Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 204
AÑO LXVI
JULIO-DICIEMBRE 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

20 SET. 2000

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LAS CATEGORIAS DE FILIACION Y LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

I. *RESUMEN HISTORICO*

"El Estado no necesita de bastardos". Así de duro trató el Primer Cónsul a los hijos procreados fuera de matrimonio. Y por cierto los célebres redactores del código de 1804 comprendieron con prontitud el mensaje, establecieron diversas categorías de hijos y prohibieron la investigación de la paternidad.

Pero las diferencias venían desde antiguo.

Bien se ha dicho que "superadas las formas poligámicas primitivas del matrimonio -cuyo corolario en lo que atañe a este problema no podía ser sino la igualdad de todos los hijos, cualquiera fuera su origen-, la protección de la familia regular llevó de la mano a colocar en una situación de inferioridad a los hijos naturales. La dureza propia de las legislaciones antiguas extremó esa desigualdad"[1].

Dentro de los de origen extramatrimonial, en Roma se distinguían los *liberi naturalis*, los espurios, los incestuosos, los adulterinos (y después vendrían los sacrílegos)[2]. Cada uno con sus propias características, frecuentemente humillantes (al menos para los sentimientos actuales), relacionadas con su procedencia.

La situación no cambió en la Edad Media, aunque la influencia del cristianismo condujo a un trato más temperado y a la concesión de algunos derechos, según las categorías.

Luego de largos siglos de aceptación sin expresiones visibles de disconformidad, la revolución en Francia impuso un cambio tan brusco como fugaz: un

[1]Borda, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil". *Familia*. II. 6ª edic. Edit. Perrot. Buenos Aires, 1977, p. 10.

[2]El Prof. Guzmán relata que "en el derecho justiniano se llama *filii legitimi* a los nacidos en matrimonio, naturales a los nacidos de una unión concubinaria y *spurii* a los nacidos de uniones ocasionales". Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho Privado romano*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1996, T. I., p. 358.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

decreto de 12 de Brumario del año II impuso la igualación. Pero luego el Código francés, con aquella escueta pero terminante instrucción consular, restaura las diferencias.

Tal actitud es adoptada igualmente por la generalidad de los códigos civiles del siglo XIX, principalmente inspirados en el Código francés y aun por algunos del siglo XX (el Código Civil portugués, de 1966, parece ser el último en conservar las diferencias; como se dirá pronto, fue reformado para consignar también la igualdad).

En el siglo XX paulatina pero invariablemente se fue imponiendo la igualdad de derechos, ya con la dictación de un nuevo Código Civil, ya al reformarse mediante ley especial el Código existente cuando éste venía consagrando las diferencias. Y el examen de los textos legislativos europeos y latinoamericanos en conjunto conduce a la conclusión de que la igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales es la actitud ampliamente dominante[3].

Entre nosotros, como se sabe, el código original consagró diversas categorías de hijos, con marcadas diferencias entre ellos, considerando -como ha sido lo habitual- características de los progenitores y su posición ante el matrimonio; y la investigación de la paternidad de hecho quedó imposibilitada.

Esas diferencias se atenuaron primero con la ley 5.750 y más todavía con la ley 10.271[4].

No obstante aquellas enmiendas, las categorías, con importantes diferencias, persistieron, y la investigación de la paternidad, algo posibilitada, permanecía bastante limitada, hasta la dictación de la ley 19.585[5], que nos ocupa.

II. *LA DECISION DE POLITICA LEGISLATIVA*

Durante la época en que se discutió el Proyecto en el Parlamento, los medios de comunicación masiva ocasionalmente -menos de lo que la trascendencia del tema aconsejaba- informaron sobre los extremos más destacados de la reforma. Y luego pudo constatarse: por una parte, el surgimiento de lo que puede denominarse "sentimientos encontrados" sobre la actitud adoptada por el proyectista; y, por otra, y tal vez debido a lo anterior, una falta de conmoción social; no se produjo el impacto que otras reformas o acontecimientos, aun de menor trascendencia, suelen provocar en la ciudadanía. Las profundas e integrales explicaciones de esta situación no sólo exceden de este trabajo, sino pertenecen -al menos en su mayor parte- a otras áreas de las ciencias sociales[6].

[3]Atendido el objetivo de este trabajo, el breve párrafo precedente se centra directamente en las categorías de hijos y cumple sólo una función introductoria. Naturalmente, se inserta en el más amplio capítulo de la evolución del tratamiento jurídico de la famila, sobre el cual, como es esperable, la bibliografía es abundante en el grado suficiente para que resulte innecesario consignar aquí algunas referencias.

[4]La evolución legislativa con el contenido comentado de las diversas reformas ya está escrita: Somarriva Undurraga, Manuel: *"Evolución del Código Civil chileno"*. 2ª edic. Edit. Temis. Bogotá, 1983.

[5]*Diario Oficial* de 26 de octubre de 1998.

[6]Y constituye un modelo de conducta social que puede resultar de interés analizar justamente para las experiencias de esas otras disciplinas.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Aquella observación provoca motivo inmediato para dejar constancia de que la naturaleza de la materia presenta implicancias que desbordan los capítulos que luego serán tratados. Se comentará el esquema normativo y, al menos, se aludirá la realidad social, la eficacia de aquélla en ésta y sus recíprocas influencias. Pero también hay que advertir que constituye una interrogante el si es apropiado (y hasta "justo") el trasladarse hacia la igualación de derechos de todos los hijos y al permiso para la amplia investigación de la paternidad. En otros términos, si se está aquí ante una situación en la que la ley debe obedecer a los requerimientos de la realidad o si, en cambio, debe adoptar una función correctora o contenedora de actitudes sociales inconvenientes frente a ciertos valores superiores. En materias como ésta, en cuanto actitud, estimamos descartables los extremos[7].

Ciertamente, el punto ha sido acometido, el debate se ha planteado y no podría afirmarse que ha perdido su vigencia (ni en general ni entre nosotros por la sola circunstancia de tener decisión legal, incluso reciente). Aquí sólo prevenimos que requiere de la habilidad necesaria para detectar todos los valores, factores y elementos que verdaderamente están involucrados, algunos de los cuales pueden yacer ocultos (al tratar la investigación de la paternidad volveremos sobre prevenciones de esta naturaleza pero que presentan allí particularidades, porque aunque históricamente relacionados, no debe confundirse el trato jurídico a los hijos con la averiguación de quiénes son)[8].

III. *INFLUENCIAS*

Compelidos a la sindicación de elementos influyentes en el predominio de la solución legal igualitaria consignada en los textos del Derecho familiar, pueden destacarse: por una parte, los datos de la realidad social y, por otra, en alguna medida con base en aquélla, la iniciativa asumida en otra zona del ordenamiento jurídico, mediante los textos constitucionales y los Tratados.

[7] Sin perjuicio de que, aun considerando ambas funciones, en cada punto específico se pueda concluir en un resultado no necesariamente intermedio.

[8] En lugar de describir aquí los términos de la querella, nos remitimos a una didáctica e intensa síntesis, la cual aunque escrita -según se desprende claramente de su contenido- por un adversario a la igualación, recoge bien expuestas ambas posiciones: Díez Pastor, José Luis: *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución*. Madrid, 1933. Se refiere a la Constitución de la Segunda República española; entonces, considerando la agitación de la época puede comprenderse el estilo.

Entre nosotros, con motivo de la nueva ley, y a propósito de factores influyentes no siempre muy visibles, damos cuenta de la opinión vertida por Gonzalo Ibáñez en un periódico de Santiago. Plantea que al dedicarse a igualar los derechos de los hijos, particularmente en la materia sucesoria, la ley ha considerado a la transmisión del patrimonio como un puro beneficio, en circunstancias que también es una responsabilidad, que importa administrarlo adecuadamente y ojalá acrecentarlo, en provecho de la comunidad, y quienes están en mejores condiciones de lograrlo son quienes han convivido con el causante (sus hijos legítimos); en el mismo sentido, reconociendo lo complejo de la medida, por las implicancias con otras materias como la de los regímenes matrimoniales, propone que en las nuevas condiciones debería ampliarse la libertad de testar, para que el autor de ese patrimonio pueda considerar las mejores aptitudes y el destino que le parezca más provechoso para el patrimonio que construyó. Ibáñez S.M., Gonzalo: "Del realismo a la ideología". *El Mercurio*, 18 de octubre de 1998, D22.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A. *Los datos de la realidad social*

El componente sociológico despliega su vigor con una realidad de creciente procreación extramatrimonial, al parecer en la generalidad de los países.

