



Tesina Derecho

¿Cuál es el fundamento de la presunción de paternidad contenida en el Acuerdo de Unión Civil chileno?

CONSTANZA ANDREINA ARANCIBIA GONZÁLEZ

Profesor guía Mario Alejandro Opazo González

Diciembre, 2021

Índice.

Resumen	4
Introducción	4
Determinación de la filiación en Chile.	6
Sistemas filiativos.	6
1.1 Filiación no matrimonial.	6
1.2 Filiación matrimonial.	7
1.2.1 La presunción de paternidad.	8
1.2.1.1 Deberes que la fundamentan.	9
1.2.1.1.1 El deber de cohabitación.	10
1.2.1.1.2 El deber de fidelidad.	11
II. Situación filiativa en el Acuerdo de Unión Civil.	13
Normativa aplicable en materia de filiación.	14
1.1 Extensión de la presunción de paternidad al Acuerdo de Unión Civil.	14
2. Posturas doctrinales en torno a la existencia de la presunción de paternidad en el Acuerdo de Unión Civil.	15
2.1 Doctrina que considera la existencia de la presunción de paternidad en el Acuerdo de Unión Civil un error.	15
2.2 Doctrinas que justifican la existencia de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil.	16
III. Fundamento de la presunción de paternidad en el Acuerdo de Unión Civil.	
17Reconocimiento implícito de los deberes como fundamento para la presunción de paternidad en el Acuerdo de Unión Civil.	20
1.1 Definición legal del acuerdo de unión civil:	21
1.2 La falta de taxatividad del artículo 2º de la ley N° 20.830.	22
1.3 La buena fe integradora:	23
1.4 La historia fidedigna del establecimiento de la ley:	24
1.5 La situación de las simples uniones de hecho:	25
Conclusiones.	26
Bibliografía.	26

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad demostrar que entre los convivientes civiles existen los deberes de fidelidad y cohabitación a pesar de que no estén expresamente reconocidos en la ley que creó el acuerdo de unión civil y que dichos deberes son el fundamento de la extensión de la presunción de paternidad desde el matrimonio hasta el acuerdo de unión civil en virtud del artículo 21 de la Ley N° 20.830.

Palabras clave: Fundamento, presunción de paternidad, reconocimiento implícito, fidelidad, cohabitación.

Introducción

La Ley 20.830, dictada el 13 de abril del 2015, crea el acuerdo de unión civil. La promulgación de esta ley fue precedida por una serie de proyectos de ley que perseguían, como objetivo primordial, la creación de una institución capaz de entregar una alternativa de protección y regulación diferente del matrimonio a las parejas de distinto sexo que compartían un vínculo y/o una vida en común, que, por diferentes razones, no querrían contraer matrimonio, como se establecía en el proyecto de ley presentado por el Senador Allamand; entonces, el objetivo era entregar un estatuto jurídico a las uniones de hecho de parejas de diferentes sexo, pero también se buscaba, con los subsiguientes proyectos, dar paso a la no discriminación por sexo, es decir, entregar una protección y regulación a parejas conformadas por personas del mismo sexo que tuvieran la intención de conformar una vida en común.

La creación de esta ley, y más específicamente la creación del acuerdo de unión civil, dio lugar a una serie de discusiones y cuestionamientos a nivel doctrinal, producto de una evidente deficiencia legislativa que terminó dando lugar a la promulgación de una ley con “múltiples inconsistencias, ambigüedades, y deficiencias técnico-jurídicas” (Corral, 2016: p. 33). Dentro estas inconsistencias, ambigüedades y deficiencias nos encontramos con la problemática presentada en torno a la consagración en la Ley 20.830 de la presunción de paternidad; en dicho

cuerpo legislativo se consagra esta presunción en su artículo 21, donde se señala que, para efectos de la presunción, en caso de convivientes civiles de distinto sexo, se estará a las normas que la regulan en el artículo 184 del Código Civil, es decir, en términos de este último artículo se presumen hijos del marido/conviviente civil varón los nacidos después de la celebración del matrimonio/acuerdo de unión civil.

Esta extensión de la presunción legal de paternidad desde la institución del matrimonio hasta la institución del acuerdo de unión civil ha generado discusión en la doctrina, donde los autores se han preguntado y cuestionado sobre el fundamento que estaría detrás de dicha presunción legal, en materia de filiación, para los convivientes civiles de distinto sexo.

Dichos cuestionamientos surgen a raíz de que, en el caso de la institución del matrimonio, la presunción de paternidad encuentra su justificación en la regulación y consagración de algunos efectos personales entre los cónyuges. Dichos efectos personales, que dan justificación a la presunción de paternidad, en el matrimonio, no han sido consagrados como efectos que deriven de la celebración del acuerdo de unión civil, por ende, no sería posible, en principio, fundamentar la presunción de paternidad, en las mismas razones y circunstancias que se consideran para fundamentarla en la figura del matrimonio.

De este modo, se ha elevado en la doctrina la necesidad de determinar el fundamento detrás de la presunción de paternidad, en la figura del acuerdo de unión civil, cuestión que conforma el objeto de la presente investigación. Durante el desarrollo de este trabajo se intentará determinar, por tanto, el fundamento que estaría detrás de la consagración/extensión de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil: para ello, se abordarán de manera general el sistema filiativo en nuestro país, la situación filiativa respecto de los hijos nacidos durante la vigencia de un acuerdo de unión civil, la presunción de paternidad consagrada para el matrimonio, así como sus fundamentos y las diferentes respuestas doctrinales que se han esgrimido acerca del fundamento, o la falta de éste, de la presunción de paternidad establecida para el acuerdo de unión civil, todo lo anterior en miras de demostrar que el fundamento, de la ya mencionada presunción, reside en un reconocimiento implícito de los deberes recíprocos entre los convivientes civiles.

I. Determinación de la filiación en Chile.

La normativa aplicable en materia de filiación y su determinación, en nuestro país, se encuentra recogida en el Título VII, denominado “De la Filiación”, entre los artículos 179 y 194 del Código Civil.

En palabras de la profesora Maricruz Gómez de la Torre, podemos definir a la filiación como una relación jurídica que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de la otra. La filiación, a su vez, tiene tres fuentes a saber: la biológica, la por aplicación de técnicas de reproducción asistida y la adoptiva (2007: p. 53).

A continuación, haremos una pequeña revisión de los sistemas filiativos y su reglas de determinación consagradas en nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de poder guiarnos a través del dicho sistema y comprender cómo opera la presunción de paternidad.

1. Sistemas filiativos.

Para efectos de la presente investigación solo vamos a considerar la denominada filiación por naturaleza, aquella cuya fuente de determinación es la biológica. Dicha filiación por naturaleza se puede definir como la que se produce por el hecho de la generación, es decir, es la que encuentra su origen en el hecho biológico de la procreación. (Opazo, 2020: p. 411). La filiación por naturaleza, a su vez, puede ser clasificada en dos tipos, según el artículo 179 del Código Civil: tendremos, por un lado, la filiación matrimonial y, por otro lado, la filiación no matrimonial, ambas clases serán analizadas a continuación.

