

REVISIÓN DE LA PARADOJA DE LA REGLA
DE PATERNIDAD MARITAL.
UN EXAMEN ANALÍTICO*

REVIEW OF THE MARITAL PARENTHOOD
PARADOX RULE. ANALYSES

ÉTUDE DU PARADOXE DE LA RÈGLE DE PATERNITÉ
MATRIMONIAL. UN EXAMEN ANALYTIQUE

EDUARDO GANDULFO RAMÍREZ**

RESUMEN

El texto muestra cómo una regla protectora de la filiación, como la de paternidad marital, y su factor de determinación matrimonio, generan paradójicas consecuencias en el contexto de aplicación, perjudicando tanto al marido como al propio hijo de la madre. La ley responderá inversamente a lo esperado, encubriéndose tal situación por el Registro Civil, causando, usualmente, la caducidad de la acción de impugnación del marido, quedando así el hijo de la madre como propio de aquél, no obstante cualquier reconocimiento de la actual pareja de la madre, y eventualmente caducando la acción de reclamación aun al propio hijo respecto de su padre biológico.

PALABRAS CLAVE: Presunción de paternidad – Filiación matrimonial – Paternidad marital – Acciones de filiación – Acción de impugnación de filiación

ABSTRACT

The text shows how a filiation protection norm as the marital parenthood rule, and marriage determining factor, creates paradoxical consequences in the context that it's applied, injuring both husband and child. The law will respond in a different way that the one it's expected, in fact, the Civil Registration Service will hide this situation, usually causing the husband's impugment action expiration, thus being the mother's son of one's own, despite any recognition of the current partner of the mother, and, eventually, causing the paternity action expiration, injuring the child.

KEY WORDS: Paternity presumption – Matrimonial parentage – Marital parenting – Parentage actions – Parentage impugment actions

RÉSUMÉ

Le texte envisage comment une règle protectrice de la filiation, par exemple celle de la paternité matrimoniale, en tant que facteur déterminant du mariage, créé des conséquences paradoxales dans le contexte de son usage, car cause un préjudice au mari et aussi au fils de la

* Artículo recibido el 4 de diciembre de 2013 y aceptado para su publicación el 15 de enero de 2014.

** Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Máster y postgraduado de Especialista en Argumentación Jurídica y por la Universidad de Alicante, España.

El presente texto está basado en una edición preliminar, publicado bajo el título “La paradoja de la regla de paternidad del marido”. *La Semana Jurídica*, LexisNexis, N° 364, 2007, pp. 6-7.

Quiero dar las gracias a mi colega don Raúl Melo Etcheverry, don Carlos Cerda Acevedo y Ana Graciela Ruiz Contreras, por las lecturas y conversaciones críticas del presente texto.

mère. La loi va répondre à l'iverse des attentes, dissimulant une telle situation par le bureau d'identification civil, ce qui provoque, en général, la caducité de l'action d'impugnacion du mari, malgré la reconnaissance du partenaire actuel de la mère, et l'expiration éventuelle de l'action de l'enfant contre son père biologique.

MOTS CLÉS: Presomption de paternité – Filiation matrimonial – Paternité marital – Actions de filiations – Action d'impugnacion de filiation

“su destino infortunado exhorte a los juiciosos a ser cautos en estos... asuntos cuyo misterio impele a los talentos temerarios a practicar más de lo que el cielo nos consiente”.

(Ch. MARLOWE, *The Tragical History of Doctor Faustus*)

INTRODUCCIÓN

Como pocas reglas en el Derecho, la venerable tradición que se adjunta a la del artículo 184 del Código Civil (CC), podría inducir a que creer que la regla de paternidad del marido de la madre, tendría una clara delimitación en los análisis, así como un claro control sobre sus consecuencias. Recordemos que ella es transmitida a nosotros por Paulus, al decir que, “*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*” (D. 2, 4, 5)¹. No obstante, dado que el lenguaje es sensible a su contexto, la fórmula romana no es exactamente igual en el tiempo, si es que el marco teórico en que se contiene varía². Quizá esto explique el problema metodológico subyacente en el tema: del control respecto de ciertas consecuencias jurídicas de esta regla, en combinación con otras figuras que veremos, para los efectos de la debida construcción y protección de las expectativas legítimas de los ciudadanos.

El problema que presentaré refiere a la aplicación protectora de la regla de paternidad marital, como mecanismo de determinación legal de la filiación, en el *ámbito temporal*, luego de cesada la convivencia conyugal, cuando se ha producido la separación de hecho de los cónyuges, antes de la separación judicial o la diso-

¹ La regla está extraída de los *Comentarios al Edicto*, libro IV, de PAULUS (utilizó la versión del *Cuerpo del Derecho Civil*, a cargo de I. GARCÍA DEL CORRAL. Traductor: I. GARCÍA DEL CORRAL. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 251).

² Un ejemplo de ello es la interpretación que se le ha dado a la propia fórmula romana. Se ha señalado que ella, para los modernos, significaba que *debe ser tenido* como padre, el varón casado con la madre, como condición de suficiencia; mientras que para los antiguos, o al menos para PAULUS, tenía el sentido de una condición necesaria y suficiente respecto de quién era padre exclusivamente, por lo que no habría filiación extramatrimonial. Por tanto, para los modernos es una regla determinación de paternidad legítima, mientras que para los antiguos es una regla de exclusión de paternidad ilegítima (Así, ROYO MARTÍNEZ, M. (1949), *Derecho de Familia*, Sevilla, citado por MARTÍNEZ DE MORETÍN, María (2007). *Régimen jurídico de las presunciones*. Madrid: Dykinson, p. 71). Un estudio interesante que da cuenta sobre las dificultades de entendimiento de esta norma, en la historia, se encuentra en RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO (1971). *La presunción de paternidad legítima. Estudios de Derecho comparado y Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 179 y ss.

lución del matrimonio. El efecto protector reconocido de la regla de constitución de la filiación y la intención de poner certidumbre en la vida de los ciudadanos, causa serios problemas tanto a los padres como a los hijos constituidos legalmente, en relación con la figura del reconocimiento de paternidad y la caducidad de las acciones relativas a la filiación. La paradoja consiste, precisamente, en que la pretendida solución protectora y tutela de la certidumbre y seguridad en la filiación marital, en el contexto de aplicación, termina en ciertos casos de separación de hecho, ofreciendo situaciones que no amparan las expectativas filiales y, peor aún, las soluciones prácticas terminan con un fraude a dichas expectativas.

1. CUESTIONES GENERALES Y ESTRUCTURALES DE LA REGLA DE PATERNIDAD MARITAL

Lo primero a señalar es que el término “filiación”, así como el de “hijo” o “padre”, padecen de ambigüedad cada uno de ellos, pudiendo encontrárselos en diversos contextos, como el biológico, sociológico, ético, jurídico, etc., con sentidos diversos. En el propiamente del Derecho, también podemos encontrarlos con ambigüedad, a veces aludiendo a un vínculo o estado jurídico y otras a la relación biológica propiamente tal, etc.

Lo que nos interesa de manera primordial en el Derecho, es la filiación jurídica, ya que, por una parte, es la normatividad la que *construye* la filiación según los parámetros legislativamente aceptados³ (que es lo que investigaremos en este texto), y, por otra, la diversidad de criterios de otros contextos, son irrelevantes para el sistema jurídico, en tanto no sean contingentemente normativizados en los criterios legales, y aplicados a las personas singulares. De esta manera es que en el contexto jurídico, la filiación se entiende como una *relación*⁴ *legal* entre determinados individuos, que el Derecho los posiciona como padre, madre o hijo⁵. Normativamente, esa calidad individual y relativa de padre, madre o hijo es el estado

³ Es bien decisivo en este tema, cómo el legislador se aparta del criterio de naturaleza, paradigmático para la construcción de la filiación, e incluso cuando las pruebas de ADN muestren cierto tipo de relación genética filial, el juez deberá preferir el criterio social, desplazando al criterio natural, para efectos de tener por constituida la filiación jurídica, según los artículos 201 y 200 del Código Civil, entre una persona que pasa como hijo socialmente de otra.

⁴ La filiación es un concepto relacional diádico del tipo ‘xRy’, que apunta a decir que ‘x está en la relación R con y’. Así, por ejemplo, se dice que ‘Juan está en una relación filial respecto de Pedro’.

⁵ El carácter de relación jurídica se ve con claridad, cuando la ley señala en materia de adopción, que “(...)la filiación que pueda establecerse entre ellos [adoptante y adoptado], se rigen por la ley respectiva”, según el artículo 179 inciso 2º del Código Civil. Y la relación jurídica filial se destruye cuando la sentencia impugnativa lo decreta: “La filiación queda sin efecto por impugnación de la paternidad o de la maternidad (...)”, según el artículo 211 del Código Civil.

La filiación entendida como relación jurídica es sostenida entre nosotros en la legislación actual, también por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 53.

civil filial específico de cada persona⁶ (como podemos corroborar del artículo 304 CC, en tanto “calidad de un individuo” y el artículo 33 CC). Ahora bien, cómo seleccione el Derecho a los sujetos, en la posición padre o madre o hijo, dependerá de ciertos estándares jurídicos. Uno de ellos es el criterio biológico o natural. El mecanismo para seleccionar la aplicación de dicho criterio es la determinación legal de la filiación natural. De esta manera se procederá a imputar por el Derecho las calidades filiales de padre, madre o padre legales, con su conjunto de derechos, deberes y obligaciones.

Ahora bien, precisamente dentro de esos mecanismos por los cuales el Derecho erige esa relación jurídica a los individuos, se encuentra la regla de paternidad marital o *pater is est*, configurada legalmente por el nuevo sistema filial vigente en el siglo XXI, por virtud de las Leyes N° 19.585 vigente desde el año 1999 y N° 19.947 vigente del año 2004. Específicamente dicha regla es un mecanismo de determinación legal para la filiación, y sus supuestos operativos vienen constituidos por lo que denominaremos el “factor de determinación matrimonial”.

Este factor es un hecho institucional seleccionado por el legislador, consistente en una serie de circunstancias especiales, que manifiestan que se ha dado el criterio base de la filiación por naturaleza. Dicha especialidad viene constituida por una serie de razones que operan como *garantías* para el legislador, a efectos de que la conjunción de circunstancias haga más probable que: la constitución de la filiación jurídica se corresponda con la filiación biológica. Dichas garantías tomarán expresión en los elementos constitutivos del factor de determinación matrimonial.

Este específico factor matrimonial se halla constituido por una combinación de condiciones de heterogéneo cariz, que lo hace actuar de forma particular:

(i) Concorre de forma auxiliar y en calidad de presupuesto (por lo que no es propio⁷), la presencia de otro factor: es indispensable que se encuentre determinada la maternidad, pues el factor marital opera respecto del marido de la madre.

Encontrado ese presupuesto de conexión, se debe unir a los requisitos propios del factor matrimonio. Éstos son:

(ii) como cuestión de hecho: el tiempo en que ocurre la concepción o el nacimiento en relación con el matrimonio, y

(iii) una situación jurídica: la relación conyugal entre la madre y su marido, que es punto de conexión con la coordenada temporal.

⁶ La filiación se construye mediante “términos relativos”, como ‘padre’, en el sentido de que indican cosas respecto tan sólo de otras cosas, como, por ejemplo, ‘x es padre de y’ (sobre los términos relativos, sigo a QUINE, Willard van Orman (1993). *Los métodos de la lógica*. ACERO, J. y GUASCH, N. (Trads.), Buenos Aires: Planeta-Agostini, pp. 185 y ss.).

⁷ El carácter de propio quiere decir que no depende de otra figura de la filiación, del tipo factor de determinación, sino que en su configuración toma prestado otros elementos que concurren en auxilio de la configuración legal de la figura de referencia (el factor matrimonial).

Dándose todo ello, en particular, la clave *matrimonial*, no es que se presuma al niño como hijo del marido⁸, sino que se producirá, *ope legis*, la imputación de la filiación jurídica, estableciéndose la calidad de padre legal al marido, y de hijo legal al propio de su cónyuge.

Aquello implica que *desde lo general* se atribuirá de forma *pareja y automática* a cualquier padre e hijo, que estén en la posición matrimonial singular adecuada, según la definición del artículo 184 CC. Se prescinde así de ciertos avatares de la singularidad, representada por la voluntad de los padres o de la actuación concreta de la ley por los tribunales.

2. FUNDAMENTOS DE LA FIGURA

En este punto examinaremos tres cuestiones: los valores jurídicos que operan como razones de construcción de la figura de paternidad, la graduación de su consagración legislativa y los costos de asumir dichos valores legislativos.