En cuanto a la realidad nacional:

Hace ya treinta años, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción se elaboró un trabajo de naturaleza empírica sobre la investigación de la paternidad ilegítima[9].

Allí se consigna, por ejemplo, que, entre los años 1962 y 1964: la tasa de ilegitimidad giraba alrededor del 18%; tratándose de reconocimientos efectuados por uno solo de los padres, el paterno era algo inferior a la quinta parte del reconocimiento materno; la mortalidad infantil de los ilegítimos duplicaba la de los legítimos (se volverá sobre este estudio al tratar la investigación de la paternidad).

Como desde la confección de ese trabajo hasta ahora no ha habido otra reforma legal que la que comentamos, por nuestra parte, al panorama precedente sólo le actualizamos el dato más destacado: alrededor de treinta años después, conforme al *Anuario de Demografía* del Instituto Nacional de Estadísticas de 1996, el porcentaje de ilegítimos ya no es del 18%; ha aumentado al 41,9% (conforme a la misma publicación, en 1992 fue de 36,8%; en 1982, de 29,9% y en 1970, de 18,5%)[10].

[9]Gesche M., Bernardo y otros: ***Investigación de la paternidad ilegítima.*** Universidad de Concepción. Concepción, 1967.

Este trabajo debe ser destacado por el contenido y por el método, y, en ambos aspectos, pero señaladamente en el segundo, el mérito pertenece fundamentalmente al director del proyecto, el Prof. Gesche.

En cuanto al contenido, allí se presentan: datos sobre tasas de ilegitimidad en la zona de Concepción, un panorama del estado jurídico de la investigación de la paternidad y su funcionamiento en la realidad, un inventario de normas legales que conceden beneficios a hijos y que son perdidos por quienes carecen jurídicamente de la paternidad, una recopilación legislativa extranjera que muestra el estado en que a la época se encontraba una importante cantidad de países en relación a la materia, y el escenario científico-biológico disponible a la sazón para descubrir la paternidad.

En cuanto al método, al parecer éste fue el primer trabajo elaborado en el país con el carácter de interdisciplinario o integral, en el cual el problema objeto de la investigación es examinado simultáneamente en sus diversas facetas (como las sociológica, antropológica, biológica, económica, sicológica, axiológica, jurídica), por cierto, con el concurso de los respectivos especialistas, con todo lo cual los resultados permiten postular soluciones más confiables.

En otro sentido, este método importa concretar en la investigación jurídica las concepciones tridimensionales del Derecho, examinando la normativa en su contenido preceptivo abstracto, el grado de su eficacia real y su evaluación como realización de un valor. Por desgracia, luego de ese trabajo inaugural (salvo algún otro proyecto como el relativo a la remisión condicional de la pena, ejecutado con la misma conducción), la investigación jurídica de esa naturaleza (que a nuestro juicio es la que realiza o más se acerca al genuino concepto de "investigación") entre nosotros no parece continuar.

[10]El persistente aumento parece ser obra de las últimas décadas, porque en la obra citada del Prof. Somarriva se consignan datos desde 1944 hasta 1953, los cuales se mantienen alrededor del 20% (incluso con algún retroceso). Somarriva, Manuel. Ob. cit. p. 101.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

B. *Los textos constitucionales*

Siendo el tema de inmediato interés social, no es extraño que con frecuencia las Constituciones incluyan disposiciones que estampan una orientación al legislador y -como la actitud predominante ha sido la de imponer la igualdad, o, como a menudo disponen, la de rechazar la distinción entre las personas por razones de nacimiento- con ellas ha solido ocurrir que la regulación detallada, contenida en el respectivo Código Civil (o en alguna ley especial), consagratoria de las distinciones entre categorías de hijos, quede derogada tácitamente o inaplicable por inconstitucional (provocando en ocasiones -aquí como en otras situaciones metodológicamente análogas- vacilaciones jurisprudenciales en orden a si la conclusión es una o la otra).

Así ha ocurrido, por ej., en Alemania, España, Portugal[11].

En Chile, el texto constitucional en esta materia no es explícito y debe admitirse que tan sólo los arts. 1º y 19 Nº 2 confieren una base -no terminante- para provocar la contraposición[12]. Con ellos y estimando que las diferencias existentes entre las categorías de hijos son "arbitrarias", se ha sostenido que las normas que consagran esas diferencias son inconstitucionales[13].

En términos concretos, las diferencias que entre las categorías de hijos mantenía nuestra legislación eran, principalmente, las relativas a: patria potestad, derecho de alimentos y derechos hereditarios, a lo que debe agregarse las restricciones a la investigación de la paternidad que, como se dirá, algunos Tratados imponen desatar y, como se ha dicho, la mayoría de las legislaciones ha eliminado.

C. *Los Tratados internacionales*

Contemporáneos o en ocasiones anteriores a las Constituciones, estos cuerpos normativos, cada vez más preocupados de la persona, han constituido

[11]En España el conflicto quedó planteado al dictarse la Constitución de 1978, y hubo de resolverse mediante reforma legal en 1981. Un interesante análisis de las normas constitucionales en su relación con el Código Civil sobre la materia puede verse en Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: "Elementos de Derecho civil" IV. *Derecho de familia*. Fasc. 1º Edic. experimental. Bosch. Barcelona, 1982, pp. 58 y sgts. En Portugal fue la Constitución de 1976 la que en este punto dejó maltrecho al justamente alabado Código Civil de 1966, tal vez el último de los códigos de este siglo que consagró, en su texto original, la distinción en categorías de hijos. Debió reformarse para quedar en armonía con el texto constitucional, mediante Decreto-ley 946 de 1977. Algo distinta es la situación de Perú: La Constitución de 1979 dispone expresamente la igualdad de derechos de todos los hijos (art. 6). Más tarde, como se sabe, se dictó todo un nuevo Código Civil (1984) el cual, por cierto, armoniza con la orden constitucional.

[12]De ahí que en magnitud apreciable el debate no se haya planteado en los Tribunales. Con ayuda de las prescripciones de los Tratados internacionales suscritos por Chile (que se mencionarán pronto) sí se ha sabido al menos de un caso en nuestra zona, en el que se denunció el conflicto, animado por consecuencias sucesorias.

[13]Por ej. Figueroa, Gonzalo: *Persona, pareja y familia*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1995, pp. 104 y sgts.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

un factor de empuje vigoroso y a veces decisivo para la reforma de la materia en los códigos civiles y leyes que rigen la filiación.

Aunque a ellos deben agregarse los Tratados en los que el rechazo a las diferencias se puede concluir mediante la interpretación, pueden anotarse los siguientes entre los cuales se proscriben expresamente las diferencias entre las personas por razones de nacimiento:

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Naciones Unidas, 1948) (no es Tratado).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada "Pacto de Costa Rica", 1969).
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).
- Convención sobre los Derechos del niño (Naciones Unidas, 1989)[14].

Estas convenciones han sido suscritas y ratificadas por Chile, de modo que, siendo normas vigentes, se plantea el conflicto con las normas internas que establecen las diferencias insinuadas al comienzo.

IV. *PRECEDENTES*

Conforme a los antecedentes disponibles, como precedentes legislativos inmediatos de la ley chilena pueden mencionarse a la ley española de 1981 y la portuguesa de 1977 (DL 496) sobre la materia, cuyos contenidos son bastante semejantes, entre ellos y respecto de nuestra ley.

En todo caso, deben también citarse otros estudios nacionales[15], como la obra sobre la Evolución del Código Civil del Prof. Somarriva (antes citada), la ponencia al Primer Congreso de Derecho Civil, de las Profs. Leonor Etcheberry y Paulina Veloso, algunos trabajos del Prof. Leslie Tomasello (publicados en diversas revistas jurídicas) y el estudio del Prof. Gonzalo Figueroa: "Persona, pareja y familia"[16].

[14]En este texto debe destacarse, por su intensidad y dirección, el art. 7º.

[15]Aparte del trabajo del grupo dirigido por el Prof. Gesche, el cual también llegó a proponer disposiciones concretas.

[16]Damos cuenta también de un proyecto de Carvallo, Jaime: *Código de la Familia*. Edics. Js. La Ley. Valparaíso, 1995. Su contenido es bien distinto a la decisión legal que se ha impuesto y, al menos por un buen tiempo, puede tenérsele por superado.