1.1 Filiación no matrimonial.

El artículo 180 del Código Civil, en cuanto a la filiación no matrimonial, recoge una regla residual en relación con la filiación matrimonial, ya que dicho artículo comienza señalando todos aquellos casos en que se considerará a la filiación como matrimonial y establece que, en los demás casos, no mencionados en este artículo, se considerará a la filiación como no matrimonial. Por tanto, podemos señalar que la filiación será no matrimonial cuando no exista matrimonio entre los padres al momento de la concepción o del nacimiento, también será no matrimonial cuando los padres, contrayendo matrimonio con posterioridad al nacimiento, no hayan manifestado el reconocimiento durante el mismo acto del matrimonio o durante la vigencia de

este, o bien, no se haya determinado previamente la paternidad y la maternidad por los medios que el mismo código establece (Gómez de la Torre, 2007: p. 55).

En relación a la determinación de la filiación no matrimonial, nos encontramos, en primer lugar, con el artículo 183 del Código Civil, donde se establece la determinación de la maternidad bajo los siguientes términos: “La maternidad queda legalmente determinada por el parto, cuando las identidades del hijo y de la madre que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil”, en los demás casos la maternidad quedará determinada o bien por el reconocimiento o por la sentencia firme en los juicios de filiación.

En segundo lugar, se determina la filiación no matrimonial de acuerdo a las reglas contenidas en los artículos 186 y siguientes del Código Civil. En el artículo 186 se establece que la filiación no matrimonial podrá ser determinada legalmente en virtud del reconocimiento, ya sea, del padre, de la madre o de ambos y también podrá ser determinada por la sentencia firme en los juicios de filiación en que se acoge una acción de reclamación. En los siguientes artículos se establecen las reglas relativas al reconocimiento y en el título siguiente se establece la normativa aplicable a las acciones de filiación, estas últimas cuestiones no serán objeto de estudio de la presente investigación.

1.2 Filiación matrimonial.

Como ya se mencionó anteriormente, el artículo 180 del Código Civil establece los casos en que se considera la filiación como matrimonial y será, por tanto, matrimonial, cuando existe un matrimonio entre los padres al momento de la concepción o al momento del nacimiento del hijo/a, también, será matrimonial la filiación del hijo/a cuando los padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que el mismo código establece, pero también se puede determinar la filiación matrimonial a través del reconocimiento realizado por ambos padres en el mismo acto del matrimonio o durante su vigencia. Y, por último, se puede establecer la filiación matrimonial en los juicios de reclamación de filiación cuando el tribunal que resuelve acoge la respectiva demanda.

En doctrina se distingue entre filiación matrimonial de origen o innata y la filiación matrimonial adquirida, como señala la profesora Maricruz Gómez de la Torre, la filiación

matrimonial es “de origen cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o el nacimiento del hijo”. Por otro lado, se entenderá por filiación matrimonial adquirida aquella que se produce cuando “los padres contraen matrimonio con posterioridad al nacimiento del hijo y tanto la paternidad como la maternidad han sido determinadas, previamente, por los medios que establece la ley, o cuando se determina la filiación por reconocimiento realizado en el acto mismo del matrimonio o durante su vigencia”. (2007: p. 58).

Es la filiación matrimonial de origen o innata la que interesa para el desarrollo del presente trabajo y más específicamente, la presunción de paternidad establecida en relación con ella..

1.2.1 La presunción de paternidad.

La presunción de paternidad es la forma de determinar la paternidad cuando existe matrimonio entre los padres, tal como lo establece 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”.

La presunción de paternidad así establecida, requiere tres requisitos para su funcionamiento, primero que exista matrimonio entre los padres, segundo que la maternidad de la mujer haya sido determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 183 del Código Civil y tercero, que el nacimiento se haya producido después de la celebración del matrimonio (Gómez de la Torre, 2007: p. 60).

Estarán, por tanto, en atención al artículo 184 incisos primero y tercero del Código Civil, amparados por la presunción de paternidad los hijos que nacen dentro del matrimonio, los hijos que nacen dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por divorcio o por nulidad y los hijos que nacen con posterioridad a los trescientos días siguientes a 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.

Sin embargo, el mismo artículo 184 en el inciso segundo se establece que en el caso que el hijo fuera procreado antes del matrimonio y el marido desconociera el embarazo al momento de celebrarse el matrimonio, éste podrá desconocer la paternidad. Para ello tiene que actuar interponiendo la correspondiente acción de desconocimiento de paternidad. Pero el hijo podrá,

a su vez, oponerse a este desconocimiento “probando que cuando el padre se casó sabía del embarazo de la madre”. (Gómez de la Torre, 2007: p. 60).

Por tanto, existe una presunción legal de paternidad que opera en favor de los hijos nacidos dentro del matrimonio y también de aquellos que nazcan dentro de los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial. Presunción que hará que por el solo hecho de nacer dentro de estos marcos temporales, se vaya a considerar legalmente como el padre biológico de estos hijos al marido de la mujer que los ha dado a luz. Presunción, por supuesto, que admite prueba en contrario, pudiendo el varón interponer la correspondiente acción a fin de desconocer o impugnar dicha paternidad.

Ahora bien, dicha presunción de paternidad recogida en nuestro ordenamiento encuentra su fundamento en los efectos personales que derivan de la celebración del matrimonio, fundamento que pasaremos a desarrollar.

1.2.1.1 Deberes que la fundamentan.

Como bien se mencionó, de la institución del matrimonio derivan una serie de efectos que se pueden clasificar entre efectos personales y efectos patrimoniales, los primeros son los que interesan en este punto, ya que, dentro de estos efectos personales derivados de la celebración del matrimonio encontramos aquellos deberes personales que vendrán a dar fundamento a la presunción de paternidad.

Los efectos personales, se encuentran regulados entre los artículos 131 y 134 del Código Civil, en dichos artículos se les otorga derechos y se les impone deberes a los cónyuges de contenido moral, y se pueden definir como “un conjunto complejo de deberes y facultades situados en la persona de cada uno de los cónyuges, desprendidos, por así decirlo, inmediatamente de la naturaleza y esencia íntima de la institución. Son lazos de unión instalados en la misma pareja sin trascendencia exterior, y no se conciben sin el matrimonio ni tienen otro alcance que dar realidad a los designios fundamentales del mismo”. (Ramos Pazos, 2010: p. 142). A su vez, estos deberes presentan tres características, primero son deberes positivos, que imponen a los cónyuges un actuar activo, segundo, solo afectan a los cónyuges y tercero, poseen un marcado carácter ético, quedando su cumplimiento entregado fundamentalmente a la conciencia de los cónyuges. (Ramos Pazos, 2010: p. 142)

Estos deberes, desde la entrada en vigencia de la Ley 18.802, tienen el carácter de recíprocos y son los siguientes: el deber de fidelidad, el deber de socorro, el deber de ayuda mutua o de asistencia, el deber de respeto recíproco, el deber de protección recíproco, el derecho y deber de vivir en el hogar común, el deber de cohabitación y el deber de auxilio y expensas para la litis.

De estos deberes que pesan sobre los cónyuges los que han de servir de fundamento para la existencia de la presunción de paternidad en el matrimonio son el deber de cohabitación y el deber de fidelidad que pasaremos a exponer.

