNACIÓN POR LA MADRE DE LA PATERNIDAD DETERMINADA POR RECONOCIMIENTO

La paternidad no matrimonial se determina por reconocimiento voluntario del varón, por alguno de los medios previstos en el art. 187 CC. Nuevamente, surge la duda de si la madre podría impugnar el reconocimiento de la paternidad no matrimonial.

Debe afirmarse, en primer lugar, que no podría la madre, como representante del hijo, repudiar el reconocimiento efectuado, ya que el art. 191 CC dispone claramente que este derecho le corresponde al hijo personalmente desde que alcance la mayoría de edad, y que mientras fuere menor nadie puede ejercer la repudiación.

Cuestión distinta es la que sucede con la impugnación, que requiere

procedimiento judicial. En este caso, hemos de mirar el precepto del art. 216 CC. De acuerdo a él, “si el hijo fuese incapaz, esta acción se ejercerá conforme a las reglas previstas en el artículo 214”. Es decir, existe una remisión a las normas dadas para el caso de filiación matrimonial, de modo que también podrá impugnar la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento el representante legal del hijo, en interés de éste, durante el año siguiente al nacimiento.

Nuevamente hemos de preguntarnos si la madre que ejerce la patria potestad, al tratarse de padres que viven separados, puede interponer la acción de impugnación de la paternidad del reconociente, sin que simultáneamente deduzca la acción de reclamación de paternidad del supuesto verdadero progenitor.

El asunto en este caso puede ser un poco más complejo, ya que, a diferencia de la presunción de paternidad, el reconocimiento es una forma de determinación de la paternidad que se basa única y exclusivamente en la voluntad del que reconoce y, por ello, podría eventualmente prestarse para abusos. Se trata de reconocimientos por complacencia, es decir, sabiendo el reconociente que el hijo no es realmente suyo. Estos reconocimientos pueden estar bien inspirados e incluso contar con la aprobación de la madre que ha entablado una relación con este tercero que no es padre del hijo. Pero últimamente se ha denunciado, en programas de televisión, que podrían otorgarse con la intención de privar a la madre de la tuición o de perturbar la relación de la madre con el hijo, reclamando derecho de visitas e impidiendo a la madre sacar del país a su hijo por su propia voluntad³.

En estos casos podría pensarse que otorgar a la madre el derecho a impugnar el reconocimiento indebido sería una decisión sensata. El problema es que nuevamente parece que estamos más en presencia de un interés de la madre como tal, y no de un interés del hijo, que es lo que la norma del art. 216 CC exige además de la representación legal. Por otro lado, no parece posible discriminar *ex ante* en qué casos se estaría impugnando un reconocimiento abusivo y en qué casos sólo un reconocimiento de complacencia, incluso propiciado por la madre pero que ahora ella quiere

³ Ante este problema se han presentado diversos proyectos para requerir el consentimiento de la madre cuando se reconocen niños menores de edad. Actualmente, esos proyectos se han refundido en uno que estudia la Comisión de Constitución del Senado (Informe de 21 de noviembre de 2008, Boletín Nº 5.816-07).

desahuciar por haberse producido una ruptura con el conviviente que accedió a ese reconocimiento.

Por estas razones, y también para mantener la coherencia, estimamos que no debe admitirse la demanda de impugnación del reconocimiento a la madre como representante del hijo.

Sin embargo, debemos pensar si podría la madre impugnar ya no como representante sino como persona interesada y conforme a lo dispuesto en el art. 216 inciso final CC: "También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho".

La norma no indica que se trate de un tercero, sino de "toda persona", por lo que la madre no debe ser excluida. Se exige que se pruebe un interés actual en la impugnación. A nuestro juicio, si la madre prueba que el reconocimiento fue abusivo y que se otorgó sólo para perturbar su relación con el hijo, este interés se daría y procedería la legitimación para la acción.

IV. IMPUGNACIÓN POR UN TERCERO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO

Si la paternidad del hijo ha sido determinada por presunción de paternidad del marido o por reconocimiento, es claro que procede la acción de impugnación de un tercero que pretende ser el verdadero progenitor del hijo si éste ejerce conjuntamente la acción de reclamación. Es más, es una exigencia para el ejercicio de la acción de reclamación el que se deduzca la impugnación (art. 208 CC)⁴.

Pero nuestro caso ahora es si un tercero, que no se pretende progenitor de hijo, puede impugnar la paternidad. Aquí es necesario distinguir entre paternidad matrimonial y no matrimonial.

La paternidad matrimonial, determinada por la presunción legal del art. 184 CC, no puede, en vida del marido, ser impugnada por un tercero que no ejerza la acción de reclamación en su favor⁵. Sólo si el marido

⁴ Así lo ha confirmado la jurisprudencia: C. Sup. 5 de mayo de 2005, rol 1325-04, LPNº 32078.

⁵ Así la C. Sup., 14 de enero de 2008, rol 5430-2007, en *Leyes y Sentencias*, año 4, Nº 56, se pronunció en un caso en que los abuelos, demandados de alimentos por sus nietos hijos matrimoniales de su descendiente, interpusieron como reconvención en el proceso ante el juez de familia la acción de

muere sin conocer el parto o antes de vencido el término que él tenía para impugnar y sin que hubiere reconocido al hijo, la acción de impugnación puede ser ejercida por los herederos del marido y por “toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare un perjuicio actual” (art. 213 inc. 1º CC) y sólo en el plazo que tenía el marido para impugnar o en el tiempo que restaba para ello al acaecer su muerte.

En cambio, la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento puede ser impugnada por un tercero con mayor amplitud. El art. 216 inc. 5º CC, dispone que “también podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho”.

La cuestión que debe dilucidarse aquí es en qué consiste el interés actual en la impugnación. Varios casos se han presentado en la jurisprudencia.

En uno de ellos, es la cónyuge del padre que antes del matrimonio había reconocido una hija, la que ejerce la acción de impugnación en contra de esta última como tercero con interés actual. Invoca que tiene un interés patrimonial ya que actualmente se encuentra embarazada de su marido, y que el deber de alimentos y de contribuir a los gastos del embarazo y posterior crianza del hijo que espera se ve mermado por la obligación de su marido de otorgar una pensión alimenticia a su hija no matrimonial que ya estaba decretada judicialmente. Alega también un interés moral puesto que frente a un eventual incumplimiento de la pensión alimenticia su marido podría sufrir apremios que perturbarían constantemente su vida matrimonial. La sentencia de primera instancia acogió este planteamiento y dio lugar a la demanda. La Corte de Apelaciones de Valdivia, en cambio, revocó el fallo por considerar que no se habría cumplido con acreditar un interés actual. Primero advirtió que pese al tiempo transcurrido no se había acreditado el nacimiento del hijo que la demandante había expresado estar esperando al presentar la demanda. Luego, en cuanto a su derecho como cónyuge a pedir alimentos, consideró que como los alimentos se fijan según las circunstancias de hecho que imperen en el momento de la demanda no constituyen un interés actual sino una mera expectativa de conseguir un beneficio. La Corte Suprema desechó la casación en el fondo por discurrir el recurso sobre hechos

impugnación. La Corte determinó que no procedía acoger la acción por faltarles legitimación activa y no ser aplicable a la filiación matrimonial la norma del art. 216 CC que faculta a todo el que acredite un interés actual el derecho a impugnar la filiación determinada por reconocimiento.

distintos a los establecidos en el fallo impugnado, y repitiendo que éste se limita a señalar que no hay interés actual por tratarse de una expectativa de conseguir un beneficio (C. Sup. 8 de agosto de 2005, Rol Nº 5588-04, *LP* Nº 32630).

En cambio, se ha estimado que la madre del padre que reconoció a una menor como su hija tiene legitimación para demandar la impugnación, ya que tiene un interés actual en impugnar la paternidad. Se considera para ello que la demandante vive con su hijo, el que aporta sólo parte de sus ingresos a sufragar los gastos de la casa puesto que debe cumplir con pensión alimenticia fijada a favor de su hija reconocida, que la demandante resulta perjudicada en su sistema de salud ya que su hijo tiene reconocida como carga a la menor reconocida, y no a ella, pese a que se encuentra enferma, que como abuela legal de la menor puede verse expuesta a la obligación de proporcionarle alimentos y que, en caso de morir, la menor reconocida puede ser heredera de sus bienes. Ante la colisión entre posesión notoria y prueba biológica, la Corte estimó que el interés del niño en este caso aconsejaba hacer prevalecer la verdad biológica (C. Concepción, 17 de enero de 2007, rol 819-2006).

Nos parece que esta comprensión más abierta coincide mejor con la naturaleza de las relaciones de familia, que no son estrictamente patrimoniales. La actualidad del interés no debe ser identificada con la actualidad de un derecho adquirido. Lo que importa es que el interés sea actual, lo que se producirá aun cuando el beneficio concreto esté sujeto a circunstancias que pueden mutar en el futuro.

Desde el punto de vista procesal resulta importante determinar en qué momento debe acreditarse la legitimación del tercero y la acreditación del interés actual que se exige para ella. La Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo reciente, ha sostenido que como el art. 61 de la Ley Nº 19.968, sobre procedimiento de familia, no permite recibir la causa a prueba respecto de las excepciones dilatorias, la prueba del interés actual debe hacerse en la sustanciación del proceso. De esta forma, el juez debe rechazar la excepción dilatoria consistente en la inexistencia de dicho interés. En otro pronunciamiento, no obstante, la Corte aceptó que se inadmitiera la demanda por haber prescrito o caducado el plazo para interponer la acción de impugnación (C. Stgo. 13 de agosto de 2008, rol 4335-2007, *LP* Nº 39657).