En el denominado “contexto de fundamentación”, la normativa filial ha privilegiado tres valores jurídicos: *a)* el interés superior del niño, especificado en la facilitación de la constitución del estado filial, por criterio biológico; y *b)* la certeza y seguridad jurídica. Éstas son las razones institucionales que han configurado nuestra regla de paternidad de determinada y específica manera en la legislación, y que, en parte, nos mostrarán la primera parte de la paradoja, y nos entregarán ciertos elementos de razonamiento.

El interés superior del niño, especificado en la facilitación de la constitución del estado filial. En general, podríamos estar de acuerdo en la función protectora de la regla de paternidad marital, con respecto a la persona y el niño⁹. Como señalé en otro lugar, la constitución del vínculo jurídico filial, al estabilizar con la forma jurídica una situación y, a su vez, abrir la puerta a un cierto haz de derechos, obligaciones y deberes filiales (como definir el cuidado personal del niño, los alimentos, la relación personal y directa con su padres, su representación, etc.), importa, de tal modo, una concreción de mayor protección para los individuos involucrados en esta clase de relaciones, en especial, de quienes pueden ser la parte más débil de la relación, los niños. Por esto, la filiación jurídica es una figura que se entiende que la ley debe favorecer¹⁰.

No obstante ello, la complejidad de la filiación no se agota en la satisfacción de una consideración formal, como es la de establecer cualquier filiación con cualquier

⁸ Es interesante anotar que en el Derecho comparado existen otras explicaciones, alternativas a la denominada “presunción legal de paternidad”, e incluso son mayoritaria en Francia y en Italia, al menos al año 1971 (*Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ (1971), pp. 301 y ss.).

⁹ *Vid.* por todos GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 61.

¹⁰ GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2007b). “Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles”. *Revista Chilena de Derecho*, N° 34, p. 202.

persona. De hecho, juegan más estándares que deberán satisfacer las figuras filiales, como el de verdad biológica en relación complementaria con el interés jurídico del favorecimiento de la constitución filial. Aquí la idea legislativa se construye en una amalgama de razones pragmáticas y de principios. Desde el punto de vista principialista, la mejor concreción de la verdad biológica estaría en que para cada filiación singular se contara con una pericia de ADN. Sin embargo, en una óptica pragmática, ello traería un alto costo para el establecimiento de la filiación, pudiendo quedar mucha gente al margen del estatus familiar, por el coste de dinero, de tiempo y exigir la concurrencia de la voluntad paterna que ello implicase¹¹. Así, la idea legislativa es que el factor de paternidad marital se trate de corresponder en mayor medida con la verdad biológica, y que, a la vez, permita una mayor extensión de las singulares filiaciones que puedan constituirse respecto del mayor número de personas. Éstos son los dos objetivos ejes en la conformación del interés protegido. Esta amalgama tiene consecuencias en la orientación de comprensión conceptual, como la ya vista, en la construcción de la regla y su mecánica de funcionamiento, y en los costos que el sistema de filiación debe asumir (y que tendrán impacto en la comprensión de nuestro problema).

La regla del factor de paternidad marital se va a construir mirando esta amalgama. Una de las consecuencias de esta postura se concreta en la mayor automaticidad de la figura, evitando la intervención de la voluntad del pretendido padre (circunstancia que también se da en el factor parto)¹². La idea es que la voluntad del pretendido padre intervenga en el *supuesto previo*: en la decisión de tomar la vía del matrimonio o no. Pero nada más. Para el resto, la acción se realizará por la regla de paternidad; de esta manera, la filiación alcanzaría y beneficiaría a una mayor cantidad de personas.

La concreción legal de este interés en relación con la verdad biológica, implica la consideración de razones específicas, como garantías para que el interés en la mayor cantidad de determinaciones de la filiación se pueda corresponder, a la vez, con la verdadera paternidad biológica. Ello tendrá consecuencias en la configuración de la propia regla de paternidad. Nuestra legislación parece observar dos tipos de

¹¹ En sentido similar: Paulina VELOSO, quien afirma también que en la actualidad “la ciencia dispone de pruebas científicas directas ciertamente más fiables que esta presunción. Sin embargo, estas pruebas quedan reservadas para los casos de disputa de la filiación”, precisamente por el costo de generalización que ello implicaría. En: VELOSO VALENZUELA, Paulina y SCHMIDT HOTT, Claudia (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*. Santiago: Conosur, pp. 101 y 102.

¹² Este rasgo es calificado por Hernán CORRAL como la *imperatividad* de la regla (CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). “La filiación matrimonial”. *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año 4º, Nº 7, pp. 241-262. Disponible en: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf> [Consulta 20 abril 2014]). Por su parte, Paulina VELOSO lo caracteriza, en la misma línea, como de operatividad de “*pleno derecho*”, por la sola circunstancia de concurrir los supuestos de hecho que señala la ley en el artículo 184 del Código Civil, sin requerir ningún acto voluntario del padre ni de la madre (VELOSO y SCHMIDT (2001), p. 104).

razones que confluyen en la construcción de este interés jurídico complejo, en la regla de paternidad marital¹³:

a) **Para la situación de concepción antes de las nupcias** (y nacimiento antes de los 180 días después del matrimonio): el interés en la filiación por vía biológica estriba en la presuposición legislativa de que el hombre que se casa con una mujer embarazada, con *conocimiento* de dicha situación, es porque asume directamente que él es el padre¹⁴. He ahí la garantía razonable. Dicho conocimiento lo manifiesta la ley, respecto de la acción destructiva de la filiación denominada de “desconocimiento de la paternidad” (artículo 184 inciso 2º CC), y que precisamente es procedente cuando falta el elemento cognoscitivo de la preñez al tiempo de casarse. Dándose ese solo supuesto operativo, el tribunal debe bloquear la aplicación del factor paternidad marital, en el caso singular, y destruyendo el estado civil constituido (sin perjuicio de las acciones de reclamación con otros supuestos de procedencia).

b) **Para la situación de nacimiento durante el matrimonio**: el interés en la formación de la filiación toma forma en la razón de *vivir juntos y procrear*, de manera *exclusiva* entre los cónyuges, según disponen los artículos 102 y 132 ambos del CC (y que lo diferencia con la función de mero indicio de la cohabitación en caso de concubinato, del artículo 210 CC). De ahí que, como se señala en la sociología del Derecho, los ciudadanos que opten libremente por estas formas legales, tendrán razones para comportarse de acuerdo con dicha opción. Por ello, lo normal es que el marido de la madre sea el padre de los hijos de ésta. Sobre la base de dichas cuestiones, el legislador construye esta figura de fácil establecimiento y operatividad automática para la constitución de la filiación.

En tal sentido, la ley chilena *instrumentaliza el matrimonio* al convertirlo en factor, para producir una mayor facilidad en la constitución de la filiación de los hijos con los padres, y seguridad en dicha determinación, en protección primaria de los hijos, y secundaria de los últimos¹⁵. Esta caracterización es importante y se opone a la ligazón ínsita entre matrimonio y regla de paternidad, o, como ha dicho Hernán CORRAL, de autoimplicación entre una y otra, de la

¹³ En estas dos razones seguiré, en parte, a CORRAL TALCIANI (2003).

¹⁴ Quien recuerde los fundamentos esbozados en el reconocimiento, como acto de admisión, podrá comparar la diferencia con esta figura. Aquí no es que el contrayente “quiere asumir esa paternidad” –como dice CORRAL TALCIANI (2013)–, porque si no funcionaría como un reconocimiento, y se le aplicaría las condiciones del reconocimiento, y estaría impedido de impugnar. Es indudable que ello puede existir, pero el legislador ha prescindido de ello, precisamente por la imperatividad o automaticidad que le atribuye la ley (y que CORRAL reconoce). CORRAL TALCIANI (2003). La voluntad que legalmente importa y diferencia el reconocimiento con este acto, es, como ya dijimos, la voluntad para un supuesto previo: el matrimonio. El acto de casarse con la mujer embarazada, más bien tiene el rasgo de acto conocimiento conjetural, para efectos de la garantía, no de acto de voluntad.

¹⁵ Es el matrimonio el que es instrumentalizado por esta figura para un cierto objetivo superior, y no al revés, esto es, que la figura fuese instrumentalizada para el realce o mejor protección del matrimonio.

filiación complementando el matrimonio¹⁶. La razón está en que, es el matrimonio el que es instrumentalizado por esta figura *para un cierto objetivo superior del ordenamiento*, el interés superior del niño, y no al revés (esto es, la figura es instrumentalizada para el realce o mejor protección del matrimonio). Esto se ve claramente cuando se analiza la figura misma, donde uno de los elementos de operación es el matrimonio, unido a otros. Asimismo, si fuera tan ínsita esta ligazón, prácticamente todo lo que ocurriría en el matrimonio, y que implicara elementos compartidos con la filiación, afectaría a la filiación misma, cuestión que CORRAL tampoco acepta (correctamente).

– Por ejemplo, la *nulidad* del matrimonio con sus efectos retroactivos (artículo 50 LMC¹⁷), podría afectar un elemento base de la regla de paternidad marital; precisamente, el matrimonio. De tal manera, que el razonamiento es que, si estuvieran autoimplicados, la configuración legal de la filiación se vería alterada, ya que dado que no hay matrimonio ni marido, ni mujer, por el efecto retroactivo de la nulidad declarada, no podría haber operado la regla de paternidad marital, y quedarían sin filiación los hijos. Esta consecuencia no es seguida por nuestra legislación, apartándose así de la tesis de conexión ínsita entre matrimonio y filiación. El artículo 51 inciso 4º LMC dispone: “la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges”. La decisión legal que se toma de apartarse de las relaciones entre matrimonio y filiación (mal denominada “matrimonial” por algunos), obedece a proteger al interés superior del niño, lo que es, precisamente, concordante con el objetivo superior que venimos diciendo, y que es la *ratio legis* para desmontar la autoimplicación entre matrimonio y la regla de paternidad marital, e instrumentalizar el matrimonio.

– El segundo ejemplo es más cercano a nuestro tema (y nos permitirá observar la seguridad y certeza). En ciertas ocasiones, el legislador regula ciertas circunstancias propias de los adultos en la relación matrimonial, como son algunas crisis matrimoniales. Norma quitándole relevancia jurídica a ciertas conductas, extramaritales, con el objetivo de darle flexibilidad jurídica a las crisis matrimoniales y evitar el escalamiento de un conflicto familiar al llevarlo a la sede judicial. De esta manera, el artículo 26 inciso 2º LMC dispone que cuando ha habido una separación de hecho consentida, no podrá haber invocación del adulterio, por tener uno de los cónyuges relaciones sexuales extramaritales, para efectos de hacer procedente la separación judicial culpable. Algunos entienden que dicha norma ha hecho cesar el deber de fidelidad, en general, para todos los supuestos y efectos (Rodrigo BARCIA

¹⁶ CORRAL TALCIANI (2003), de la cual tomo la cita: “La relación entre filiación y matrimonio ha sido entendida, al menos en los últimos dos mil años como de autoimplicación en el plano jurídico, el que siempre conlleva una cierta valoración axiológica de los fenómenos fácticos”.

¹⁷ Artículo 50 LMC: “La nulidad produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la declara, retrotrayéndose las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial”.

LEHMAN¹⁸), pero si esto fuera así, tendríamos que llevar a entender que la filiación y la regla de paternidad quedan sujetas a los vaivenes propios de las crisis matrimoniales que tengan las parejas. Lo que estaríamos haciendo es traspasando, a rajatabla, un problema con una solución propia o adecuada para un avatar de adultos, a las relaciones filiales de los padres con los niños; con el consiguiente costo para los hijos y su eventual filiación, ante las inestabilidades y vaivenes afectivos de las parejas matrimoniales. Esto, precisamente, va en contra del valor de la seguridad, entendida como estabilidad de condiciones, y la certeza, como certidumbre sobre ciertas consecuencias jurídicas, que el legislador ha querido dotar a la filiación, y, en especial, a la regla de paternidad del marido, en el período del comienzo de imputación y de su finalización¹⁹.

La *seguridad* y la *certeza* se encuentran como valores incorporados en la regla del artículo 184 inciso 1º CC. Su proyección normativa está configurada de manera *negativa*. El sentido de la manifestación negativa consiste en: establecer un límite a la extensión de la regla de paternidad, mediante la fijación de un hito normativo. Se trata de que la extensión temporal del factor de paternidad se presente de manera estable en el tiempo, a efectos de sustraer al hijo de la incertidumbre de los vaivenes de ciertas crisis circunstanciales, y lograr una cierta claridad general sobre si hay constitución o no del estado filial. Pues bien, el específico cariz de certidumbre y seguridad a asignar a aquel hito, que permita actuar estos valores, dependerá de ciertas decisiones legislativas y en la modalidad en que se adopten.