1.2.1.1.1 El deber de cohabitación.

Este deber no se encuentra regulado expresamente en el Código Civil Chileno, pero lo encontramos como causal para demandar la separación judicial en el artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil y también, como causal para demandar el divorcio en el artículo 54 N°2 de la misma ley. En cuanto a su contenido, este deber, según René Ramos Pazos, “mira a la obligación que tienen los cónyuges de mantener relaciones sexuales entre sí”. (2010: p. 148). Ahora bien, este deber de cohabitación se trata de un deber no coercible, pues de lo contrario, significa vulnerar la autonomía sexual de los sujetos. Este deber tiene razón de ser en concordancia con el deber de fidelidad, que pasaremos a exponer, toda vez que, si se les exige a los cónyuges ser fieles, es decir, no mantener relaciones sexuales con terceros, es de toda lógica que entre marido y mujer deban mantener relaciones sexuales.

1.2.1.1.2 El deber de fidelidad.

Por otro lado, en cuanto al deber de fidelidad, que pesa sobre los cónyuges, se encuentra consagrado en el artículo 131 del Código Civil bajo los siguientes términos: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe”. Y, en seguida, en el artículo 132 del mismo cuerpo legal, se señala que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y en el inciso 2 del artículo, se señala que: “Comete adulterio la persona casada que yace con otra que no sea su cónyuge”.

En cuanto al concepto y contenido del deber de fidelidad esto puede ser visto desde dos perspectivas, la primera mirará al deber de fidelidad como exclusividad sexual y la segunda, de manera más amplia, mirará a este deber como lealtad, desde este último punto de vista el deber de fidelidad comprendería mucho más que la transgresión de la prohibición de que los cónyuges mantengan relaciones sexuales con terceros, sino que, “la transgresión es comprensiva de otras conductas a más de aquellas constitutivas de adulterio y, que ha tenido lugar una ampliación del deber de fidelidad que abarca todos los órdenes de la vida de los cónyuges”. (Otárola Espinoza, 2009: p. 156).

Por ende, tanto el deber de fidelidad como el deber de cohabitación, que pesan sobre los cónyuges, se esgrimen como justificativos de la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil. Lo anterior, es correcto, y podemos analizarlos desde tres puntos de vistas temporales, como la misma presunción establece, es decir, nos vamos a referir a la justificación de la presunción de paternidad matrimonial, respecto a la concepción que se produce antes de las nupcias, o sea, respecto al nacimiento que se produce durante los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, al nacimiento que se produce durante la vigencia del matrimonio y, por último, al nacimiento que se produce dentro de los 300 días siguientes a que fue decretada la disolución del matrimonio o la separación judicial.

En primer lugar, respecto al nacimiento que se produce durante la vigencia del matrimonio, la justificación en base a los deberes de fidelidad y cohabitación es la que resulta más clara, toda vez que, “el interés en la formación de la filiación toma forma en la razón de *vivir juntos y procrear*, de manera *exclusiva* entre los cónyuges según disponen los artículos 102 y 132 ambos del CC”. (Gandulfo Ramírez 2014: p. 91). Es por lo anterior, que, “lo normal es que el marido de la madre sea el padre de los hijos de ésta. Sobre la base de dichas cuestiones, el legislador construye esta figura de fácil establecimiento y operatividad automática para la constitución de la filiación”. (Gandulfo Ramírez 2014: p. 91).

En segundo lugar, si el nacimiento se produce antes de las nupcias, la justificación de la presunción de paternidad, “estriba en la presuposición legislativa de que el hombre que se casa con una mujer embarazada, con *conocimiento* de dicha situación, es porque asume derechamente que él es el padre”, (Gandulfo Ramírez 2014: 91). Pero en dicha circunstancia, si el presunto padre estima que él no sería realmente el padre del recién nacido, debido a que desconocía el

estado de embarazo de su mujer, cuenta con la posibilidad de interponer la acción de desconocimiento de la paternidad con el fin de derribar la presunción de paternidad.

Y, en tercer lugar, si el nacimiento se produce durante los 300 días posteriores a la disolución matrimonial, la justificación de la presunción de paternidad radica, según los autores, en una supuesta cohabitación y además en el interés superior del niño (Gandulfo Ramírez 2014: 96). Es decir, se considera que la concepción se produjo durante el matrimonio cuando regían los deberes de fidelidad y cohabitación.

Por lo tanto, en palabras de Francesco Carretta y Nel Greeven, “La presunción de los artículos 184 y 185 del Código Civil se basa en el deber de fidelidad de los cónyuges que impone el matrimonio, según los artículos 133 y siguientes del Código Civil, que cesa por la declaración de la separación judicial” (2020: p. 55).

II. Situación filiativa en el Acuerdo de Unión Civil.

En cuanto a la situación filiativa de los hijos nacidos durante la vigencia de un acuerdo de unión civil, la Ley N° 20.830, es bastante escueta en esta materia, a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Matrimonio Civil. En la Ley N° 20.830 solo nos encontramos con dos artículos que hacen alusión a la situación de los hijos, una de las cuales regula directamente una situación filiativa, en el artículo 21 y la otra, se refiere, en realidad, a materias sobre el cuidado personal, en el artículo 45.

Por lo tanto, la única normativa presente en la ley que regula el acuerdo de unión civil que hace referencia a la situación filiativa es el artículo 21 de la misma.

Dada esta escueta regulación en materia de filiación, vale preguntarse entonces, ¿cuál sería la situación filiativa de los hijos nacidos bajo el contexto de un acuerdo de unión civil? Como bien mencionamos en el primer capítulo, la filiación puede ser matrimonial y no matrimonial; a su vez dijimos que la filiación matrimonial es aquella que se produce cuando existe matrimonio entre los padres al momento de la concepción o del nacimiento de los hijos y que, por otro lado, la filiación no matrimonial se define de manera negativa, por lo tanto, habrá filiación no matrimonial cuando no existe matrimonio entre los padres. Dada esta clasificación

y la definiciones de filiación, tanto matrimonial como no matrimonial, bien podemos entender que la filiación que deriva de un acuerdo de unión civil será no matrimonial, en atención al artículo 180 del Código Civil. Pero el problema surge en este punto, porque el artículo 186 del Código Civil establece que tratándose de la filiación no matrimonial esta se determinará legalmente por el reconocimiento del padre, de la madre o de ambos o por sentencia firme en juicio de filiación, por lo tanto, si bien señalamos que la filiación en el acuerdo de unión civil será no matrimonial, tal filiación no queda determinada ni por reconocimiento de alguno de los padre o ambos, ni tampoco queda determinada por sentencia firme en juicio de filiación, sino que, como establece el artículo 21 de la ley 20.830, la filiación de los hijos nacidos durante la vigencia de un acuerdo de unión civil, celebrado entre parejas de distinto sexo, quedará determinada por la presunción de paternidad, en los mismos términos consagrados para la presunción de paternidad en el matrimonio. Es por ello que, se ha señalado que, en el caso de la situación filiativa presente en el acuerdo de unión civil, estaríamos en presencia de una filiación mixta, ya que, se trata de una filiación, por definición, no matrimonial, pero que se determina en virtud de las reglas establecidas para la filiación matrimonial innata o de origen, es decir se determina en virtud de la presunción de paternidad. (Opazo González, 2016: p. 54-55).

