

**¿IGUALDAD DE LO DESIGUAL?
NOTAS SOBRE LA EQUIPARACION JURIDICA ENTRE
HIJOS LEGITIMOS E ILEGITIMOS**

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil

1. CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de Familia es tal vez la disciplina jurídica que más transformaciones ha experimentado en el curso de los últimos cincuenta años. Son muchos los países occidentales que han revisado o reelaborado las normas que regulan el matrimonio, la familia y la filiación. Como tendencia de fondo de estas modificaciones se aprecia una especie de "expulsión" de las normas imperativas del ámbito familiar, el que, cada vez más extensivamente, se deja reservado a la voluntad de los particulares. Parece ser que lo que se pretende es, en definitiva, "contractualizar" la relación familiar, hacerla cada día más dependiente de la voluntad y privarla de las rigideces y exigencias que imponía la antigua concepción, según la cual las normas familiares, más que de derecho privado, eran de orden público. Que la norma la creen los contratantes, no la comunidad social: ... un "laissez faire" familiar.

En esta tendencia es posible incluir las opciones legislativas que han determinado que el matrimonio pueda ser fácilmente disuelto por el comportamiento voluntario de los cónyuges (acogimiento legal de la doctrina del "divorcio remedio"), que la familia pueda tener un origen en una unión de pareja no formalizada por el matrimonio (reconocimiento legal del matrimonio de hecho o concubinato), que la filiación pase a depender de un elemento volitivo más que del dato biológico de la procreación (por ejemplo, en los supuestos de inseminación artificial o fecundación *in vitro* con gametos de donante).

No cabe duda que este tipo de reformas del Derecho de Familia, que inciden en aspectos tan centrales, han repercutido fuertemente en la conformación jurídica de lo que tradicionalmente se entendía por familia, en cuanto institución que, por estar fundada sobre el matrimonio y constituir la base de la sociedad política, merecía una protección y un reconocimiento particulares del Estado y del ordenamiento jurídico. Un debilitamiento de las coordenadas jurídicas en las que funciona el grupo familiar es patente. Aunque claro está, ello no necesariamente significa que la familia como tal deba el debilitamiento que es posible observar en estos días en el llamado "mundo desarrollado", sólo al desconocimiento jurídico que sufre y, al revés, podría plantearse que el despojo jurídico es más bien el efecto, que no la causa, de una previa minusvaloración social y política.

En todo caso, cabe hacer notar que una de las primeras reformas que se ha introducido en el Derecho familiar occidental, y tal vez la que menos polémica y crítica ha provocado, ha sido la de uniformar el tratamiento legal de los hijos, suprimiendo las diferencias entre legítimos e ilegítimos.

En Chile se ha planteado en el último tiempo legislar también en ese sentido, y, ante el panorama que se observa por los cambios acaecidos en el Derecho extranjero en lo concerniente a la familia, convendrá reflexionar profundamente sobre el tema y dilucidar si se trata de una reforma necesaria o, por el contrario, inconveniente; justa por aplicar el principio de igualdad ante la ley, o injusta por vulnerar ese principio al igualar forzosamente situaciones diferentes, menoscabo de paso la protección debida a la familia. Una contribución a esa tarea, por cierto no exhaustiva, pretenden ser las páginas que siguen.

2. LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL DE BELLO

Nuestro Código Civil se redactó en una época en la que no había una completa uniformidad de criterios respecto del tratamiento jurídico de los hijos.

La Revolución Francesa habría propiciado la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y ello fue consagrado por la ley de 12 de brumario del año II. Pero la ley tuvo escasa vigencia; el Código Civil de 1804 prefirió proteger la filiación matrimonial, reduciendo significativamente la trascendencia de la filiación natural y prohibiendo su investigación. En general, el movimiento codificador siguió esta ruta restrictiva.

García Goyena, el redactor del proyecto del Código Civil español de 1852, propiciaba la exclusión no sólo de los derechos de los hijos naturales sino de su misma mención en el Código Civil:

“Creía yo que un buen Código –puede leerse en sus Comentarios– no debe mancharse con las repugnantes categorías de hijos naturales, espurios, adulterinos, sacrílegos, incestuosos; que la palabra hijo debe llevar siempre consigo y representar necesariamente la idea del matrimonio; que sólo debe quedar abierta esta puerta a los que aspiren al dulce nombre de padre; que de este modo se estimula el matrimonio y se realza su dignidad; que no merecen consideración alguna los que falso caelibatus nomine (Novela 89 del Emperador León) ni tienen la virtud de castidad conveniente al celibato, ni el valor necesario para arrostrar con las cargas y trabajos del matrimonio; y últimamente que, si después de sus fragilidades o extravíos, quieren mostrarse padres hacia el fruto de ellos fuera del matrimonio, les queda abierta la puerta de la adopción sin escandalizar dándoles publicidad, y sin ocupar al legislador con el arreglo enojoso de sus consecuencias”¹.

Según García Goyena debían prohibirse los juicios de investigación de la paternidad natural por ser escandalosos, y por prestarse a abusos por parte de mujeres que se pretenden seducidas, pero sólo piensan en las reparaciones pecuniarias a que puede ser condenado el seductor: “porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre”².

¹ GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, t. III, Apéndice 2, pp. 487-488.

² El texto del párrafo no tiene desperdicio por lo que lo reproducimos íntegramente: “Mujeres impudentes, que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor e inesperienza de la juventud, como sobre la debilidad de la vejez, y a veces, como yo he

Los aires de la codificación que reducían la significación jurídica de la filiación ilegítima se contraponían, sin embargo, a los criterios que imperaban en las leyes indianas. El Derecho Indiano era bastante más abierto respecto de los hijos calificados como naturales, esto es, aquéllos engendrados por padres no casados pero hábiles para contraer matrimonio entre sí. Se admitía la investigación de la paternidad, incluso sobre la base de presunciones judiciales, y se les reconocía importantes derechos tales como gozar de la nobleza de sus padres, pedir alimentos, heredarles a falta de descendencia legítima, y ser legitimados³.

No es de extrañar, entonces, que la situación de los hijos ilegítimos fuera materia de especial reflexión en el proceso de elaboración del Código Civil. Finalmente, fue prevaleciendo la opinión de que había que optar por una solución intermedia entre la amplitud del Derecho Indiano y la severidad de los códigos modernos. Andrés Bello, al hacer la defensa de los primeros proyectos frente a las críticas formuladas desde las páginas de *El Araucano* por Miguel María Guemes, hacía ver que no le satisfacían las leyes vigentes:

“Sabido es cuánto se puede abusar, y de hecho se ha abusado, de las leyes que actualmente rigen, forjando filiaciones naturales para cobrar las dos onzas del Derecho romano y de la ley de Partida”⁴.