Aquella tarea se encara y comprende de mejor modo, cuando recordamos que la certeza y la seguridad son “conceptos ordenadores”. Como dice Gustavo RADBRUCH, esta última clase de conceptos “contienen propiedades graduables,

¹⁸ BARCIA LEHMAN, Rodrigo (2011). *Fundamentos de familia y de la infancia*. Santiago: Thomson Reuters, p. 402.

¹⁹ Sin perjuicio del argumento expuesto arriba, a mi juicio, el inciso 2º del artículo 26 LMC se aprecia más bien como una solución *ad hoc*, de mera tolerancia legislativa al adulterio. Porque el legislador no deja a los meros vaivenes singulares de las separaciones de hecho la entrada o salida del deber de fidelidad, en particular, cuando es una situación muy informal, incluso cuando interviene la voluntad de las partes. Es con la formalidad de la separación judicial que, legal y oficialmente, cesa o no subsiste el deber de fidelidad y cohabitación, de acuerdo al artículo 33 del Código Civil, los que se encuentran expresamente suspendidos. Ahora bien, si la separación será subsecuente a la separación de hecho, de forma general, y así también la suspensión del deber de fidelidad, cómo se entiende que dicha suspensión opere de forma subsecuente. Por otra parte, qué razón relevante hay en que cese el deber de fidelidad en la separación de hecho de común acuerdo, frente a que los cónyuges se hayan separado por una pelea, no de común acuerdo. Si estos obstáculos son correctos, ¿cómo se entiende que si la declaración de separación judicial sea la suspensiva del deber de fidelidad, no pueda invocarse el adulterio en la separación de hecho consentida de acuerdo al artículo 26 inciso 2º? Pues, precisamente, si bien existe el deber de fidelidad en abstracto, se toleran ciertas circunstancias que infraccionan el deber, por la situación misma de crisis matrimonial y de inestabilidad emocional de los cónyuges en este momento, como algo propio de la relación matrimonial (así como a veces el sistema penal, tolera ciertos actos en contra de las leyes penales, por falta de significancia, en los delitos de bagatela). La falta de significancia, de acuerdo al contexto de crisis, no tiene la misma significación o entidad para el legislador, cuando se habla de la protección de los menores, por lo que dicha calificación de falta de suficiencia afecta la consideración legal de la ley.

cualidades que se puede adjudicar en una medida variada, en mayor o menor grado²⁰. En este sentido, cuando hablamos de seguridad y certeza, estamos predicando de situaciones de mayor o menor estabilidad, o más o menos certidumbre respecto de las condiciones para que se dé la filiación de una persona; en tal sentido, sus lindes, dice RADBRUCH, pasarán uno en otro, a través de límites que se desdibujan, como los colores en un círculo colorido²¹. El *grado normativo* de seguridad y certeza que maneje el sistema jurídico, dependerá del criterio de corte escogido por el legislador, que es el objetivo a averiguar. En nuestro caso, cuando la Ley N° 19.585 y la Ley N° 19.947 regularon, en específico, el artículo 184 CC, se recurrió a la formalidad de aludir al término de la relación matrimonial y a la separación judicial, que ha de establecerse, esta última, mediante el recurso a la judicatura, y prescindió de la separación de hecho, más irregular e inestable. Sobre ese signo formal podemos ver el estándar o criterio del *grado estabilidad y certidumbre*, que el legislador tuvo oportunidad de asignar en específico, cuando reguló la vigencia de la regla *pater is est* y la aplicación del factor de la paternidad marital²². Como ya se señaló, los vaivenes de las crisis matrimoniales es algo que se pretendió controlar, en su carácter singularmente circunstancial e informal, de tal manera de evitar que mediante su informalidad pusiera en entredicho la extensión del factor y su automaticidad general de imputación, dejando la determinación a la operatividad de los agentes en la aplicación del caso singular, esto es, mediante un juicio para la constitución del estado filial. La pregunta que nos encarará en este caso, se responderá en la vaguedad de los límites de los grados legislativos y cuánto nos alejemos del estándar legislativo.

El costo axiológico. Esta caracterización de los valores e intereses jurídicos recogidos legislativamente en la figura de la regla de paternidad marital, también tiene un costo pragmático para los propios valores e intereses jurídicos. El manejo jurídico de aquel costo será el resultado de la ponderación de circunstancias y de los valores e intereses en juego, dando como resultado una configuración específica de la normativa; y el análisis de las razones en juego nos dirá la corrección de la actividad legislativa. El legislador cuando pondera los valores e intereses genéricos

²⁰ Los conceptos ordenadores opone a los clasificatorios, más propios de la lógica tradicional, los que están formados por elementos que sólo cabe atribuir o denegar a un fenómeno individual. Los conceptos ordenadores, por su parte, mencionan una medida entre dos o más fenómenos, poniéndolos en orden jerárquico y progresivo, por ejemplo, ordenan en una serie sucesiva los minerales según su dureza. El jurista alemán sigue a los prestigiosos lógicos Carl HEMPEL y Paul OPPENHEIM. (RADBRUCH, Gustav (2009). "Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico". En: *Anuario de filosofía jurídica y social*, GUZMÁN DALBORA, J.L. (Trad.), N° 27, pp. 392 y 393).

²¹ RADBRUCH (2009), p. 394.

²² En parte esta solución y argumentación con primacía de la estabilidad es aceptada por Hernán CORRAL al señalar que: "Debe destacarse que en nuestro ordenamiento [de la Ley N° 19.585] la mera separación de hecho de los cónyuges no determina la inaplicación de la presunción de paternidad del marido (...) lo cierto es que un mero estado de hecho que no consta públicamente, que puede ser variado día a día, no puede dar pie para producir consecuencias jurídicas de tanta envergadura". CORRAL TALCIANI (2003).

de la filiación, definidos específicamente en este contexto de la regla de paternidad, tiene que asumir los riesgos, siempre presentes, de un “falso positivo” o de un “falso negativo” (tomando prestada la terminología de la carga de la prueba). Es decir, o bien asume el riesgo de aceptar más casos de padres-legales, que, en verdad, no son padres biológicos (falso positivo), o asume el riesgo de aceptar más casos de excluir padres-legales, que son verdaderos padres biológicos (falso negativo). Esto depende de una ponderación de razones político-jurídicas y sociológicas que están a su disposición, como el favorecimiento de la constitución de la filiación paterna con el verdadero padre.

Cuando observamos la normativa paterno-filial, podemos darnos cuenta que el legislador ha tomado una u otra posición, según las circunstancias. Tomando como criterio de delimitación la seguridad y certidumbre jurídica para precisar los deslindes de su cálculo de decisiones, vemos dos cosas:

i) Antes de la separación judicial (y la disolución del matrimonio), el legislador opta, como criterio general y abstracto, de asumir o exponerse al riesgo del falso positivo, es decir, incluir a más padres legales, para efectos de favorecer la filiación de procedencia biológica.

La corrección de los riesgos. Sin embargo, el falso positivo sí tiene una consideración legislativa aunque marginal. En dicha calidad marginal es puesto en relación con la verdad biológica, para efectos de cubrir o corregir los errores del mecanismo general y abstracto. Y el legislador le dispensa ciertas soluciones; cuáles sean esas soluciones, son parte de nuestro problema temático: paradigmáticamente, las acciones destructivas de filiación (inciso 4º, artículo 184 CC)²³.

ii) Luego de la separación judicial y pasados los 300 días subsiguientes, no obstante la vigencia del matrimonio, no se dan todas las razones que califican la suficiencia de la aplicación de la regla de paternidad matrimonial, como hemos visto. En este caso, la legislación de paternidad marital opta por la posición exactamente contraria. Precisamente por la ausencia de dichas razones: prefiere asumir o exponerse el riesgo del falso negativo, que queden verdaderos padres sin asumir la calidad paterna legal.

Las medidas de corrección en este caso, también están fuera de la regla general. Se trata de situaciones en que el padre reconoce al hijo, consignando su nombre en la inscripción de nacimiento del segundo, a petición de ambos cónyuges (inciso 3º, artículo 184 CC), o mediante la respectiva acción de reclamación (inciso 4º, artículo 184 CC).

Como observación general, podemos ver que las medidas de corrección se dejan para ser implementadas o realizadas por los agentes de la aplicación, en el contexto singular (juez y padres), por contrapartida de las soluciones directas que

²³ Es por ello que Paulina VELOSO señala que la opción legislativa de prescindir de las pericias biológicas es “lógica”, ya que: “No podría pretenderse que en cada inscripción de un hijo se acompañara un certificado pericial que acreditara la paternidad biológica” (VELOSO y SCHMIDT (2001), p. 102).

establece la ley. Lo que nos muestra una guía de configuración legal de la regla de paternidad, en nuestro tema.

De esta manera es que se va configurando el ordenamiento jurídico filial, en materia paterno marital. De su mayor o menor especificidad, como resultado interpretativo, dependerá de cuánto falsos positivos somos capaces de aceptar, según la orientación legislativa, y así de los derechos del supuesto padre.

3. ÁMBITO DE OPERATIVIDAD TEMPORAL

Los autores están en coincidencia de que las coordenadas normativo temporales que nos entrega el artículo 184 CC, en los supuestos operativos de la regla de paternidad marital, son diversas, y en lo que interesa, podemos encontrar las siguientes²⁴:

A. El nacimiento del hijo después de celebrado el matrimonio y mientras dure toda la relación matrimonial, excepto que haya separación judicial.

B. El nacimiento del hijo ocurrido después de decretada la separación judicial (artículos 26 y 27 LMC) y hasta 300 días después de producida ésta.

Una tercera opción es la que describen como el nacimiento del hijo ocurrido después de disuelta la relación matrimonial y hasta 300 días después de dicha disolución, que los autores describen y califican como una excepción, basada en una supuesta cohabitación, y el interés superior del niño en la filiación. Sin embargo, a mi juicio existen serias objeciones a dicha interpretación, que obliteran la calificación de ser un tercer caso. Ello basado en las propias razones del sistema filial y en lo discutido en el Legislativo, que impiden asumir una interpretación literal del texto de que opere el factor de paternidad marital. Dado que esta tercera opción no incide, por ahora, directamente en nuestro tema de discusión, la revisaremos posteriormente, cuando entre en juego en las soluciones a la paradoja de paternidad.

Pues bien, las dos primeras soluciones (A y B), conducen a la imputación del estado civil de hijo respecto del marido, al nacido de la cónyuge de aquél, que se encuentren en la situación singular abarcada por cada una de las subclases los supuestos mencionados. Estos criterios quedan corroborados por lo dispuesto en el artículo 184 CC, respecto a la determinación de la filiación en situación matrimonial, de los “hijos del marido los nacidos *después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges*”. Hasta allí todo parece ir bien.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sin embargo, en la práctica forense se aprecia que la situación no es tan tranquila, en especial, a la hora de las consultas sobre divorcio de los cónyuges separados

²⁴ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 60 y 61; CORRAL TALCIANI (2003); BARCIA LEHMAN (2011), p. 403.

(ésta es una especial perspectiva a resaltar, cuando, muchas veces, los problemas solemos observarlos en la academia, desde una perspectiva abstracta y general, perdiendo de vista el contexto de aplicación y los costos pragmáticos que impactan en la vida de las personas). Las razones son de tipo fáctica y normativas²⁵.

–En cuanto a la razón de tipo *fáctica*. Los cónyuges antes de llegar al divorcio, generalmente ya se hallan separados de hecho en su convivencia, por varios años, y muchos de ellos han rehecho su vida afectiva con otra pareja; con la implicancia de nuevos hijos fuera del ámbito matrimonial.

Las normativas son de cuatro tipos:

–Normativas (1). La Ley de Matrimonio Civil exige a los cónyuges que el cese de su convivencia sea, o bien superior a 1 año (divorcio de mutuo acuerdo), o a 3 años (divorcio unilateral). Agréguese que ambas vías –englobadas en el divorcio remedio– son las favorecidas por el legislador, en cuanto a mayor facilidad de obtener el divorcio (por los requisitos que establece el artículo 55 LMC), frente al divorcio sanción que no exige plazo (artículo 54 LMC), pero que es de más difícil probanza (y así se hace menos recomendable como vía). Súmesele que la separación judicial de los cónyuges es un trámite no exigido por la ley de manera previa al divorcio, por lo que muy pocos toman esta vía.

De ahí que prácticamente cualquier concepción de hijos fuera del matrimonio, por parte de las cónyuges con sus nuevas parejas, caerán, de hecho, bajo los supuestos operativos de la regla de paternidad marital del artículo 184 inciso 1º CC, antes de decretarse el divorcio.