Por nuestra parte, pensamos que, atendido lo dispuesto en el art. 61

Nº 9 de la ley, es posible rendir excepcionalmente prueba acerca del interés actual en la audiencia preparatoria y evitar que se tramite todo un juicio cuando en definitiva la demanda va a ser rechazada por falta de legitimación del demandante. La Corte de Valparaíso ha dicho que el juez de familia puede no dar curso a la demanda que resulta a todas luces inconducente, en virtud del art. 9 de la Ley Nº 19.968 (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461).

V. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR EL MISMO RECONOCIENTE

El reconocimiento efectuado conforme a las normas del art. 187 CC es irrevocable según lo prevé el art. 189 inc. 2º del Código Civil. La norma impide, en consecuencia, que el reconociente pueda arrepentirse de haber efectuado dicho acto, incluso si descubre que el niño que pensaba suyo en realidad es hijo de otra persona.

Pero podría sostenerse que el reconocimiento como tal es irrevocable, pero que ello no impide al autor cuestionar el acto de reconocimiento sino la misma filiación mediante una acción judicial que sólo prosperará cuando se acredite que el hijo no es suyo: la acción de impugnación. ¿Cómo podría este padre ejercer la acción de impugnación? Una primera forma sería que actuara en ejercicio de la patria potestad (suponiendo que haya convivencia entre los padres o que así se haya acordado conforme al art. 244 CC) y que, en virtud del art. 216 inc. 2º CC, procediera como representante legal del hijo. No es dudoso que en tal caso el conflicto de intereses impediría la legitimación, ya que estaría ocupando en el mismo juicio los roles de demandante y demandado. No se cumpliría la exigencia de que la acción se ejerza en exclusivo interés del hijo⁶.

⁶ Tampoco se subsanaría esa incompatibilidad por el hecho de que el padre reconociente interpusiera conjuntamente la acción de impugnación de su propia paternidad y la de reclamación en contra del supuesto progenitor biológico, todo ello en su calidad de representante legal del hijo. Nuevamente, cabe afirmar que es dudoso que la acción de impugnación se esté ejerciendo en interés del hijo y no del representante. En el caso fallado por la Corte de Valparaíso (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461) el padre reconociente ejerció la acción de impugnación de su paternidad determinada por reconocimiento y como representante legal del hijo la de reclamación de paternidad en contra de un tercero. La Corte desechó la demanda por falta de titularidad para la impugnación y por no haberse probado la patria potestad ya que él mismo señaló que la madre y el hijo conviven con otra persona, por lo que era aplicable la regla del art. 245 inc. 1º CC que atribuye la patria potestad al progenitor que

Cabría preguntarse si puede el reconociente ejercer la acción alegando la titularidad que el art. 216 inc. 5° CC concede a toda persona que pruebe un interés actual. Pareciera que aquí sí hay un interés actual, incluso patrimonial, ya que el demandante intentará también liberarse de las obligaciones pecuniarias que surgen del vínculo filial. El problema es si, en el espíritu de la norma, puede afirmarse que el reconociente está incluido en la amplia locución “toda persona”.

La jurisprudencia se ha pronunciado en forma mayoritaria por la tesis negativa. Se ha señalado que a la aceptación de la acción de impugnación se opone la irrevocabilidad del reconocimiento (cfr. C. Sup. 3 de octubre de 2002, rol 2646-2002, *LP* 26031; C. Sup. 30 de octubre de 2003, rol 1994003, *LP* 28789)⁷. También se ha señalado que la doctrina ha interpretado que el art. 216 inc. 5° CC se refiere a terceros interesados y no a los padres reconocientes, así como que resultaría atentatorio en orden a salvaguardar la estabilidad en la filiación de una persona hacer depender la impugnación de la decisión del padre reconociente (C. Antofagasta, 18 de marzo de 2008, rol 490-2007, *LP* 38518). Se ha aducido que no resulta procedente que el autor del reconocimiento pueda actuar en contra de su propio acto, que admitir esto significaría aceptar una revocación simulada o encubierta del reconocimiento, que el art. 216 CC excluye al padre reconociente de la titularidad de la acción de impugnación, lo que guarda relación con el inciso final del art. 213 CC, que la expresión “toda persona” del art. 216 inc. 5° CC se refiere a terceros ajenos a la vinculación que se impugna, y que el padre reconociente no puede ser titular de la acción de impugnación por cuanto éste es legitimado pasivo de dicha acción (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, *LP* 39461).

En otros casos se ha admitido que el padre reconociente puede impugnar la filiación. Un fallo de la Corte Suprema lo acepta sin mayores fundamentos, pero rechaza el recurso de casación porque en el caso la sentencia de la Corte de Apelaciones había estimado, además de que el padre no podía impugnar su propio reconocimiento, que, conforme a la prueba de la posesión notoria que prevalece sobre la verdad biológica, la filiación

tenga el cuidado personal del hijo, esto es, a la madre.

⁷ En el mismo sentido, Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 103: “El padre no es titular de la acción de impugnación, porque el reconocimiento es irrevocable”.

no podía ser descartada. En consecuencia, dice la Corte que la infracción del art. 216 CC carece de influencia en lo resolutivo del fallo que denegó la acción de impugnación (C. Sup. 12 de marzo de 2007, rol 4679-2007, LP 36116)⁸. Más explícitamente la Corte de Apelaciones de Temuco ha sostenido que la irrevocabilidad del reconocimiento impide que el autor lo deje sin efecto por un mero acto de su voluntad, pero no implica que no pueda ser atacado por la vía judicial de la impugnación de la paternidad, y que el autor del reconocimiento tiene la titularidad de esta acción puesto que el art. 216 inc. 5º CC al mencionar como legitimado activo a “toda persona”, no hace distinciones: “si el inciso quinto del artículo 216 del Código Civil no distingue no cabe al intérprete efectuar distinciones, máxime cuando se está en un área como son las relaciones de familia en que la verdad de los hechos que la sustentan son esenciales para poder proteger adecuadamente a esta institución que goza del amparo constitucional, como asimismo los propios intereses del menor en cuanto a tener certeza de sus relaciones de familia” (C. Temuco, 24 de enero de 2008, rol 947-2007, LP 38269).

Por nuestra parte, asumiendo que la cuestión es compleja, nuevamente pensamos que el conflicto de intereses en este punto lleva a considerar que debe primar la tesis de que el autor del reconocimiento, que obra sobre la base de su interés, no tiene titularidad para ejercer la impugnación de la paternidad determinada sobre la base de su reconocimiento y que, a falta de concesión expresa en la ley de esta facultad (como sucede con la paternidad determinada por la presunción *pater is est*) debe considerarse que la ley estimó prioritario el interés del hijo reconocido de no ver alterado su estado filiativo. Es muy dudoso que, como lo estima el fallo de la Corte de Temuco, que el interés del menor sea en estos casos la verdad biológica que lo deja como hijo de filiación paterna no determinada y menos que de esta forma se proteja mejor a la familia. Téngase en cuenta, por lo demás, que el hijo demandado podría retener la filiación probando la posesión notoria del estado filial, incluso si la pericia biológica demostrara la ausencia de un vínculo de sangre entre el reconociente y el demandado, por disposición del art. 201 CC.

Nos parece sí que la Corte de Temuco es certera al señalar que la

⁸ La Corte señala “que si bien el actor, padre reconociente de un hijo no matrimonial, se encuentra facultado para accionar en los términos que lo hizo, por aplicación del inciso final del artículo antes transcrito [art. 216 CC], en la especie, los errores de derecho que se denuncian carecen de influencia en lo resolutivo del fallo que se revisa...” (cons. 7º).

irrevocabilidad del reconocimiento, prevista en el art. 189 inc. 2º CC, no se opone a la posibilidad de la impugnación judicial. Son dos cosas distintas: una es que el acto jurídico del reconocimiento no pueda ser revocado por la voluntad de su autor, y otra, diferente, que se ejerza judicialmente una acción de filiación que pretende impugnar la filiación determinada por ese reconocimiento. No nos parece que pueda sostenerse, como hace el fallo de la Corte de Valparaíso, que si el reconociente pudiera ejercer la acción de impugnación se estaría consintiendo en una revocación simulada o encubierta, ya que el solo ejercicio de la acción no significa que quede sin efecto la paternidad impugnada: es necesario que se pruebe en el litigio la ausencia de paternidad incluso mediando la posesión notoria.

Tampoco es claro que se aplique en todos los casos el principio de coherencia de la actuación o de prohibición de ir contra los actos propios, ya que muchas veces el autor del reconocimiento habrá procedido a otorgarlo en el entendido de que el reconocido era realmente su hijo. Si dicho supuesto se revela posteriormente erróneo no hay incoherencia irrazonable en su comportamiento si intenta demostrar que la paternidad en verdad no existe. Sólo en el caso de los llamados reconocimientos por complacencia, es decir, aquellos en que el autor del reconocimiento sabe que el reconocido no es su hijo pero pretende atribuirle legalmente el estado filial de hijo (lo que la ley no prohíbe y es por tanto lícito), podría aplicarse el principio de no ir contra los propios actos.

En suma, el problema debe resolverse finalmente sobre la base de si la ley ha concedido la titularidad de acción de impugnación de la paternidad al autor del reconocimiento, lo que nos devuelve a la interpretación del art. 216 CC y específicamente a la expresión “toda persona” contenida en su inciso 5º.

