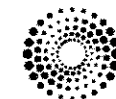


THOMSON REUTERS

**LA LEY**

**ESTUDIOS SOBRE  
LA NUEVA LEY DE ACUERDO  
DE UNIÓN CIVIL**

**GABRIEL HERNÁNDEZ P.  
MAURICIO TAPIA R.  
COORDINADORES**



THOMSON REUTERS

Como contrapartida, en materia de terminación se producirá un efecto llamativo: siendo aplicables a ese matrimonio las reglas propias conflictuales del Acuerdo de Unión Civil y encontrándose por lo mismo sujeto en esa materia a las disposiciones propias de la ley del lugar donde fue celebrado, no podrán tener cabida las reglas de terminación dispuestas por la ley chilena. Así, en caso de producirse una crisis en la relación de pareja que provoque un quiebre en la misma, la autoridad nacional llamada a conocer de ese conflicto deberá aplicar aquellas causales previstas en la ley extranjera para la terminación de la unión, las que serán las propias del divorcio, debido a la naturaleza de la misma conforme a la ley de su celebración (matrimonio).

Seguramente esta fue una consecuencia no prevista por el legislador nacional, que presenta un efecto beneficioso, en la medida que confiere una protección reforzada a esa unión, acorde con el carácter matrimonial que presenta en el lugar donde fue celebrada. Con todo, resulta sumamente dudoso que pueda extenderse a los chilenos que celebran matrimonios en el extranjero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil y del reconocimiento general del fraude a la ley como límite de la aplicación del método conflictual.

## LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN LA LEY DE ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS\*

La Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC) –promulgada el 13 de abril, publicada en el Diario Oficial el 21 de abril y que entró en vigencia el 22 de octubre de 2015– otorga reconocimiento expreso a las parejas que se acojan a sus disposiciones independiente del sexo de los contratantes.

Según el artículo 1° de la ley, *“El acuerdo de Unión Civil es un contrato celebrado entre dos personas, que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominan convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil...”*.

En consecuencia, el AUC es un contrato celebrado entre dos personas, sin mención explícita al sexo de las mismas, que comparten un hogar común, lo que supone que ya están viviendo juntos. Esto lo diferencia del contrato de matrimonio, que exige diferencia de sexo entre los contrayentes y supone que éstos no viven juntos y que se unen para comenzar una vida en común. Así, si uno de los fines del matrimonio es la vida en pareja, en el AUC se supone que los contrayentes ya están viviendo juntos, y el contrato se celebra justamente para regular y reconocer jurídicamente su previa convivencia.

\* Abogada Universidad de Chile, Doctora en Derecho Universidad Complutense, Profesora Titular Derecho Civil en el pre y posgrado en la Facultad de Derecho Universidad de Chile, Vicedecana Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Con respecto a los deberes personales, éstos son restringidos en el caso de la unión civil. Quedan casi reducidos a la única norma del artículo 14, que expresa: “*Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua*”, y “*estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos*”.

En cambio, el matrimonio conlleva derechos y deberes u obligaciones personales. Los cónyuges tienen el deber de guardarse fe, de socorrerse, ayudarse mutuamente, respetarse y protegerse recíprocamente, de vivir en el hogar común y de suministrarse auxilio para sus acciones y defensas jurídicas.

En este contexto se incorpora en el artículo 21 de la ley de AUC la presunción de paternidad, establecida en el artículo 184 del Código Civil. Dice el artículo 21: “*Para efectos de la presunción de paternidad, en caso de convivientes civiles de distinto sexo se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil*”.

¿Qué significa esta incorporación? Significa que la ley aplica la presunción de paternidad matrimonial a la convivencia civil heterosexual. Con esto se produce un tratamiento distinto para los hijos que nazcan durante la convivencia civil entre parejas heterosexuales y homosexuales, justificándose, posiblemente, este diferente trato en que podría considerarse una “diferencia objetiva o excepción justificada”. Pero también podría surgir la pregunta de si constituye una discriminación arbitraria.

El artículo voy a dividirlo en tres partes:

1. Antecedentes generales.
2. Incorporación de la presunción de paternidad del artículo 184 a los hijos que nacen durante el AUC.
3. Conclusiones.

#### 1. ANTECEDENTES GENERALES

Los problemas jurídicos básicos que plantean las relaciones de filiación son los relativos a la forma de su establecimiento, determinando en

cada caso quién es el padre o la madre y el hijo, y la asignación de un determinado contenido jurídico de derechos y obligaciones a la relación en cuestión<sup>1</sup>.

El hecho biológico de la concepción es la fuente de la relación jurídica de la filiación, en otras palabras, es lo que la determina. Pero ese hecho biológico no puede ser verificado por sí mismo, y por ello el Derecho establece los presupuestos de hecho a los cuales une los efectos de la filiación. Por ejemplo, el matrimonio, para la filiación matrimonial, o el reconocimiento, para la no matrimonial. En el primer caso, porque presupone el hecho natural de que el hijo haya sido engendrado por los cónyuges; en el segundo caso, porque la declaración del reconociente revela o debe revelar el hecho biológico de la procreación<sup>2</sup>.