Esa proposición sí nos induce a una leve referencia a la general sobre un Código de la Familia. Esporádicamente han surgido postulados en orden a separar del Código Civil del respectivo país la materia familiar, para conformar un código distinto (aduciéndose explicaciones de contenido, de trascendencia social y de necesidad de reformas más frecuentes que las requeridas por el Derecho patrimonial). En una época la actitud pareció prosperar, al propagarse en la Europa del

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

V. *SINTESIS DE LA LEY*

La igualdad de efectos entre los hijos y la libre investigación de la paternidad aparecen como los pilares de la reforma en materia de filiación, a lo que debe agregarse (por estar incorporada en la misma ley) la modificación sucesoria que suprime la porción conyugal y, en general, confiere una nueva mejoría a la situación del cónyuge sobreviviente.

La siguiente es una síntesis del contenido:

1. *Diferencia en el establecimiento de la filiación e igualdad en los efectos*

La naturaleza de las cosas se impone al tiempo de establecer la filiación y, en este punto, la igualdad es imposible (pronto se mencionarán las categorías que, no obstante el ferviente deseo del legislador, se mantienen).

Se establece la igualdad de efectos, es decir, de derechos y cargas, entre todos los hijos, con prescindencia del origen de la filiación, y esa idea igualitaria se expande hacia los padres (manifestándose destacadamente en el acceso al cuidado personal y a la patria potestad).

2. *Investigación de la paternidad*

Se dispone la libre investigación para determinar la paternidad del individuo, concretándose esta declaración particularmente en una amplitud probatoria y, en alguna medida, respecto de los sujetos.

3. *Cuidado personal del hijo*

Si los padres viven juntos, lo tienen de consuno.

Si viven separados, corresponde a la madre.

Pero se confiere la posibilidad de convenir una solución diversa a la legal.

El juez puede alterar lo dispuesto en general por la ley o lo convenido, en interés del hijo, pudiendo incluso, en ciertas circunstancias, entregar el cuidado a un tercero.

Este (Unión Soviética de 1926, Checoslovaquia en 1950 y 1963, Polonia en 1950 y 1964, Hungría en 1952, Rumania en 1954, República Democrática Alemana en 1967), pero pronto pudo constatarse que no desbordó el grupo de ideología política al que pertenecían los pioneros. El movimiento pasó a Latinoamérica (plegándose Cuba –de semejante orientación– en 1975 y sólo dos países distintos: Costa Rica en 1973 y Bolivia en 1977), en donde –hasta ahora– logra una muy limitada expansión.

Entre nosotros no parece justificarse. Compartimos en gran medida las explicaciones que al respecto proporciona el Prof. Castán, las cuales, aunque referidas a la pertenencia del Derecho de familia al Derecho privado (citando la proposición publicista de Cicu), en lo substancial son aplicables a la codificación (Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral.* 9ª edic. revis. y actualiz. por García Cantero y Castán Vásquez. Edit. Reus. Madrid, 1976, T. V, vol. I pp. 50 y sgts.).

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cuando en la filiación no matrimonial sólo lo ha reconocido uno de los padres a él corresponde el cuidado personal.

Si ninguno lo ha reconocido, lo determina el juez.

4. *Patria potestad*

Todos los hijos están sometidos a ella (cumpliendo requisitos comunes). Le corresponde al padre. Pero si los padres viven separados, le corresponde al que tiene el cuidado personal. Se permite alterar la solución legal mediante convenio. En todo caso, en interés del hijo, el juez puede, a su vez, alterar lo dispuesto o convenido.

5. *Derecho sucesorio*

Se elimina la porción conyugal (desapareciendo así una de las instituciones por diversos motivos de mayor renombre en el Derecho civil nacional y con dilatada tradición en la civilística universal).

En la legislación derogada, en el primer orden de sucesión regular el cónyuge concurría sólo por porción conyugal, la cual habitualmente se perdía debido a los bienes incompatibles con ella que generalmente tenía. En el segundo y siguientes concurría como asignatario de porción conyugal y como heredero, pero al ser incompatible con la porción conyugal lo que recibía por herencia, también la perdía. Ahora el cónyuge sobreviviente concurre a la sucesión del causante siempre como heredero y adquiere también el rango de legitimario. De este modo, su posición mejora notablemente. Así, por ejemplo, en el primer orden, como se dijo, frecuentemente nada obtenía, debido a las incompatibilidades; ahora sí, puesto que concurre como heredero y, entonces, nada importa que a la muerte del causante tenga bienes por mitad de gananciales, bienes propios, etc. También se mejora su cuota hereditaria (por ej., en el 2º orden ahora lleva 2/3 frente a 1/3 de los ascendientes).

Por último, aprovechando experiencias extranjeras, se incorpora en favor del cónyuge sobreviviente el denominado "derecho de atribución preferencial". El cónyuge tiene una preferencia en la partición para adjudicarse el inmueble que sea la residencia principal y los muebles que lo guarnecen. Si el valor de esos bienes excede del valor de su cuota, en el exceso puede pedir que se constituya en su favor un derecho de habitación y uso, gratuitos y vitalicios (quedando incorporada así una notable y bien justificada excepción al principio de la igualdad en especie en el reparto hereditario)[17].

[17]Esta solución, con variantes, estaba ya inaugurada en la legislación civil extranjera. La contempla el Código Civil peruano (art. 731); antes, el Código Civil italiano, mediante reforma de 1975, y, aun antes, el Código Civil argentino por reforma de 1974.

Y aplicada a ciertas unidades económicas, la atribución preferencial viene ya utilizada desde muy antiguo, incluso en interesantes derechos consuetudinarios europeos (inicialmente unida a elementos como la primogenitura y el sexo, que revelan su variada finalidad). Entre nosotros es conocida desde los tiempos de la reforma agraria (de la ley 16.640).

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se mejora también la situación de los ascendientes. Con la reforma inmediatamente anterior a ésta, ya el cónyuge quedó incluido como asignatario de cuarta de mejoras. Ahora se incluye también a los ascendientes (aunque no sean legitimarios). (El capítulo de Derecho sucesorio en general pertenece a otro trabajo de este volumen).

VI. *LAS CATEGORIAS DE FILIACION*

Con la nueva legislación, sólo hay hijos.

Al comienzo de la tramitación del proyecto se distinguía entre "hijos matrimoniales" e "hijos no matrimoniales" (en lugar de "legítimos" e "ilegítimos"), pero se terminó eliminando la distinción aplicada a los hijos, enviándola a la filiación, y entonces ahora hay hijos "de filiación matrimonial" y "de filiación no matrimonial".

Pero las distinciones han tenido que mantenerse en el establecimiento de la filiación. Y así, hay diferencias en el *establecimiento* e igualdad en los *efectos*. En otros términos, hay pluralidad en el establecimiento y unidad en los efectos[18].

En el establecimiento de la filiación se han terminado configurando 5 categorías de hijos: de filiación matrimonial; de filiación no matrimonial; de filiación adoptiva; de procreación asistida; y de filiación no determinada[19].

En cuanto a la naturaleza de la filiación, del texto surge la distinción entre filiación: por naturaleza y por adopción; y la primera puede ser matrimonial o no matrimonial.

A. Filiación matrimonial.

1. Procedencia.

Es la de hijos (art. 180):

a. Concebidos o nacidos dentro de matrimonio.
b. Cuyos padres contraen matrimonio después del nacimiento.
c. Reconocidos por sus padres en el acto del matrimonio.
d. Reconocidos por sus padres dentro del matrimonio.

Puede apreciarse que en las tres últimas situaciones, al tiempo del matrimonio la paternidad y maternidad ya están establecidas (los contrayentes ya son los padres del respectivo hijo).

La contrastación con los textos anteriores permite desprender la vigorosa decisión legislativa de facilitar cuanto es posible el establecimiento de la filiación de carácter matrimonial.

[18]En todo caso, por la aplicación del conjunto de normas, surgen también algunas diferencias entre diversos hijos en cuanto a la eficacia de la filiación, luego de establecida, como se irá viendo. Por ej., en la pérdida de los derechos del padre –que implica liberación de la contrapartida de ellos para el hijo– cuando la filiación se establece contra la voluntad de aquél.

[19]Compartimos esta distinción, ya organizada por el Prof. Hernán Corral en una publicación aparecida en *El Mercurio* de 22 de noviembre de 1998.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los efectos se retrotraen a la época de la concepción, quedando a salvo los derechos ya adquiridos.

Asimismo, el hijo concurre en las sucesiones abiertas antes de la determinación de la filiación.

Pero queda siempre a salvo el funcionamiento de la prescripción (art. 181).