Se postulaba hacer una distinción entre los hijos reconocidos por el padre y el resto de los hijos ilegítimos; sólo a los primeros se les otorgaría derechos sucesorios abintestato, incluso más amplios que los que les otorgaba la legislación vigente. Esto último era criticado por Guemes, y Bello le contestaba haciéndole ver que:

“si bajo cierto aspecto, parece mejorarse en el proyecto la condición de los hijos naturales, bajo otro aspecto se han disminuido considerablemente sus derechos y casi se han abolido del todo. Los hijos naturales no reconocidos se miran simplemente como ilegítimos respecto del padre; y no les queda más derecho que el de alimentos sobre los bienes paternos. Ahora bien, las razones en que se apoya la disposición impugnada no pueden ser más evidentes. El padre que reconoce a un hijo natural por acto auténtico, en cierto modo le adopta. El sabe de antemano los derechos que se derivan de este reconocimiento”⁵.

Con la idea de restringir además los efectos de la filiación, Bello pretendía negar al padre natural derecho a suceder en los bienes del hijo. Nuevamente frente a la impugnación de Guemes, el codificador le replicaba con ideas parecidas a las de García Goyena:

visto, sobre la imbecilidad o mengua intelectual de algún desdichado, escandalizan todos los días al público y a los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron, y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y único objeto de su pretendida seducción; porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre” (GARCÍA GOYENA, F., ob. cit., art. 127, t. III, p. 42).

³ Cfr. DOUGNAC, ANTONIO: “Estatuto del hijo ilegítimo en el Derecho Indiano”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, III, 1978, pp. 113-132.

⁴ BELLO, ANDRÉS: Opúsculos jurídicos, en *Obras completas*, Nascimento, 1932, t. IX, p. 406.

⁵ BELLO, ANDRÉS: Ob. cit., t. IX, p. 405.

“La paternidad ilegítima supone una seducción, un acto pernicioso a la sociedad, y especialmente reprobado por la moral cristiana; en una palabra, supone un delito”⁶.

Aunque la valoración moral del hecho generador de la filiación era coincidente con la sostenida por García Goyena, el codificador chileno se muestra en definitiva mucho menos severo y rigorista, si bien algunas de las alegaciones del jurista navarro le impresionaban al extremo de declarar en el Mensaje del Código que se trataba de “razones gravísimas”⁷.

En suma, el Código Civil aprobado distinguió entre hijos legítimos (concebidos en matrimonio) e ilegítimos: habidos fuera de matrimonio. Los ilegítimos tomaban el nombre de naturales cuando eran reconocidos espontáneamente (por propia iniciativa) por el padre o la madre. A éstos, según el Mensaje, se les otorgan “importantes derechos”, que consistirán en la posibilidad de ser legitimados, la facultad de reclamar alimentos y la de heredar al padre o madre. Al resto de los hijos ilegítimos (simplemente ilegítimos) sólo se les concede el derecho de solicitar alimentos a su progenitor, pero sólo se admite la citación a confesar del padre como medio para establecer la filiación:

“condición dura a primera vista —dice Bello en el Mensaje— pero justificada por la experiencia de todos los países, sin exceptuar el nuestro. Más severos han sido todavía el Código francés y otros modernos, pues han prohibido absolutamente la indagación de la paternidad”.

Una solución intermedia, que pretendía por igual evitar los abusos ocasionados por la amplitud de las leyes españolas, y los rigores que derivaban de las normas restrictivas del Código francés.

3. EL SISTEMA ACTUAL

El esquema diseñado por Bello fue revisado a partir de los años treinta, por algunas intervenciones legislativas que modificaron el Código Civil, y que buscaron, en general, ampliar la eficacia y la posibilidad de determinar la filiación ilegítima.

⁶ BELLO, Andrés: Ob. cit., t. IX, p. 407. Bello defendía la diferencia que se hacía entre el padre y la madre, explicando que se trataba de compensar la injusticia del tratamiento desigual que las costumbres sociales hacían en perjuicio de la mujer: “En este delito, el padre ha sido el instigador, el autor; la madre, una víctima, de cuya miseria participa más o menos el hijo. La mujer tiene que expiar su flaqueza con el deshonor, con una verdadera y dolorosa degradación; mientras que el principal delincuente ni se cree con menos derecho a la consideración de sus iguales, ni de hecho es menos respetado y estimado que antes. No podrá negarse que estas son las costumbres dominantes en los países más morales y cultos; y aun puede decirse que la moralidad de que se glorían bajo este punto de vista algunas naciones, se distingue tanto por su inflexible rigor hacia el sexo débil, como por su indulgencia con el fuerte” (ob. cit., t. IX, p. 407).

⁷ Dice el Mensaje: “Ni se ha vedado sino en raros casos la investigación de la maternidad por los medios ordinarios, aunque para igualar en esta parte al padre y la madre, no faltarían razones gravísimas que un ilustre jurisconsulto, el presidente de la comisión redactora del Código Civil español, ha hecho valer con mucha verdad, sensatez y filosofía”.

La Ley 5.750, de 2 de diciembre de 1935, tomando como modelo la ley francesa de 1912, permitió a los hijos simplemente ilegítimos fundamentar su petición de derecho de alimentos en otras pruebas diversas de la confesión del padre⁸. La Ley 10.271, de 2 de abril de 1952, admitió el reconocimiento forzado de la paternidad o maternidad natural, mediante un sistema de causales que permiten la apertura de un proceso y una contienda judicial al respecto, de tal manera que considera hijos naturales no solamente los reconocidos voluntariamente, sino también los que obtienen judicialmente ese reconocimiento. Esta última ley aumentó también los derechos del hijo natural, pero cuidándose de no otorgarle un *status familiae*.

Al permitirse la investigación de la paternidad-maternidad, tanto para los hijos naturales como para los hijos simplemente ilegítimos, la diferencia entre ambas categorías de filiación parece radicarse no ya en la voluntariedad del reconocimiento, sino en la mayor intensidad y verosimilitud de la determinación. Escribe Meza Barros que el legislador "otorga la calidad de hijos naturales a quienes logran establecer, de modo fehaciente, los lazos de sangre que les ligan a sus padres, sea porque éstos reconocen tales vínculos, sea porque se establecen en un juicio prologando y severo. Confiere menos derechos a quienes acreditan su filiación, fundándose en antecedentes que la hacen verosímil, pero no cierta, en un juicio breve y expedito"⁹.

Por supuesto, esta diferencia de intensidad en la veracidad de la determinación de la filiación se refleja también en el terreno de los efectos. Pero hay que tener en cuenta que ambas categorías de hijos tienen como característica común que configuran siempre una relación interpersonal: entre padre o madre e hijo, que no comporta ni origina una estructura orgánica o pluripersonal como la familia matrimonial. Por eso, el Código precisa que el hijo natural no tiene propiamente familia ni abuelos, sólo tiene padre o madre: "El hijo natural sólo tendrá esta calidad respecto del padre o madre cuya paternidad o maternidad se haya establecido..." (art. 274 CC).