1. Normativa aplicable en materia de filiación.

Como bien señalamos, es el artículo 21 de la ley 20.830 el único que regula directamente la situación filiativa que deriva de la celebración de un acuerdo de unión civil y lo hace en los siguientes términos: “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. Lo anterior también se aplicará tratándose de acuerdos de unión civil sucesivos, de matrimonio seguido de acuerdo de unión civil y de acuerdo de unión civil seguido de matrimonio”.

Por lo tanto, el artículo 21 de la Ley N° 20.830 hace extensiva la presunción de paternidad consagrada para el matrimonio hasta la institución del acuerdo de unión civil.

1.1 Extensión de la presunción de paternidad al Acuerdo de Unión Civil.

El contenido, entonces, del artículo 21 de la ley 20.830 es una remisión al contenido del artículo 184 del Código Civil, el que consagra lo siguiente: “Tratándose de cónyuges de distinto sexo 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”. Por tanto, dada esta remisión “se presumen hijos del conviviente civil varón los hijos nacidos de una mujer conviviente civil, después de la celebración del acuerdo de unión civil y hasta los trescientos días siguientes a su expiración”. En el caso de esta presunción de paternidad no matrimonial, no es posible hacerla extensiva a los hijos que han sido concebidos durante la separación judicial, como si se establece para la presunción matrimonial en el artículo 184 inciso 3, ya que, la separación judicial no está contemplada como forma de suspender la vida en común en el acuerdo de unión civil. (Rodríguez, 2018: p. 156).

Dicha extensión de la presunción de paternidad desde el matrimonio hasta el acuerdo de unión civil resulta problemática debido a que, la justificante de la existencia de la presunción de paternidad en el matrimonio radica en la existencia de los deberes de cohabitación y de fidelidad que se deben los cónyuges de manera recíproca, deberes que no han sido consagrados como efectos personales derivados de la existencia de un acuerdo de unión civil. Es por esto, que dicha extensión ha sido objeto de discusiones a nivel doctrinal, toda vez que los autores se han cuestionado el fundamento existente para hacer extensiva la presunción de paternidad desde la institución del matrimonio hasta la institución del acuerdo de unión civil. En relación al fundamento, a la justificación detrás de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil se han planteado una serie de posturas doctrinales que pasaremos a desarrollar.

2. Posturas doctrinales en torno a la existencia de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil.

2.1 Doctrina que considera la existencia de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil un error.

La profesora Carmen Domínguez, al tratar algunos desafíos interpretativos que genera la dictación de la ley N° 20.830, considera, al igual que los demás autores, que existe una problemática en torno a extender la presunción de paternidad desde el matrimonio hasta el acuerdo de unión civil, ya que el acuerdo de unión civil estaría otorgando, a quienes lo contraen, los mismos efectos del matrimonio, aunque se trate de vínculos notoriamente distintos, debido a que el acuerdo de unión civil “no exige a sus contratantes la permanencia o estabilidad de la convivencia, ni siquiera exige un plazo de convivencia, no impone el deber de cohabitar ni siquiera de vivir en un mismo lugar”. (Domínguez Hidalgo, 2016: p. 260).

La autora señala que, dentro de estos desafíos interpretativos, surge uno en relación a los efectos que la ley establece en materia de filiación; en primer lugar, señala “todo lo relativo a la filiación contemplado en esta ley resulta inconstitucional, pues el otorgar efectos filiativos a las convivencias excede con mucho las líneas matrices de los proyectos que sirvieron de base a la ley aprobada. En efecto, en ninguno de ellos se pretendía incidir en estos aspectos” (Domínguez Hidalgo, 2016: p. 263). Es más, la idea matriz o fundamental declarada por la Comisión de Constitución del Senado fue la de que sus efectos alcanzan solamente a las partes que celebran el contrato y no respecto de los hijos. “Por tanto, el artículo 21 de la ley N° 20.830 relativo a ello puede ser cuestionado por vía de inaplicabilidad”. (Domínguez Hidalgo, 2016: p. 263).

En segundo lugar, también en relación del artículo 21 de la Ley N° 20.830, la autora señala que no se explica la existencia de tal artículo que hace extensiva la presunción de paternidad desde el matrimonio hasta el acuerdo de unión civil celebrado por convivientes de diferente sexo; es más, para la autora, la extensión constituye “un grave e irreparable error, puesto que el AUC no exige el requisito esencial sobre el que siempre se ha razonado la presunción y que es que exista cohabitación entre la pareja, esto es, el deber de tener vida sexual que pueda generar hijos. En efecto, el AUC no establece el deber de cohabitar ni siquiera el de vivir juntos, de suerte que es inexplicable darle el efecto que se le está otorgando. De este modo, no existe justificación alguna para presumir que el conviviente civil sea padre del hijo de la conviviente”. (Domínguez Hidalgo, 2016: p. 263).

En conclusión, para la profesora Carmen Domínguez la existencia de la presunción de paternidad no matrimonial en el acuerdo de unión civil no es más que un error, además de ser inconstitucional y que no cuenta, por lo tanto, con justificación alguna.

2.2 Doctrinas que justifican la existencia de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil.

En cuanto a la problemática de la consagración de una presunción de paternidad no matrimonial han surgido otras posturas doctrinales que, si bien reconocen el conflicto detrás de su consagración, si han dado alguna especie de fundamentación.

Entre estas posturas encontramos la de la profesora María Sara Rodríguez quien señala, en la misma línea que los demás autores, que “los convivientes civiles no tienen obligación de vivir juntos, ni de guardarse fidelidad, que son los hechos en que se apoya la presunción legal que determina la paternidad del marido de los hijos que tiene una mujer casada” (Rodríguez, 2018: p. 157). Por lo que, esta autora considera que la presunción de paternidad no matrimonial, al no poder apoyarse en el deber de fidelidad, ni en la obligación de vivir juntos “se apoya en la *formalidad* de estar vigente un acuerdo de unión civil entre la madre y el conviviente civil varón que se tiene por presunto padre” (Rodríguez, 2018: p. 157).

La autora explica, a su vez, cómo operaría esta presunción, a lo que señala que “por el hecho del nacimiento quedaría determinada la maternidad (artículo 183 CCch). Determinada la maternidad, se presume la paternidad no matrimonial del varón con quien la madre tiene un acuerdo de unión civil vigente (artículo 21; artículo 184 CCch). (Rodríguez, 2018: p. 157).