2. Determinación.

Se determina en los siguientes términos (art. 184):

- Se presume hijo del marido al nacido dentro de matrimonio.
- También al nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

Pero no se aplica la presunción respecto del nacido dentro de los 180 días siguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al casarse y desconoce la paternidad. Salvo que haya reconocido al hijo por actos positivos.

Una vez más se observa la actitud de favorecer el establecimiento de la filiación matrimonial. Mientras en la que podríamos llamar presunción *pater is est* "clásica" si el hijo nace antes de los 180 días siguientes al matrimonio no hay presunción de que el marido sea el padre, en el nuevo texto sí. Aunque nazca instantes después del matrimonio, hay presunción (y por tanto la filiación será matrimonial, en congruencia con la regla anterior de que tienen filiación matrimonial los "nacidos" dentro del matrimonio). Sólo que el marido puede desconocer la paternidad. Pero entonces se impone al marido la necesidad de actuar. En la inactividad triunfa la conclusión de que el marido es el padre.

- También se determina por sentencia en juicio de filiación (art. 185) (Este tema corresponde a otro trabajo de este volumen).

B. Filiación no matrimonial

1. Procedencia.

Es la de hijos que no están en las situaciones de la filiación matrimonial, antes descrita (art. 180 inc. final).

2. Determinación.

Se determina por reconocimiento o por sentencia judicial (art. 186).

a. Por reconocimiento.

Tiene lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos (art. 187):

- Ante el oficial del Registro Civil al inscribirse el nacimiento o en el acto del matrimonio de los padres.
- En acta suscrita ante cualquier oficial civil, en cualquier tiempo.
- En escritura pública.
- En acto testamentario.

La circunstancia de consignarse el nombre del padre o madre, en cuanto tal, a petición suya, es suficiente reconocimiento (art. 188).

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

También por citación a confesar paternidad o maternidad bajo juramento, con las demás características y limitaciones que dispone el texto legal (art. 188)[20].

Se agrega que la citación pedida "de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligará al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado" (art. 188 inc. final). Desde luego, habría bastado el supuesto de la mala fe; el propósito de lesionar la honra evidentemente queda incluido en ella[21]. Como no se distingue, en los perjuicios indemnizables habría que incluir tanto los materiales como los morales. La responsabilidad aquí establecida es extracontractual, de modo que si el solicitante actúa con la coparticipación de otro, también imbuido de mala fe, pudiere pretenderse responsabilidad solidaria (aunque literalmente el texto se refiere al "solicitante"), con la colaboración del art. 2.314.

Si el reconocido ya tiene filiación establecida, el reconocimiento no produce efectos (art. 189). Es un progreso. Convenía la aclaración en relación a lo existente. En tal situación el pretendido reconociente debe interponer acción de reclamación de estado.

Entonces, conforme a los textos, es un acto personal (pero está admitido el reconocimiento por mandatario), formal, irrevocable y no susceptible de modalidades.

Se añade que si se efectúa por acto testamentario se mantiene aun cuando se revoque el testamento. Aunque ya se había concluido así, también convenía efectuar la aclaración para evitar el debate[22].

En una proposición se aclaraba también que el reconocimiento ha de mantenerse aunque lo único que contuviere el testamento fuere el reconocimiento y no incluyere disposición de bienes. No se consignó en definitiva. Aunque compartimos la solución de que igualmente debe mantenerse el reconocimiento en esta situación, estimamos que habría sido útil expresarlo[23], para evitar la pretensión contraria la cual, por lo demás, tiene un argumento. Podría sostenerse que, por definición, el testamento es un acto de "disposición de bienes", de modo que si no contiene disposición patrimonial alguna no sería testamento, concluyéndose en su inexistencia o nulidad y, con ella, en la del reconocimiento alojado en él.

[20]La disposición ordena que "el acta en que conste la confesión de paternidad o maternidad se subinscribirá..." con lo cual se ha aclarado que no es necesario -como antes se postulaba- que se dicte una sentencia por el tribunal respectivo "teniendo por confesada (o por establecida) la paternidad".

[21]Tal vez se justifica la expresión por la inducción sicológica.

[22]Se llegaba a esa conclusión sobre los razonamientos: de que el reconocimiento es un acto autónomo, independiente, que sólo usa el testamento como forma o vehículo; y de que lo revocable serían las "disposiciones" y no las declaraciones testamentarias, como lo es el reconocimiento (este último argumento no era del todo convincente mientras no se exponga justificación para el distingo).

[23]El texto español lo dispone expresamente (art. 741).

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En todo caso, quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe, adquiridos antes de la subinscripción (del reconocimiento) (art. 189, inc. final).

La protección a la buena fe es siempre incontestable. Pero, por otra parte, el acceso del hijo a todos los derechos que le corresponden en este estado es un objetivo que no debe ser fácilmente abandonado. Entonces, recordamos que el principio de protección a la apariencia logra el equilibrio. En su virtud, se protege a quienes se fían de lo ostensible cuando actúan de buena fe y su adquisición es onerosa; no si es gratuita, en cuyo caso debe prevalecer la realidad (es la actitud postulada por la doctrina y la predominante en los códigos civiles de este siglo).

Ese breve alcance permite fundar la solución alternativa: pudo haberse protegido solamente a los terceros que efectuaron una adquisición estando de buena fe y habiendo sido su adquisición a título oneroso; no si es gratuita; y pudo haberse permitido que el reconocido recogiere ese bien o derecho, interponiendo la acción correspondiente basada en que como hijo a él le corresponde.

Pero, como se ha dicho, en el texto la protección al tercero de buena fe quedó consignada ampliamente, con prescindencia del título de su adquisición.

Para la calificación jurídica del reconocimiento debe tenerse presente lo anteriormente expuesto y, particularmente, dos preceptos. Ubicado en el párrafo de reglas generales de la filiación, el art. 181 dispone que "la filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo" (inc. 1º); agrega que no obstante subsisten los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de la determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad; y todo sin perjuicio de la prescripción. Y, tratando de la determinación de la filiación no matrimonial, el art. 189 inc. final ordena que "el reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste (debió decir "de aquél") al margen de la inscripción de nacimiento del hijo"[24].

Como se sabe, desde hace ya tiempo (con textos legales vigentes a la respectiva época) en nuestro Derecho se ha discutido si el reconocimiento es constitutivo o declarativo del estado[25].

Ante las disposiciones anotadas hay que concluir que (al menos en el voluntario, que es el auténtico reconocimiento) se ha adoptado un criterio práctico: en principio, se le tiene por declarativo (confesión) pero atenuado en sus

[24]Nótese que la buena fe está requerida en las normas dedicadas precisamente al reconocimiento.

[25]La doctrina extranjera ha ido perfilando estas alternativas en términos de concebir al reconocimiento como una confesión (de una situación existente y, por tanto, sin necesidad de que se configure un acto jurídico) o una admisión (como acto jurídico constitutivo o manifestación de voluntad por el cual el padre o madre acepta, admite al hijo como suyo, semejante a una adopción).

El debate nacional, especialmente desenvuelto luego de dictada la ley 10.271, puede verse en Troncoso, Alvaro: *Problemas relacionados con la filiación ante la reforma del Código Civil por la ley 10.271*. Esc. Tipográf. Salesiana. Concepción, 1956, pp. 91 y sgts.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

efectos, respetándose los derechos adquiridos en base a la situación anterior al reconocimiento.

La repudiación.

Si la filiación se determina por reconocimiento, puede ser repudiada (arts. 191 y sgts.).

Dentro de 1 año (el texto agrega detalles para contarlo). Mediante escritura pública, que debe subinscribirse.

Opera retroactivamente, quedando a salvo los derechos adquiridos.

Es irrevocable.

No se puede repudiar si ya se aceptó el reconocimiento expresa o tácitamente.

Institucionalmente la repudiación merece una apreciación especial.

En primer lugar, conviene reflexionar sobre la naturaleza del estado civil en cuanto a su objetividad. Es evidente que, aparte del interés (empleando el término en su más amplio sentido, que incluye los sentimientos) del sujeto, existe un interés de la comunidad en determinar quién es hijo de quién, por variadas razones que huelga precisar. En todo caso, se llega a la conclusión de que el establecimiento del origen es y debe ser objetivo, con prescindencia de las preferencias y de cualquier otro factor que aleje la situación de la verdad.

Esta objetividad (que la volveremos a recordar pronto a propósito de otras disposiciones de la ley) podría conducir al resultado de dudar de la procedencia de la institución de la repudiación, en el sentido de que el hijo tal vez no debería disfrutar de la facultad del repudio, que evoca desagrado (hay legislaciones que no la contemplan).