El argumento de no distinción, invocado por el fallo de la Corte de Temuco, es poco persuasivo, ya que muchas veces lo que el intérprete hace es distinguir allí donde el tenor literal de la norma parece no hacerlo. Por el contrario, debe estimarse que si la ley hubiera querido incluir también al autor del reconocimiento lo hubiera incluido expresamente, ya que la norma habla de la “paternidad determinada por reconocimiento”: sería muy curioso que se quisiera aludir al padre reconociente como “toda persona”. En apoyo de esta tesis puede invocarse que normas similares que existen para la impugnación de la paternidad matrimonial y de la maternidad dejan claro que cuando hablan de “toda persona” no se refieren al padre o a la madre.

Para la paternidad matrimonial, el art. 213 CC utiliza la misma expresión “toda persona” y sin embargo es claro que no incluye al padre (ya que se supone que ha fallecido); para la maternidad también se utiliza una expresión similar “a toda otra persona” (art. 218 CC) para abrir la titularidad de la impugnación, pero es claro que con ella no se alude a la madre que hubiere reconocido al hijo, ya que ella está expresamente incluida como titular en el art. 217 inc. 2º CC: tiene derecho a impugnar la maternidad “la misma madre supuesta”.

Procesalmente, estimamos correcto el criterio aplicado por la Corte de Valparaíso de estimar que en estos casos el juez de familia puede no dar curso a la demanda por falta de legitimación activa para ejercer la acción de impugnación, sin tener que fallar esta cuestión en sentencia definitiva: “el Juez de Familia puede, en virtud de los principios que informan el procedimiento, según lo dispone el artículo 9 de la Ley Nº 19.968, ordenar no dar curso a una demanda que a todas luces resulta inconducente” (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, LP 39461)⁹.

Todo lo anterior no obsta a que el reconociente pueda demandar la nulidad del acto del reconocimiento. Como todo acto jurídico, el reconocimiento debe cumplir con requisitos que le proporcionan esa validez. La ley se refiere expresamente a los vicios del consentimiento y concretamente al error. En este caso, el art. 202 CC establece un plazo breve de prescripción a la acción: un año contado desde el otorgamiento o en caso de fuerza desde el día en que ésta hubiere cesado¹⁰.

⁹ Otra cosa es la prueba del interés actual que corresponde al tercero, que podrá hacerse en la audiencia preparatoria.

¹⁰ La Corte de Antofagasta, revocando el fallo de primera instancia, declaró la nulidad del reconocimiento aunque no se hubiera probado dolo como alegó el demandado. La Corte estimó que la demanda se refería en general a la nulidad por vicios y consideró que en el caso había existido un error de hecho del demandante, de carácter esencial, consistente en el desconocimiento que la madre mantuvo relaciones sentimentales y sexuales con él y, en la misma época, con un tercero, lo cual es corroborado por el examen de ADN que lo descarta como padre biológico del hijo reconocido (C. Antofagasta, 28 de marzo de 2006, rol 1227-2005, LS, año 2, Nº 15).

En verdad, en los casos en los que el reconocimiento se ha otorgado pensando en que el reconocido es realmente hijo del que lo reconoce y después se demuestra que no lo es, puede configurarse un error en la consideración de la persona. Sería un error no sobre la identidad física, pero sí en una cualidad esencial. No parece ser suficiente que se acredite una apreciación falsa de las circunstancias de hecho que llevaron a pensar que el reconociente era el más probable padre del hijo (por ejemplo, si creía que la madre sólo mantenía relaciones sexuales con él en la época de la concepción). Cfr. Fernández González, María Begoña, *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 102-105.

Dado lo limitado del plazo y el inicio de su cómputo (no desde que se toma conocimiento del error, sino

Se ha escrito que esta misma solución debe darse a la impugnación por parte del marido de la filiación matrimonial del concebido durante la separación de sus padres. Conforme al art. 184 inc. 3º CC, la presunción de paternidad se restablece a favor de este hijo por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo. Viendo en este acto un reconocimiento del hijo, se piensa que “se debe aplicar la misma normativa que hace irrevocable la impugnación del reconocimiento voluntario, pero admite la acción de nulidad de éste comprobando su invalidez”¹¹. Disentimos de este planteamiento. Primero, porque no existe en el caso un reconocimiento como forma de determinación de la paternidad, sino que ésta se determina por la presunción *pater is est*. Segundo, porque, como ya hemos visto, la irrevocabilidad del acto de inscripción en este caso, como también en el de reconocimiento, no puede implicar que no pueda accionarse para impugnar la filiación así determinada si la ley concede dicha acción judicial. En este caso, al contrario de lo que sucede con el reconocimiento, el marido está expresamente legitimado para impugnar la paternidad determinada por la presunción de matrimonio. Justamente después de la norma que permite la aplicación de dicha presunción al hijo concebido durante la separación, se dispone que “la paternidad así determinada... podrá ser impugnada... de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII” (art. 184 inc. 4º CC), y en dicho título el art. 212 CC dispone que “la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio” (frase que indudablemente

desde el otorgamiento del acto), el vicio de error muchas veces no es alegable por el reconociente. En tales casos, podría proceder que se pruebe fuerza moral, si se presionó gravemente la voluntad del reconociente y ella fue determinante. Podría también considerarse la invocación de una nulidad por falta de causa, ya que en la mayoría de las veces el motivo que induce al reconocimiento es la creencia de ser el verdadero padre. No obstante, después de reflexionar al respecto, estimamos que la causa del reconocimiento es la atribución de la paternidad aunque no haya certeza o incluso si se sabe a ciencia cierta que el reconocido es el hijo. De lo contrario, la nulidad por falta de causa, que podría ser alegada por cualquier interesado, vendría a desnaturalizar completamente el sistema de acciones de impugnación de la filiación, con sus titularidades, plazos y condiciones. En este sentido, señala Fernández, M. Begoña, ob. cit., p. 87, que “El reconocimiento no es título de legitimación de la filiación, sino un simple modo de determinación de la filiación no matrimonial. En este sentido, el acto de reconocer ha de estimarse válido, aunque no responda a la realidad biológica, mientras no se impugne y si nunca se ejercita tal acción, el acto es eficaz, salvo en casos notorios donde se aprecie claramente la imposibilidad de la relación paterno-filial”. Sólo cabría aducir falta de causa cuando se otorga un reconocimiento con un fin distinto al de atribuir la paternidad (por ejemplo, si se hace únicamente para reclamar derechos en la herencia del reconocido): cfr. Fernández, M. Begoña, ob. cit., p. 84.

¹¹ Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 102.

incluye al concebido durante separación judicial de los cónyuges), podrá ser impugnada por el marido en el plazo que se establece en la norma.

VI. RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE UN SUPUESTO PADRE FALLECIDO

1. Planteamiento del problema

La acción de reclamación de filiación es imprescriptible e irrenunciable según el art. 195 CC, pero la imprescriptibilidad no quiere decir que no pueda extinguirse por otras causas diferentes que por el lapso del tiempo, por ejemplo por la muerte del pretendido hijo o del supuesto padre. La muerte es una causa de extinción de todos los derechos y de las acciones que son intransmisibles por causa de muerte, tanto patrimoniales como de derecho de familia.

Surge el problema de si la acción de reclamación de la filiación puede ser deducida después de que haya muerto el hijo (por sus herederos) o el supuesto padre (contra sus herederos). La misma cuestión puede presentarse respecto de la acción de impugnación de la filiación determinada.

Aunque se trata de un problema general a las acciones de filiación, lo cierto es que en la práctica chilena el problema se ha suscitado respecto de la acción de reclamación y únicamente en el caso en que el pretendido hijo pretende emplazar a los herederos del supuesto padre por haber éste fallecido con anterioridad a la notificación de la demanda. ¿Subsiste la acción después de la muerte del padre o madre? ¿Son los herederos legitimados pasivos en un juicio de reclamación de la paternidad? Se trata de un nuevo problema de conflicto de intereses que está planteando la regulación de las acciones de filiación.

2. Una revisión de los textos de las normas

Una revisión de las normas puede servir para comenzar a examinar el problema. Los arts. 204 y 205 CC sin duda son normas que se refieren a la legitimación activa y pasiva de la filiación matrimonial y no matrimonial, en el entendido de que tanto el hijo como el o los padres están vivos. Posteriormente, los arts. 206 y 207 CC hacen referencia a dos supuestos en los que ha mediado la muerte. El primero, el art. 206 CC, se pone en el caso

de que el fallecido es el supuesto padre o madre, y reza: “Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse 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 ésta haya alcanzado la plena capacidad”. El art. 207 CC, por su parte, se pone en el caso en que el fallecido sea el hijo: “Si hubiere fallecido el hijo siendo incapaz, la acción podrá ser ejercida por sus herederos, dentro del plazo de tres años contados desde la muerte.—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.—El plazo o su residuo empezará a correr para los herederos incapaces desde que alcanzaren la plena capacidad”.

Por su parte, el art. 316 CC, situado en el título XVII del libro I, De las pruebas del estado civil, dispone que para que los fallos judiciales que declaren verdadera o falsa una paternidad o maternidad tengan efectos *erga omnes*, deben cumplir con tres requisitos, entre los cuales está el de “que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor”. El art. 317 CC dispone que “legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo”, y el inciso segundo agrega: “Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos, en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla”.