Y termina señalando que, por la excepcionalidad de la ley que contempla la presunción no matrimonial, debe interpretarse de manera restrictiva, de lo cual derivan una serie de consecuencias, entre las cuales menciona, en primer lugar, que “solo debería presumirse la filiación no matrimonial de los hijos nacidos mientras está vigente el acuerdo de unión civil y hasta trescientos días siguientes a su expiración (artículo 21), independientemente del *hecho* del concubinato de la madre con el presunto padre (artículo 210 CCch)”. (Rodríguez, 2018: p. 157). En segundo lugar, menciona que “el derecho a desconocer judicialmente la paternidad del hijo nacido antes de los 180 días subsiguientes al matrimonio, cuando el marido no tuvo conocimiento de la preñez de la madre al tiempo de casarse con ella (artículo 184, inciso 2º CCch) no debería extenderse al AUC”. (Rodríguez, 2018: p. 157). En esta misma línea menciona en tercer lugar que “tampoco está legitimado el conviviente civil para impugnar la filiación con la acción que corresponde al marido (artículo 212 CCch)”. (Rodríguez, 2018: p. 157). Y por último podemos mencionar que la autora señala que “la legitimación del presunto padre para impugnar la filiación no matrimonial determinada por presunción debería ser admitida si prueba “un interés actual en ello” (artículo 216, inciso final CCch)”. (Rodríguez, 2018: p. 158).

Se puede, dado lo expresado, resumir la postura de la autora de la siguiente manera: al no poder apoyarse la presunción no matrimonial ni en el deber de fidelidad, ni la obligación de vivir juntos, el fundamento detrás de la consagración de esta presunción radica solamente en la

formalidad de encontrarse vigente un acuerdo de unión civil entre la madre del presunto hijo y su conviviente civil varón, por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio el fundamento no se encontraría en el hecho de una vida en común. Además, considera que, al tratarse de una presunción excepcional, debe interpretarse de manera restrictiva, derivando en algunas de las consecuencias que ya hemos mencionado.

La siguiente postura que encontramos referente al fundamento detrás de la presunción de paternidad no matrimonial es la de la profesora Maricruz Gómez de la Torre, quien parte señalando lo que ya hemos hecho notar: que una de las diferencias que existen entre el acuerdo de unión civil y el matrimonio radica en los deberes personales, ya que, “son restringidos, no se exige deber de cohabitación ni de fidelidad como en el matrimonio”. (2017: p. 42). Es por lo anterior, que se dificulta la comprensión de la incorporación de la presunción de paternidad al acuerdo de unión civil en el caso de convivientes heterosexuales. Frente a esto, la autora expresa que “al extender los efectos del artículo 184 del Código Civil a los hijos que nacen durante el AUC se rompe la coherencia del Código, puesto que la fundamentación de la presunción *pater is est*, está sustentada en la cohabitación, y el deber de fidelidad entre los cónyuges. Pareciera que el legislador entendió que el establecimiento de la presunción se basa en el consentimiento que otorgan los padres al celebrar el AUC”. (Gómez de la Torre, 2017: p. 42). Pero, continúa la autora criticando que la supuesta fundamentación que consideró el legislador, sea la de el consentimiento otorgado por los padres que celebran un acuerdo de unión civil, porque “si este fuera el sentido de la norma, ciertamente, no resulta coherente que la presunción se conceda solo a los convivientes de distinto sexo”. (Gómez de la Torre, 2017: p. 42).

La autora prosigue a lo largo de su ponencia con una análisis estadístico sobre el número de matrimonios celebrados, de los acuerdos de unión civil, el número de hijos nacidos entre los años 2007 y 2016, y sobre estos nacimientos se refiere al número de reconocimientos voluntarios, ya sea solo del padre, solo de la madre o de ambos, dando cuenta que durante el año 2016 “de los 180.136 nacidos fuera del matrimonio, 153. 168, es decir, un **85,02%** fueron reconocidos por ambos padres (aumento de un 5% con respecto al 2007); 22.555 personas reconocidas solo por la madre, es decir, un **12, 52%**; 2.307 reconocidas sólo por el padre, es decir **1,28** y 2.105 personas, es decir **1,16%** sin reconocimiento”, (Gómez de la Torre, 2017: p. 46). Señala que “del análisis de las estadísticas señaladas se puede verificar que, en nueve años, ha bajado un 10% el número de niños y niñas nacidos dentro del matrimonio, de un 37,56%

bajamos a un 27,24%. Es decir, solo un 27% de los niños y niñas que nacen están amparados por la presunción *pater is est*. Lo que a su vez implica que un 73% de los niños y niñas que nacen fuera del matrimonio requieren del reconocimiento de sus padres para determinar su filiación. De este 73%, un 85% es reconocido voluntariamente por los padres”. (Gómez de la Torre, 2017: p. 47).

De todo este examen estadístico, la profesora Gómez de la Torre concluye que el elemento fundamental de la determinación de la filiación es la voluntad (2017: p. 47). Sobre esto, entonces, podemos colegir que, dada esta postura, el fundamento que estaría detrás de considerar como presuntos hijos del conviviente civil varón de la madre sería la voluntad del presunto padre, la voluntad de reconocerlo como su hijo que se manifiesta al contraer un acuerdo de unión civil como una mujer sabiendo que los hijos que tenga su conviviente civil mujer se presumirán que son de él.

III. Fundamento de la presunción de paternidad en el Acuerdo de Unión Civil.

Como ya hemos observado, la discusión en torno al fundamento de la presunción de paternidad consagrada para el acuerdo de unión civil ha girado en torno, distintos ejes; algunos consideran que dicha consagración no es más que un error legislativo además de resultar inconstitucional. Otros, en cambio, aceptan la presunción y le otorgan un fundamento; entre ellos, la profesora María Sara Rodríguez, para quien el fundamento se encuentra en la simple formalidad de encontrarse vigente un acuerdo de unión civil, y la profesora Maricruz Gómez de la Torre para quien lo fundamental en la determinación de toda filiación es la voluntad expresada al momento de contraerse el acuerdo de unión civil a través del reconocimiento.

En relación a estas diferentes posturas, compartimos el hecho de que resulta compleja la situación acerca del fundamento detrás del arrastre de la presunción de paternidad desde el matrimonio hasta el acuerdo de unión civil, pero no compartimos, o al menos no del todo, los fundamentos que estos autores han esgrimido.

Dado lo anterior, en el siguiente apartado vamos a explayarnos en las razones que consideramos pertinentes para defender que el fundamento de la presunción no matrimonial es que, si bien en la Ley N° 20.830 no se consagra de manera expresa los deberes de fidelidad y de

cohabitación, estos deberes si estarían implícitamente reconocidos, por lo que pesaría su observancia y cumplimiento sobre los convivientes civiles.

1. Reconocimiento implícito de los deberes como fundamento para la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil.

Nos parece adecuado comenzar este capítulo refiriéndonos a las obligaciones que surgen para quienes contraen un acuerdo de unión civil. En palabras de Javiera Verdugo “la primera referencia a las obligaciones entre convivientes se encuentra en el artículo 2° de la ley N° 20.830: “el acuerdo generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley” (2016: p.71). Entonces, el artículo 2 de la ley nos señala que las obligaciones que pesan sobre los convivientes civiles serán, en principio, aquellas contenidas en este cuerpo normativo, pero, como bien señala la autora, solo encontramos explícitamente reguladas dos obligaciones, las que están contenidas en el artículo 14 de la ley N° 20.830 bajo los siguientes términos: “Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común”.

En resumen, “los deberes de ayuda mutua y contribución a los gastos generados por la vida en común son los únicos explícitamente regulados como tales en la ley”. (Verdugo, 2016: p. 72). Pero, lo anterior no quiere decir que sean los únicos deberes que se contemplan para los convivientes civiles y debemos de plano descartar los demás deberes, sino que, “los demás se deben inferir del contexto”. (Verdugo, 2016: p. 72).