Sin embargo, consignamos aquella conjetura más bien en el afán de satisfacer alguna inquietud que a alguien pudiere surgirle con ese fundamento, porque, como muchos, la estimamos conveniente. En efecto, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento es un acto unilateral del reconociente. Por otro lado, si se elimina la repudiación, cada vez que el reconocido estimare que el reconociente no es su progenitor, tendría que impugnar[26] (decimos "tendría" porque sería inaceptable que se le negare incluso esa facultad, dejándolo fatalmente a merced de un primer reconociente). En tales condiciones, no es apropiado dejar al reconocido en la situación de tener que impugnar cada vez que alguien, cualquiera -sea porque tiene la verdad (en cuyo caso no habría reparos), o porque, sin tenerla, debido a justificadas o inconfesables motivaciones- decide reconocerle. Y la verdad puede ser difícil y hasta imposible de averiguar. Se podrá insistir en que podría impugnar. Pero replicamos que, atendido el carácter unilateral del reconocimiento, no es razonable que por esa decisión quede el reconocido, atrapado, en la situación de tener que emprender todo un litigio impugnatorio. Es apropiado entonces que el solo repudio, como acto simple y también unilateral, le baste. Y quien quiere alterar el estado de cosas existente, que accione (reclamando estado).

[26] Y así se ha propuesto (Etcheberry, Leonor y Veloso, Paulina: "Proposiciones relativas a una nueva normativa en ciertas materias de filiación". En *Familia y Personas*. El volumen contiene un conjunto de ponencias de las presentadas en el 1er. Congreso de Derecho Civil (este trabajo fue mencionado al comienzo). Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1991, p. 35.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b. Por sentencia judicial.

Aquí tiene lugar el que puede denominarse "juicio de filiación" (este capítulo pertenece a otro trabajo de este volumen, sobre las acciones de filiación).

Sólo se formularán algunos alcances vinculados a las materias hasta aquí tratadas.

1°. La posesión notoria.

Es un elemento de antigua tradición en el establecimiento de la paternidad. Más aún, se ha dicho que es el más convincente.

Compartiendo sus ventajas y la conveniencia de mantenerla, estimamos preferible una actitud más realista a su respecto, admitiéndola como un elemento más a considerar dentro del juicio de filiación, sobre todo ahora que puede integrarse el cuadro con ella y las pruebas biológicas. Y en estas condiciones sería innecesaria la fijación de un plazo de duración.

Consignándola como un fundamento autónomo para el establecimiento forzado, se ha fijado un plazo de cinco años de duración mínima (rebajándose el anterior de diez), debiendo probarse con las exigencias que el texto dispone (art. 200).

En la práctica, puesto que es (con norma o sin ella) un elemento indicativo a veces más otras veces menos poderoso, el juez siempre la considerará (sólo que si en el caso es inferior a los cinco años no bastará por sí sola).

Conviene también dejar constancia que hoy se está discutiendo la conveniencia de mantenerla como elemento para el establecimiento de la paternidad[27].

Por último, en este tema aparece una norma, el art. 201, que resulta controvertible. Dispone que si hay contradicción entre la posesión notoria y las pruebas biológicas, debe preferirse a la posesión notoria. Ya se hizo referencia a la objetividad del estado civil. Pronto se tratará el muy alto grado de certeza que actualmente ofrece la prueba sanguínea. Así, como lo que debe decidir es la verdad, es criticable la solución legislativa. Es cierto que con frecuencia la posesión notoria es convincente, pero no debe olvidarse que es obra reflexiva, deliberada, y, por tanto, por una parte, estando el supuesto padre de buena fe, podría estar basada en un error, y, por otra, puede ser empleada para preparar una conclusión falsa[28].

Y luego –continuando en su prescindencia de la realidad– el texto añade que "sin embargo, si hubiesen graves razones que demuestren la inconve-

[27]En la discusión del proyecto, el señor Viera-Gallo estimaba que existiendo actualmente la posibilidad de las pruebas biológicas, con alto grado de precisión en el resultado, más valdría eliminarla, porque en el hecho produce más bien efectos contraproducentes. Al parecer quería decir que, sabiendo los padres que la posesión notoria constituiría en el futuro un elemento para el reconocimiento forzado, se alejaban de aquellos hijos a quienes no deseaban reconocer y así, no sólo no se avanza en los elementos para un reconocimiento sino que, además, se priva a los hijos de un auxilio real de sus progenitores.

[28]No debe olvidarse que en la realidad sigue aconteciendo la situación (con abolengo cinematográfico) de abuelos que con meticulosa notoriedad ostentan el carácter de padres de la criatura.

En todo caso, hay que admitir que en la crítica al precepto intervienen las concepciones de paternidad (reducida la hasta hace poco única, la biológica, al rango de una, tal vez con el calificativo de "tradicional") a las que se aludirá más adelante.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

niencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico". El irrefutable y omnipresente interés del hijo no puede avasallar a la verdad y al interés de la comunidad en establecerla. No debe erigirse en un factor para zigzaguear el resultado. Y advertimos que para determinar si alguien es o no padre de otro, no debe tenerse en mente el prototipo del niño desamparado. Pronto será adulto y los estados de hijo y padre continuarán, por toda la vida. En fin, lo que hoy es interés puede mañana ser estigma[29].

2º. La pérdida de los derechos si el establecimiento es forzado.

Se dispone que "cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra (con) la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente.

El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes" (art. 203, incs. 1º y 2º).

Aunque parece aconsejable establecer alguna sanción en contra del padre que ha negado la paternidad (y así se recomienda en aquel trabajo citado al comienzo, sobre investigación de la paternidad ilegítima, pp. 49 y 52), estimamos excesivamente drástica la decisión del reformador, pero, sobre todo, le objetamos una importante omisión.

En efecto, sin perjuicio de estimarse "impropia" una conducta íntima desordenada, en la realidad actual es ampliamente factible la procreación entre parejas inestables y, más aún, entre las que podrían llamarse ocasionales; para estos efectos, debe repararse en aquellas en que la mujer se permite mantener relaciones íntimas en una misma época con más de un varón. No pretendemos predicar en contra de esa actitud ni es el lugar más propicio. Pero lo que aquí importa es que ante una demanda de paternidad en estas circunstancias, debe estimarse admisible la duda del demandado en orden a ser él o no el progenitor. Y exactamente lo que lamentamos es la falta de espacio en la citada norma, al menos con claridad, para manifestar esa carencia de certeza. Es concebible que el demandado no pretenda eludir su responsabilidad de padre, si se determina que lo es, pero puede tener una legítima duda. Y el texto legal, unido al rigorismo procesal hasta ahora vigente, le impone un dilema: o se allana a la demanda o se opone a ella. Estimamos que, sobre todo ante tan grave consecuencia como la que se ha impuesto, la ley debió contemplar expresamente la posibilidad de que el demandado ni se allane ni se oponga. En todo caso, una vez más puede confiarse en la prudencia del tribunal. Estimamos que el juez, sobre el supuesto

[29]Es de esperar que la prudencia del juez conducirá el texto lo más apropiadamente posible.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de una redacción cuidadosa de la contestación a la demanda, puede admitir esa tercera alternativa en casos en que se justifique, de modo que si más tarde la demanda se acoge no sea del caso aplicar la mencionada consecuencia[30].

Conforme al inc. final del citado art. 203 es posible la rehabilitación; el hijo puede restablecerlo en sus derechos, en las circunstancias y con los requisitos que el texto dispone.

3°. La incorporación al grupo parental.

Con la nueva legislación, atrás ha quedado el antiguo adagio conforme al cual "el hijo natural no tiene abuelos", que indicaba la vinculación del hijo extramatrimonial exclusivamente con su padre o madre.

Aunque no está expresamente proclamado, de arts. como el 28, 33, 42, 107, queda claramente establecido que todo hijo, también el hoy llamado "de filiación no matrimonial", pertenece, se incorpora al grupo de parientes de su progenitor. Con toda la polémica que anidan estas expresiones, el arbitrio legislativo (y él dirá: también la realidad) dispone que la familia o el grupo parental, pues, ya no surge o se acrecienta sólo con el matrimonio.

4°. La concepción mediante técnicas de reproducción humana asistida.

"El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella" (art. 182)[31].