3. La historia del establecimiento de los textos

La historia legislativa del precepto 206 del Código Civil es bastante categórica sobre la intención del legislador. En el Proyecto inicial del Poder Ejecutivo (Mensaje Boletín 1060-07, de 1993), se establecía en forma amplia la facultad del hijo de investigar la paternidad después de la muerte del supuesto padre, demandando a los herederos: el art. 200 CC de dicho proyecto señalaba: “En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción [de reclamación] se dirigirá en contra de sus herederos, dentro del plazo de dos años, contados desde el fallecimiento o desde el conocimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda”. El mismo proyecto establecía la sustitución del inciso 2º del art. 317 CC por el texto 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 cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla”.

En la Cámara de Diputados ambos preceptos no fueron cuestionados, y conservaron su texto en el proyecto aprobado por ella con fecha 24 de noviembre de 1999, sólo que el primero cambió su numeración a art. 199.

En el Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento modificó esta idea. Se lee en el primer informe de dicha Comisión sobre el Proyecto de fecha 20 de noviembre de 1996: “La Comisión no compartió las ideas contenidas en este precepto [el art. 199 del Proyecto aprobado por la Cámara], en orden a admitir en general las demandas contra los herederos del padre o madre fallecida, a la duración del plazo ni a la modalidad de cómputo del mismo que se contempla”¹². La Comisión —se señala en el informe— “decidió conceder la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre que haya fallecido antes del nacimiento del hijo o dentro de un determinado término siguiente al parto..”. La idea fue tomada del texto que la Ley Nº 19.089, de 1981, había agregado como inciso final al art. 272 del Código Civil, y que establecía que podía reclamarse la maternidad tratándose de un hijo póstumo o si la madre hubiere fallecido dentro de los treinta días siguientes al parto, para lo cual la demanda se notificaría a cualquiera de los parientes consanguíneos más próximos de la madre fallecida. La Comisión amplió el plazo a 180 días y prescribió que se demandara a los herederos, además de hacer aplicable la norma tanto respecto del padre como de la madre.

Finalmente, la Comisión acogió como plazo para la interposición de la acción el de un año contado desde la muerte del padre o madre o desde que el hijo, alcanzada la plena capacidad, tome conocimiento de la paternidad o maternidad.

De este modo, el precepto, ahora con el número 200, adoptó el siguiente tenor: “Si el hijo que no se ha reconocido es póstumo, o fallece alguno de sus padres dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción se dirigirá en contra de los herederos del padre o de la madre,

¹² Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, martes 3 de diciembre de 1996, anexo de Documentos, p. 1631.

dentro del plazo de un año, contado desde su muerte o desde que el hijo, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento de la paternidad o maternidad que reclama”.

Cambiado el precepto, se planteó la eliminación de la norma del art. 317 del Código Civil, en cuanto aludía a los herederos como intentando la acción y no sólo continuando la entablada por sus causantes. Sin embargo, como se habían admitido algunas situaciones excepcionales en las que ello procedía, la Comisión estuvo por mantener el precepto con cambios menores. En el informe se lee: “El punto fue ampliamente debatido por la Comisión al tratar de los titulares de las acciones de filiación, consultados en el nuevo Título VIII del Libro I del Código Civil. Como se manifestó al exponer los acuerdos alcanzados en aquella oportunidad, si bien la mayoría de la Comisión fue en principio partidaria de que las acciones sólo pueden entablarse en vida de los supuestos padre, madre o hijo, hubo situaciones excepcionales que se creyó de justicia incorporar, en las cuales los herederos pueden interponer acciones. Para mantener la debida armonía de las disposiciones, la Comisión estuvo por prestar aprobación a este artículo, que se remite a las reglas contenidas en el aludido Título VIII, introduciéndole sólo ajustes formales”¹³. Estos ajustes formales se reducen a eliminar las comillas de la expresión “legítimos contradictores”, y a añadir una coma después de ella.

En la discusión en particular, los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule presentaron la indicación Nº 86 por la cual se proponía suprimir el requisito de que la muerte del padre haya ocurrido dentro de los 180 días siguientes al nacimiento, para permitir que la acción pudiera entablarse contra los herederos sin esa limitación. La indicación fue rechazada por la Comisión en su segundo informe de fecha 4 de noviembre de 1997. En cambio, se aceptaron las indicaciones de los senadores Feliú y Otero y Diez y Larraín, para disponer que el plazo de un año para reclamar en contra de los herederos en caso de hijo que llegue a la plena capacidad sea contado desde que haya alcanzado esa capacidad y no desde que tome conocimiento de la paternidad o maternidad. Se le

¹³ Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, martes 3 de diciembre de 1996, anexo de Documentos, p. 1667, La misma Comisión estuvo por no derogar completamente el art. 318 y dejar la parte que se refería a los coherederos que citados no comparecen.

introdujeron además algunas modificaciones de redacción¹⁴.

Ahora en este segundo informe el artículo adquiere su numeración definitiva: art. 206. El texto reza: "Si el hijo es póstumo, o si alguno de sus padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de un año, contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que ésta haya alcanzado la plena capacidad".

Respecto del art. 317 la indicación N° 175 de los senadores Diez y Larraín proponía suprimir el inciso segundo. La Comisión "consideró que esta disposición únicamente da aplicación a los casos en los que la titularidad de la acción corresponde a los herederos, en las hipótesis ya aceptadas al tratar las acciones de filiación", por lo que rechazó la indicación y mantuvo la norma¹⁵. Como se sabe, el proyecto fue objeto de un tercer informe complementario de la Comisión de Constitución del Senado, a petición de la Sala. En este informe, de 22 de julio de 1998, se volvió a tratar la indicación N° 86 de los senadores señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule tendiente a ampliar la posibilidad para demandar a los herederos del supuesto padre. La Comisión nuevamente la rechazó con la siguiente consideración: "Después de evaluar la situación, la Comisión convino en la necesidad de resguardar la seguridad jurídica, a que apuntó el cambio realizado en el segundo informe..."¹⁶. No obstante, la Comisión aumentó de uno a tres años el plazo concedido al hijo o su representante para demandar a los herederos. Además, la Comisión modificó el precepto del art. 207 que preveía la situación inversa: acción de los padres dirigida contra los herederos del hijo para concordarlo con el artículo anterior: en el plazo de tres años y en que se cuente no desde que se toma conocimiento de la filiación sino desde la muerte del supuesto hijo.

Con ello, el precepto del art. 206 tomó su texto definitivo: "Si el hijo es póstumo, o si alguno de sus padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contado desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que ésta haya alcanzado la

¹⁴ Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, anexo de Documentos, p. 1828.

¹⁵ Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, anexo de Documentos, p. 1853.

¹⁶ Diario de Sesiones del Senado, sesión 16ª, miércoles 22 de julio de 1998, anexo de Documentos, p. 1529.

plena capacidad”.

El inciso segundo del art. 317 no fue objeto de modificación.

Así, el Proyecto aprobado por el Senado remitido a la Cámara incluyó el art. 206 y el art. 317 inc. 2º, en el texto del tercer informe de la Comisión de Constitución. La Cámara de Diputados aprobó el texto propuesto por el Senado, y así fue promulgada y publicada la Ley Nº 19.585.

Existe otro antecedente complementario. La Comisión de Constitución del Senado en su segundo informe aceptó, por mayoría de tres contra dos, agregar una restricción a la norma que permitía la práctica de pruebas periciales biológicas que rezaba: “Este tipo de prueba no podrá practicarse sino en vida del hijo y del supuesto padre o madre”¹⁷. Posteriormente, la Comisión cambió de parecer y se decantó por la idea de suprimir la norma añadida. La explicación que consta en actas es la siguiente: “La primera enmienda [la relativa a suprimir la frase que exigía que la prueba pericial se practicara en vida del hijo o padre o madre] responde a la convicción a que llegó la Comisión, luego de examinar detenidamente las acciones de filiación, sus titulares y los plazos para interponerlos [sic], de que la posibilidad de que se ordene practicar pruebas periciales biológicas sobre personas fallecidas son escasas. Aceptó que, si la muerte ocurre estando pendiente el juicio, no resulta equitativo privar al actor de un medio de prueba relevante para su pretensión. Le mereció mayores dudas a algunos de sus HH. señores integrantes la admisibilidad de estas pruebas cuando no se ha entablado la acción, sobre todo considerando que, si el demandado estuviese vivo, tendría siempre la posibilidad de negarse, a riesgo de presumirse la filiación; pero en definitiva se convino en aceptarlas, teniendo en cuenta los términos restringidos en que los herederos del difunto pueden reclamar la filiación de conformidad al artículo 206, o sea, sólo cuando se trate de hijo póstumo o cuyo padre o madre murió dentro de los 180 días siguientes al parto”¹⁸. Resulta indubitable que la Comisión al examinar detenidamente los titulares de la acción de reclamación tenía afirmada la idea de que ella sólo procedía en contra de los herederos del supuesto padre en los casos restringidos del art. 206 CC.

¹⁷ Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, anexo de Documentos, pp. 1822 y 1907

¹⁸ Informe complementario de la Comisión, Diario de Sesiones del Senado, sesión 16ª, miércoles 22 de julio de 1998, anexo de Documentos, p. 1528.

4. La primera interpretación

Los autores, cuando revisaron el texto de las normas, y la historia de su tramitación, no dudaron en afirmar que los arts. 206 y 207 CC constituirían casos excepcionales en que se autorizaba la supervivencia limitada de la acción de reclamación en beneficio del hijo, si el padre o madre morían antes de la demanda (art. 206 CC) o en beneficio de los padres si era el hijo quien premoría (art. 207 CC). La norma del art. 317 inc. 2º CC se interpretaba sólo como una norma didáctica que hacía mención en forma general a los herederos, pero suponiendo siempre que cuando hacía alusión a la legitimación de los herederos se refería a los casos previstos en los arts. 206 y 207 CC¹⁹.