Es a esta relación interpersonal a la que se le atribuyen importantes consecuencias jurídicas, que son mayores en el caso de los hijos naturales. El hijo natural tiene derecho a pedir alimentos congruos (arts. 321.4° y 324 CC); sus padres tienen para con él los mismos deberes de los padres legítimos (tuición, cuidado de la educación, facultad de corregir, financiamiento de la crianza y educación del hijo: arts. 276 a 279 CC) y si contraen matrimonio es legitimado *ipso iure* (art. 207 CC); el hijo natural es, además, heredero abintestato (arts. 988 a 991 CC), legitimario (art. 1182.3° CC), y asignatario de la cuarta de mejoras (art. 1195 CC). Pero sus derechos no pueden llegar a perjudicar el de los hijos matrimoniales: concurriendo con hijos legítimos, el natural tiene derecho a la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo, y en conjunto las porciones de los hijos naturales no pueden exceder de una cuarta parte de la herencia, o de una cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso (art. 988.2 CC).

Los hijos simplemente ilegítimos tienen sólo derecho a pedir alimentos necesarios (arts. 280, 285 y 321.6° CC). Puede parecer un efecto mezquino y de

⁸ Como antecedente, es necesario mencionar que el art. 32 de la Ley 4.808, de 10 de febrero de 1930, estableció que el hecho de consignar el nombre del padre o de la madre en la partida de nacimiento era suficiente reconocimiento de hijo simplemente ilegítimo.

⁹ MEZA BARROS, Ramón: *Manual de Derecho de la Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, t. II, N° 959, p. 597.

poca entidad; pero en verdad no hay que menospreciarlo fácilmente: la experiencia enseña que en la gran mayoría de los casos es el único que interesa al hijo. Como supone Meza Barros, el hijo de la lavandera difícilmente podrá tener interés en llegar a ser legitimario o heredero abintestato suyo...¹⁰.

4. LAS REFORMAS RECIENTES EN DERECHO EXTRANJERO EN MATERIA DE FILIACION

Después de la Segunda Guerra Mundial se abre paso en el mundo occidental una fuerte tendencia legislativa en el Derecho familiar que, entre otros aspectos, propicia derogar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

En algunos países la reforma legal ha sido precedida por un texto constitucional expreso. Es lo que sucede en Alemania, donde la Constitución de Bonn de 1949 determinó que se dictara la ley de modificación de la filiación de 19 de agosto de 1969. Igualmente, la Constitución italiana (1947) dio lugar a la ley de 19 de mayo de 1975; la portuguesa de 1976, al decreto-ley de 25 de noviembre de 1977, y la española de 1978, a su vez, a la reforma de la ley de 13 de mayo de 1981.

Aun sin la presencia de un texto constitucional, otros países también han suprimido la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos. Así, Inglaterra por la "Family Law Reform Act" de 1969 y Francia por la Ley N° 72, de 3 de enero de 1972.

Gran influencia debe atribuirse en este cambio legislativo a los instrumentos internacionales, especialmente a las Declaraciones o Convenciones sobre Derechos Humanos, en los que se asegura la no discriminación en razón del nacimiento. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950, enmendado en 1963 y 1966), que reconoce que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar" (art. 8.1), y establece que su goce "ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente de... nacimiento" (art. 14) fue invocado como violado en el "affaire Marcks". En el caso, una madre belga demandó al Estado de Bélgica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por mantener una legislación discriminatoria contra los hijos nacidos fuera de matrimonio. El Tribunal falló a su favor por sentencia de 13 de junio de 1979, lo que obligó al Estado a llevar a cabo la reforma de su legislación interna para acomodarla a los arts. 8.1 y 14 del Convenio. La sentencia, sin embargo, ha sido discutida por la doctrina¹¹.

La reforma tampoco ha sido extraña a las legislaciones americanas. Algunas de ellas han entendido que la igualación es identificación incluso en la denominación. Así, el Código de Familia boliviano, de 1976 (arts. 173 y 176), y el Código Civil venezolano, reformado por ley de 6 de junio de 1982, hablan sólo de "hijos". Otros ordenamientos han preferido declarar expresamente la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales: "todos los hijos tienen iguales derechos", dice el Código Civil peruano de 1984 (art. 235); "la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mis-

¹⁰ MEZA BARROS, Ramón: Ob. cit., t. II, N° 959, p. 598, nt. 445.

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ Y OTROS: *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona 1989, t. IV, vol. II, § 321, p. 28, nt. 3.

mos efectos" (art. 240.2), declara el Código Civil argentino, reformado por Ley 23.264 de 23 de octubre de 1985.

5. PROPOSICIONES DE LEY SOBRE EQUIPARACION ENTRE HIJOS NATURALES Y LEGITIMOS

En el último tiempo se ha planteado también en nuestro país la necesidad de reformular las normas sobre filiación y, en particular, derogar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Acogida en su momento por una iniciativa frustrada del gobierno del Presidente Allende¹², hoy parece cobrar nuevas fuerzas y mayores adhesiones.

La idea no ha dejado de contar con el apoyo de alguna doctrina. El profesor Alvaro Quintanilla se pronunciaba ya en 1981 por la supresión o atenuación de la diferencia de efectos de la filiación legítima y natural, y entre la natural y la simplemente ilegítima¹³. Por su parte, durante 1991 las profesoras Leonor Etcheberry y Paulina Veloso, publicaron bajo el título "Proposiciones relativas a una nueva normativa en ciertas materias de filiación"¹⁴, un trabajo cuya idea central es la necesidad de suprimir las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos, que estiman contrarias al principio de igualdad ante la ley. El estudio incluye proposiciones concretas para avanzar en una reforma legislativa en tal sentido, que parte por suprimir las categorías de hijos existentes denominándolos a todos "hijos" sin otra calificación.

Del plano doctrinal se ha pasado al legislativo. Entre 1991 y 1992 dos proyectos de ley fueron presentados al Congreso Nacional con objetivos similares en orden a la igualdad de los hijos. El primero de ellos es iniciativa de los diputados Barrueto, Kuzmicic, Jara (Octavio), Rodríguez (Laura) y Muñoz (Adriana)¹⁵; el segundo pertenece a la senadora Laura Soto¹⁶. Ninguno cuenta con el patrocinio del Ejecutivo.