A nuestro juicio es esta la disposición más tosca de la reforma. La menos elaborada[32]. Como que fue incorporada ya bastante avanzada la tramitación del proyecto. Pero, desde otro punto de vista, al menos tiene el mérito de iniciar el camino hacia un estatuto más completo y sólido sobre una materia que, con todo lo controvertible que es ante las más elevadas actitudes filosóficas, probablemente se presentará con un real incremento en la casuística.

En todo caso, para obtener una legislación completa que permita pronosticarle alguna estabilidad, atendidas las características de la materia parece prudente esperar una consolidación de ciertas bases científicas y una maduración de la doctrina[33].

[30]Se podría replicar que permitiendo esa posibilidad todo demandado adoptará esa alternativa. Consideramos que no será así necesariamente. Sin perjuicio de que también es posible allanamientos a la demanda, habrá muchas ocasiones en las que se planteará derechamente la oposición, porque debe recordarse que si alguien está convencido de no ser él el padre, no estará dispuesto a absorber la pérdida de vigor que para su planteamiento significa la manifestación de una duda.

[31]Sobre el tema debe mencionarse un acucioso trabajo de Gumucio, Juan Cristóbal: *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*. Edit. Jur. Conosur. Santiago, 1997. V. también el comentario -con solución ante el Derecho español- a varias hipótesis, de Diez del Corral, Jesús: "La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana". En *Revista de Derecho Privado*, Madrid. Junio 1988, pp. 539 y sgts.

[32]En la última etapa de la elaboración de la ley se eliminó un inc. final, que expresaba: "En consecuencia, el uso de gametos de otra persona en la fecundación no generará parentesco alguno, y no se admitirá la alegación de paternidad o maternidad de aquélla".

[33]Y a este respecto compartimos las expresiones del Prof. Corral cuando, en síntesis, en este tema destaca que no es conveniente (y dudosamente posible) que el Derecho identifi-

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La regla ofrece variadas interrogantes y ciertas oscuridades.

Aquí sólo serán planteadas algunas[34].

Desde luego, tiende a aceptar la reproducción asistida en parejas no casadas, que era ya en nuestro país la tendencia del Ministerio de Salud.

¿Pero ha de permitirse simplemente en parejas?, o ¿solamente en parejas que puedan ser calificadas de estables? y ¿también en mujeres solas?

En la legislación extranjera predomina su admisión sólo en parejas estables; aparecen más divididas en cuanto a permitirla en mujeres solas.

En otro sentido, ¿qué debe entenderse por reproducción humana asistida? Sin pretender agotar el punto, pueden mencionarse varias formas: la reproducción denominada in vitro, los llamados arriendo y comodato de útero; la inseminación asistida, a su vez, con espermios de la pareja o ajenos.

¿Quiénes se someten a ella? ¿Equivale a consentir, con prescindencia del aporte?[35].

Las respuestas a estas interrogantes tienen importancia sobre todo por lo que agrega el inc. 2º: "No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta". Por lo mismo, cada vez que el padre o madre estime que no se ha "sometido" a estas técnicas, podría impugnar.

Por otra parte, ante aquel impedimento de impugnar, el que se considera verdadero padre y, sobre todo, el hijo, podrían pretender que ese precepto es inaplicable por inconstitucional (citando el art. 1º de la Constitución) o contrario a alguno de los Tratados internacionales[36].

---

que su función con la moral y tampoco que se limite a un papel de puro regulador pragmático u ordenador de hallazgos científicos, sino debe preocuparse permanentemente de proteger a la persona y su dignidad (Corral, Hernán: "Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano". En *Revista de Derecho* de la Univ. de Concepción. Nº 196, p. 56). Esa preocupación debe agudizarse señaladamente ante la denominada manipulación genética.

[34]En la doctrina se han planteado muchas, algunas de las cuales se pueden formular justamente ante un texto como el nuestro.

La esterilidad es o no un sufrimiento. La adopción es o no un medio suficiente para satisfacer el deseo de paternidad y maternidad. Cuál es la tipificación jurídica de la transferencia de óvulos y espermios. Cuál es el estado jurídico del embrión (especialmente congelado). El descarte del embrión debe constituir o no un delito. Quién es la madre: quien proporciona el óvulo, quien proporciona el vientre o quien proporciona los cuidados. Quién es el padre: quien proporciona el semen o quien proporciona los cuidados. Cuál es la naturaleza jurídica del empleo de vientre. Pueden verse, por ej., en Miranda Canales Manuel: "Derecho de Familia en el nuevo Código Civil peruano de 1984". En *Rev. del Foro*. Año LXXII. Nº 2. Lima, 1985.

[35]Esa parece ser la decisión, adoptándose el criterio que ha solido denominarse "volitivo" de la paternidad, en lugar del genético (más adelante se hará referencia a ellos).

[36]Por ejemplo, al art. 7º de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que dispone el derecho, en la medida de lo posible, a reconocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VII. *LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD*

Se entiende por investigación de la paternidad la actividad que se desarrolla para averiguar la inmediata procedencia biológica del individuo.

La naturaleza del acto de procreación humana, las convicciones religiosas y filosóficas, los sentimientos y las características de la vida social han ido motivando la labor jurídica[37], para regular organizadamente la tarea investigativa, en la que deben equilibrarse la eficacia con el respeto a la intimidad y a otros intereses justificados (como la paz y la honra). En el hecho, han influido también intereses inconfesables y temores más o menos fundados y más o menos comprensibles.

La necesidad del individuo y de la comunidad en determinar quién es el padre y madre de cada cual (a su vez por variados fundamentos) y el evitar litigios escandalosos o perturbadores de la paz social y de las familias, se mencionan como factores inmediatos que influyen en los legisladores[38].

El examen de la evolución legislativa sobre el tema en diversos ordenamientos, en un largo período, exhibe una definida tendencia hacia la mayor autorización legal para la investigación, pero aparecen épocas de retroceso o detenimiento a veces no despreciables (que pueden tener variadas explicaciones en la realidad de cada país, incluyendo en ella la correlación de fuerzas actuantes en la generación de las normas).

Desde otro punto de vista, el grado de amplitud (o de restricción) que las legislaciones han ido imponiendo en la investigación va valiéndose, al menos como punto de referencia: de principios y reglas procesales; de exigencias a los sujetos (activo y pasivo); y del régimen probatorio existente y, dentro de él, sobre todo de la decisión general acerca de si para probar hechos se admite cualquier medio que el juez estime idóneo o sólo los medios de prueba que la ley taxativamente enuncia. Respecto de este último elemento se adopta alguna de estas tres actitudes: o la investigación de la paternidad se somete a los medios probatorios generalmente aceptados en el respectivo ordenamiento; o se limita, excluyendo algunos; o se extiende, admitiendo medios de los que generalmente no aparecen en el inventario normal.

[37]Aquí se hace, pues, referencia a lo que, en denominación completa, debe llamarse "investigación judicial de la paternidad", porque, como cualquier otro acontecimiento, el de la paternidad puede ser también investigado fuera del ámbito judicial, por diversos estímulos, con los más variados medios, con distintos resultados (a veces sorprendentes) y en ocasiones con incontrolables (hasta sangrientas) consecuencias.

[38]Sin perjuicio de que algunos elementos reales puedan existir desde los orígenes del ser humano, últimamente se ha llegado a plantear como un interrogante jurídico los conceptos de paternidad y maternidad, conforme al distinto vigor que en ellos se atribuya a los elementos biológico, volitivo y afectivo, lo cual, aparte de lo interesante que resulta, podría llegar a producir la necesidad de una amplia readecuación de la legislación familiar (V. Figueroa, Gonzalo. Ob. cit., pp. 113 y sgts.). Teniendo presente esa incursión, el capítulo que aquí se está tratando debería comenzar a denominarse "investigación de la paternidad genética".

Con todo, estimamos que aun cuando en algunas circunstancias (porque -al menos hasta ahora- en términos ampliamente dominantes esos elementos coinciden) pueda llegar a hacerse

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el Derecho nacional, desde el código original que en definitiva no admitía la investigación de la paternidad, se fue avanzando en la liberación, con las leyes 5.750 y 10.271[39].

Pero éste es el momento de retornar a aquel trabajo dirigido por el Prof. Gesche, citado al comienzo. En aquella investigación se consignan algunos antecedentes y conclusiones que hasta hoy exhiben notoria utilidad. Transcribiremos entonces algunos pasajes.

"De la enumeración precedente se desprende claramente que todos los medios de prueba de la paternidad ilegítima para los efectos de otorgar al hijo la calidad de natural, constituyen: una confesión de paternidad expresa, consignada en instrumento público o privado, o en presencia del juez; o una confesión tácita, deducida de la conducta adoptada con respecto al hijo durante quince años consecutivos" (p. 44).