La jurisprudencia apoyó también esta lectura de los normas. El año 2004 la Corte Suprema conoció de un recurso de casación en la forma por el cual se pedía que se anulara la sentencia de instancia que había rechazado la acción de reclamación interpuesta contra los herederos del supuesto padre, sobre la base de haberse omitido una diligencia de prueba esencial como era la pericia biológica previa exhumación del cadáver. La Corte, al examinar la historia del establecimiento de la ley, llegó a la conclusión de que el recurso debía ser desestimado ya que aun en el evento de que el vicio denunciado fuera efectivo, carecería de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, “ya que debería rechazarse la demanda, por cuanto el actor carecería de legitimación contra los herederos de su supuesto padre en los términos del artículo 206 antes referido” (C. Sup. 2 de noviembre de 2004, *GJ* Nº 293, p. 128, cons. 5º).

¹⁹ En nuestro trabajo “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley Nº 19.585”, en *Revista de Derecho* (PUCV), XX, 1999, p. 79, decíamos que “Debe advertirse, en consecuencia, que cuando el art. 317 CC reconoce como legítimos contradictores en los juicios de estado a ‘los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir... la acción’, se refiere únicamente al supuesto reglado en el art. 206 CC. En el mismo sentido se pronuncian Court Murasso, Eduardo, *Nueva Ley de Filiación*, ConoSur, 2ª edic., Santiago, 2000, p. 101 y pp. 104-105; López Rivera, Gisella, *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, ConoSur, Santiago, 2001, pp. 157 y p. 171; Veloso, Paulina, en Schmidt, Claudia y Veloso, Paulina, *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago, 2001, p. 133, p. 167, pp. 186-188; Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2003, pp. 404-405. También Abeliuk Manasevich, René, *La filiación y sus efectos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. I, pp. 163 y 165, afirma la primacía, por especialidad, de los arts. 206 y 207 sobre el art. 317 inc. 2º CC, aunque considera aplicable esta regla para casos en los que no existe norma especial.

5. Un cambio de interpretación: la supuesta primacía del art. 317 inc. 2º CC

El giro hacia una postura amplia para la legitimación de los herederos cuando se trata de un padre o madre que han prefallecido la inaugura el voto disidente redactado por el abogado integrante de la Corte Suprema don René Abeliuk al fallo que acabamos de mencionar (C. Sup. 2 de noviembre de 2004, *GJ* Nº 293, p. 128). Este voto se transformaría posteriormente en pronunciamientos de mayoría de la sala civil de la Corte Suprema (C. Sup. 21 de septiembre de 2006, *GJ* 315, p. 81; C. Sup. 18 de agosto de 2008). Existe, en la misma línea una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que revocó la resolución por la cual el juez de familia había acogido la excepción de caducidad de la acción planteada por los herederos del supuesto padre contra los cuales se dirigía una acción de reclamación de la paternidad, y ordenó por el contrario dar curso progresivo a los autos (C. Valparaíso, 14 de abril de 2008, rol 1292-2007, con recurso de casación declarado inadmisibile por C. Sup. 18 de junio de 2008, rol 3201-08, *LP* Nº 39237). Con ello, también algunos autores han escrito a favor de esta posición.

El argumento principal que ha permitido este cambio de interpretación es el rol del art. 317 inc. 2º CC, que de simple norma de ordenación o de clausura del sistema, se ha transformado en norma sustantiva que, se sostiene, concede y otorga por sí misma legitimación tanto activa como pasiva. De este modo, cuando este precepto dispone que son legítimos contradictores los herederos del padre o madre en contra de quienes el hijo podrá no sólo continuar la acción (lo que nadie discute), sino contra los cuales puede dirigir la acción, se estaría señalando que la muerte del supuesto padre o madre no extingue la acción del hijo y que en tal evento la acción de reclamación puede ejercerse, en cualquier tiempo, contra los herederos del padre o madre fallecidos. Señala el voto disidente del abogado integrante Abeliuk, que defiende esta comprensión de la norma: “Es una regla general, de manera que todas las otras que se refieren a la legitimación activa o pasiva de los herederos es [sic] de excepción”. Los fallos de la Corte Suprema de 2006 y 2008 pretenden reforzar este argumento diciendo que “esta interpretación se refuerza aún más si se tiene presente que el artículo 318, modificado por la misma Ley Nº 19.585, resolvió el problema de la multiplicidad de herederos al disponer que ‘El fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de los herederos aprovecha o perjudica a los herederos que citados

no comparecieron” (C. Sup. 21 de septiembre de 2006, cons. 8º; C. Sup. 18 de agosto de 2008, cons. 19º).

El art. 206 CC se entiende, entonces, como una excepción a la regla general de la transmisibilidad e imprescriptibilidad de la acción de reclamación. En los casos previstos por el precepto (hijo póstumo o padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto), la acción, si bien puede también ejercerse contra los herederos del progenitor difunto, está sujeta a una caducidad de tres años: “... el artículo aplicado [art. 206 CC] sólo norma la situación particular en que se haya el hijo póstumo, o sea el nacido después del fallecimiento de su padre o madre, y del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, sin que de esa norma pueda hacerse una interpretación extensiva, o bien restringir el sentido de las normas contenidas en los artículos 205 y 317 del Código Civil, puesto que es justamente el contexto de la ley, el que debe servir para ilustrar su sentido y alcance” (C. Valparaíso, 14 de abril de 2008, rol 1292-2007, cons. 7º; con recurso de casación declarado inadmisibile por C. Sup. 18 de junio de 2008, rol 3201-08, LPNº 39237). La excepción se justificaría en que dicho plazo es “el máximo que admite el legislador para considerar que el difunto puede ser su [del hijo] padre o madre. En los demás casos, no existiría semejante duda, y de ahí que se admite sin limitaciones la acción del hijo” (Voto disidente de R. Abeliuk, Nº 4; literalmente recogido por la sentencia de casación de la C. Sup. 21 de septiembre de 2006, GJNº 315, p 81, y la de C. Sup. 18 de agosto de 2008, cons. 21º).

A este argumento principal se añaden otros, que son:

1º) Esta interpretación protege de mejor manera el derecho a la identidad del hijo²⁰

2º) Otorgar esta facultad al hijo es más concordante con los principios de la reforma de la filiación que establecen la posibilidad de investigar la paternidad y que declaran que la acción de reclamación es imprescriptible²¹.

3º) El art. 5º transitorio de la Ley Nº 19.585 dispone que “no obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de las personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”, lo que a

²⁰ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic., Santiago, 2007, t. II, p. 421, seguido por Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 92.

²¹ Ramos, R., ob. cit., t. II, p. 420, seguido por Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 92.

contrario sensu, indicaría que si el demandado ha fallecido con posterioridad a esa fecha (27 de octubre de 1999) los herederos pueden ser emplazados²².

4º) Debe aplicarse la norma general de la transmisibilidad de los derechos y el art. 1097 CC que dispone que los herederos representan al causante²³.

5º) Si la ley quería que la acción de reclamación se extinguiera con la muerte del padre o madre debía haberlo señalado expresamente como sucedía con el antiguo art. 272 del Código Civil, lo que no hizo²⁴.

6. Refutación

a) Distinguiendo entre *lege lata* y *lege ferenda*

Un principio fundamental de hermenéutica y dogmática debe ser tenido en cuenta, a saber, que el intérprete debe saber distinguir entre una opinión que pretende describir lo que el derecho vigente dispone (interpretación de *lege lata*) y una opinión que pretende valorar como inconveniente o injusto lo que el derecho vigente dispone, por lo que debiera ser derogado o modificado (interpretación de *lege ferenda*). Los argumentos de una u otra posición no son intercambiables. Si bien es posible que un argumento de mayor justicia, conveniencia social, bien común, compatibilidad con valores constitucionales, puede ser empleado para reforzar una posición de *lege lata*, no es nunca determinante, pues lo que importa en este tipo de labor hermenéutica es la decisión y sentido de la norma reflejada en su texto y en su espíritu no tergiversado. A esto se refiere el art. 19 del Código Civil, señalando que si el sentido de la ley es claro no debe modificarse ese sentido atribuyéndole un espíritu que es ajeno a la disposición. Las razones de mayor justicia, de bondad, de compatibilidad valórica son en cambio fundamentales para la interpretación de *lege ferenda*.

Entendemos que de *lege ferenda*, es decir, como aspiración de reforma pueda ser legítimo sostener que la acción de reclamación debería poder ser ejercida por el hijo incluso después de la muerte del padre o madre. Muchos de los argumentos que se han dado pueden ser sostenidos en una discusión de este tipo y que podría hacerse para modificar los textos, y disponer la

²² Ramos, R., ob. cit., t. II, p. 421, seguido por Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 92.

²³ Ramos, R., ob. cit., t. II, p. 419, seguido por Gómez de la Torre, M., ob. cit., p. 92.

²⁴ Ramos, R., ob. cit., t. II, p. 420.

transmisibilidad pasiva de la acción. Se retornaría así al criterio inicial del proyecto de ley del Ejecutivo, que fue desechado por el Congreso al aprobarse la Ley N° 19.585.