El proyecto presentado en la Cámara de Diputados pretende, en síntesis, eliminar la categoría de hijos naturales, otorgándoles también a éstos la denominación de "hijos legítimos". Según el texto de la iniciativa, la filiación legítima podrá ser determinada de dos formas: por el matrimonio de los padres o por el reconocimiento voluntario o forzado si los progenitores no son casados. Por cierto, se otorgan iguales derechos a estos hijos legítimos (sea que procedan de matrimonio o no), pero se mantiene, sin embargo, la categoría de hijos ilegítimos (simplemente), que pueden reclamar solamente alimentos.

¹² Debe recordarse que, a fines de 1972 y comienzos de 1973, fue elaborado en el Ministerio de Justicia un proyecto de ley que, según el Mensaje con que el Ejecutivo lo despachó al Congreso, sería parte de un nuevo estatuto de la familia chilena. El art. 1º de este proyecto expresaba: "Todos los hijos son iguales ante la ley, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio".

¹³ QUINTANILLA PÉREZ, Alvaro: "El Derecho de Filiación en Chile. Perspectivas para una reforma", en *Reformas al régimen matrimonial y de filiación*, Edeval, Valparaíso, 1981, pp. 189-190 y 208.

¹⁴ ETCHEBERRY COURT, L. y VELOSO VALENZUELA, P.: "Proposiciones relativas a una nueva normativa en ciertas materias de filiación", en *Familia y personas*, coordinación ENRIQUE BARROS BOURIE, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 21 a 35.

¹⁵ El proyecto fue presentado en la Cámara de Diputados el 16 de mayo de 1991 y fue calificado como "sin urgencia" (Bol. 374-07).

¹⁶ El proyecto es moción de la senadora señora Soto, y fue ingresado al Senado con fecha 2 de junio de 1992. Está calificado como "sin urgencia" (Boletín 719-07).

El proyecto de la senadora Soto, en su afán por establecer la igualdad, pretende que sólo haya "hijos", sin que pueda distinguirse entre los que nacen del matrimonio y los que nacen fuera de él. Conserva también, no obstante, la afiliación simplemente ilegítima, pero modifica su denominación: estos hijos pasar a llamarse "personas cuya filiación no ha sido determinada".

Antes de entrar en un análisis del fondo sobre los proyectos mencionados, sentimos la necesidad de observar que los textos acusan imperfecciones de cierto calibre en el aspecto técnico-formal, que son de especial gravedad en el caso de la iniciativa presentada en la Cámara de Diputados. Sucede que la pretensión de reformar radicalmente un cuerpo legal como el Código Civil debe llevarse a cabo con exquisito cuidado; de lo contrario, se corre el riesgo de que la reforma produzca más problemas que los que se pensaba solucionar con ella.

La técnica seguida por ambas iniciativas de reformar expresamente cada disposición implicada constituye un método que, si no se trabaja con extremada diligencia y atención, puede tornarse peligroso. El primer proyecto, a pesar de contener una extensa numeración de textos legales que se modifican, olvida reformar disposiciones esenciales, como el art. 278 del Código Civil, la Ley 17.344, sobre cambio de nombres, la Ley 17.999 sobre reconocimiento de filiación natural por acta otorgada ante el Oficial del Registro Civil, etc.¹⁷.

Por su lado, el segundo proyecto se limita a modificar preceptos del Código Civil, sin que ni siquiera establezca alguna norma relativa a todo el resto de textos legales, que permanecerían sin alteraciones, con el consiguiente quiebre de la armonía y coherencia del ordenamiento. Pero es más, incluso el proyecto olvida modificar preceptos del mismo Código Civil, en los que se seguiría haciendo la distinción entre hijos naturales y legítimos: pueden mencionarse en este sentido los arts. 430, 448, 462, 968, 2045 y 2051 que mantendrían su redacción actual¹⁸.

¹⁷ Además, el proyecto contiene más de algún error formal de consecuencias imprevisibles en caso de transformarse en ley. No es del caso enumerarlos todos, pero mencionemos dos a manera de ejemplo: a) Entre los nuevos incisos que se agregan al artículo 240 relativo a la patria potestad, la cual se hace extensiva a los hijos que podríamos llamar "legítimos extramatrimoniales" (naturales), se señala que "se entenderá faltar el padre o madre cuando no cohabite con la madre y el hijo...", expresión que resulta incomprensible: ¿se entenderá faltar la madre cuando no cohabite con la madre?... b) Si se efectúan las supresiones que se ordena realizar al inciso primero del artículo 989, éste debería quedar redactado de la siguiente manera: "Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge (sic). La herencia se dividirá en tres partes, una para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge (sic)". Basta leer la norma para comprobar que carece de todo sentido.

¹⁸ El texto tiene otros errores de mayor entidad, por ejemplo: a) El proyecto, curiosamente, no contempla la posibilidad de reconocimiento voluntario o forzado de la maternidad extramatrimonial; cierto es que se dispone que la maternidad será determinada sólo por el hecho del parto, pero no parece realista pensar que siempre podrá conocerse la identidad de la madre por este medio. En este sentido, el proyecto parece traicionarse a sí mismo pues termina prohibiendo no sólo la investigación de la maternidad sino que incluso negando eficacia al reconocimiento voluntario de ésta. b) La identificación absoluta entre parentesco legítimo e ilegítimo que se propicia, puede suscitar situaciones francamente indeseables. Ponemos por ejemplo una: según el nuevo art. 42, cuando las leyes dispongan que se oiga a los parientes de una persona, a falta de consanguíneos "serán oídos los afines". Como no hay distinción entre afines legítimos e ilegítimos, tendremos que concluir que para cumplir el precepto, a falta de parientes consanguíneos, el juez deberá citar y oír también a todos los consanguíneos de todas las personas a las cuales el interesado ha conocido carnalmente sin haber contraído matrimonio... c) El proyecto suprime los derechos del marido para que, en caso de divorcio, pueda enviar una compañera de buena razón y

6. IGUALACION O IDENTIFICACION

Las proposiciones, como vemos, se enmarcan en la tendencia mundial que busca equiparar los efectos jurídicos de la filiación ilegítima con aquellos derivados de la filiación legítima, pero pretenden ir más allá, pues parecen querer identificar plenamente ambos tipos de filiación, como si se tratara de situaciones perfectamente idénticas. Sólo ello explica que los hijos naturales pasen a ser calificados, sin más, de "hijos legítimos", en todo iguales a los hijos concebidos en matrimonio de los padres, en el caso del proyecto de ley de los diputados Barrueto y otros, o simplemente de "hijos", en la propuesta de las profesoras Etcheberry y Veloso y en el proyecto auspiciado por la senadora Soto.