–Normativas (2). La nueva configuración jurídica de la atribución o determinación legal del estado civil de hijo (que en parte ya hemos visto). Es indispensable tener en claro que para la Ley N° 19.585, el mecanismo de determinación de la filiación es para la *constitución* del estado civil filial; es por ello que la ley señala derechamente: “*Tienen el estado civil de hijos*”, asociándolo a los factores de determinación legal: “*aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII, Libro I de este Código*”, así los señala el artículo 33 CC. Es más, el *ius personarum* o consecuencias civiles del estado civil, se atribuyen cuando ha quedado constituida legalmente la filiación, como señala el artículo 181 CC: “*La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada*”. Para ello tiene como supuestos operativos a ciertos *factores* de determinación legal. Éstos son *manifestaciones externas* seleccionadas por la ley del criterio elegido, que permiten la determinación y constitución legal²⁶; de forma simple, podemos decir que son factores de imputación de estado filial. Dentro de

²⁵ En esto sigo muy de cerca mi ensayo GANDULFO (2007a).

²⁶ GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2006). “La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de decisión”. *Gaceta Jurídica*, N° 314, pp. 75 y 76.

La mala denominación de “presunción”, contribuye decisivamente a los equívocos argumentativos. En verdad, mediante este factor lo que se está realizando, es, derechamente, la *constitución* de la *filiación legal*

esta clase de manifestaciones seleccionadas legalmente se encuentran, únicamente: *a)* el acto de reconocimiento; *b)* la sentencia (en su parte de mera declaración); *c)* el parto (por ejemplo, artículo 183 incisos 1º y 2º CC) y *d)* el hecho del nacimiento dentro del *matrimonio o dentro de* los trescientos días siguientes a su disolución o la separación judicial. Lo que corrobora el artículo 184 inciso 4º CC que señala: “La *paternidad así determinada* [por este factor matrimonio] (...) podrá ser impugnada o reclamada”, y agrega el artículo 185 inciso 1º CC: “La *filiación (...) queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio (...)*”.

En la misma línea, debe recordarse que la partida, la *inscripción de la partida* o la *subinscripción*, en la nueva ley de filiación, *están construidas, únicamente*, como medio de publicidad, complementando al factor, y para facilitar la *acreditación o prueba* en un juicio que no sea de estado²⁷, mas no como factor de determinación legal (que en este contexto, es canon rector para el sistema filial en esta dualidad determinación-acreditación). Esto significa que lo que ella da cuenta, debe construirse sobre la base de un factor de determinación legal. Así se corrobora por el 181 inciso 4º CC, que señala que: “La *acreditación de la filiación determinada* se realizará conforme a las normas establecidas en el Título XVII”, y, en concordancia, el artículo 305 inciso 2º CC: “El estado civil de padre, madre o hijo *se acreditará o probará* también por la correspondiente *inscripción o subinscripción del acto* de reconocimiento o *del fallo* judicial que determina la filiación”²⁸; es la mentada inscripción o subinscripción la que *da cuenta* de la ocurrencia del factor. De esta manera, tenemos que cuando el marido de la madre concurre al Servicio del Registro Civil, para inscribir a su hijo a nombre propio, dicha inscripción *no constituye* el factor de determinación reconocimiento²⁹, por lo que no opera como tal; aquélla sólo dará cuenta de quién es el padre-legal de conformidad al factor matrimonio, por la regla de paternidad marital.

y del *estado civil*, según ordena el artículo 33 del Código Civil, y no meramente presumiéndose algo de que se puede carecer (GANDULFO (2006), p. 76, n. 72 bis).

²⁷ La ley señala taxativamente los medios de prueba y de acreditación del estado civil filial, en los artículos 305 y 309 inciso 2º parte 1ª del Código Civil. Lo que se prueba o acredita es la existencia del título filial ya constituido de padre, madre o hijo. A falta de dicho título constituido, deberá constituirse la filiación en el correspondiente proceso constitutivo de filiación, con los medios previstos en el Título VIII del Libro I. Así lo señala la parte 2ª del inciso 2º del artículo 309 del Código Civil: “*A falta de éstos, el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII*”, precisamente porque el juicio de filiación, en particular, el de reclamación, supone la ausencia de una filiación ya constituida.

²⁸ Desde el punto de vista del Servicio encargado de las partidas del Registro Civil, la coherencia del sistema jurídico, se ordena por el artículo 25 de la Ley sobre el Registro Civil que: “*Los Oficiales del Registro Civil vigilarán en sus respectivas comunas, que se hagan las inscripciones de los hechos constitutivos del estado civil (...)*”.

²⁹ En el mejor de los casos, puede considerarse un acto válido de reconocimiento, pero sin consecuencia jurídica atributiva o determinativa del estado filial, por tanto, no puede ser un factor de determinación legal de dicho estado, por lo que manda el artículo 189 del Código Civil.

–Normativas (3). La gravitante figura de la nueva normativa filial, denominada “*operatividad excluyente*” de los factores de determinación³⁰, trae graves consecuencias. Aquella presupone el carácter de *orden público* del estado civil, que importa su gran control por la ley. Dicho control se concreta en que es, preferentemente, la norma legal la que atribuye el estado civil filial y no los actos singulares en que consisten los factores de determinación, como el reconocimiento o el parto o el matrimonio³¹.

La operatividad excluyente consiste en que, si ya ha actuado un *factor* y se ha constituido el estado civil respecto de una persona (como indica el artículo 33 CC), entonces ya no podrá operar otro factor de determinación. Esto se produce por la conjunción de tres razones:

i) La relación entre el factor de determinación y el estado civil unitario constituido, que implica que sólo puede tenerse un único estado civil respecto de una misma persona; por ejemplo, Juan Espinoza puede ser hijo de Álvaro Espinoza, pero no hijo de Pedro Espinoza³².

ii) El carácter permanente del estado civil, que implica que debe ser destruido por ciertas y exclusivas *vías* destinadas legalmente al efecto, y a falta de ella éste se mantiene incólume.

De esta manera, cuando opere un factor de determinación esto significará que se determinará filiación y así la calidad de hijo y padre. Por ello siendo hijo de alguien, no operará otro factor para establecer otro estado civil de hijo respecto de otra persona, o establecer el mismo estado civil ya constituido respecto de las mismas personas.

Así podemos corroborarlo, si observamos, por ejemplo, el artículo 189 CC en materia de reconocimiento, que dispone: “*No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta*”; y ni siquiera un acto tan fuerte como la sentencia, puede constituir un nuevo estado así sin más, como manda la ley en el artículo 208 CC: “*Si estuviese determinada la filiación de una persona y quisiere reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y (...)*”³³.

³⁰ GANDULFO (2006), pp. 86 y ss.

³¹ GANDULFO (2006), p. 75.

³² Un contraargumento sería que Álvaro puede ser padre de Juan y de Diego. Pero el estado civil filial en tanto condición o calidad, como hemos visto, es un “*término relativo*” (*vid. supra* nota 6), por lo que, como señala el artículo 33 del Código Civil, el estado filial se tiene sólo respecto de una persona, determinada, no de cualquiera. Por lo que Álvaro es padre de Juan, y su estado de padre es entendido sólo respecto de Juan. Respecto de Diego, Juan tendrá otro singular estado filial de padre. En tal sentido, la comprensión de ello supone una categorización de singulares.

³³ Ver GANDULFO (2007b), p. 227 y GANDULFO (2006), p. 89.

La única forma de que pueda operar un factor frente a un estado filial ya constituido, es destruyendo de manera *previa* el estado civil vigente, para dejar vía libre a uno nuevo, como lo norma el ya mencionado artículo 208 CC³⁴.

iii) Respecto a la operatividad de los factores en relación a unas mismas personas. Si ha operado un factor de determinación, y se imputó el estado filial a determinada persona en relación a otra específica, no tiene sentido que se constituya el mismo estado filial, por operación de otro factor, en relación a las mismas personas, ya que el estado civil filial en Chile es uno solo de acuerdo a la parte final del artículo 33 CC. Por ejemplo, si Álvaro Espinoza se constituyó en padre de Juan, por la regla de paternidad marital, y luego, por desconocimiento, realizó un acto formal de reconocimiento, entonces este segundo factor queda sin virtualidad jurídica para constituir un estado filial.

–Normativas (4): La aplicación del factor de determinación de la paternidad marital, al igual que el parto, es independiente de la voluntad de los padres. La ley ha querido que la protección sea lo más amplia posible por lo que, estando determinada la filiación materna de la cónyuge, *ipso iure* el Derecho filial atribuye la calidad de padre al marido. Y, además, una vez constituido, opera retroactivamente a la fecha de la concepción, como lo regula el artículo 181 inciso 1º CC: *“La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo”*.

De consiguiente, según la evolución del análisis a esta altura, la concepción y nacimiento de los hijos fuera de la relación matrimonial, con las nuevas parejas, pero antes del divorcio –es decir en contexto matrimonial–, hará que todos aquellos hijos sean legalmente del marido, no obstante que sean biológicamente de un tercero, y bloqueará la operatividad de otros factores, inclusive cuando hayan pasado 10 o 15 años de separación fáctica de los cónyuges³⁵.

5. UN REMEDIO PEOR QUE LA ENFERMEDAD

Quizá por conciencia de tal problema, quizá por práctica histórica del viejo sistema filial, quizá por desconocimiento de la conjunción legislativa o por mala interpretación, el Servicio de Registro Civil ha adoptado la siguiente solución.

³⁴ Sobre la regla del inciso 3º del artículo 184 del Código Civil que pareciese contradecir la operatividad excluyente, ver más adelante el apartado 7.

³⁵ La colección de sentencias judiciales seleccionada por BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2012). *Régimen jurídico de las personas y la familia*. Santiago: Abeledo-Perrot, p. 310, nos muestra una clase de solución en la línea aquí indicada. En tal sentido, la Corte Suprema ha reiterado que la regla de paternidad no puede ser desvirtuada por el hecho de consignarse en la partida de nacimiento del hijo una persona distinta de la del marido de la madre, pues queda determinada de pleno derecho, precisamente con la regla de paternidad (Corte Suprema, 18 de marzo de 2003). Ni inclusive la omisión en dicha inscripción del nombre del marido hace óbice a la operatividad de la figura (Corte Suprema, 7 de diciembre de 2004). Sólo puede cambiarse el estado civil determinado por la regla de paternidad mediante la acción del artículo 212 del Código Civil (Corte Suprema, 13 de junio de 2005).

Los hijos de padres casados y separados de hecho, pero biológicamente de otros hombres que no el cónyuge, son inscritos en las partidas del Registro Civil a nombre del tercero que ha realizado el acto de reconocimiento, bien sea en la propia partida, bien a través de un documento aparte. Es decir, los funcionarios del Servicio de Registro Civil, en vez de corroborar la actuación automática de la ley y revisar si una mujer está casada o bien corroborándolo, inscriben al niño como de padre del tercero.

La pretendida solución institucional del problema, al revés de mejorar la situación, la agrava³⁶. Debe recordarse, una vez más, que la inscripción no figura dentro de los mecanismos técnicos de determinación legal de la filiación, es decir, no es un factor de determinación. La mencionada inscripción, al contrario de lo que se puede pensar, no está constituyendo o determinando al tercero reconociente como padre-legal. Tan sólo constituye un medio de acreditación de algo que ha ocurrido de forma lógicamente previa.

Pero la validez del acto de reconocimiento (y el estado civil), de la cual pretende dar cuenta la inscripción, está bloqueada *ipso iure*. El factor matrimonio al actuar *ope legis*, junto a la determinación de la maternidad, y sumando a ello la operatividad excluyente, oblitera la entrada en vigor de cualquier reconocimiento y todo ello de pleno Derecho. Esto lo corrobora el Código Civil al normar en su artículo 189: “No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho a ejercer las acciones a que se refiere el artículo 208”. El reconocimiento postrero a que opere el factor, no tiene ningún efecto atribuido por ley³⁷, por lo que no puede ser invocada en juicio con éxito. De guisa, la mentada inscripción al contrario de lo que pueda pensar el ciudadano, no está dando cuenta de la realidad normativa: el *inscrito como padre no es el padre legalmente y para todos sus efectos jurídicos*, sino el cónyuge de la madre.

Las consecuencias de lo expuesto son las siguientes:

i) La persona inscrita como hijo no respecto de su padre-legal, tiene reservada por ley todos los derechos en contra de dicho padre-legal, que a estas alturas, luego de varios años de la separación de hecho y previo al divorcio, generalmente ha rehecho su vida por otro lado. En cualquier tiempo, en el momento que le plazca, puede pedirle a quien no es su padre-biológico (es decir, a su padre-legal): alimentos, someterlo a embargos y aun reclusión nocturna si no los paga, exigirle visitas, y si muere aquél, puede concurrir en la masa hereditaria de este verdadero tercero no padre-biológico. Y para ello le bastará una mera corrección administrativa o

³⁶ Súmese a ello que, de acuerdo a tal práctica, se podría afectar aun a las familias matrimoniales con convivencia normal, puesto que el Servicio del Registro Civil puede permitir que terceros ajenos a la familia, inscriban, sin mayor control, a hijos de dichas familias a nombre de dichos terceros, que no son el padre cónyuge de la madre.