Pero otra cosa bien diversa es sostener que ésta es una pretensión de *lege lata*, es decir, que las normas no sólo debieran decir que la acción se transmite en contra de los herederos, sino que eso es lo que ahora dicen. Aquí es necesario centrar el foco de la argumentación, sin dejarse confundir por ideas que son más propias de la reforma legal que de la mera interpretación.

Una distinción de estas dos formas de argumentación puede observarse en el análisis que hace la profesora Paulina Veloso, que participó además en la discusión de la ley como autoridad del SERNAM. Ella sostiene de *lege lata* que la acción de reclamación se extingue con la muerte, salvo los casos especiales de los arts. 206 y 207 CC, pero agrega que “cabe haber presente que la validez de ese tipo de limitación –enfrente el derecho de identidad– ha sido un asunto discutido en el derecho comparado” y cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, del 12 de marzo de 1999, N° 1894-99, que declaró inconstitucional la norma del Código de Familia de dicho país que ponía un plazo de un año a la acción que se ejercía después de la muerte del padre o madre²⁵. Aunque no lo dice expresamente, parece deducirse que ella estimaría que cumpliría mejor la norma con el derecho a la identidad si se permitiera la transmisión de la acción contra los herederos del progenitor fallecido, de modo que podría favorecerse una enmienda legislativa de la norma o incluso una declaración de inconstitucionalidad (como en Costa Rica), pero no una interpretación que tergiverse su claro sentido.

b) Sobre la transmisibilidad o intransmisibilidad de las acciones de filiación

Pensamos que el núcleo central del problema reside en la transmisibilidad o intransmisibilidad pasiva y activa de las acciones de filiación²⁶.

²⁵ Veloso, Paulina, en Schmidt, C. y Veloso, P., ob. cit., p. 133, n. 128 con remisión a la nt. 76.

²⁶ Antes de la reforma de la Ley N° 19.585, se afirmaba la intransmisibilidad de las acciones de estado civil. Cfr. Domínguez Benavente, R. y Domínguez Águila, R., *Derecho sucesorio*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1998, t. I, pp. 137-139, si bien algunos autores sostuvieron que los herederos del hijo fallecido podían intentar la acción de investigación de la paternidad (Alessandri, Arturo, *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, Ediar, Santiago, 1955, p. 425). Somarriva, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, p. 421, aunque sostiene que el art. 320 CC, al no mencionar a los herederos no permite la transmisión de la acción de estado si fallece el hijo, sostiene que “si se invoca el estado civil como fundamento de una acción patrimonial, podría hacerla valer [el

Se ha dicho que el art. 1097 CC abona la tesis de que la acción de reclamación de la paternidad puede interponerse contra los herederos del supuesto padre, ya que señala que los asignatarios a título universal son herederos, y por tanto, “representan a la persona del testador”, pero el argumento nos parece una petición de principio, ya que el texto del artículo señala claramente que la representación es “para sucederle en todos sus derechos y obligaciones *transmisibles*”. O sea, supone que se trate de derechos y obligaciones susceptibles de transmitirse por causa de muerte, y eso es justamente lo que se trata de probar. El art. 951 CC aclara también que se sucede a título universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones “transmisibles”.

Aunque no existe una norma clara que fije qué derechos y qué obligaciones son transmisibles o intransmisibles, puede afirmarse que, por regla general, los derechos patrimoniales son transmisibles, salvo que la ley o el contrato los conciba como no transmisibles. A la inversa, los derechos extrapatrimoniales, como lo son los derechos de familia, son intransmisibles, a menos que una norma especial permita a los herederos ejercer derechos o suceder en obligaciones familiares.

Por eso, cuando se trata de acciones de filiación debe afirmarse que la regla general es la intransmisibilidad, de modo que sólo en casos especiales pueden los herederos ser llamados a ejercer acciones de impugnación o de reclamación, como a hacerse cargo en calidad de demandados de ellas.

Que la intransmisibilidad es la regla general en materia de acciones de filiación lo demuestran los preceptos que expresamente confieren acciones a los herederos, como por ejemplo el art. 207 CC que permite a los herederos ejercer la acción de reclamación de la filiación tanto matrimonial como no matrimonial; el art. 213 CC, que faculta a los herederos del marido para impugnar la filiación matrimonial; el art. 216 inc. 2º CC que otorga a los herederos del hijo que muere el derecho a impugnar la paternidad no matrimonial y el art. 218 CC que se refiere de un modo indirecto a los

heredero del hijo], pues él adquiere la universalidad de la herencia en la cual va comprendida el derecho patrimonial que pretende”. En todo caso, la discusión sólo se refería a la legitimación de los herederos del hijo, y no a los de los padres como legitimados pasivos.

También se admite sin problemas que la acción es transmisible si el fallecimiento ocurre con posterioridad al inicio del juicio, “caso en el que al interés moral del difunto se substituye uno pecuniario desde que mediante ella [la acción], se pretende consolidar o aumentar los derechos hereditarios de los sucesores del litigante fallecido” (Domínguez, R. y Domínguez, R., ob. cit., t. I, p. 139).

herederos de la madre supuesta o su marido para impugnar la maternidad. Todos estos preceptos se refieren a la transmisibilidad activa. Sólo el art. 206 CC se refiere a la transmisibilidad pasiva, es decir, que se pueda demandar a los herederos en representación de su causante.

Estas normas, que junto con establecer excepcionalmente la transmisibilidad de las acciones de filiación establecen requisitos especiales para su procedencia, no tendrían sentido si se acepta como regla general que los herederos del hijo son legitimados activos para todas las acciones de filiación, y que los herederos de los padres son legitimados pasivos de las acciones que el hijo pretenda deducir, de acuerdo al tenor del art. 317 inc. 2º CC. Así, por ejemplo, los herederos del hijo no tendrían que sujetarse a los plazos de caducidad de la acción previstos por el art. 207 al reclamar la filiación, o en el art. 216 inc. 3º para impugnar la paternidad.

Tampoco puede pensarse que sólo en estos casos en los que se ha mencionado expresamente a los herederos se aplican restricciones mientras que en todos aquellos casos en los que no han sido mencionados procedería la transmisibilidad en forma amplia y sin limitaciones. Esta conclusión tampoco es autorizada por el tenor literal del art. 317 inc. 2º CC ya que ella se refiere sólo a dos supuestos de transmisibilidad: legitimación pasiva para los herederos del padre o madre fallecidos, contra los cuales el hijo podrá dirigir la acción; y legitimación activa para los herederos del hijo que pueden decidir entablar la acción que le hubiere correspondido a éste. No caben en la regla la legitimación activa de los herederos de los padres fallecidos para demandar al hijo ni la legitimación pasiva de los herederos del hijo contra los cuales podrían los padres o terceros intentar una acción de reclamación o impugnación.

Aun con este contenido parcial, no se entendería que ella rija autónomamente y fuera de los casos en los que las normas del título VIII expresamente confieren legitimación activa o pasiva a los herederos, pues son justamente los casos mencionados donde tiene más utilidad y sentido conceder activa o pasivamente dicha legitimación. Una interpretación como la que se impugna haría incurrir al sistema en una grave incongruencia.

Pero si la intransmisibilidad es la regla general en materia de acciones de filiación, ¿qué sentido debe atribuirse al art. 317 inc. 2º CC?

c) El rol del art. 317 inc. 2º CC

El inc. 2º del art. 317 CC no puede tener el papel que la doctrina que impugnamos le ha asignado, a saber, la de regla general y sustantiva

sobre la legitimación activa y pasiva de las acciones de filiación. Y esto por múltiples razones:

1º Por la historia del establecimiento de la ley: la historia del precepto es categórica e indudable sobre la intención del Poder Legislativo de no darle a la norma el carácter de regla de legitimación y menos de ampliación de las titularidades contenidas en el título VIII del Libro I. Atribuirle otra interpretación es nitidamente en este caso modificar la intención de la norma claramente establecida por el Poder Legislativo en uso de sus atribuciones exclusivas.

2º Por su mismo texto: el tenor del art. 317 inc. 2º CC desmiente la idea de que se trate de un precepto cuyo fin sea regular la legitimación de las acciones de filiación. Ella se refiere sólo a quienes son legítimos contradictores en los juicios de filiación para los efectos de que ellos produzcan cosa juzgada general y siempre bajo el entendido de que se respetan las reglas de legitimación, plazos y demás condiciones establecidas en el título VIII del Libro I, es decir, la normativa de legitimación de las acciones de filiación. En efecto, el art. 317 CC no es más que una aclaración de lo que debe entenderse por “que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor”, que es uno de los tres requisitos que el art. 316 CC dispone para que “los fallos de que se trata en el artículo precedente” produzcan los efectos que en él se designan, es decir, la aplicabilidad general o *erga omnes*. Vemos, entonces, que el art. 317 está previsto para los fallos a que se refiere el art. 315 CC. Pues bien, este último precepto es muy claro al establecer que “el fallo judicial pronunciado en conformidad con lo dispuesto en el Título VIII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos...”.

Resulta indiscutible en consecuencia que para que se aplique el requisito de legítimo contradictor deben cumplirse las normas de legitimación activa y pasiva previstas en el Título VIII del Libro I. No se trata de una norma autónoma y desgajada de las demás que esté destinada a regular la legitimación de las acciones de filiación, sino únicamente una norma complementaria y meramente aclaratoria de los efectos *erga omnes* que tienen los fallos pronunciados conforme a las reglas de legitimación previstas en el referido título VIII.