Nos parece que estamos ante una simplificación indebida. Una cosa es que las consecuencias jurídicas de la filiación ilegítima puedan ser equiparadas a las producidas por la filiación legítima, y otra muy distinta que no haya ninguna diferencia entre una y otra relación filial. En cuanto a su reconocimiento y estructura, subsisten diversidades que resultan imposibles de salvar, más allá de las intenciones del legislador. Así sucede respecto de la determinación de la filiación: es el matrimonio el que genera la presunción de paternidad, *pater is quem nuptiae demonstrant*, por lo que este medio de determinación funciona sólo para la filiación legítima. Lo propio ocurre con la naturaleza del vínculo; la filiación matrimonial supone siempre una duplicidad relacional, de la que carece la filiación ilegítima: se es hijo legítimo de padre y de madre a la vez y por el mismo hecho; en cambio, se es hijo extramatrimonial sólo de un progenitor, el vínculo aquí es siempre interpersonal o interindividual. En suma, el hijo extramatrimonial puede tener un *status filii* con plenitud de efectos, pero no un propio *status familiae*.

Debe tenerse en cuenta que las legislaciones más elaboradas que han optado por la equiparación jurídica de las filiaciones siguen haciendo una clara distinción entre hijos legítimos o naturales (Código Civil francés, reformado por Ley 72, de 3 de enero de 1972), o entre hijos legítimos y no legítimos (BGB alemán, reformado por ley de 19 de agosto de 1969), o entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (Código Civil español, reformado por Ley 11 de 13 de mayo de 1981; y Código Civil argentino, reformado por Ley 23.264 de 23 de octubre de 1985).

Por lo demás, esta realidad es tan sólida que resulta ineludible hasta para las mismas proposiciones que quisieran desconocerla. El proyecto de ley de los diputados Barrueto y otros se ve en la obligación a cada paso de distinguir entre los hijos "legítimos" (matrimoniales) y los "hijos que han adquirido la legitimidad conforme al título XII de libro I", con lo que evidencia la precariedad de la solución adoptada. Algo similar sucede en el texto de la iniciativa patrocinada por la senadora Soto: a cada paso el articulado hace la distinción entre "hijos nacidos dentro de matrimonio" e "hijos nacidos fuera de matrimonio" (en este sentido puede verse la redacción que se propone para los arts. 109, 228, 305, 371, inciso 2º, 989 y 1182)¹⁹.

una matrona que inspeccione el parto (se deroga el art. 192 del Código Civil). Pero no se adaptan las normas de los artículos inmediatamente siguientes (arts. 194, 195, 197) que continúan haciendo referencia a esos derechos.

¹⁹ Nos parece que lo propio cabe observar en algunas legislaciones americanas que han pretendido uniformar totalmente la situación de los hijos. Por ejemplo, el Código de Familia

Y es que esta "igualación jurídica" de lo que es "realmente diferente" no puede mantenerse en todos los extremos. Nótese, por ejemplo, que a pesar del enérgico esfuerzo del legislador español para declarar que toda filiación produce los mismos efectos dispuso una colilla destinada a justificar algunas diferencias: hay igualdad, pero "conforme a las disposiciones de este Código" (art. 108 CC); ella le permitió establecer que la filiación incestuosa no pudiera determinarse normalmente por ambos progenitores²⁰. Previsiones similares se adoptan en otros ordenamientos europeos que también han optado por consagrar la igualdad de los hijos²¹.

7. INTENCIONES *VERSUS* REALIDADES

Más allá de las dificultades técnicas derivadas de una confusión entre igualdad e identidad jurídicas, el esfuerzo por la igualación no siempre tiene en cuenta que los postulados teóricos tropiezan a veces con obstáculos insospechados que presenta la realidad social. No resulta sorprendente que se incurra entonces en contradicciones lógicas difíciles de explicar.

El proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados, en efecto, no del todo coherente con el fin perseguido, puesto que sin mayores explicaciones mantiene la categoría de los hijos simplemente ilegítimos (regulados en el título XIV del libro I del Código Civil), los cuales, a pesar de haber obtenido un reconocimiento judicial de paternidad o maternidad, no son equiparados a los hijos legítimos. Si el fundamento de la iniciativa radica en la discriminación arbitraria de los hijos por razón de su nacimiento, esta marginación de los hijos simplemente ilegítimos no resulta justificable²².

Similar reproche puede dirigirse al proyecto de la senadora Soto, ya que conserva la categoría de los actualmente llamados hijos simplemente ilegítimos, que pasan a denominarse "personas cuya filiación no ha sido determinada" (no "hijos" como lo serían los actuales "legítimos" y "naturales"), y a quienes se les reconoce sólo el derecho a pedir alimentos de quienes "presuntamente" fueren sus padres. La situación puede resultar todavía menos coherente si se estima que en el proyecto se pretende dar cabida a la utilización de las pruebas biológicas para la determinación de la filiación²³, pues se hace legítima la siguiente pre-

boliviano, si bien dispone que la ley sólo reconoce "hijos" sin otra calificación, al momento de regular la determinación de la relación filial lo hace distinguiendo entre "hijos de padre y madre casados entre sí" e "hijos de padre y madre no casados entre sí".

²⁰ El art. 125 del Código Civil español dispone que determinada la filiación incestuosa por parte de uno de los padres, la del otro sólo puede quedar determinada, previa autorización judicial; el hijo llegado a la menor edad puede invalidar esta determinación.

²¹ Por ejemplo, en el Código Civil italiano, el hijo concebido en incesto no puede, por regla general, ser reconocido por sus progenitores, a menos que hayan estado de buena fe, y previa autorización judicial que debe tener en cuenta el interés del hijo (art. 251 CC).

²² En la exposición de motivos que precede al proyecto los redactores se limitan a señalar que "se mantiene por no tener solución, por ahora, la calidad de hijos ilegítimos a aquellos que no logran obtener el reconocimiento voluntario ni judicial de sus padres".

²³ El proyecto de la senadora Soto lo admite implícitamente, al propiciar la reforma del N° 2 del art. 271 CC para que disponga que "la filiación paterna será declarada por el juez, si de un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas resultare claramente establecida la paternidad".

gunta: si las pruebas biológicas son tan seguras y eficaces, ¿se justifica seguir distinguiendo dos clases de filiación de acuerdo a la intensidad de la veracidad de la determinación filial?

En este sentido, la propuesta de las profesoras Etcheberry y Veloso, que suprime, según nos parece, la clase de los hijos simplemente ilegítimos, es más consecuente, aunque entraña el peligro de terminar con el expediente tan utilizado en la práctica de hoy de demandar alimentos mediante un juicio breve y sumario, en el que no es necesario aportar pruebas concluyentes de la paternidad o maternidad. Deben recordarse las palabras de Somarriva explicando las razones por las que la Ley 10.271 no suprimió la categoría de hijos simplemente ilegítimos: "el legislador de 1952 no consideró lógico que este hijo tuviera que recurrir al procedimiento ordinario y le permitió obtener alimentos con el rápido y sumario procedimiento de los juicios de menores y ante jueces especializados que atienden estos asuntos"²⁴.