Para establecer la maternidad basta con probar que la mujer dio a luz y que el hijo procede de ese parto. En cambio, la paternidad aparece rodeada de secreto, pero como jurídicamente el padre tiene que quedar determinado, se entiende que lo es quien ha tenido relaciones sexuales con la madre en el momento probable de la concepción. Si los padres están casados, estamos frente a una filiación matrimonial y si no, frente a una filiación no matrimonial.

Como es obvio que la paternidad no puede ser objeto de una demostración directa, automática e inequívoca, y lo común es que los hijos nacidos de la mujer casada tengan por padre al marido, el derecho ha recurrido a la presunción de que los hijos que nacen durante el matrimonio tienen por padre al marido. Es la *presunción legal de paternidad matrimonial*, que continúa la máxima romana “*pater is est quem nuptiae demonstrat*”<sup>3</sup>.

Se ha fundamentado la presunción de paternidad matrimonial en que “si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en el presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido

<sup>1</sup> Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I) Derecho de Familia, Undécima Edición, Editorial Tecnos, 2012, p. 233.

<sup>2</sup> Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., pp. 236 y 237.

<sup>3</sup> Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 241.

a la institución del matrimonio, tales como la fidelidad y la cohabitación” (Mazeaud). Estos son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales (Josserand), de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (Puig Peña)<sup>4</sup>. En otra visión, Espín Canovas indica “que en sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento”.<sup>5</sup>

Esta atribución de paternidad al marido de los hijos que nacen durante el matrimonio no depende de la voluntad de éstos. Es una presunción legal que opera cuando se establece el vínculo del hijo con la mujer casada, independiente de la voluntad de los padres. Es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, al tratarse de una presunción *iuris tantum*. Es decir, admite prueba en contrario, si concurren las condiciones del desconocimiento o impugnación de la paternidad por parte del marido.

Se sostiene que la presunción de la paternidad satisface el interés social de protección de la familia constituida, pues “el interés del nacido, está generalmente de acuerdo con la realidad biológica de paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o pendiente el mismo”. Además, es valiosa desde el punto de vista ético, “como consecuencia de los deberes conyugales o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial”<sup>6</sup>.

## 2. INCORPORACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL ARTÍCULO 184 A LOS HIJOS QUE NACEN DURANTE EL AUC

La ley N° 19.585 derogó la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos estableciendo iguales derechos para todos los que tuvieran determinada su

<sup>4</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación*, Tomo IV, *Gaceta Jurídica*, 2014, pp. 133 y 134.

<sup>5</sup> ESPÍN CANOVAS, Manual, *Revista de Derecho Privado*, 1982, Familia IV, p. 349, en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, ob. cit., p. 134.

<sup>6</sup> MÉNDEZ COSTA, María José y D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de Familia*, tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 43.

filiación (artículo 33 del Código Civil). No obstante que la ley establece iguales derechos para todos los hijos de filiación determinada, independiente de que nazcan dentro o fuera del matrimonio, la forma de determinar la filiación es diferente, pues la filiación matrimonial estaba amparada por la presunción de paternidad (artículo 184 Código Civil) que otorgaba una mayor certeza y no requería de un reconocimiento del padre como en la filiación no matrimonial.

Al extender los efectos del artículo 184 del Código Civil a los hijos que nacen durante el AUC se rompe con la estructura del Código y con la fundamentación de la presunción *pater is est*, sustentada en la cohabitación y en el deber de fidelidad de la mujer casada. Pareciera que el legislador sustenta el establecimiento de la presunción en el compromiso que los padres asumen al convivir. De tal manera que aquellos que se someten al estatuto jurídico del matrimonio o del AUC sus hijos están siendo beneficiados con la certeza de tener padre desde el nacimiento, sin necesidad de que el conviviente civil debe reconocer al hijo.

Se establece, así, una nueva clasificación de la filiación, según se nazca dentro o fuera del matrimonio. A partir de la ley, los hijos pueden ser de filiación matrimonial y no matrimonial, los que a su vez pueden ser de convivencia civil amparados por la presunción del artículo 184 del Código Civil y no matrimonial simplemente, amparados por la presunción del artículo 210 del Código Civil. Esta distinción tendrá incidencia directa en las acciones de filiación, específicamente en la de impugnación.

Dice el artículo 184 del Código Civil: “*Se presumen 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.*”

*No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido.*

*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.*

*La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII”.*

Al extender esta presunción de paternidad para los hijos que nacen durante la convivencia civil se está reconociendo una realidad en nuestro país, donde más del 60 por ciento de los hijos que nacen lo hacen fuera del matrimonio. Los hijos que nazcan durante el AUC tendrán determinada su filiación desde el nacimiento, sin que el padre posteriormente deba reconocerlo. Lo favorable de la presunción es que el niño(a) cuente, a partir del momento de su nacimiento, con una filiación determinada, que no dependa de la voluntad del padre, quien deberá asumir en forma inmediata la responsabilidad de la crianza, mantención y educación, quedando abiertas las acciones legales pertinentes si así no lo hiciera<sup>7</sup>.