Si bien la autora comienza señalando cuáles son las obligaciones que, sin lugar a dudas, se encuentran reguladas, también en su escrito nos menciona que “en materia de obligaciones en el acuerdo de unión civil, es necesario mencionar las que no están, siendo la más llamativa la obligación de convivir”. (Verdugo, 2016: p. 77). También, “la mayoría de los deberes morales del matrimonio (convivir, cohabitar, socorro, fidelidad) se dejaron fuera del acuerdo de unión civil” (Verdugo, 2016: p. 78).

Son estas omisiones en cuanto a los deberes y, en especial, como ya hemos venido mencionando, la omisión de los deberes de cohabitación y de fidelidad, los que han traído toda esta discusión sobre cómo justificamos la presencia de la presunción *pater is est* y nuestra respuesta frente a tal interrogante consiste en demostrar que ambos deberes sí están reconocidos

de manera implícita; para ello, haremos extensivas las razones que el profesor Mario Opazo considera para fundamentar la existencia de del deber de fidelidad; dichas razones son, la definición legal del acuerdo de unión civil, la falta de taxatividad del artículo 2° de la ley N° 20.830, la buena fe integradora, la historia fidedigna del establecimiento de la ley y la situación en las simples uniones de hecho. (Opazo, 2015).

1.1 Definición legal del acuerdo de unión civil:

Comienza la ley N° 20.830 definiendo en su artículo primero lo que es el acuerdo de unión civil del siguiente modo: “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 denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”, de dicha definición legal podemos advertir, como señala el profesor Jorge del Picó Rubio, que el acuerdo de unión civil “es un contrato solemne en virtud del cual dos personas mayores de edad, que sostienen un vínculo afectivo y comparten un hogar, regulan los efectos jurídicos derivados de su vida en común, con carácter estable y permanente, por un plazo indeterminado” (2016: p.).

Sin lugar a dudas, de la propia definición podemos inferir, en primer lugar, que la celebración de un acuerdo de unión civil viene precedida de la voluntad, por parte de los convivientes civiles, de compartir un hogar, lo que nos lleva a concluir que entre los convivientes civiles existe el deber de cohabitar. Y, en segundo lugar, que el objetivo de la celebración de este acuerdo de unión civil es regular los efectos jurídicos que deriven de su vínculo afectivo, de este modo, como señala el profesor Mario Opazo, podemos concluir “que no se trata de un contrato que regule materias específicamente patrimoniales, sino que, al regular los efectos jurídicos derivados de una vida afectiva en común, de carácter estable y permanente, es posible sostener que entre los convivientes civiles existe el deber de fidelidad”. (2015: p. 176).

1.2 La falta de taxatividad del artículo 2° de la ley N° 20.830.

El artículo 2° de la ley que crea el acuerdo de unión civil nos señala que “el acuerdo generará para los convivientes civiles los derechos y obligaciones que establece la presente ley”.

Como bien hemos señalado a lo largo de este trabajo, el cuerpo normativo contempla una serie de derechos/obligaciones entre los convivientes civiles y, entre las obligaciones que se consideraron, encontramos el deber de ayuda mutua y el deber de solventar los gastos derivados de la vida en común. Pero, como han concluido algunos autores ya mencionados, en el caso de las obligaciones y deberes que pesan sobre los convivientes civiles, es posible concluir la existencia de más obligaciones/deberes que aquellos mencionados explícitamente en la Ley N° 20.830. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la ponencia de Javiera Verdugo, donde lo que hace la autora es inferir una serie de obligaciones más allá de las expresamente reguladas en el cuerpo legal, entre ellas infiere la existencia del deber de respeto entre los convivientes civiles y el deber de socorro (Verdugo, 2016: p. 73).

Dichas inferencias y demás interpretaciones que han realizado los autores son posibles debido a la falta de carácter taxativo del artículo 2° de la ley N° 20.830, “toda vez que no emplea la expresión “sólo” o cualquier otra que denote su taxatividad, la que incluiría cualquier otro deber entre los convivientes civiles”, (Opazo, 2015: p. 176). En resumen, nos parece acertada la conclusión del profesor Mario Opazo sobre la falta de taxatividad del comentado artículo, argumento que respalda el autor al señalar que “el texto del Mensaje Presidencial (Boletín N° 7.873-07) sí decía, expresamente, que el acuerdo sólo generará los derechos y obligaciones que establece el proyecto, expresión que no pasó al texto definitivo, lo que nos permite sostener que la intención del legislador fue no establecer los efectos personales del Acuerdo de Unión Civil de forma taxativa” (Opazo, 2015: p. 176).

De este modo no podemos descartar la existencia de otros deberes en el acuerdo de unión civil basados solamente en el artículo segundo de la ley N° 20.830, por lo que, es perfectamente factible colegir que existe entre los convivientes civiles los deberes de fidelidad y de cohabitar.

1.3 La buena fe integradora:

Como nos indica el profesor Mario Opazo, en el caso del acuerdo de unión civil “- de conformidad con la definición legal- estamos frente a un contrato; en consecuencia, resulta aplicable el artículo 1546 CC” (2015: p. 176). Es decir, resulta correcto aplicar en el acuerdo de unión civil la buena fe como principio general del Derecho que, como ya se señaló, la encontramos consagrada en nuestro ordenamiento en el artículo 1546 del Código Civil; en él se

señala que “los contratos deben ejecutarse de buena, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

La buena fe adquiere importancia en materia contractual porque se presenta “como un patrón de conducta que deberá ser seguido durante toda la vida del contrato” (Boetsch Gillet, 2011: p. 115). Además, en palabras de Cristián Boetsch se trata de un principio general del Derecho, por lo tanto, suple, interpreta e informa a toda la relación contractual”. (2011: p. 115).

Aterrizando la materia al acuerdo de unión civil como contrato, es posible afirmar que, dada la función integradora de la buena fe contractual, se pueden crear ciertos deberes especiales de conducta, que deberán ser cumplidos por las partes, y los cuales pueden ser plenamente exigibles. De este modo, el principio de la buena fe se nos presenta como una real fuente de derechos y obligaciones, ampliando el contenido del contrato”. (Boetsch Gillet, 2011: p. 116).

Y además, como señala el profesor Opazo “todo indica que en nuestro derecho es posible reconocer que la buena fe objetiva es un principio de derecho de familia y que, en consecuencia, los integrantes de un grupo familiar tienen el deber genérico de actuar entre sí leal y correctamente”. (2020: p. 76).

En conclusión, al ser aplicable la buena fe al acuerdo de unión civil, será posible considerar, en primer lugar, que los convivientes civiles estarán obligados no solamente a cumplir aquellas obligaciones/deberes contenidos expresamente en la Ley N° 20.830, sino que, también estarán obligados a cumplir con aquellos deberes que emanan de la naturaleza propia del contrato de acuerdo de unión civil. Y, en segundo lugar, en apoyo de lo anterior, debido a la función integradora de la buena fe contractual, esta viene a crear en el acuerdo de unión civil deberes especiales de conducta que obligan a los convivientes civiles y además es posible exigir su cumplimiento. De este modo, estarán obligados los convivientes civiles a observar en su conducta el deber de fidelidad y el deber de cohabitación. Estos deberes, por tanto, existen para los convivientes civiles y en particular, en el caso de acuerdo de unión civil celebrado por convivientes de distinto sexo, vendrán a fundar la existencia de la presunción de paternidad.