3º Por el sentido total del artículo: La interpretación que cuestionamos separa injustificadamente el inciso 2º del art. 317 CC de su primer inciso. Es efectivo que el inciso 2º se refiere a los herederos, pero antes el inciso primero

comienza diciendo: “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, la madre contra el hijo”. Ahora bien, si el inciso segundo fuera una norma sustantiva y general de legitimación activa pasiva, también debería serlo el inciso primero. Sería absurdo que la norma tuviera finalidades distintas para cada uno de sus dos incisos. Pero si consideramos que el inciso primero es la regla general de legitimación de las acciones de filiación, entonces pierden sentido todos los preceptos que se encuentran en el título VIII y que regulan pormenorizadamente la legitimación de las acciones impugnación y de reclamación. No puede sostenerse que se trata de normas especiales, porque regulan en forma general y completa esta titularidad. La única conclusión posible es que el inciso primero, como también el inciso 2º, no es una norma de legitimación propia e independiente, sino únicamente una aclaración que viene a clausurar el sistema, pero teniendo como antecedente sustantivo la regulación de la legitimación efectuada por las normas del Título VIII del Libro I.

A ello se suma lo dispuesto en el art. 320 CC, el último de esta serie de normas que, nuevamente se refiere a legitimación en acciones de filiación (esta vez para permitir la impugnación de una filiación establecida por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada), y que aclara expresamente que “las acciones que correspondan se ejercerán en conformidad con las reglas establecidas en el Título VIII...” (art. 320 inc. 2º). Reafirma, pues, que todas estas normas sobre el estado civil de padre, madre e hijo, están referidas a los requisitos y condiciones de procedencia y legitimación previstas en el Título VIII del Libro I que trata de las acciones de filiación.

4º Por su ubicación sistemática y el contexto normativo: El argumento *ad rubricam* nos sirve también para negar que el art. 317 CC tenga el rol de norma sustantiva y principal de legitimación de las acciones de filiación. Si así fuera debió haberse encontrado entre los preceptos que integran el Título VIII del Libro I, dedicado justamente a las acciones de filiación, y no en el título XVII que trata claramente de una materia adjetiva y no sustantiva: De las pruebas del estado civil. Es claro que estas normas se encuentran subordinadas a la regulación sustancial tanto de la filiación y de sus acciones como a la del matrimonio. Respecto de la subordinación a las normas sustantivas de la filiación, puede verse que dos preceptos: el art. 309 y el art. 315 CC se remiten en forma expresa a las acciones de filiación reguladas en el Título VIII del Libro I.

Pareciera, en consecuencia, que el art. 317 inc. 2° CC se refiere solamente a los casos en los que los herederos pueden ser legitimados pasivos de la acción de reclamación del hijo contra el padre o madre fallecido, en las condiciones previstas en el art. 206 CC, y a los casos en los que los herederos del hijo fallecido son legitimados activos para demandar de reclamación o de impugnación (arts. 207 y 216 inc. 3° CC)²⁷.

d) El rol del art. 206 CC

Si el art. 317 CC fuera una norma sustantiva de legitimación pierden significación todas las normas propias de titularidad contenidas en el título VIII del libro I, pero sobre todo no se entiende cuál es la razón de la especialidad del art. 206 CC.

Resultaría el absurdo de que precisamente en los casos en los que sería

²⁷ Es claro que la legitimación de los herederos no procede cuando ni las normas del título VIII ni la supuesta regla general del art. 317 inc. 2° lo autorizan, como sucede con los siguientes casos: 1° Los herederos de los padres o del padre o madre no pueden demandar al hijo de reclamación de la filiación matrimonial o no matrimonial (en este último caso ni siquiera, aunque intentaran ejercer conjuntamente la acción de impugnación de la filiación determinada); 2° Los padres matrimoniales o el padre o madre no matrimonial no pueden emplazar de reclamación a los herederos del hijo premuerto; 3° Los legitimados para impugnar la paternidad determinada por la presunción *pater is est* no pueden demandar a los herederos del hijo fallecido; 4° Los legitimados para impugnar la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento no pueden demandar a los herederos del hijo fallecido; 5° Los legitimados para impugnar la maternidad no pueden interponer la acción en contra del hijo supuesto previamente muerto emplazando a sus herederos.

Son más dudosos los casos en los que no hay norma especial que mencione a los herederos en el título VIII del libro I, pero que cabrían en una interpretación literal del inciso 2° del art. 317 CC, es decir, acciones en las que los herederos del hijo fallecido actúan como legitimados activos y acciones en las que el hijo demanda como legitimados pasivos a los herederos del padre o madre. Estos casos son: 1° Los herederos del hijo podrían demandar la impugnación de la paternidad matrimonial del marido (siempre que el hijo no haya dejado transcurrir el plazo de caducidad para su propia acción: cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, pp. 184-185); 2° El hijo, o su representante, podría emplazar a los herederos del marido para impugnar la paternidad matrimonial de éste; 3° El hijo, o su representante, podría impugnar la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento dirigiendo la acción en contra de los herederos del padre muerto (cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 202); 4° El verdadero hijo o el hijo supuesto podrían impugnar la maternidad dirigiendo la acción en contra de la supuesta madre fallecida que será representada por sus herederos (cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 210); 5° Los herederos del verdadero hijo o del hijo supuesto podrían demandar de impugnación a la madre supuesta (cfr. Abeliuk, R., ob. cit., t. I, p. 210).

Por nuestra parte, pensamos que la historia del art. 317 inc. 2° CC sólo tiene que ver con las acciones de reclamación (y con los casos especiales en los que la ley habilitó a los herederos para intervenir en ella en representación de sus causantes: arts. 206 y 207) y no con las de impugnación. Prueba de ello es que cuando se quiso otorgar la acción de impugnación a los herederos se les mencionó explícitamente. Así, por ejemplo, resulta muy extraño que la ley haya dicho que los herederos del marido podían impugnar la paternidad en el art. 213 CC y haya silenciado la legitimación activa de los herederos del hijo para luego afirmarla en el art. 317 inc. 2° CC. La omisión de los herederos del hijo en las normas que mencionan taxativamente a los titulares de la acción no puede ser sino una clara voluntad de excluir dicha titularidad. Lo mismo cabría afirmar respecto de los arts. 216 y 218 CC.

más justificado conceder la acción de reclamación en contra de los herederos del padre difunto, esto es, cuando el hijo no ha tenido oportunidad de interponer una acción en este sentido: si es póstumo o si el padre fallece en el breve plazo después de su nacimiento, la ley lo restringiría imponiendo un plazo breve de caducidad. La especialidad adolecería de una razón que la hiciera coherente y legítima como tal. El argumento esgrimido de que en los casos del art. 206 CC habría más dudas de la paternidad no es sustentable, puesto que estamos en el caso de aplicación de pruebas periciales biológicas que dispararían cualquier incertidumbre. No podría la ley ni el legislador haber discriminado en función de supuestos más o menos dudosos de paternidad, cosa que no hace en ninguna otra parte de la regulación de la filiación.

El profesor Ramos Pazos con razón ve aquí una dificultad fuerte para la tesis de otorgar legitimación amplia a los herederos del padre fallecido²⁸.

e) Derecho a la identidad y libre investigación de la paternidad

Se aboga porque la interpretación que permite la legitimación pasiva de los herederos en caso de muerte previa del supuesto padre o madre se ajustaría mejor al espíritu de la reforma de la Ley Nº 19.585 que intentó favorecer la libre investigación de la paternidad o maternidad y así asegurar el derecho a la identidad del hijo, derecho este último que se encuentra consagrado además en el art. 7º de la Convención de los Derechos del Niño.

Nos parece que estos argumentos pueden ser más apropiados para la discusión de una interpretación de *lege ferenda* o de reforma legislativa, pero que no son convincentes, dado el claro tenor e intención de las normas positivas vigentes, como argumentos de *lege lata*.

Por lo demás, tanto la investigación de la paternidad o maternidad y el principio de la verdad biológica como el aseguramiento del derecho a la identidad, fueron acogidos por la reforma de la Ley Nº 19.585 como principios inspiradores y matrices, pero no sin matizaciones, límites y restricciones.

Debe recordarse que el art. 195 CC, viga maestra de esta regulación, es bastante cauto a la hora de consagrar el principio de libertad de investigación: dice que la ley "posibilita" la investigación, pero no de modo absoluto e

²⁸ Ramos Pazos, ob. cit., t. II, p. 421, sostiene: "No puedo si, 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".

incondicionado, sino “en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen”. La misma reforma contempló importantes limitaciones a esa investigación y al principio de la verdad biológica: por de pronto, en la norma que exigía un control de admisibilidad de la demanda (hoy suprimida pero integrante original de la reforma), en los plazos de caducidad de las acciones de impugnación, en la primacía que se concede como regla general a la posesión notoria en contradicción a la prueba pericial biológica (art. 201 CC), en la facultad que se da al hijo de repudiar el reconocimiento (arts. 191 y ss. CC), y en la imposibilidad de impugnar la filiación determinada por aplicación de una técnica de reproducción asistida, así como la prohibición de reclamar otra diferente (art. 182). Luego reconocer que la ley ha limitado la investigación de la paternidad a los casos en los que tanto el padre o el hijo se encuentran vivos al momento de iniciarse el pleito, salvo los casos especiales de los arts. 206 y 207 CC, no parece incongruente con los propósitos reales de la reforma operada por la Ley Nº 19.585. Por lo demás, esto consta expresamente en las actas: los legisladores concibieron esta normativa como una limitación razonable del principio de investigación de la paternidad y de búsqueda de la verdad biológica. Uno puede discrepar de este criterio, pero entonces lo que debe hacer es propiciar una nueva reforma, y no atribuirle a esta una intención que no tuvo.