En consecuencia, al incorporar la presunción de paternidad al AUC se modifica el artículo 184 del Código Civil y debe interpretarse de la siguiente manera:

Se presumen hijos del marido o del conviviente civil los nacidos después de la celebración del matrimonio o del Acuerdo de Unión Civil. Esta presunción, llamada *pater is est*, significa que aunque el hijo(a) nazca instantes después de la celebración del matrimonio o del Acuerdo de Unión Civil, su filiación será matrimonial o no matrimonial sin necesitar reconocimiento posterior de paternidad.

#### *Requisitos para el funcionamiento de la presunción legal de paternidad*

Tres son los requisitos que deben concurrir para que proceda la presunción legal:

<sup>7</sup> FAMA, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, 2ª edición ampliada y actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 83.

1. Que exista matrimonio o AUC entre la madre y el marido o entre la madre y el conviviente civil a quien se le atribuye la paternidad.
2. Que la maternidad de la mujer haya sido determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil.
3. Que el nacimiento se haya producido durante el matrimonio o convivencia civil<sup>8</sup>.

La presunción de paternidad del marido o conviviente civil puede ser impugnada si se prueba que no hubo relaciones sexuales entre los cónyuges o convivientes en la época de la concepción o que, si las hubo, no han sido la causa de la procreación. Es decir, el niño(a) fue concebido por otro hombre.

Asimismo, si el hijo(a) fuese procreado antes del matrimonio o de la convivencia civil y el marido o conviviente civil desconociera el embarazo, éste podrá desconocer la paternidad. Para ello tiene que actuar interponiendo la correspondiente acción de desconocimiento de paternidad. El hijo(a) representado por su madre podrá oponerse a este desconocimiento de paternidad, probando que cuando el padre se casó o celebró el AUC sabía del embarazo de la madre (artículos 212 y siguientes del Código Civil). Esta acción de desconocimiento se tramitará en los plazos y forma de una acción de impugnación.

#### *Hijos nacidos después de la celebración del matrimonio*

También se presumen hijos del marido o del conviviente civil los nacidos después de la celebración del matrimonio o de la convivencia civil y dentro de los 300 días siguientes a su término o a la separación judicial

<sup>8</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 28 de agosto de 2008, LegalPublishing 39742: “En el ordenamiento jurídico nacional los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio están amparados por la presunción legal denominada *pater is est*. Esta presunción no puede ser desvirtuada por el mero hecho de haber solicitado la madre la inscripción de nacimiento del hijo sin indicar el apellido del marido. Con todo, aun cuando la partida de nacimiento omita registrar el nombre del padre del niño o niña ello no altera la naturaleza matrimonial de la filiación ni la transforma en indeterminada”.

de los cónyuges o de los convivientes civiles (artículo 184, inciso 1º, Código Civil).

*Hijos concebidos durante la separación judicial de los padres*

Cuando los cónyuges se han separado judicialmente, indica el inciso 3º del artículo 184 del Código Civil, regirá *“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”*. Al hacerse extensivo este artículo 184 a la convivencia civil, la presunción de paternidad opera por excepción, porque el hijo(a) fue concebido(a) cuando se encontraba suspendida la vida en común de los cónyuges o convivientes civiles y en principio no se podría presumir que es hijo(a) del marido o conviviente civil. La ley supone que los padres se han reconciliado y por ello restaura la presunción de paternidad cuando ambos padres solicitan que se consigne el nombre del marido o conviviente civil en la inscripción del nacimiento.

### 3. CONCLUSIONES

Se puede señalar que esta ley es un avance porque otorga protección jurídica a las familias basadas en la convivencia, independiente de que sean heterosexuales u homosexuales. Sin embargo, ha establecido un sistema de protección un tanto *suis generis*, porque ha hecho extensivos varios derechos de los cónyuges a los convivientes civiles, pero no así deberes como los de guardarse fe y de convivencia. Asimismo, ha hecho extensiva al AUC una serie de instituciones propias del matrimonio, como son: el bien familiar, la compensación económica, el derecho del conviviente civil sobreviviente de adjudicarse en propiedad con preferencia, el inmueble en que resida, que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece y la presunción de paternidad matrimonial.

En cuanto a la incorporación de la presunción de paternidad matrimonial a la convivencia civil, produce ciertos cambios que parecen no pensados o ponderados por el legislador, pues provocan modificaciones en las acciones de filiación que, a su vez, inducen una nueva clasifica-

ción doctrinaria de la filiación no matrimonial. Asimismo, incorporan estos importantes cambios sin dar una nueva redacción al artículo 184 del Código Civil.

Por otra parte, establece diferencias entre los hijos de una pareja heterosexual y homosexual que nacen durante la convivencia civil: los primeros están amparados por la presunción de paternidad, los otros no.

Pareciera que la fundamentación para establecer la presunción se basa en el compromiso que los padres asumen al decidir vivir juntos, sometiéndose a un estatuto jurídico como el AUC, lo que implicaría el beneficio para el hijo(a) de tener padre desde el nacimiento, sin necesidad del reconocimiento propio de la filiación no matrimonial.