Nótese que incluso legislaciones que han optado por la igualdad en los efectos de la filiación han sin embargo mantenido, con poco rigor lógico es cierto, la posibilidad de pedir alimentos a hijos que no logran establecer su calidad respecto del padre. Así sucede, por ejemplo, en el Código Civil francés (art. 342), y en el Código Civil peruano (art. 415 CC).

Finalmente, que las intenciones no siempre se transforman en realidades ha sido observado también en esta materia. Paradójicamente, la igualdad total, propiciada sobre todo en el ámbito sucesoral, puede llegar a perjudicar a los mismos hijos extramatrimoniales en aspectos que les son más cercanos y vitales, al refrenar los reconocimientos voluntarios: "El derecho contemporáneo debe observar la realidad y ésta determina que las grandes fortunas son excepcionales y carecen de interés para la generalidad. Así, pues, el Derecho Sucesoral debe mirar más bien los beneficios previsionales y los derechos de alimentos que el reparto de fortunas ya muy escasas. De este modo, pensar todo el problema sucesoral en base a conflictos de intereses por fortunas considerables significa perjudicar otros derechos que los hijos naturales podrían adquirir y que no pueden hacerlo en mayor medida, por la reacción que supone en la familia la concurrencia de extraños en el reparto de los pocos bienes familiares. Así, disminuyen innecesariamente los reconocimientos"²⁵.

8. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL DIFERENTE TRATO DE LOS HIJOS

Resulta oportuno ya analizar el planteamiento de fondo de las proposiciones de reforma legal que hemos comentado, cual es el de dar efectiva aplicación en lo relativo a la filiación al principio de la igualdad ante la ley.

Según las profesoras Etcheberry y Veloso, "es atentatorio a la 'ética elemental' la consagración legal de distintos 'tipos' o 'clases' de filiación, con diferente estatuto jurídico; clases que se se determinan, en términos generales,

²⁴ SOMARRIVA, Manuel: *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, Nº 574, p. 544. El problema fue discutido con motivo de la aprobación de la Ley 10.271; cfr. SOMARRIVA, M.: *Evolución del Código Civil chileno*, Nascimento, Santiago, 1955, Nº 92, pp. 166-167.

²⁵ DOMÍNGUEZ B., R. y DOMÍNGUEZ A., R.: *Derecho Sucesorio*, Edit. Jurídica, Santiago, 1990, t. I, Nº 81.2, p. 87.

atendiendo a si existe o no vínculo matrimonial entre los padres del individuo al momento de nacer. Es decir, un hecho externo al *natus*: la existencia o no existencia del matrimonio de sus padres, define los derechos de que podrá gozar respecto de sus progenitores. La sola denominación que utiliza nuestro Código Civil importa una carga injusta y discriminatoria²⁶. Por su parte, el proyecto de los diputados Barrueto y otros declara que "es del todo necesario modernizar nuestra legislación impidiendo que se mantengan discriminaciones odiosas entre las personas desde el mismo momento del nacimiento"; y la iniciativa de la senadora Soto afirma que la igualdad entre los hijos "constituye signo de modernización e impide discriminaciones desde el nacimiento mismo de las personas".

En suma, no se trataría nada más ni nada menos que de la aplicación de la norma constitucional que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley (art. 19, N° 2° Const.).

Pues bien, para dilucidar si, en estricto rigor, el precepto constitucional invocado estaría exigiendo una reforma a la legislación como la que se propone, es útil en primer lugar recordar algo que puede parecer obvio, pero que quizá por lo mismo no siempre se tiene en cuenta, y es que el principio de igualdad ante la ley no ordena otorgar igual tratamiento jurídico a realidades que son en sí mismas diferentes. No prohíbe las diferencias, sino sólo aquellas que son consideradas injustas, arbitrarias, contrarias a la naturaleza de las cosas; el mismo precepto constitucional refuerza esta idea al declarar que: "Ni ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (art. 19, N° 2° Const.). Están, en consecuencia, perfectamente autorizadas las diferencias que no sean arbitrarias y, por el contrario, puede señalarse que otorgar idéntico trato legal a situaciones que presentan diferencias valorables desde el punto jurídico, vulnera el principio de igualdad²⁷.

Nuestro problema se reduce, entonces, a determinar si existe un tratamiento legal auténticamente "arbitrario" de los hijos ilegítimos en relación con los legítimos.

Parece evidente que si la ley permitiera diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos en cuanto a su condición de personas o de ciudadanos, por ejemplo, si estableciera incapacidades para desempeñar alguna función pública sólo respecto de los hijos ilegítimos, o si admitiera a testar únicamente a los legítimos, etc., tales diferencias no se justificarían y serían discriminatorias. En cuanto personas y ciudadanos, hijos legítimos e ilegítimos deben gozar de iguales derechos.

Pero aquí la cuestión es otra. No se trata de los derechos que les corresponden a los hijos en cuanto individuos, sino en consideración a la relación que tienen con un grupo intermedio que la misma Constitución reconoce como fundamental: la familia. En esta perspectiva, nos parece que no sólo puede ser justificable, sino incluso ausplicable, un distinto tratamiento ya que los hijos que nacen fuera de matrimonio están en una distinta posición familiar que los

²⁶ ETCHEBERRY, L. y VELOSO, P.: Ob. cit., p. 25.

²⁷ Así lo señala EVANS, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, t. II, p. 15: "Se entiende por 'discriminación arbitraria' toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable".

que proceden de una unión conyugal. El pretender suprimir tal diferencia implicaría desconocer esta posición familiar y, por tanto, minar los presupuestos jurídicos de la familia²⁸.

El diferente tratamiento de los hijos en cuanto a su posición familiar no sólo es admisible por la Constitución, sino incluso exigible, en cuanto dicha diferencia puede considerarse uno de los aspectos comprendidos en la protección jurídica de la familia. La norma del art. 19, N° 2° de la Constitución debe interpretarse teniendo en consideración lo dispuesto en el su art. 1° en cuanto a que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad", y que es deber del Estado "dar protección... a la familia" y "propender al fortalecimiento de ésta"²⁹.

La diferencia entre filiación legítima e ilegítima, y de sus mismas consecuencias jurídicas, no puede calificarse de arbitraria o contraria a la naturaleza de las cosas, puesto que ella se deduce de la preferencia real y fundada de la unión matrimonial como ámbito en el cual idealmente debiera darse la procreación. La comunidad estable que supone el matrimonio de los progenitores, constituye una garantía para la protección y desarrollo de los hijos. De allí que conferir mayores derechos a los hijos legítimos, sobre todo en lo que respecta al patrimonio familiar, sea una consecuencia lógica del favor legal otorgado al matrimonio y a la constitución regular de la familia. No se trata —diríamos— de perjudicar a los hijos ilegítimos, sino de favorecer a los nacidos en la familia legítima constituida conscientemente por sus progenitores.