³⁷ GANDULFO (2007b), p. 227.

que los tribunales ordenen dicha corrección, invocando simplemente su calidad de hijo-legal y el factor de determinación matrimonio.

Ha de agregarse que el hijo-biológico no puede concurrir, sin más, en la herencia de su padre-biológico muerto que lo reconoció, porque no tiene en Derecho el estado civil de hijo de éste.

ii) La persona que no es el padre-biológico, pero sí legal, puede, cuando le plazca y estando en el tiempo, pedir la patria potestad del hijo-legal, incluso disputar su cuidado personal, puede reclamar visitas respecto de este tercero no hijo-biológico, pero lo más complicado, jurídicamente, es que puede llegar a tener derecho a concurrir en la sucesión del mismo con sólo invocar su estado civil de padre, privando a otros verdaderos parientes de sus derechos legítimos.

iii) La persona inscrita, o bien como padre, o como hijo, respecto de quien figure inscrito, sea como hijo, o padre, correspondientemente, no podrá pedir, de manera exitosa, en juicio, ninguna cosa que tenga como presupuesto jurídico el *título legal de hijo*; como, por ejemplo, en el caso de los alimentos, como señala el artículo 321 N° 2 CC. En efecto, en todos los mencionados casos, cuando se demanda regularmente al padre-legal, no puede alegarse la falta de paternidad de dicho padre, pues él está constituido o determinado legalmente como tal para el sistema jurídico. Además, todos estos juicios no están diseñados para cuestionar la determinación legal del estado civil, esto es, el título mismo de padre o hijo legal, sino que más bien lo suponen, y sólo debe probarse el estado civil mismo, no determinarse ni destruirse³⁸.

Sin embargo, en esta última situación tratada, de demandarse a quien no tiene el estado civil de padre-legal —que simplemente *aparece* como inscrito o subinscrito— puede objetarse, con justo derecho, la ausencia del título de padre o hijo legal, pues el estado civil no se ha constituido o determinado, de acuerdo a la ley, respecto de quien se demandó, esto es, un no padre-legal (por efecto de la operatividad excluyente de los factores concretada en el artículo 189 CC). De esta manera, no se requiere, procesalmente, una “acción constitutiva” (en el sentido de LIEBMAN³⁹) de filiación para probar o dar cuenta de un *hecho determinativo*, sino que basta la *constatación del juez* de una situación jurídica negativa: la *carencia del estado civil*; es decir, una acción de mera certeza.

Ahora bien, es necesario considerar que de acuerdo a los artículos 305 y 309 CC, los instrumentos registrales solo tienen por objeto el *dar cuenta* de algo: del

³⁸ En tal línea, en juicio de alimentos, la Corte Suprema, 25 de abril de 2011, Rol N° 1936-2011 ha sido enfática en orden a que las pruebas para constituir o destruir el estado filial “*al no tener relación con la controversia o materia debatida en autos, es decir, con los presupuestos de la acción alimenticia y no con el desconocimiento o cuestionamiento de una paternidad legalmente establecida*”, hacen que, cualquier reclamación basada en dichas pruebas o su inadmisibilidad por parte del juez *a quo*, se imposibilite acoger un recurso en la materia alimenticia, que supone o bien que existe el título de padre, o no existe, pero no pueden destruirlo.

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. SENTÍS, Santiago (Trad.), Buenos Aires: Ediar, pp. 26, 34, 35, 46 y 230.

estado civil filial, para lo cual se han de *basar* en la *ocurrencia de un factor* de determinación legal de la filiación, como indica el artículo 25 LRC (“*Los Oficiales del Registro Civil vigilarán en sus respectivas comunas, que se hagan las inscripciones de los hechos constitutivos del estado civil*”), y por aplicación de la nueva normativa filial de la Ley N° 19.585. Esta relación con los factores de determinación establece una *subordinación* de los instrumentos registrales a los primeros (no pueden duplicar el estado civil, ni cambiarlo por sí solos)⁴⁰. Por lo que puede impugnarse por vía incidental en juicio, la virtualidad probatoria o acreditativa de los mencionados instrumentos respecto al estado civil ya constituido⁴¹. Ello tiene la sola limitación pragmática del artículo 8 LRC, para efectos de la mejor publicidad de los actos: los *documentos* determinativos de la filiación, deben asentarse en el Registro Civil, si no se podrán hacer valer en juicio (la *inacreditabilidad*)⁴². No obstante, la limitación no alcanza al factor matrimonio, en tanto regla de paternidad marital. Ello porque el funcionamiento de la regla *no importa un acto instrumental* del tipo reconocimiento o sentencia, a los que claramente se aplica. La regla de paternidad marital está construida para brindar mayor alcance protector a la filiación, de tal manera que hace que el estado civil se constituya casi exclusivamente sobre la base de hechos y situaciones jurídicas, no de instrumentos. Los únicos instrumentos que se necesitan para que opere, son la inscripción de la maternidad y el matrimonio mismo. Contando con tales instrumentos más el hecho del nacimiento y/o concepción en cierto tiempo, la determinación del estado filial es automática, por la sola actuación de la ley (por ello el marido que lleva a su hijo al Registro Civil, para inscribir su nacimiento no realiza el factor de determinación reconocimiento⁴³).

⁴⁰ La subordinación es un concepto relacional, en que el término se usa para conectar formalmente dos o más conceptos o términos, en formulaciones del tipo ‘ySz’ (‘y está en la relación S con z’), que señalan, aplicado a nuestro tema, que respecto de dos cosas (‘y’, ‘z’), ‘y está subordinado a z’: la inscripción registral está subordinada al factor de determinación. Estas dos cosas se encuentran en una posición de desnivel, una supraordenada a la otra. Por ello es que esta relación es asimétrica, y hace que la conversa, ‘zSy’, no sea válida, como sí lo es ‘ySz’; es decir, hablamos que el factor de determinación no está subordinado a la inscripción registral.

⁴¹ Esta amplia opción de impugnación está prevista desde los tiempos de confección del Proyecto de Código Civil de 1853, cuando BELLO da una serie de ejemplos de diversas formas de impugnación en nota puesta al artículo 347 del Proyecto, hoy artículo 308 del Código Civil (BELLO, Andrés (1888). *Obras Completas de don Andrés Bello*. Vol. XII. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, pp. 89 y 90).

⁴² El artículo 8° de la Ley sobre Registro Civil, señala que las sentencias y los instrumentos “*deben ser inscritos o subinscritos en los registros, no podrán hacerse valer en juicio*”, sin que las haya precedido. Sobre la consecuencia de *inacreditabilidad*, ver su estudio en, GANDULFO (2007b), pp. 242-245.

⁴³ Esto se debe precisar, porque de acuerdo nuestra investigación (GANDULFO (2007b), p. 208), el padre realiza el acto de reconocimiento, sin vicio, pero dado que el estado civil es de orden público, la ley controla absolutamente la adjudicación del estado filial, y su exclusión, de tal manera que la consecuencia de sobrepasar la ley por parte del acto de reconocimiento, serán: (i) que el acto queda sin la virtualidad de constituir un factor de determinación legal, y (ii) que la ley no le atribuye la consecuencia del estado civil, quedando así como un acto desnudo de consecuencias imputadas.

Sin perjuicio de aquello, el ejemplo es bueno para mostrar que la ley puede privar al reconocimiento de la calidad de factor, no obstante mantenerlo como no viciado. Así el inciso 2° del artículo 213 del Código Civil

Por tanto, queda vía libre para impugnar la específica cuestión del valor probatorio o acreditativo de la partida o certificado que da cuenta de la supuesta paternidad o filiación de una determinada persona que aparece como hijo de otro, sin que legalmente esté constituido su estado civil filial. En dichos casos especialísimos, al no haber concordancia entre el estado civil real, la operatividad de la ley y el acto registral, los magistrados a cargo están *obligados en Derecho* a rechazar la pretensión de quien se pretende con título de hijo⁴⁴.

Lo que estamos viendo es una realidad normativa absolutamente trastocada, pero que es encubierta por la actividad del Servicio de Registro Civil. En vez de responder a las expectativas mínimas de avisar a la gente, quién es padre o hijo de quién *según la ley*, para que ellos tomen la vía que corresponda, encubren y defraudan las expectativas filiales legales.

6. ACCIONES SOBRE LA FILIACIÓN

Según lo visto y lo normado por el artículo 189 CC con relación al artículo 208 CC, en principio al padre-legal le quedaría simplemente accionar, o bien de *desconocimiento* de paternidad, o de *impugnación* para defenderse de una futura o presente, aunque paralela, pretensión derivada del *ius personarum*⁴⁵ del estado civil, como, por ejemplo, una demanda alimenticia⁴⁶ (que alcanzaría hasta los 28 años del hijo, si está estudiando, como señala el artículo 332 inciso 2º CC).

El problema surge en que, para dar estabilidad a las relaciones filiales (seguridad jurídica), la ley somete a un plazo extintivo a las acciones de impugnación y de desconocimiento (sometidas al mismo régimen temporal). Pero el lapso es bastante

dispone una consecuencia, para el acto de reconocimiento, pero no en calidad de factor de determinación, sino sólo en consideración de acto de admisión, para el caso del marido de la madre que muere desconociendo el parto; en tal evento, sus herederos perderán el derecho de impugnar.

⁴⁴ En este caso, no es que el hijo no tenga ninguna salida respecto del padre inscrito, y en relación con el padre-legal. Lo que implicará es que será un poco más larga su solución. El pretendido hijo deberá ejercer una acción constitutiva de impugnación de filiación respecto del padre-legal, en cumplimiento del artículo 208 inciso 1º del Código Civil, y ejercer la acción constitutiva de reclamación de estado civil. Y todo ello sin que pueda oponérsele la prescripción alguna al verdadero hijo, según indica la situación del inciso 2º del artículo 208. En tal caso, podrá el juez de familia decretar alimentos provisorios en el juicio de reclamación en los términos del artículo 327, según lo dispone el artículo 209 del Código Civil.

⁴⁵ Sobre el *ius personarum*, *vid.* GANDULFO (2006), p. 522, y en la historia del Derecho Civil, COING, Helmut (1996). *Derecho Privado Europeo*. PÉREZ, A. (Trad.), Tomo I, Madrid: FCN, p. 221.

⁴⁶ Aquí debe distinguirse muy claramente dos cosas: las acciones sobre la filiación, como la impugnación o reclamación, tienen relación directa con la constitución de la filiación, sea para destruirla o establecerla, mientras que los derechos derivados del *ius personarum*, como los alimentos, se basan en el estado civil ya constituido, dicho estado constituye el título básico por el cual se pide algo, respecto de quien se tenga la relación filial. Es por ello que en este último caso, al basarse en el estado civil ya constituido, para tener por objetivo del juicio la realización del *ius personarum*, como, por ejemplo, la relación directa y regular del hijo y el padre que no tiene su cuidado personal, el juicio no puede tener por objeto el cuestionamiento de la determinación legal de la filiación; sólo cabe tener por probado o no el estado civil ya constituido.

corto para la situación real de cuando se asesora el marido por el divorcio: un año desde que tuvo *conocimiento del parto*, si está separado de hecho, de acuerdo con el artículo 212 inciso 1° CC. No obstante, pueden entrar en juego ciertas reglas de la “*residencia*”, para estimar desde cuándo se presume su conocimiento (reglas que no están para nada claras de ser aplicadas en su favor).

La agravación vuelve a saltar a la vista: siendo que lo normal es que el problema surja al inscribir al menor por parte de la madre, la alerta del sistema nunca saltará a la vista pública, pues el encargado del Registro Civil se ha ocupado de acallarla, soterrando el problema. Al tercero padre-legal no le surgirá ningún problema, e incluso como ocurre usualmente en los hechos, tendrá conocimiento del parto y hasta habrá visto al menor, pero confiado de la legalidad del actuar del Servicio del Registro Civil, no tomará –ni toman de hecho– ninguna acción para deshacer el entuerto legal; entonces, su acción de impugnación caducará, quedando totalmente fuera de sus manos el problema.

Pero la cosa no queda allí, el juez del divorcio, a la hora de cumplir su misión legal de velar por los acuerdos postmatrimoniales, debe constatar si hay *hijos* o no en la relación *de acuerdo a la ley*, en especial, menores de edad, y si el abogado no los contempla el acuerdo deberá ser rechazado, porque legalmente son hijos del marido. La constatación no es muy difícil, generalmente ocurre con los certificados de nacimiento (con reconocimiento de terceros) que las propias partes ofrecen e incorporan como evidencia de la separación (luego es un problema de cálculo temporal).