"Sin embargo, el último medio probatorio que comentamos exige que se establezca 'de un modo irrefragable la paternidad', es decir, que la paternidad sea probada en forma directa. Esta exigencia es, sin duda, la causa precisa de que la prueba de la filiación ilegítima continúa siendo tan difícil, como lo fue antes de la reforma introducida en el Código Civil por la ley 10.271 del 2 de abril de 1952, y que no se cumplieran los fines que con ella se perseguían" (p. 45).

"Sin profundizar en esta materia, nos limitaremos a señalar: que la calidad de hijo simplemente ilegítimo otorga otros derechos muchas veces más importantes que el de alimentos; y que la prueba de la paternidad ilegítima continúa siendo tan ineficaz como lo fue antes de la reforma. En realidad, el legislador ha conservado como fuente de la paternidad ilegítima la voluntad expresa o tácita del progenitor y temeroso de un error judicial en perjuicio del presunto padre, ha limitado los medios de prueba de una paternidad ilegítima controvertida.

---

prevalecer los elementos no genéticos, la investigación para determinar el origen biológico de la persona debe permanecer como necesaria para los variados efectos que de ella se extraen (antropológicos, penales, etc.); mientras no se neutralicen (y quizás no sea ni apropiado ni conveniente, en esta materia como en otras, contrariar a la naturaleza).

[39]Decimos "en definitiva" porque, tal como lo expresa el Prof. Somarriva, existía una apariencia de investigación, radicada en la citación judicial a confesar paternidad, la cual, como es fácil apreciar, no implica efectiva investigación sino más bien una forma de reconocimiento. Y ante la negativa del citado a confesar no había posibilidad alguna de continuar, como lo declaraba terminantemente el art. 284. Ese texto daba a entender que alguna posibilidad de investigar había (refiriéndose a la citación a confesar), pues ordenaba que no era posible investigar "por otros medios" que los consignados en los arts. precedentes.

La posición del código –añade el citado autor– es mezquina, sobre todo considerando que a la época había ya legislaciones que autorizaban con bastante amplitud la investigación de la paternidad, incluyendo algunos códigos que en diversas materias le sirvieron de modelo (Luisiana, Cerdeña, Vaud, Austria y Prusia). Pero la responsabilidad no debe atribuirse solamente al señor Bello sino también, o más bien, a la Comisión Revisora, ya que el redactor había incorporado en el Proyecto de 1853 un precepto, el art. 313, que permitía la investigación en varias situaciones. La posición del Código chileno puede también explicarse, al menos en parte, por la fuerte influencia del Código francés, cuyo célebre art. 340 la prohibía tajantemente (Somarriva, Manuel. Ob. cit., pp. 89 y sgts.).

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¡Cuán restrictiva nos parece esta política legislativa del año 1952!, si la comparamos con la opinión de Andrés Bello, acotada como nota al art. 313 del proyecto de Código Civil de 1853. En este proyecto, la paternidad podía ser establecida por el solo hecho de haber tenido el presunto padre relaciones ilícitas con la madre en la época de la concepción, aunque ésta hubiera tenido trato con otro varón en el mismo período. En dicha nota Bello expresa: "¿Por qué, se dirá, condenar a la prestación de alimentos por el solo hecho de haber tenido el demandado trato ilícito con una mujer en el tiempo en que pudo efectuarse la concepción, aunque aparezca que la mujer tenía trato ilícito con otros hombres en el mismo tiempo? Respondo que, si no obstante la intimación de la ley se ha expuesto al peligro de alimentar un hijo ajeno, no tiene de qué quejarse. La prestación de alimentos puede también mirarse como un castigo, que se hace servir a la sustentación de criaturas inocentes que deben su degradada existencia a inmoralidad y libertinaje" (p. 46).

"Las legislaciones tienden a igualar los hijos ilegítimos con los legítimos, con respecto a ambos padres, o respecto a la madre por lo menos" (p. 47)[40].

"Las pruebas biológicas de la paternidad se están admitiendo con amplitud siempre creciente. Aun la legislación francesa, de tendencia conservadora en materia de investigación de la paternidad, por ley del 15 de julio de 1955, aceptó la prueba biológica con carácter negativo. Las pruebas biológicas generalmente aceptadas son: la determinación del grado de madurez del recién nacido, la comparación de grupos sanguíneos y la comparación de cualidades morfológicas e intelectuales transmisibles. Por regla general tienen un valor probatorio negativo, pero al último medio de prueba se ha dado un valor positivo. Aunque todas las pruebas biológicas sólo se aceptan con valor negativo, robustecen, sin embargo, la convicción sobre la paternidad reclamada, en concurrencia con otros elementos de convicción aportados al juicio" (p. 48).

"Las legislaciones que admiten la prueba heredo-biológica en juicios de paternidad han debido reglamentar también la resistencia de los afectados para que se lleve a la práctica. En esta materia se han seguido dos caminos. Para algunos, el afectado puede ser obligado compulsivamente al examen biológico, y para otros, la resistencia o negativa del afectado de someterse al examen biológico será respetada, pero el juez interpretará su actitud como un antecedente de convicción, en consideración a la obligación de las partes de colaborar con el tribunal en el establecimiento de la verdad. Nuestra legislación se pronuncia por este último sistema en los casos de resistencia a los exámenes de alcoholemia que se exijan a los infractores de los reglamentos del tránsito" (p. 50).

En las conclusiones se anota:

"b) La paternidad, aun la simplemente ilegítima, no sólo concede al hijo el derecho para que su padre le proporcione la mantención y educación, sino

[40]El cuadro de las legislaciones extranjeras sobre la materia aparece en el anexo "J" del trabajo, pp. 183 y sgts. Es muy completo. Contiene textos legales relativos a la investigación de la paternidad y al tratamiento de las distintas categorías de hijos. A esa época ya permitía la conclusión que se anota en el cuerpo.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que además le asegura los beneficios contemplados en las leyes de previsión social, y los derechos hereditarios contemplados en las leyes especiales. Los hijos ilegítimos carecen de todos estos derechos y protección, mientras no se haya establecido jurídicamente la paternidad.

c) La reforma del Código Civil vigente desde 1952, y redactada para facilitar el establecimiento de la paternidad ilegítima para el solo efecto de un derecho de alimentos, ha resultado totalmente ineficaz. La práctica judicial demuestra que aun en la actualidad la ley no proporciona las herramientas necesarias para obtener la declaración de paternidad contra un padre, que no la haya confesado en forma expresa o tácita a través de su conducta con respecto al hijo. Por otra parte, dicha reforma supone que el único derecho de los hijos simplemente ilegítimos sería el de alimentos. De esta manera, también es ineficaz, cuando la paternidad pretende establecerse para otros fines que no sean el del derecho de alimentos.

d) La paternidad sólo puede ser deducida de hechos que la hagan presumible. Estos hechos o circunstancias son de variedad infinita y no pueden ser previstos casuísticamente por el legislador. La relatividad de la prueba de la paternidad, reconocida tradicionalmente por el Derecho, se torna siempre más precisa y directa en virtud de los métodos de comparación de las características heredo-biológicas entre el hijo y su presunto padre. Aun los métodos heredo-biológicos con resultado probatorio meramente negativo conducen indirectamente a una mayor certeza en los juicios de paternidad. Puede concluirse, entonces, que el legislador no debe señalar específicamente los hechos de los cuales puede deducirse la paternidad, sino que corresponde al juez declararla o negarla, considerando, en su conjunto, todos los medios de prueba rendidos por las partes y los informes médicos legales sobre características heredo-biológicas producidas en el proceso.

e) El Derecho comparado nos señala que las reformas legales se dirigen hacia la investigación de la paternidad ilegítima sin restricciones y a una creciente protección de los hijos ilegítimos. Paulatinamente se está desterrando una discriminación entre los hijos ilegítimos en atención a la prueba con la cual se haya acreditado la paternidad, o a la existencia de los impedimentos para contraer matrimonio que pudieron haber afectado a los padres en la época de la concepción del hijo.

g) Los resultados de esta investigación, dentro del objetivo que le fue propio, imponen las siguientes modificaciones de orden legal: 1°. Deberá admitirse la prueba de la paternidad ilegítima sin restricciones, dejando su evaluación fundada en manos del juez; 2°. Deberá independizarse la acción de estado civil de hijo simplemente ilegítimo de la acción de alimentos; y 3°. Deberá sancionarse al padre que ha negado ante la justicia la paternidad de su hijo ilegítimo, o ha obstruido la labor del juez para establecer la verdad" (pp. 50 y sgts.)[41].