Al hacer tabla rasa de esta diferencia, se propicia un notable debilitamiento de la institución matrimonial, en cuanto cauce jurídica y éticamente deseable para constituir la familia. Piénsese, por ejemplo, qué sentido tendría una figura como la legitimación de hijos por subsiguiente matrimonio de los padres (institución que el proyecto de los diputados Barrueto y otros deja subsistente): ¿para qué querrían ya casarse los progenitores si sus hijos ostentan la calidad de legítimos sin necesidad de que ellos contraigan matrimonio?³⁰

Por otro lado, el atribuir idénticos derechos sucesorios a los hijos extramatrimoniales implica el peligro de desmembrar el patrimonio familiar. En efecto, ¿qué sucederá con el cónyuge y los hijos legítimos que después de la muerte de su padre ven aparecer varios hijos extramatrimoniales (muchas veces concebidos en adulterio) que reclaman para sí la mayor parte del patrimonio formado por el difunto con el apoyo de su familia legítima?

Y hay que tener en cuenta que ello sucederá contra la voluntad que podría razonablemente suponerse a un padre o madre, que no ha hecho uso de la facultad que le otorga la ley para otorgar la cuarta de mejoras o de libre disposición (o parte de ellas) a uno o más hijos naturales, mediante las cuales cualquier padre con la ley en actual vigencia puede favorecer a un hijo natural más que a uno legítimo.

²⁸ Dice SOMARRIVA, M.: *Evolución...*, cit., N° 254, p. 372: "Podrá ser odiosa la diferencia para el hijo natural, pero ello obedece a fines de gran utilidad social: defender la institución del matrimonio, base de la familia y, por ende, de la sociedad".

²⁹ Y es claro que cuando el texto constitucional hace referencia a la familia, alude a la familia legítima, fundada sobre el matrimonio. Cfr. BERTELSEN, Raúl: "Constitución e indisolubilidad matrimonial", en *El Divorcio ante el Derecho*, Cuadernos de Extensión N° 2, Universidad de los Andes, 1992, p. 86.

³⁰ El proyecto de la senadora Soto, con mayor coherencia interna, deroga la institución de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Quienes propician la igualdad sucesoria, en cambio, no confían en la decisión del progenitor, y parecen pensar que resulta mejor suponer que el padre o madre casado prefiere a los hijos concebidos fuera de su matrimonio por sobre a aquellos nacidos de su familia matrimonial: ¿es ésta una suposición realista y fundada en todos los casos como para imponerla en forma absoluta? Pensamos que no.

Incluso legislaciones que han adoptado criterios de igualdad en esta materia mantienen una zona en la que se prefieren los intereses de la filiación matrimonial. Puede mencionarse, por ejemplo, el Código Civil francés (reformado en 1972). Este cuerpo jurídico, aun cuando reconoce que el hijo natural tiene "en general" los mismos derechos que el hijo legítimo, declara que: "Si al tiempo de la concepción, el padre o la madre estaban unidos en matrimonio con una tercera persona, los derechos del hijo *no podrán perjudicar*, más que en la medida reglada por la ley, los compromisos que, por el hecho del matrimonio, estos padres hayan contraído" (art. 334 CC). De esta manera, si en la sucesión del padre concurre conjuntamente con hijos legítimos un hijo natural concebido en adulterio, este hijo natural sólo recibirá "la mitad de la parte a la cual habría tenido derecho si todos los hijos del difunto, comprendido él mismo, hubiesen sido legítimos" (art. 760 CC).

9. LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Acabamos de ver que no parece posible sostener, con fundamento sólido, que nuestra Constitución exige la igualación jurídica de los hijos, puesto que sólo prohíbe la discriminación arbitraria.

Igual parecer debemos manifestar respecto de los instrumentos internacionales que contienen declaraciones sobre la igualdad de los hombres con prescindencia del nacimiento, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención de Derechos del Niño (1989)³¹.

Estos instrumentos internacionales no contradicen nuestra Constitución en esta materia. Nuestra legislación no puede hacer diferencias por razón de nacimiento en cuanto a la protección social y a los derechos y libertades que se reconocen a toda persona, pero nada se opone a que se haga un distinto tratamiento de los hijos cuando este viene exigido por su distinta posición familiar.

³¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (suscrita en la ONU el 10 de diciembre de 1948), establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados sin distinción de raza, color..., nacimiento o cualquier otra condición (art. 2) y que "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social" (art. 25.2). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por Chile con fecha 10 de febrero de 1972, y publicado en el D. Of. de 29 de abril de 1989), prohíbe la discriminación por razón de nacimiento entre los niños (art. 24.1) y en general para todas las personas (art. 26). Por su parte, la Convención de Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990, y publicada en el D. Of. de 27 de septiembre de 1990), dispone que: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo..., el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" (art. 2.1).

Más específica es la norma que encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)³² y merece un comentario mayor. El texto es del siguiente tenor: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (art. 17.5).

Hay que reconocer que, en un primer momento, podría pensarse que de esta disposición ratificada por el Estado chileno ha surgido una obligación para el legislador de consagrar la igualdad plena, incluso en el plano familiar, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. El art. 2º de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adaptar la legislación interna para hacer efectivos los derechos y libertades proclamados en ella. Es más, hasta podría llegar a imaginarse la posibilidad de la presentación de un recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos impugnando la legislación vigente, ya que el Gobierno de Chile, al ratificar, reconoció la competencia de esta Corte como obligatoria de pleno derecho respecto a los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención³³.

Alguien también podría argumentar que, dado lo dispuesto en el art. 5º de la Constitución, el principio de igualdad ante la ley del art. 19.2º debería interpretarse de conformidad con lo que establece el art. 17.5 de la Convención; por lo que, indirectamente, la Constitución estaría exigiendo al legislador una reforma legal tendiente a consagrar la igualdad absoluta entre los hijos.

No obstante, pensamos que una mirada más atenta y reflexiva debería arribar a conclusiones bien diversas. En efecto, se hace necesario rechazar la interpretación arriba indicada en cuanto se basa en la utilización de un párrafo aislado que no toma en cuenta el contexto en el que éste se encuentra inserto. Un análisis contextual del art. 17 de la Convención se impone al intérprete, ya que, como sabemos, el contexto de la ley debe servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes (cfr. art. 22 CC).

El art. 17 de la Convención lleva por título "Protección a la Familia" y parte señalando que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Es ésta la puerta de entrada del artículo y el principio fundamental en el que deben enmarcarse sus distintos párrafos. Nada más ilógico que suponer que se ha querido contener en una misma disposición normas inconciliables. Si esto es así, el Nº 5 del artículo no puede implicar la necesidad de una consagración de igualdad absoluta entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales, incluida su posición familiar, ya que ello sería contradictorio con lo dispuesto en el Nº 1 del mismo precepto.