Respecto del derecho a la identidad, puede decirse lo mismo que para la libre investigación. Es un derecho, pero no absoluto, tiene limitaciones sobre todo cuando se presenta en conflicto con otros derechos. En el caso que analizamos también debe ponderarse el derecho de la familia del fallecido a su vida privada y el dolor que significa reabrir tumbas y exhumar cadáveres después de años de ocurrida la muerte. Parece sensato igualmente limitar el derecho a la identidad en caso de fallecimiento previo del supuesto padre ya que es imposible que en estos casos pueda lograrse una efectiva relación entre el hijo y su padre, y más bien puede suponerse que el propósito de la acción no es satisfacer las ansias de conocer a un progenitor desconocido sino más bien lograr participación en su herencia²⁹. De hecho, los casos en

²⁹ Además, la interpretación que combatimos tiene el inconveniente que no incentiva la búsqueda del reconocimiento o de la determinación judicial de la filiación, en los casos en los que el padre biológico en vida proporciona alimentos y cuidados al hijo, pero sin reconocerlo como tal. Para no hostigar al supuesto padre, la ley le permitiría mantenerse en vida libre del vínculo legal, y que su hijo prefiera que muera para demandar a su familia y concurrir a la herencia. En cambio, si el hijo (o su representante) sabe que ello no será posible hay un incentivo correcto para que se pida el reconocimiento o se demande la reclamación en vida del demandado.

los que nuestra Corte Suprema ha asumido la posición que criticamos son en los que el hijo demandante había interpuesto conjuntamente la acción de reclamación con la de petición de herencia.

f) Razones que no son buenas razones

Otros argumentos esgrimidos en apoyo de la tesis favorable a la transmisibilidad pasiva amplia son también refutables. Así:

1º La imprescriptibilidad de la acción: que el art. 195 CC diga que la acción de reclamación es imprescriptible no significa que ella sea transmisible activa o pasivamente a los herederos. La imprescriptibilidad significa que no se extingue la acción de reclamación por el solo lapso del tiempo, pero no que no pueda extinguirse por otras causas, como por ejemplo la muerte del hijo o la muerte del supuesto padre o madre. Esta diferencia es clara en materia de alimentos, en el que la acción para pedirlos no prescribe, pero la muerte del alimentario la extingue (cfr. art. 331 CC).

2º El art. 5º transitorio de la ley más que hablar a favor de la tesis de la transmisibilidad lo que hace es confirmar la restricción de la acción después de la muerte, puesto que después de sentar la regla general de que “no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”, agrega inmediatamente que se hace excepción con los arts. 206 y 207. Es decir, que la única forma en que puede aplicarse la posibilidad de que demande un hijo fallecido o que se requiera a un padre muerto es en estos preceptos excepcionales. Ninguna mención se hace aquí al art. 317 CC³⁰.

3º El que la ley no diga expresamente que la acción debe ejercerse en

³⁰ La historia del establecimiento del art. 5º transitorio es manifiesta en este sentido. En el primer informe de la Comisión de Constitución se aprobó el artículo sólo con la norma restrictiva de que “no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley” (Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, martes 3 de diciembre de 1996, anexo de Documentos, pp. 1762 y 1794). En el segundo informe se aprueba una indicación de algunos senadores, de hacer excepción a las normas relativas al hijo que fallece y a la posibilidad de demandar al padre en caso de hijo póstumo. Dice el informe: “La Comisión concordó con el propósito que persiguen las normas propuestas [por las indicaciones], en el sentido de otorgar el plazo de un año para que pueda reclamarse la filiación no matrimonial cuando el hijo es póstumo o su padre o madre ha fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto, o el hijo fallecido siendo incapaz o fallece antes que transcurra un año desde que alcance la plena capacidad o toma conocimiento de la paternidad o maternidad”. Agrega que “no obstante, le pareció más apropiado incorporar un precepto en ese orden de materias como excepción a la regla establecida en el inciso final de que no puede reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas” (Diario de Sesiones del Senado, sesión 12ª, anexo de Documentos, p. 1883).

vida del supuesto padre como establecía la legislación anterior, no puede ser interpretado como que la admite. Lo que sucede es que esta legislación la aceptó pero sólo en los casos especiales de los arts. 206 y 207 CC. No era procedente repetir la regla anterior sino sólo explicitar que la acción podía ejercerse después de la muerte del padre o del hijo en los supuestos específicos que se precisaban.

g) Un problema procesal: ¿cuándo debe resolverse la cuestión de la falta de legitimación pasiva de los herederos?

Si existe una clara falta de legitimación activa o pasiva en un juicio de filiación, pareciera que lo lógico es que se resuelva desde que ella se acredite, es decir, en la misma audiencia preparatoria. No tiene sentido que se tramite todo un proceso, se proceda a rendir pruebas, a una posible exhumación de un cadáver con todo lo que ello representa para sus deudos, para que sólo en la sentencia definitiva se declare que en realidad no hubo proceso pues no se trabó la litis contra legítimo contradictor.

No obstante, la Corte Suprema en fallo de 30 de octubre de 2007 consideró que, al no estar prevista la falta de legitimación pasiva en el art. 61 de la Ley Nº 19.968, debía anularse la sentencia del tribunal de familia que, en la audiencia preparatoria, dictó sentencia acogiendo la excepción de los demandados de falta de legitimación pasiva en cuanto herederos del supuesto padre cuya paternidad pretendía acreditarse en el proceso después de su muerte, sin que se cumplieran las condiciones del art. 206 CC³¹.

Pensamos que resulta más correcto lo decidido en un caso distinto pero también referido a la falta de legitimación en las acciones de filiación por la Corte de Valparaíso, según la cual es posible no admitir a tramitación una demanda en procedimientos de familia cuando ésta resulta a todas luces inconducente (C. Valparaíso, 17 de julio de 2008, rol 1529-2008, *LP* 39461).

En efecto, el art. 61 Nº 2 de la Ley Nº 19.968 dispone que el juez puede resolver de inmediato las excepciones de falta de capacidad o personería si, como sucederá en el caso de emplazamiento de los herederos, el fallo puede fundarse en antecedentes que consten en el proceso. Es lógico que si

³¹ Es posible que la resolución de la Corte estuviera además influida por el hecho de que el juez de primera instancia había acogido la actuación del abogado de los demandantes ofreciendo fianza de rato respecto de algunos que estaban ausentes, y aún así, y sin esperar su confirmación, dictó sentencia acogiendo la excepción de los demandados.

el demandado carece de legitimación pasiva, se produce el defecto de falta de capacidad, por lo que es conveniente y necesario que el juez resuelva sobre dicha excepción en la misma audiencia preparatoria.

7. Conclusiones de lege lata y de lege ferenda

Como conclusión podemos manifestar que interpretando el texto de la ley, con todos los elementos de la interpretación, debe aceptarse que si el supuesto padre o madre ha muerto, no son legitimados pasivos los herederos del fallecido, salvo en los supuestos restringidos del art. 206 CC. En el conflicto de intereses entre el hijo que busca determinar la filiación y concurrir en la herencia, la ley ha preferido los intereses de los herederos de no ser perturbados en la seguridad económica de su adquisición y en el derecho a la integridad psíquica y la vida privada de no ver exhumados los restos mortales de su causante.

De *lege ferenda*, estimamos que puede estudiarse una reforma para hacer primar el derecho a la identidad, pero siempre que sea este interés el que se persiga por el demandante. De esta manera, de modo semejante a lo que previó la ley, en el art. 5 transitorio para los fallecidos antes de la entrada en vigor de la Ley 19.585, se podría señalar que en tales casos la acción sólo tendrá los efectos de determinar la filiación pero no consecuencias o beneficios patrimoniales. También si se hace esta reforma debería aceptarse como justificada la negativa de los herederos que sean familiares del causante a que se realice prueba biológica por medio de la exhumación de sus restos.

VI. RECAPITULACIÓN

Hemos intentado referir y analizar los principales casos en los que se presentan conflictos de interés en el régimen chileno de las acciones de filiación, para indicar los modos razonables por los cuales ellos deben ser solucionados o zanjados.

Recapitulando, podemos decir que sobre la base de una posible contienda de intereses, y a falta de regla expresa, debe negarse titularidad a la madre para ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial (determinada por la presunción de que el marido es el padre), así como la de impugnar la paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento. Todo ello aun cuando ostente la patria potestad y la representación legal del

hijo menor de edad o incapaz.

También debe negarse la titularidad de la acción de impugnación de la paternidad al autor del reconocimiento con el que se ha determinado la paternidad extramatrimonial del hijo. No lo podría hacer ni como representante del hijo ni como tercero interesado.

Finalmente, es necesario refutar la tesis que han propiciado algunos autores y que ha sido aceptada por fallos recientes de la Corte Suprema, sobre la legitimación pasiva de los herederos para enfrentar una acción de reclamación de la paternidad o maternidad de un supuesto progenitor difunto. Ante el conflicto de intereses, hemos de constatar que la actual legislación, sin perjuicio del juicio crítico que su opción pueda merecer a algunos, se inclina decidida y claramente por proteger el interés de la estabilidad y la vida privada de la familia del difunto. Sólo en los casos expresamente autorizados por el art. 206 CC (hijo póstumo o fallecimiento del padre en el plazo de 180 días siguientes al parto), la valora más el derecho a la verdad biológica y autoriza la demanda contra los herederos del supuesto progenitor fallecido.