La otra alternativa que puede tomar el juez de familia es peor: incurrir en prevaricación al desobedecer flagrantemente la ley y el imperio del Derecho, con la evidencia de frente, simulando como si no hubiese pasado nada, y no considerar a los nuevos hijos como del marido y padre legal; ni advertirles, a lo menos, de la situación a los cónyuges que se divorcian, manteniendo el *status quo*. Todo con el evidente costo para la adhesión del custodio de la ley con respecto al principio de legalidad.

Para los hijos, la cuestión puede no ser mejor en ciertas circunstancias. Si su padre-biológico que lo reconoció ha muerto, y el hijo dejó pasar el tiempo para hacer valer sus derechos, porque no vio necesidad, gracias a lo que le indicaba el Registro Civil, entonces se le extinguirá la acción de reclamación del estado filial, de acuerdo con el artículo 206 CC, perdiendo sus eventuales derechos a la sucesión que podrían corresponderle⁴⁷. Así, el artículo 206 dispone: “Si el *hijo es póstumo*,

⁴⁷ Es bien sabido que agravando la situación para la certidumbre, hay una disputa de si muerto el padre, se extingue la acción de reclamación, excepto en los casos que regula el artículo 206 del Código Civil, como sostienen, por ejemplo, ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2006). “Alcance del legítimo contradictor en las acciones de filiación”. *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 13, pp. 137-169; y CORRAL TALCIANI, Hernán (2009). “Acciones de filiación: legitimación y conflictos de intereses”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 225-226, pp. 69 y ss., o bien si prima el artículo 317 del Código Civil y el artículo 206 del Código Civil que establece una limitación al mismo, como sostienen, por ejemplo, GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 91 y 92, y RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, pp. 419-422.

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 éste haya alcanzado la plena capacidad”. Por otra parte, si bien el Tribunal Constitucional ha decretado su inaplicabilidad en diversas causas⁴⁸, ello implica dos cosas en nuestro sistema constitucional: primero, como señala KELSEN, fuera de la causa en que se decretó, la ley se mantiene en vigor y debe ser aplicada en otros casos por otras autoridades que no tienen el poder revisar su regularidad⁴⁹, sin perjuicio de que, además, pudiese cambiar el criterio del Tribunal; y, segundo, es necesario que se ejerza efectivamente la consulta constitucional, y se tramite por completo en el Tribunal Constitucional, en cada ocasión (si no hay una declaración por inconstitucionalidad de dicha ley⁵⁰).

7. REMEDIOS POSIBLES

Frente a esta situación, podemos plantear a la comunidad jurídica los siguientes remedios, de diverso cariz, a discutir, para brindar vías de solución en Derecho. A su vez plantearemos algunos argumentos que puedan hacer óbice a las mismas.

Los cónyuges deberían adoptar, una vez consolidada la separación de hecho, el sistema de separación judicial (del párrafo 2º, capítulo III, de la LMC), para escapar del ámbito de validez temporal de la regla de paternidad marital, de acuerdo con el artículo 184 CC, como un sistema rápido y expedito⁵¹. Para ello puede procederse de tres maneras:

- Sea de común acuerdo, según dispone el inciso 2º del artículo 27 LMC, por cese de convivencia, presentando un acuerdo de regulación de relaciones mutuas y de hijos.

- De forma unilateral, por el mero hecho del cese de la convivencia, según el inciso 1º del artículo 27 LMC.

- También de forma unilateral por un cónyuge, pero por falta imputable del otro, según el artículo 26 inciso 1º, LMC.

La separación judicial producirá sus efectos desde que quede ejecutoriada la sentencia definitiva, de acuerdo con el artículo 32 LMC. De esta manera, el hijo

⁴⁸ Vid. el resumen contenido en RIVEROS FERRADA, Carolina (2013). “Sentencias del Tribunal Constitucional relativas el artículo 206 del Código Civil: Tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 20, Nº 1, pp. 378-386.

⁴⁹ KELSEN, Hans (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. TAMAYO, Rolando (Trad.), México D.F.: UNAM, p. 42.

⁵⁰ Así también LEPE RUIZ, Gonzalo (2010). “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil (Tribunal Constitucional)”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, pp. 360 y 361.

⁵¹ Hernán CORRAL señalaba como *lege ferenda*, como medio preferente esta vía reformulando el divorcio no vincular o separación legal, de forma más expedita y accesible para quienes enfrentan la ruptura (CORRAL TALCIANI (2003)).

concebido una vez declarada la separación judicial de los cónyuges no queda abarcado por la protección de la regla de paternidad establecida en el artículo 184 del Código Civil, por expresa disposición del artículo 37 LMC: “*El hijo concebido una vez declarada la separación judicial de los cónyuges no goza de la presunción de paternidad establecida en el artículo 184 del Código Civil*”. Ello con dos ventajas: Primera, no obstante que no rija el factor parental marital, “*el nacido podrá ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos*”; es decir, la corrección se produce por parte de los agentes de la aplicación, los padres singulares que estiman al hijo como suyo. Segundo, la separación judicial no impide luego pasar al divorcio en cualquiera de sus vías⁵².

Lo problemático es que las personas no están tomando esta vía de acción, y nos vemos enfrentados a una situación meramente de hecho.

El marido, apenas tenga conocimiento del nacimiento del hijo de su mujer, deberá ejercer:

– O bien la acción de impugnación, vía artículo 212 CC.

– O de desconocimiento, vía artículo 184 inciso 2º CC, cuando la convivencia ha durado un brevísimo lapso.

Su inconveniente del tiempo para su extinción ya fue visto.

El padre-biológico (“verdadero padre”) puede ejercer, él mismo, la acción de impugnación, y no tiene plazo en contra. El artículo 320 CC declara de forma general que: “*Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce*”. Esto se especifica en la concreta acción de reclamación, pues

⁵² Esta afirmación de la procedencia del divorcio se opone a lo señala por el profesor Jorge BARAONA de que la separación judicial por cese de convivencia, impide hacer el divorcio por cese de convivencia, por existir autoridad de cosa juzgada: “La decisión de optar al estado permanente de separados, pero unidos por matrimonio, impide volver a discutir sobre los mismos hechos, hay una razón de cosa juzgada que se impone” (BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2005). “¿Puede demandarse el divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la separación judicial?”. *Ius et Praxis*, Vol. 11, Nº 2, pp. 261-271). Sin embargo, lo que olvida esta tesis es que la autoridad de la cosa juzgada civil se construye en triple identidad y no en doble. Tiene razón la tesis de la identidad de persona, que son los cónyuges, y de la identidad de causa de pedir, el cese de la convivencia. Si llegásemos hasta allí, como en el *non bis idem* penal, la tesis de la cosa juzgada tendría razón. Pero su equivocación está en que la ley procesal civil, exige expresamente triple identidad, y en este tipo de casos, no se da el objeto pedido: el beneficio solicitado. En la demanda de separación, precisamente es la *separación de cuerpos* lo pedido, con todos sus efectos; mientras que en la demanda de divorcio por cese, la solicitud es *disolución del vínculo conyugal*, beneficio que no está, *ex definitione*, incluido en la separación judicial. Lo que confunde la tesis observada está en su análisis de la diferencia institucional entre separación y divorcio, en particular, en su enfoque civil. En efecto, el enfoque procesal nos lleva al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que señala expresamente que la excepción de cosa juzgada procede “*siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: [...] 2º Identidad de la cosa pedida*”. Y este poderoso argumento no se supera con sólo sostener el carácter de “estado permanente” de la separación judicial, porque su permanencia es bastante lábil, ya que toda separación judicial, frente a la mera reanudación de la vida en común, con ánimo de permanencia, pone fin al estado de separación, según prescribe el artículo 38 LMC.

el artículo 195 inciso 2° CC dispone que: *“El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable”*. Ahora bien, justamente, para que la acción de impugnación de estado sea imprescriptible, requiere la condición de que la ejerza combinadamente con la acción de reclamación, artículo 208 inciso 2° CC: *“Si estuviese determinada la filiación de una persona y quisiera reclamarse otra distinta, deberán ejercerse simultáneamente las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación”*. *“En este caso, no regirán para la acción de impugnación los plazos señalados en el párrafo 3° de este Título”*.

Lo malo es que el marido (padre-legal), queda a la buena voluntad del verdadero padre biológico, de que quiera asumir la carga e identidad de la relación filial.

El que se presenta como hijo-legal tiene un plazo mayor para ejercer la impugnación, que su padre legal. De acuerdo con el artículo 214 inciso 2°: *“El hijo, por sí, podrá interponer la [sola] acción de impugnación dentro de un año, contado desde que alcance la plena capacidad”*. Además, como “verdadero hijo”, puede ejercerla sin restricciones siempre que ejerza la acción de reclamación conjunta, según el artículo 208 inciso 2° CC.

Sin perjuicio de ello, su representante legal, como la madre, tiene el ejercicio de la sola acción de impugnación, dentro de un año desde el nacimiento, según el inciso 1° del artículo 214 CC.

El Servicio de Registro Civil debe someterse al cumplimiento estricto del principio de legalidad, en particular, a las normas del Código Civil, y realizar la actividad de corroborar el estado civil de la madre, sea de casada, soltera o divorciada, para permitir o no la inscripción del acto de reconocimiento del padre-biológico⁵³.

Un argumento en contra consiste en la invocación del artículo 32 LRC: *“En la inscripción del nacimiento podrán el padre, la madre o ambos reconocer al hijo como suyo”*. *“El Oficial del Registro Civil deberá dejar testimonio en la inscripción del nacimiento de las declaraciones que los padres o sus representantes formulen (...) certificar la identidad del solicitante y exigirle que estampe su firma, o, si no pudiere firmar, su impresión digital”*. Que impediría controlar a respecto de quién realice el reconocimiento.

Bajo el amparo de esta interpretación la imperatividad de la regla paternidad, y sus consecuencias protectoras se pierden, incluso para los casos paradigmáticos de una pareja matrimonial bien formada, sin crisis, donde cualquiera puede concurrir y reconocer a un niño de dicha clase de pareja matrimonial.

Debe recordarse que es el oficial del Registro Civil el encargado legal de tutelar por la inscripción del hijo, según el artículo 25 LRC: *“Los Oficiales del Registro*

⁵³ En España, Josep AGUILÓ REGLA analizando la perspectiva del sujeto sometido a la norma, como a la regla de paternidad marital, señala que aquél está obligado a actuar en un sentido determinado: “el funcionario del Registro Civil está obligado a dar por acreditada la paternidad como consecuencia de la presunción de paternidad con independencia de cualquier información o conocimiento que tenga sobre la conducta sexual del matrimonio en cuestión; el resto de los mortales no” (AGUILÓ REGLA, Josep (2006). “Presunciones, verdad y normas procesales”. *Isegoría*, N° 35, p. 16).

Civil vigilarán en sus respectivas comunas, que se hagan las inscripciones de los hechos constitutivos del estado civil". Los hechos constitutivos vienen fijados y definidos por el sistema legal; por ello el oficial del Registro Civil no puede vigilar las inscripciones sin aplicar correctamente el sistema legal. Dentro de tales hechos está el factor reconocimiento legal, pero también se encuentra el factor de paternidad marital, el que no necesita concurrencia paterna para que opere, justamente porque es automático por mandato legal. En tal sentido, no puede el oficial inscribir a un hombre que pretende reconocer a un hijo como suyo, sin determinar de acuerdo al sistema legal, si es el padre *prima facie* de acuerdo a la ley. Inclusive si se está dentro de los primeros 30 días siguientes al nacimiento, no puede requerir la inscripción sino el padre o madre, de acuerdo al artículo 30 LRC⁵⁴. Precisamente, el matrimonio es uno de los elementos claves para la constitución del estado civil de hijo, y determina si hay paternidad *ipso iure*, incluso antes del reconocimiento; lo que puede ser verificado con las bases del propio Registro Civil (así como también lo hace en las posesiones efectivas, en casos de omisiones de herederos, registrados en las bases de información). En tal sentido, la propia legislación de inscripción de nacimiento contiene la exigencia de consignar el nombre del padre, si es que el hijo estuviese en un contexto matrimonial. Artículo 31 LRC: "*Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: (...) 4.o Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, si el recién nacido fuese hijo legítimo [contexto matrimonial], y si fuese ilegítimo [de contexto extramatrimonial], los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido*". Si bien es cierto que no son menciones esenciales, no significa que no sean obligatorias. La necesidad en este caso se opone a contingencia. Dándose la contingencia, la mención es obligatoria. En este caso, en sus bases de datos registrales, el oficial tiene constancia de si el hijo tiene una filiación en contexto matrimonial o extramatrimonial, y puede tácticamente y debe consignar el nombre del hombre que de acuerdo a la ley, es el padre legal, en atención a lo señalado por el artículo 31 LRC. En términos de costo de tiempo, gracias al sistema computacional, la precisión de la determinación del matrimonio le llevará al oficial aproximadamente un minuto (o menos).