Ha de concluirse, entonces, que la declaración del Nº 5 del art. 17 de la Convención se refiere a los derechos y facultades que como personas, individuos o ciudadanos corresponden a los hijos, frente a los cuales ninguna discriminación se justifica; pero se hace necesario sostener, en cambio, que dicha norma no prohíbe que los legisladores nacionales establezcan un diverso trata-

³² La Convención fue aprobada con fecha 22 de noviembre de 1969, ratificada por Chile el 21 de agosto de 1991, y publicada en el D. Of. del 5 de enero de 1991.

³³ Pero téngase en cuenta que la Corte sólo puede entrar a conocer de un caso, a requerimiento de un Estado Parte o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que actúa como organismo fiscalizador. Cfr. CALDERÓN, Mario y TOLEDO, Fernando: "El sistema interamericano de protección de la persona humana", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18 (1991), pp. 385 y ss.

miento legal de la posición familiar de los hijos, para así dar cabal cumplimiento al mandato de proteger a la familia, contenida en el N° 1 del mismo precepto.

10. A MODO DE CONCLUSIONES

De lo que se ha expuesto, nos parece, queda claro que una reforma legal del régimen de la filiación como la propiciada por las proposiciones que hemos comentado, tendiente a identificar absolutamente la situación familiar de los hijos, no parece necesaria ni conveniente, y que, por el contrario, puede ser considerada atentatoria contra los valores preservados por el ordenamiento constitucional en la medida en que significarían una franca renuncia del Estado a cumplir su misión de proteger a la familia y propender a su fortalecimiento.

Este planteamiento no nos impide, sin embargo, afirmar simultáneamente que un análisis serio y ponderado sobre los aspectos en los que las normas que regulan la filiación pueden ser perfeccionadas y adecuadas a la realidad social, parece imprescindible. Tal vez, como resultado de ese estudio, se llegue a la conclusión de que es conveniente otorgar una cobertura jurídica más amplia o mejor perfilada para los hijos concebidos fuera de matrimonio. Personalmente, pensamos que es factible extender la patria potestad a los hijos naturales (aunque sin el atributo del usufructo); como también flexibilizar, con las debidas cautelas, el régimen de la investigación de la paternidad, admitiendo las pruebas biológicas, y levantando las restricciones que hoy existen para su determinación³⁴. Un buen punto de partida para ese análisis podrá ser el proyecto de ley preparado en 1979 por una Comisión presidida por el señor Julio Philippi Izquierdo³⁵.

³⁴ Un proyecto de ley que establece la posibilidad de recurrir a la prueba del ADN para determinar la filiación ha sido presentado por los diputados Aguiló y Naranjo, en la Cámara de Diputados, con fecha 8 de julio de 1992 (Bol. 742-07). Nos parece, en principio, factible y conveniente estudiar la posibilidad de modernizar la investigación de la paternidad o maternidad, atendida la certeza que pueden proporcionar los actuales medios científicos (por ejemplo, la prueba del ADN), y por cuanto entendemos que el derecho a la identidad de toda persona contiene la facultad de conocer quiénes fueron sus progenitores. Pero creemos que una modificación legal debiera hacerse con un cuidado extremo, considerando lo delicado de la materia. Por de pronto, nos preocupan tres aspectos: 1º) No parece prudente confiar a ciegas en la eficacia de este tipo de pruebas, remitiendo el veredicto del juez a los resultados de un determinado laboratorio o centro médico. Por muy escasos que sean los porcentajes de error, éstos tienen lugar y a veces son incrementados si existen fallas en la manipulación de las muestras. El juez debiera tener siempre libertad para apreciar en conciencia el resultado de las pruebas biológicas, pudiendo apartarse de sus conclusiones si así lo aconsejan su prudencia y conocimiento del caso. 2º) No parece acertado establecer la obligatoriedad del demandado de someterse a las pruebas biológicas, bajo apercibimiento de tenerse por reconocido el vínculo de paternidad o maternidad. El adulto demandado también tiene derechos: a la integridad física y psíquica, a la privacidad, a la libertad personal, que deben protegerse y respetarse. Cuando más la negativa ha de servir de base a una presunción judicial. 3º) Se hace necesario establecer exigencias que tiendan a resguardar la seriedad de los procedimientos judiciales que se incoen, para evitar procesos escandalosos o extorsivos. Debe cuidarse que la libertad para investigar la paternidad o maternidad no se traduzca en los hechos en un atentado contra las familias constituidas.

³⁵ En el proyecto se otorgaba una suerte de patria potestad a los padres naturales, y se flexibilizaba el régimen de la indagación de la paternidad (proyecto de ley preparado por la Comisión de Estudios para la Reforma del Código Civil, presidida por don Julio Philippi Izquierdo, y entregado al Ministerio de Justicia en 1979).

Pero lo que ha de quedar claro es que esta eventual intensificación de efectos no puede llevar nunca a convertir la relación interpersonal que supone la filiación ilegítima, en la componente de una entidad orgánica pluripersonal como lo es la familia. La familia fundada en el matrimonio debe ser protegida, debe tener ventajas jurídicas apreciables frente a la mera convivencia, y por ello los hijos concebidos en su seno deben tener una posición jurídica distinta.

Frente a iniciativas legales como las comentadas se impone, antes de entrar a legislar por legislar o por imitar modelos extranjeros, una profunda y dilatada reflexión sobre los valores de la familia y la función que se reconoce al ordenamiento jurídico como protector de dichos valores.

Compleja tarea ésta la de buscar un justo equilibrio entre aspiraciones individuales y exigencias de bien común; entre intereses personales y necesidades colectivas. Gran razón tenía el orador francés al que cita García Goyena cuando, en el proceso de redacción del *Code* napoleónico, destacaba la encrucijada en que se encuentra todo legislador en esta materia:

“Cuando se trata de fijar la suerte de los hijos naturales, nada es más difícil que conservar un justo equilibrio entre los derechos que les da su nacimiento, y las medidas que exige la necesidad de mantener la organización de las familias. Este parece ser el escollo en que hasta ahora se han estrellado todos los legisladores, exigiendo demasiado en favor del orden social o descuidándolo demasiado”³⁶.

En los últimos tiempos, los legisladores del mundo occidental parecen estar decididamente inclinados a resolver la cuestión asumiendo la segunda alternativa. Las consecuencias de este descuido del orden social, empero, nos son ya suficientemente conocidas, al menos como para meditar profundamente si conviene ahora entre nosotros emprender el mismo camino.

³⁶ GARCÍA GOYENA, F.: Ob. cit., t. III, Apéndice 2, p. 489.