1.4 La historia fidedigna del establecimiento de la ley:

Al analizar la historia fidedigna de la Ley N° 20.830, podemos observar que es el resultado de una serie de proyectos de ley, el primero de ellos lo situamos en el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, fue presentado por moción de algunos diputados y que se trató “de un modelo de contrato simplificado, que se circunscribía a las relaciones patrimoniales de las parejas, prescindiendo de aspectos familiares y de sucesiones, conforme a lo que se había propuesto en el programa de ese gobierno” (Tapia, 2016: p. 25). De manera tal que la primera intención plasmada en este proyecto era la de brindar una regulación de efectos simplemente patrimoniales.

Lo anterior sufrió un cambio en el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, quien, en agosto del año 2011, presentó un nuevo proyecto, pero este, a diferencia del anterior, “incluía una referencia accidental a vínculos familiares” (Tapia, 2016: p. 25-26). Por lo que, este proyecto ya no hacía referencia solamente a efectos patrimoniales, sino que también buscaba la regulación de efectos que derivan de la vida afectiva en común y, “en consecuencia, dejó de ser un contrato que buscara regular aspectos estrictamente patrimoniales entre los contratantes y pasó a ser un contrato de familia” (Opazo, 2015: p. 177).

Debido a estos cambios en los diferentes proyectos, “el contrato de acuerdo de unión civil debe considerarse, para todos los efectos, como un contrato de familia, puesto que regula una convivencia fundada presuntivamente en la vida afectiva en común, de carácter estable y permanente, según reza su definición” (Rodríguez Grez, 2016: p. 70).

En respaldo de la tesis que considera al acuerdo de unión civil como un contrato de familia, encontramos el artículo 1 inciso primero de la ley N° 20.830 que, al definir el acuerdo de unión civil, señala que regula los efectos jurídicos derivados de su vida *afectiva* en común. El empleo de la expresión “afectiva” da a entender que no se trata de un contrato que reglamente relaciones jurídicas patrimoniales, pues la afectividad es ajena a este tipo de relaciones”. (Opazo, 2017: p. 80).

De todo lo expresado nos es posible determinar, en los términos del profesor Mario Opazo, que estando tan presente el tema de la afectividad entre los contratantes, es posible sostener que tanto el deber de fidelidad como el deber de cohabitar debe existir entre los

convivientes civiles y, de este modo, justificar la existencia de la presunción *pater is est* en el acuerdo de unión civil (2015: p. 177).

1.5 La situación de las simples uniones de hecho:

En cuanto a las uniones de hecho, los caracteres que ha de presentar la situación de hecho, según Barrientos, son: la permanencia del hecho de la convivencia, la notoriedad o publicidad, la afectividad y un cierto contenido sexual (2008: p. 42). En este mismo sentido apunta René Ramos Pazos, cuando señala como elementos del concubinato son: que se trate de una unión entre personas de diferente sexo, que implique una relación libremente consentida y que esta relación tenga un cierto grado de estabilidad (2010: p. 649).

Además, en cuanto a los efectos de las uniones de hecho, específicamente a los efectos de las relaciones personales entre los concubinos, como lo menciona René Ramos Pazos, “en Francia, a pesar de no existir entre los concubinos los deberes de fidelidad, asistencia o socorro mutuo, la jurisprudencia ha ido estableciendo que debe haber en la pareja un cierto deber de lealtad que los obliga a actuar de acuerdo a la buena fe” (2010: p. 656).

En relación a lo anterior, nos recuerda el profesor Mario Opazo, que “un importante sector de la doctrina señala que, para estar en presencia de una auténtica unión de hecho o concubinato, se requiere que se cumpla voluntariamente con los deberes que existen entre los cónyuges” (2015: p. 177).

Por tanto, entre los concubinos ha de darse una relación de convivencia estable y permanente, que tenga el carácter de afectiva, que además tenga contenido sexual y que cumplan los concubinos voluntariamente con los deberes que son propios de los cónyuges, entre ellos el deber de fidelidad y el deber de cohabitar que son de nuestros interés; entonces, “es posible sostener que, si para la existencia de una simple unión de hecho se exige fidelidad *y el deber de cohabitar* [énfasis agregado] entre los convivientes de hecho, con mayor razón cabe exigir la existencia del deber de fidelidad *y el deber de cohabitar* [énfasis agregado] entre los convivientes civiles, cuya unión se encuentra reconocida y amparada por la ley, por aplicación del aforismo “quien puede lo más, puede lo menos” (Opazo, 2015: p. 179).

En consecuencia, del análisis de las razones esgrimidas por el profesor Mario Opazo, podemos fundamentar la existencia del deber de fidelidad entre los convivientes civiles y,

además, del deber de cohabitar, lo que a su vez nos permite dar una respuesta frente al problema planteado a lo largo de este trabajo, que es el de encontrar un fundamento a la extensión de la presunción de paternidad desde el matrimonio hasta el acuerdo de unión civil; por consiguiente, dado que estos deberes existen, está perfectamente justificada la presencia de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil, es decir, se justifica que se presuman hijos del conviviente civil varón los hijos de su conviviente civil mujer, después de la celebración del acuerdo de unión civil y hasta los trescientos días siguientes a su expiración, dado que entre ambos convivientes pesan los deberes de cohabitar y de fidelidad.

Conclusiones.

Como se estableció al inicio de este trabajo, el objetivo era dar con la respuesta a la interrogante sobre ¿Cuál es el fundamento de la presunción de paternidad contenida en el acuerdo de unión civil?, pudimos observar, a lo largo de esta investigación, que la problemática se centra en torno al sistema filiativo que se reconoce para los hijos nacidos bajo el contexto de un acuerdo de unión civil. En relación a este sistema filiativo, el legislador contempló una única norma en el texto legal, que es el artículo 21 de la ley N° 20.830; dicho artículo no es más que una remisión normativa, ya que nos señala que, para efectos de la presunción de paternidad, habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 184 del Código Civil.

Este último artículo contempla la denominada presunción *pater is est*, que es la forma de determinar la paternidad matrimonial y cuyo contenido nos señala que se presumirán 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. Por tanto, transferido el contenido del artículo 184 del Código Civil al acuerdo de unión civil, se van a presumir hijos del conviviente civil varón los hijos nacidos de la mujer conviviente civil, después de la celebración del acuerdo de unión civil y hasta los trescientos días siguientes a su expiración. La única diferencia del contenido de la presunción de paternidad matrimonial y la no matrimonial es que en el caso de esta última no resulta posible hacerla extensiva a aquellos hijos que sean concebidos durante la separación judicial, ya que, la separación judicial no está contemplada como forma de suspender la vida en común en el acuerdo de unión civil.