Asumir que no puede revisar la situación matrimonial o impedir la inscripción a favor de un tercero, que no sea el marido, sería tan absurdo como sostener que no puede rechazar un segundo matrimonio de una persona que se encuentra casada por matrimonio no disuelto, no obstante que le conste por sus registros públicos dicha situación, por la sola razón de que la Ley de Matrimonio Civil no contempla expresamente dicha posibilidad, y que sólo pueden recoger las declaraciones incluso manifiestamente falsas, según el artículo 14 LRC. Aquello va en contra de la

⁵⁴ Artículo 30 LMC: "*La inscripción de un hijo legítimo podrá requerirse dentro de los treinta días siguientes a su nacimiento, sólo por el padre o la madre, por sí o por mandatario. Transcurrido este plazo, están obligadas a requerir dicha inscripción las demás personas indicadas anteriormente*".

idea misma de registro público, que permite a cualquier usuario, incluso el propio custodio del registro civil, revisarlo, y va en contra del interés general envuelto en las normas de familia.

Una maniobra, bastante más alambicada, consiste en que el padre biológico reconozca al hijo antes de que opere la *regla de paternidad marital*. La teoría jurídica chilena y la legislación han evolucionado hacia permitir el reconocimiento del *nasciturus*, según hemos dejado constancia, en otra parte⁵⁵. Aunque el hijo debería ser individualizado por referencia a la madre que lo trae en su vientre necesariamente. Sin perjuicio de que si bien el acto esté perfecto, la atribución del estado civil quede en suspenso hasta el nacimiento del hijo.

Si bien es cierto que se evade la limitación del artículo 189 CC (ya que no está constituida una filiación distinta), lo problemático de esta solución está en que ambas atribuciones de estado civil, tanto la que se adjudica al reconocimiento como a la del factor de paternidad marital, concurren de forma conjunta y a un mismo tiempo, sin diferencia lógica, al nacimiento del “hijo” de uno de los dos padres. Ahora bien, tenemos que preguntarnos si carecemos o no de una norma explícita, de segundo orden, que decida dicho conflicto. En esa línea de investigación aparece en el horizonte hermenéutico el inciso 3º del artículo 184 CC, y que parece entregarnos una solución sobre el punto: “*Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretada la separación judicial, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo*”. Es decir, parece preferir el factor paternidad matrimonial, por sobre el reconocimiento cuando concurren conjuntamente.

Sin embargo, el punto no es claro, puesto que no sabemos si es el factor de paternidad marital el que se está extendiendo, o bien si es la calificación matrimonial la extendida. Porque en estos casos no está vigente ninguna de las razones subyacentes que explican la regla ni las que justifican su extensión.

– En primer lugar: No hay deber de fidelidad vigente ni de cohabitación para extenderla⁵⁶, porque ya fue decretada la separación judicial, y se produjo el fin del deber de fidelidad y cohabitar, de acuerdo con el artículo 33 LMC. Asimismo, la presencia de la suposición de la cohabitación no es relevante, porque lo que im-

⁵⁵ GANDULFO (2006), pp. 223 y 224; este reconocimiento podrá generar un germen de derecho, legitimador de interés para impetrar ciertas acciones protectoras a favor del *nasciturus*. En el mismo sentido puede verse CORRAL TALCIANI, Hernán (1999). “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley Nº 19.585”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 20, p. 59, y en el viejo régimen también de forma aprobatoria, FUEYO LANERI, Fernando (1959). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV, Vol. III, Valparaíso: Imp. y Lito. Universo S.A., p. 435, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1955). *La evolución del Código Civil chileno*. Santiago: Nascimento, pp. 188 y 189.

⁵⁶ CORRAL TALCIANI (2003), reconoce esta razón como fundamental: “La mera cohabitación, sin embargo, no es suficiente para explicar la fuerza con que se despliega la presunción de paternidad fundada en el matrimonio”.

porta para reconstituir el estado de casado y sus deberes, es cohabitar con ánimo de permanencia, de acuerdo al artículo 38 LMC. De tal manera, que, como ha sugerido Hernán CORRAL, sin deber de fidelidad ni de cohabitación, “la ley no puede suponer ni la cohabitación ni la exclusividad de las facultades procreadores”⁵⁷.

– En segundo: Tampoco hay un *interés en favorecer la constitución de la filiación*⁵⁸ mediante la automaticidad, pues se constituye por un rasgo de *singularidad* en la aplicación: por el acto de consignación del nombre paterno, impropio de la operatividad del factor de paternidad marital.

La adjudicación del estado filial opera mediante un acto de los agentes de la aplicación (el padre) dirigido a constituir derechamente la filiación: el acto de reconocimiento. Mediante la forma del artículo 188 CC, esto es, “*consignación del nombre del padre en la inscripción de nacimiento del hijo*”⁵⁹.

En suma, la filiación del hijo ya está protegida, por otro acto singular.

– En tercero: Como ya se ha señalado el factor de paternidad matrimonial opera desde lo general, prescindiendo de la voluntad de los contrayentes⁶⁰. En el inciso 3º, la filiación se ha constituido por un acto directo de voluntad del padre, y, por ende, estrictamente singular.

– En cuarto: La presencia del conocimiento del embarazo en el factor matrimonial, para los primeros 180 días, tampoco es traspasable aquí. Porque es el matrimonio el detonante o punto de inflexión para la adjudicación del estado, siendo la voluntad matrimonial la que importa para adjudicar la filiación, e *implícitamente* el conocimiento del marido del embarazo –de ahí que se pueda ejercer la acción de desconocimiento–; con ello la regla opera de forma pareja y general. En cambio, en el inciso 3º, la estructura es totalmente diversa. La voluntad matrimonial como detonante no es el elemento eje al cual se adjudica el estado, sino que por el contrario es a la voluntad directa de reconocer. Por lo mismo, es irrelevante la acción de desconocimiento.

– En quinto: después de todo lo visto, podemos ver que tampoco hay una preferencia a favor del factor paternidad marital, ya que éste ha llegado en segundo lugar. Porque, por definición, la regla del inciso 3º tiene como supuesto operativo que haya reconocimiento, para adjudicar su consecuencia. Por consiguiente, la operatividad excluyente de los factores de determinación hace que el primero excluya a los demás.

⁵⁷ CORRAL TALCIANI (2003).

⁵⁸ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 61, reconoce como motivo la facilitación de la filiación.

⁵⁹ En tal sentido parece pronunciarse el Legislativo, como señala Paulina VELOSO: “Tal como quedó consignado en actas, en verdad, técnicamente se trata más bien de un reconocimiento (VELOSO y SCHMIDT (2001), p. 105).

⁶⁰ CORRAL TALCIANI (2003), señala que “cumplidos los presupuestos la presunción se aplica aun cuando marido y mujer estén de acuerdo en que el hijo es atribuible a un tercero”.

Desde una perspectiva sistémica, lo que en verdad está realizando el inciso 3 del artículo 184 CC es, simplemente, extender la categoría del contexto “matrimonial” al hijo, y nada más; por una consideración de supuesta importancia de la categoría matrimonial. Ello opera sobre la base del reconocimiento del artículo 188 CC, más el evento de estar casados los cónyuges y que ambos cónyuges pidan la consignación. Dicha petición conjunta de los cónyuges –impropia del reconocimiento, por ser un acto unilateral– sólo tiene importancia precisamente para la categorización matrimonial. La conclusión es que la ley no le da preferencia al factor matrimonial en este artículo, por sobre el factor reconocimiento, sino al revés, por la razones positivas de singularidad y voluntad directa que actúan aquí, así como la tipificación normativa del acto de reconocimiento, que no son propias de la regla de paternidad matrimonial. Ello hace también inaplicable la solución del inciso 3º a la inscripción anticipada.

Entonces, en principio carecemos de una norma explícita, de segundo orden, que decida dicho conflicto de la inscripción anticipada. Por un lado, no puede preferirse el reconocimiento, porque se trate *en verdad* del supuesto padre biológico, ya que dicha veracidad es una cuestión de hecho, concreta, que debe acreditarse, y la norma que se requiere es general y abstracta, pues pudiese tratarse de un NN que trata de congraciarse con una mujer sin relación alguna. Por otra parte, la preferencia por el factor matrimonio, *no necesariamente* ha de imponerse, ya que la regla no está construida para el objetivo de mayor protección del matrimonio. Sin embargo, un resultado preferente a su favor no es una cuestión enteramente descartable, lo que nos devuelve exactamente al mismo punto en que partimos. Es posible que la solución implique parcializar el dominio de casos de la regla de determinación.

Otra maniobra es determinar una laguna jurídica para el artículo 184 CC. Para la constitución de la laguna es fundamental sostener que el legislador no se ha pronunciado directamente sobre la separación de hecho para hacerlo procedente, ni la ha excluido en específico. Rodrigo BARCIA LEHMAN señala, por ejemplo, que la “norma no se refiere a la separación de hecho de los padres, aspecto que sí aborda el artículo 26.2º de la LMC”⁶¹. De manera que identificada la laguna, se colma con soluciones que están acorde a las razones normativas. En este caso, el movimiento es: 1) reconocer el deber de fidelidad como base de la regla de paternidad, 2) luego determinar que aquél, en específico, no está regulado, en ciertas situaciones, 3) colmarla con una solución normativa acorde a la razón de la norma que llene dicha laguna. En este caso se colmaría, dándole valor a la separación de hecho, que se encontraría en concordancia con el reconocimiento del artículo 26 inciso 2º LMC de que la separación de hecho, consentida o de común acuerdo, hace cesar el deber de fidelidad, y de que la separación de hecho (no consentida)

⁶¹ BARCIA LEHMAN (2011), p. 402.

que reúna la condición de ser por largo tiempo, igualmente lo produce (porque se entiende consentida).

El problema a que se enfrenta toda laguna de este tipo es de estar frente a un mero desacuerdo o defecto axiológico con el legislador. Según ALCHOURRÓN y BULYGIN, aquél se produce cuando el legislativo ha tenido en consideración, en específico, los elementos que se pretenden relevantes (como la separación de hecho consentida), y lo ha resuelto pretendidamente mal⁶², según el intérprete de la normativa; en dicho caso, no hay laguna y la norma emitida es de competencia exclusiva del legislador. Por ejemplo, la regulación constitucional de que el Presidente de la República tenga que tener cierta edad específica, y deje fuera a personas con cierto tipo de cualidades, objetivas, de menor edad (como, por ejemplo, personas que han tenido un verdadero “*cursus honorum*”, pasando por ser diputado, senador, ministro, y gran conocimiento de los negocios públicos, frente a personas que no lo tienen). La determinación de una laguna puede dejar espacios de incertidumbre, por lo que para su determinación más objetiva, podemos fijarnos en dos cuestiones importantes: (a) en que el legislador haya tenido la oportunidad de pronunciarse en específico de la situación o propiedad relevante, con conocimiento de la situación, en especial, en el contexto de la discusión del tema; para efectos de (b) haber descartado o tomado la consagración de un criterio diverso. Porque si se dan dichas condiciones estaríamos en presencia, no de una laguna, sino estaríamos en un problema de un mero defecto axiológico legislativo.

La especificidad de la oportunidad supone que requirió pronunciarse sobre un tema particular en discusión (en nuestro caso la extensión de la regla y su término respecto a la convivencia matrimonial) y, según el conocimiento, refiere a los elementos de juicio a su disposición en dicha oportunidad específica. En este caso, sabemos que el legislador tuvo la oportunidad específica de pronunciarse sobre el final de la extensión de la regla de paternidad marital, mas no se pronunció a favor de la salida que defiende esta tesis de la laguna en el artículo 184 CC. Desde el punto de vista legislativo, no hay evidencia de que se haya optado a favor de la separación de hecho, al menos en forma general. En efecto, la propia Ley N° 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, reguló la separación de hecho y la separación judicial. Dispuso en su artículo tercero N° 20, la modificación del artículo 184 CC, para agregar de forma exclusiva la nueva figura de la “separación judicial” del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil, como límite temporal de

⁶² Como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN “el hecho de que el legislador haya tomado en cuenta todas las propiedades que deben ser relevantes no asegura la adecuación axiológica de todas las soluciones del sistema. Las soluciones pueden ser injustas, aunque se hayan tomado en cuenta todas las distinciones pertinentes. Pero en esos casos no hay lagunas axiológicas” ello porque el supuesto básico es que “el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica” (ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (2003). *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Astrea, pp. 159 y 160).

la regla de paternidad, dejando fuera de la enumeración la separación de hecho. Así se dispone: “20) *Sustitúyese, en el inciso primero del artículo 184, la frase ‘o al divorcio’, por ‘o a la separación judicial’*”. Es decir, teniendo la oportunidad específica de regular la materia de la Ley de Matrimonio Civil, y habiéndola ocupado en la propia ley, complementando y corrigiendo la normativa filial, y teniendo en vistas su propia normativa regulada, no tomó la decisión de incorporar el criterio de la separación de hecho. Por otra parte, si consideramos la legislación modelo de la filiación, la española, vemos que el artículo 116 del CC español contempla expresamente la opción de limitar la regla de paternidad, por la separación de hecho (desde la modificación del año 1981): “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la *separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Nuestra legislación claramente no recogió la tesis de la separación de hecho, teniendo la doble oportunidad de pronunciarse. Con ello la tesis de la laguna cae.