Frente a la actual reforma, conviene tener presente que, no obstante el impacto que parece causar la admisión expresa de las pruebas biológicas, su apli-

[41]Luego de ese trabajo surge también otro digno de emprenderse, para definir si pueden incorporarse algunos dispositivos legales a su respecto: el de determinar cuáles son los factores reales que conducen al padre o madre a negar la paternidad o maternidad.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cación estaba claramente admitida, a través del informe de peritos. De este modo, la efectiva novedad legal ha sido sólo la de derivar una consecuencia por la negativa de someterse a esa prueba, a lo que se une un avance científico relativamente reciente, como es el examen del denominado ADN a través de la sangre.

La reforma irrumpe con una proclama: La ley posibilita la investigación de la paternidad (art. 195)[42].

Concreta esa apertura señaladamente en la materia probatoria, pero luego también expide algunas contracciones, con una relativa libertad en los sujetos y con un escueto pero muy influyente mecanismo procesal[43].

En cuanto a los sujetos, se consignan algunas limitaciones que podrían calificarse de tradicionales (arts. 204 y 205) (para los cuales generalmente se aducen justificaciones de entre aquellas que tan sólo aludíamos al comienzo de este párrafo)[44].

En cuanto a los medios de prueba la libertad es notable (art. 198). En dos aspectos. En la aportación y en los medios.

Se sabe que en la materia civil la regla muy general es que las pruebas las aportan las partes. Pues aquí, introduciéndose una excepción, las puede decretar de oficio el tribunal.

Se agrega que en estos juicios la paternidad y maternidad pueden establecerse mediante "toda clase de pruebas". Desde luego, más propiamente que a las "clases", respetando la nomenclatura que desde tiempo ya se ha impuesto (en la doctrina y en los textos legales, como el art. 341 del Cód. de Proced. Civil), pudo el legislador referirse a los "medios" (tal vez habrá empleado aquella expresión para manifestar mayor amplitud). Por otra parte, el texto deja una duda: al admitirse toda clase (medio), ¿la libertad se referirá a todos los medios pero dentro de los legalmente admitidos (en los arts. 1.698 y, en términos más actuales, 341 del Cód. de Proced. Civil) o se ha querido sobrepasar esa lista? Recordamos que hasta ahora, en la materia civil no se ha dado cabida a los denominados "me-

[42]Y, en congruencia, ya no aparece el (ahora antiguo) art. 284, que prohibía la indagación de la paternidad por otros medios que los indicados en los arts. 271 y 280, agredido precepto "llave", que ya venía de sufrir enmiendas por las leyes 5.750 y 10.271.

[43]El art. 196 ordena que para dar curso a la demanda se acompañen antecedentes suficientes que hagan "plausibles" los hechos en que se funda. Este es un punto álgido que se modelará en la práctica. Su análisis pertenece a otro tema de este volumen, pero desde luego aquí advirtamos que con esa norma serán los tribunales -con el margen de prudencia que el concepto les entrega- quienes terminarán efectuando un importante aporte en la dimensión de esta apertura a la investigación de la paternidad. La esperanza que se cifre en la prueba sanguínea puede ser que encuentre al inicio una valía insalvable en esta exigencia de antecedentes que hagan "plausibles" los hechos fundantes.

[44]Es evidente que con estas limitaciones la necesidad de establecer con objetividad la progenitura de las personas cede ante conveniencias de paz social, de honra y de otras consideraciones. Pero es importante tener conciencia de esta circunstancia, para irla evaluando periódicamente conforme a los cambios sociales y contemplar la introducción de correctivos que aconseje la persecución de los grandes fines que la materia debe perseguir. Entre ellos, la necesidad de descubrir la verdad, sobre todo recordando aquellas situaciones -que ya hemos mencionado- de ocultamiento de verdadera paternidad, fraguada al interior de un reducido grupo social o de una familia.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dios representativos" (como el film, la cinta magnetofónica), que desde tiempo en la doctrina pugnan por introducirse. Entonces, con la segunda alternativa en estos juicios tendrían que admitirse. Parece que ésta es la solución porque, puede sostenerse, para emplear los medios probatorios generalmente admitidos (del art. 341 del Cód. de Proced. Civil), no habría sido necesaria una declaración legal. Pero podría replicarse que sí se justificaba porque hasta ahora las pruebas eran más restringidas que la lista general (debido al art. 284, ahora derogado). Preferimos la comprensión de admitir todo medio que el juez estime idóneo, aun fuera de la lista del art. 341 del Cód. de Proced. Civil.

En cuanto a la prueba sanguínea, tal como ya se ha dicho, es más espectacular que nueva. Se trata de una modalidad de la prueba informe de peritos, ya de antigua data. Y, por lo mismo, podía emplearse desde antes. El mismo art. 199, que le agrega regulación, la califica de "pericial". Por otra parte, el texto, apropiadamente, se refiere en general, más allá del solo examen de la sangre, a las "pruebas periciales de carácter biológico", indagación que, como se expresa en el trabajo dirigido por el Prof. Gesche, citado, puede incluir muchos otros elementos del cuerpo de la persona.

Como se dijo, la importante novedad se refiere a la consecuencia de la negativa, unido al progreso científico relativo al denominado ADN.

Acepta la utilidad que ofrece el examen científico de caracteres del cuerpo humano, aquí, como para otros efectos, surge un conflicto entre la necesidad del objetivo que se persigue (detectar la ebriedad o temperancia de un conductor de vehículo para proceder en consecuencia, averiguar la paternidad de un individuo, etc.) y el respeto a la dignidad y al propio cuerpo. Frente a estas disyuntivas el legislador, antes de optar, debe agotar las posibilidades de llegar a una norma componedora.

En la tramitación del proyecto se debatieron diversas alternativas para el caso de negativa al examen, llegándose a una fórmula que estimamos adecuada. Descartando la invasión forzada al cuerpo humano, la negativa injustificada de someterse al peritaje biológico (cualquiera sea la prueba biológica que se decrete) configura una "presunción grave" en contra del que se niega, que el juez apreciará en los términos del art. 426 del Cód. de Proced. Civil (art. 199 inc. final)[45].

El texto parte del supuesto de que la prueba debe ser decretada por el tribunal. Esta circunstancia crea también una duda: el decreto del tribunal ha de ser que el sujeto se someta a un "peritaje biológico" o debe precisar a cuál; por-

[45]Se ha creado un figura híbrida de presunción legal con judicial. Es bastante legal, en cuanto la ley establece el hecho del cual emanará la conclusión (negarse al examen) y, en general, la conclusión misma ("en su contra"); pero luego retrocede y atenúa el efecto remitiéndose al art. 426, con el cual en definitiva el vigor de la conclusión lo entrega a la prudencia del juez.

Por otra parte, el art. 426 del Cód. de Proced. Civil dispone que una sola presunción puede constituir plena prueba, reuniéndose los caracteres que indica. Plena prueba significa que ella basta para formar convicción y establecer el hecho. En la especie será difícil que opere sola, debido a la exigencia de plausibilidad del art. 196 mencionado.

Artículo: Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que se conciben muchos (como lo tienen considerado los expertos: grupos sanguíneos, cabello, etc.). Como actualmente, por la precisión de sus resultados, se piensa directamente en el ADN, el cual se obtiene (en su más fácil o mejor operatividad) mediante la sangre, la pregunta podría reducirse a si ¿bastará que la orden judicial se dirija a un "peritaje biológico" o deberá precisar "a un peritaje sanguíneo" o, aún más, "peritaje de ADN"?

Estimamos que debe precisarse que se trata de examen sanguíneo, pero no es indispensable que se mencione el ADN.

Por último, el advenimiento impresionante (casi estelar) del examen del llamado "ácido desoxirribonucleico" (más conocido por su abreviación: ADN), como demostración de vínculo procreativo, ha venido a imponer una reorganización de criterios y elementos de juicio en el debate de la investigación de la paternidad y ha conducido a una nueva evaluación de los textos legales, para aprovechar el descubrimiento científico. Así ha ocurrido entre nosotros.

¿Y su grado certeza? un 99,99%[46].

(Otros aspectos de la ley relacionados con la materia pertenecen más bien al tema de las acciones de filiación, que corresponde a otro trabajo de este volumen).

[46] El dato se obtuvo, en entrevista personal, del Prof. Rolando Montoya, docente en la Facultad de Ciencias Biológicas y Recursos Naturales de la Universidad de Concepción.