El argumento de la separación de hecho por largo tiempo tiene dos vicios. El primero es de forma, la separación larga está presentada inicialmente como una acción fuera de los casos no convenidos, los que por oposición han de ser los no-convenidos o no-consentidos⁶³. Su tratamiento calificativo tiene defecto de ambigüedad, ya que el caso del largo tiempo, en principio, parece ponerlo fuera de los consentidos, pero luego se lo termina calificando como una situación “consentida”. La segunda, tiene que ver con la vaguedad de la posición del largo tiempo, en tanto como un concepto recalcitrante a la precisión. Como dice T. ENDICOTT, existen ciertos términos que de por sí son recalcitrantemente vagos, por un problema ya no de corte cognoscitivo sobre los hechos, sino lingüístico, y que tienen así una proyección aplicativa vaga, como “calvo” o “cruel”⁶⁴. Su problema, precisamente, está en la delimitación de las zonas grises, no en los casos claros que caen dentro de su dominio. Dentro de estos términos se encuentra la fórmula del “largo tiempo”, ya que ¿cuándo se determina que algo es de “largo tiempo”? No se cuenta con un criterio jurídico preciso para la determinación en concreto del largo tiempo en materia de separación o de familia. ¿Dos años es largo tiempo o tres años, o tres años y medio, cuatro? No se tiene problemas con los casos claros que quedan abarcados por el dominio de casos de la fórmula, tales como una separación por 20 años, pero incluso cuando tratamos con tales circunstancias, la pregunta siempre queda pendiente, de qué sucede cuando la concepción ocurrió al año y seis meses o a los dos años. La cuestión de la vaguedad es muy bien sabida

⁶³ “Sin perjuicio de ello [de la separación consentida], es discutible el que la presunción opere en la separación de hecho no consentida” y más adelante expone el único caso en que no aplica la regla de paternidad: “una separación prolongada debe entenderse consentida”. BARCIA LEHMAN (2011), pp. 402 y n. 773 p. 403.

⁶⁴ ENDICOTT, Timothy (1996). “Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad”. *Doxa*, Nº 19, pp. 380-383. Éste es un planteamiento diverso al de H.L.A. HART sobre la textura abierta, consistente en una extensión del tratamiento teórico del profesor oxoniense.

en estos casos, y está en el centro de la discusión, porque deja amplios márgenes de discrecionalidad judicial, y más cuando tratamos con este tipo de formulaciones lingüísticas, precisamente, recalcitrantes a la delimitación y que exigen de un acto legislativo o discrecional de la judicatura, para delinear las zonas grises.

Dentro de todo, esta teoría no toma en cuenta que el legislador sí tomó en consideración ciertos valores jurídicos, generales y abstractos, en la construcción o configuración de la regla de paternidad. Toda decisión legislativa implica un cierto costo institucional (esto es, propio del Derecho y sus recursos regulados), que se traduce en afectaciones axiológico jurídicas, abstractas, para los singulares valores y derechos de ciertos sujetos; lo que es propio del contexto de la decisión y la técnica general y abstracta en que discurre. Este costo es ponderado y evaluado en un contexto de clases concretas. El legislador, tanto de la Ley N° 19.585, y en especial, de la Ley N° 19.947, al poner la formalidad de la separación judicial, ha privilegiado, en general, el favorecimiento protectorio de la filiación automática, en particular, de los niños, y lo ha combinado con la seguridad y certeza jurídica de tal manera que los vaivenes propios de la separación de hecho, parece haberlos asumido como un costo⁶⁵. De guisa, la relojería institucional parece que ha dirigido la conducta de los ciudadanos, hacia las vías de la separación judicial, como forma de poner seguridad y certeza en las condiciones en que un niño pueda tener una filiación determinada con su padre. Su costo de ponderación legislativa lo ha revelado el propio BARCIA: se afecta el respeto de “los derechos fundamentales del supuesto padre”⁶⁶.

Finalmente, parece ser que el problema del hijo nacido después de un largo tiempo de separación de hecho no es pragmáticamente tan trascendente. Porque, precisamente, dicha largueza temporal de separación de las partes puede darle pie al marido para justificar que no ha tenido conocimiento del parto, salvándole la subsistencia de la acción de impugnación, de acuerdo al artículo 212 CC.

Establecer un mecanismo ampliativo implícito a la regla del 184 CC, a través de la separación de hecho en relación con los eventos que marquen fecha cierta del cese de la convivencia, como indican los artículos 22 y 25 ambos de la LMC, por el tiempo que estuvieren separados de hecho. Lo razonable de esta solución es que conecta el supuesto fáctico del cese de la convivencia, con el presupuesto de la regla *pater is est*, que es precisamente la convivencia matrimonial, según señalamos anteriormente. Por su parte, esta opción evita el problema de la creación de una

⁶⁵ La cuestión que el artículo 26 inciso 2° LMC tiene entre manos, es un problema entre adultos, propia de la vida de persona mayores, pero que precisamente, dicha consideración no necesariamente puede extenderse a la constitución de la filiación de los niños. En palabras más simples, los vaivenes propios de una relación de pareja, el legislador no los quiere llevar a conflictuarlos judicialmente, para efectos de una separación judicial por falta culpable, pero ello no es suficiente criterio jurídico para traspasarlo a los niños, razonablemente. Es sabida la inestabilidad propia de las parejas, cuando cesa su convivencia matrimonial, incluso de forma consentida, respecto a realizar diversos intentos de volver a retomar la vida común (en especial, si hay hijos en común), pues muchas veces ha cesado la vida en común, mas no el vínculo afectivo.

⁶⁶ BARCIA LEHMAN (2011), p. 403.

laguna. La excepción implícita tiene origen en un resultado del sistema jurídico, interpretado.

Lo que obstaculiza esta opción está en que, como vimos, el legislador ha regulado un supuesto específico, como es la separación judicial (normado en los artículos 26 y 27 LMC), y no ha optado por la regulación del criterio de separación de hecho; como muestra el inciso 1º del artículo 184 CC, rige la regla de paternidad, desde el matrimonio hasta 300 días de “su disolución o a la *separación judicial* de los cónyuges”. La razón de ello está, por un parte, en que la separación de hecho parece ser una situación relativamente usual y precaria entre los cónyuges, a causa de las normales reconciliaciones privadas, frente, tanto a la estabilidad de la filiación que pretende dar la regla paternidad marital, como a la seriedad de la decisión de formalizar el cese de la convivencia mediante la separación judicial⁶⁷. Por otra, aquella solución parece *afectar*, en buena parte, el *supuesto de procedencia de la acción de impugnación*, la que integra dentro de su propio mecanismo, el haber separación de hecho entre los cónyuges: “(...) dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha [de que tuvo conocimiento del parto], si prueba que a la época del parto se encontraba *separado de hecho de la mujer*” (artículo 212 inciso 1º CC). Porque si pretendemos una afectación implícita a la regla de paternidad para el caso de la separación de hecho, como obstáculo a la formación de la filiación, ello va a cubrir el supuesto más específico también de la separación de hecho y conocimiento del parto de la acción de impugnación⁶⁸. En otros términos, si se incluye la situación de la separación de hecho en la procedencia de la acción de impugnación, no puede haber obstáculo *ipso iure* a la filiación por separación de hecho, si pretendemos una afectación implícita a la regla *pater is est*.

EPÍLOGO

En la búsqueda de una solución protectora, la ley termina causando serios problemas a los ciudadanos. Responde no sólo mal al principio de verdad biológica en estos casos, sino que deja incluso a los involucrados en desprotección al sujetarlos a la buena (o mala) voluntad de terceros que no están relacionados biológicamente entre sí, dando pie para fraudes y maniobras de extorsión.

La configuración normativa de la regla de paternidad vuelve más complejo moverse buscando una solución al problema de la extensión de la regla. Asimismo, el costo axiológico asumido por el legislador oblitera eventuales soluciones jurídicas que podemos asumir, a la par de la configuración normativa.

⁶⁷ La propia legislación matrimonial reconoce esta situación relativamente usual y precaria de la separación de hecho, pues restringe el divorcio de los cónyuges, por cese de convivencia, al caso que no haya precedido reconciliación privada, reanudando la vida en común. Por ello es que el artículo 55 inciso 5º LMC, dispone que: “*La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere este artículo*”.

⁶⁸ Sobre esta acción de impugnación *vid.* GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 100.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILÓ REGLA, Josep (2006). “Presunciones, verdad y normas procesales”. *Isegoría*, Nº 35, pp. 9-31.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (2003). *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2005). “¿Puede demandarse el divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la separación judicial?”. *Ius et Praxis*, Vol. 11, Nº 2, pp. 261-271.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo (2011). *Fundamentos de familia y de la infancia*. Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2012). *Régimen jurídico de las personas y la familia*. Santiago: Abeledo-Perrot.
- BELLO, Andrés (1888). *Obras Completas de don Andrés Bello*. Vol. XII. Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez.
- COING, Helmut (1996). *Derecho Privado Europeo*. PÉREZ, A. (Trad.), Tomo I, Madrid: FCN.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999). “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley Nº 19.585”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 20, pp. 39-109.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). “La filiación matrimonial”. *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año 4º, Nº 7, pp. 241-262. Disponible en: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf> [Consulta 20 abril 2014].
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2009). “Acciones de filiación: legitimación y conflictos de intereses”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 225-226, pp. 53-90.
- ENDICOTT, Timothy (1996). “Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad”. *Doxa*, Nº 19, pp. 375-383.
- FUEYO LANERI, Fernando (1959). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV, Vol. III, Valparaíso: Imp. y Lito. Universo S.A.
- GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2006). “La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de decisión”. *Gaceta Jurídica*, Nº 314, pp. 35-91. Republicado en el libro (2011). *Doctrinas esenciales. Gaceta Jurídica. Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, VERDUGO, Mario (Dir.), Santiago: LegalPublishing.
- GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2007a). “La paradoja de la regla de paternidad del marido”. *La Semana Jurídica*, LexisNexis, Nº 364, pp. 6-7.
- GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2007b). “Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles”. *Revista Chilena de Derecho*, Nº 34, pp. 201-250.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- KELSEN, Hans (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. TAMAYO, Rolando (Trad.), México D.F.: UNAM.
- LEPE RUIZ, Gonzalo (2010). “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil (Tribunal Constitucional)”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23, pp. 339-361.
- LIEBMAN, Enrico Tulio (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. SENTÍS, Santiago (Trad.), Buenos Aires: Ediar.
- MARTÍNEZ DE MORETÍN, María (2007). *Régimen jurídico de las presunciones*. Madrid: Dykinson.
- MENDONCA, Daniel (2003). “Estudio preliminar”. EN: *Ficciones jurídicas*, MENDONCA, Daniel y SCHMILL, Ulises (Comps). México D.F.: Fontamara.
- QUINE, Willard van Orman (1993). *Los métodos de la lógica*. ACERO, J. y GUASCH, N. (Trads.), Buenos Aires: Planeta-Agostini.
- RADBRUCH, Gustav (2009). “Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico”. En: *Anuario de filosofía jurídica y social*, GUZMÁN DÁLBORA, J.L. (Trad.), N° 27.
- RAMOS PAZOS, René (2007). *Derecho de Familia*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1971). *La presunción de paternidad legítima. Estudios de Derecho comparado y Derecho español*. Madrid: Tecnos.
- RIVEROS FERRADA, Carolina (2013). “Sentencias del Tribunal Constitucional relativas el artículo 206 del Código Civil: Tensión entre el derecho a la identidad y la certeza jurídica”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 20, N° 1, pp. 377-392.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2006). “Alcance del legítimo contradictor en las acciones de filiación”. *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 13, pp. 137-169.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina y SCHMIDT HOTT, Claudia (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*. Santiago: Conosur.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1955). *La evolución del Código Civil chileno*. Santiago: Nascimento.

NORMAS CITADAS

Código Civil

- Ley N° 19.947, establece nueva Ley de Matrimonio Civil, *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2004.
- Ley N° 19.477, aprueba Ley Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, *Diario Oficial*, 19 de octubre de 1996.