Entonces, producto de esta remisión normativa, nace la necesidad de preguntarse por el fundamento detrás del mencionado artículo 21 de la Ley N° 20.830, porque, en el caso de la

presunción de paternidad como forma de determinar la filiación matrimonial, el fundamento es claro y es la presencia de obligaciones y deberes recíprocos entre los cónyuges, más específicamente los deberes de fidelidad y de cohabitación. Como bien señalamos, se entiende que los hijos nacidos bajo el contexto de un matrimonio se presuman hijos del marido, porque entre ambos cónyuges existe la obligación de mantener relaciones sexuales entre sí, pero, además, debe existir exclusividad sexual entre ellos, por tanto, de quedar embarazada la mujer, es lógico considerar que el hijo sea de su marido.

Dado que para el caso del acuerdo de unión civil el legislador no contempló expresamente estos deberes para los convivientes civiles, la doctrina cuestionó la razón para implementar la presunción de paternidad. Ante tal incógnita surgió una serie de posturas doctrinales, algunas de las cuales fueron analizadas a lo largo de este escrito, encontrándonos así con la opinión de la profesora Carmen Domínguez para quién la normativa del artículo 21 de la Ley N° 20.830 no tienen ninguna razón de ser; se trata, en opinión de esta autora, de un error y que, por tanto, no debería existir la presunción de paternidad en el caso del acuerdo de unión civil; es más, considera que dicha regulación resulta ser inconstitucional.

Pero, por otro lado, analizamos dos posturas que considera que detrás de dicha presunción no matrimonial si había un fundamento, pero dicho fundamento variaba en cada caso; por una parte, la profesora María Sara Rodríguez nos hace ver que la razón detrás de esta presunción de paternidad radicaría en el solo hecho de encontrarse vigente un acuerdo de unión civil entre la madre del hijo y su conviviente civil varón, dejando por completo de lado las consideraciones respecto a los deberes y su existencia.

Por otra parte, hicimos una revisión del trabajo de la profesora Maricruz Gómez de la Torre; para esta autora, el elemento esencial en la determinación de la filiación en nuestro sistema es la sola voluntad, por ende, el fundamento que se pudiera considerar para la existencia de la presunción de paternidad no matrimonial sería la voluntad del conviviente civil varón de que los hijos que nazcan de su conviviente civil serán considerados como hijos suyos sabiendo, al momento de celebrar el acuerdo de unión civil, que así lo establece la ley y, de todas maneras, haber prestado su consentimiento.

Estas diferentes respuestas doctrinales no son, en nuestra opinión, acertadas en cuanto al fundamento de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil, toda vez que nosotros

consideramos que la respuesta a la pregunta sobre cuál es el fundamento de la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil, consiste en el reconocimiento implícito de los deberes de fidelidad y de cohabitación que se deben recíprocamente los convivientes civiles. Como bien pudimos observar, el legislador contempló de manera explícita sólo dos obligaciones/deberes, el de ayuda mutua y el de contribuir con los gastos generados de la vida en común. Sin embargo, el hecho de que solo se regulen en la ley N° 20.830 estas dos obligaciones/deberes no excluye la posibilidad de la existencia de más deberes que se deban de manera recíproca los convivientes civiles; es, por tanto, factible inferir otras obligaciones y otros deberes, trabajo que realizan autores como Javiera Verdugo y el profesor Mario Opazo. Es en consideración de la opinión de este último autor que hemos fundamentado nuestra respuesta.

En relación a lo anterior, el profesor Mario Opazo nos indica que es posible inferir la existencia del deber de fidelidad en el acuerdo de unión civil, a través de una serie de razones que expone, razones que hemos acogido en nuestro trabajo y que nos permiten sostener, no solamente la existencia del deber de fidelidad, sino que, también la existencia del deber de cohabitar.

Por tanto, en razón de la propia definición legal del acuerdo de unión civil, la falta de taxatividad del artículo 2 de la ley N° 20.830, la buena fe integradora, la historia fidedigna de la ley y la situación de las simples uniones de hecho, hemos concluido que existe, entre los convivientes civiles, el deber de mantener relaciones sexuales entre sí y, además, la exclusividad sexual, lo que viene a justificar la presunción de paternidad en el acuerdo de unión civil. De modo tal que, dado el deber de cohabitar y el de fidelidad, se justifica plenamente que los hijos nacidos de la conviviente civil mujer se consideren, a su vez, hijos de su conviviente civil varón. Lo anterior resulta del mismo ejercicio lógico que se hace en el caso del matrimonio, esto es, el de inferir que si entre los convivientes civiles existe deber de mantener relaciones sexuales y la exclusividad sexual, será correcto considerar que los hijos que nazcan serán de ambos convivientes civiles de diferente sexo, por lo que, resulta justificada la presunción de paternidad en el reconocimiento implícito de estos deberes.

Bibliografía.

- Barrientos Grandón, Javier (2008), *De las Uniones de Hecho. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia* en Lexisnexis, Santiago.

- Boetsch Gillet, Cristián (2011), *La Buena Fe Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Carreta Muñoz, Francesco y Greeven Bobadilla, Nel (2020), *Normativa en materia de filiación*, Academia Judicial de Chile, publicación 9, disponible en file:///run/arc/sdcard/write/emulated/0/Documents/tesina/07_Normativa%20Filiación_Pub%2009%20(1).pdf Última visita.
- Corral, Hernán (2016): “Sobre la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil: una primera (y crítica) mirada” en *Revista de Derecho de Familia*, Vol. I, Thomson Reuters, Santiago.
- Del Picó Rubio, Jorge (2016), “El Acuerdo de Unión Civil: Concepto, Elementos y Efectos del Régimen Civil de las Uniones Afectivas de Convivencia en la Ley N° 20.830”, en *Revista de Derecho de Familia* Vol. I, N° 9, Thomson Reuters, Santiago.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2016), “El Acuerdo de Unión Civil: desafíos para su interpretación” en *Estudios de Derecho Familiar I*, Thomson Reuters, Santiago.
- Gandulfo Ramírez, Eduardo (2014), “Revisión de la Paradoja de la Regla de Paternidad Marital un Examen Analítico” en *Revista de Derecho Universidad de Chile* N°5.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007), *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2017), “El Elemento Fundamental de la Determinación de la Filiación es la Voluntad”, en *Revista Universitaria de Investigación Jurídica Ad Libitem*, La Serena.
- Opazo González, Mario (2015), “¿Tienen los Convivientes Civiles el Deber de Guardarse Fe?”, en *Estudios de Derecho Civil XI- Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Concepción, Thomson Reuters, Santiago.
- Opazo González, Mario (2016), “Ley de Acuerdo de Unión Civil: Tres Cuestiones Pendientes en Materia de Filiación” en *Revista de Derecho de Familia*, Vol. II, N°10, Thomson Reuters, Santiago.
- Opazo González, Mario (2017), “¿Es Realmente un Contrato el Acuerdo de Unión Civil?” en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado, N°33.
- Opazo González, Mario (2020), *Apuntes Curso Derecho de Familia*, Universidad Valparaíso.

- Opazo González, Mario (2020), “*La buena fe familiar como un nuevo argumento para sustentar la procedencia de una acción indemnizadora entre los miembros de la familia*” en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado, N° 39.
- Otárola Espinoza, Yasna (2009), “*Del Adulterio a la Infidelidad. Concepto y Contenido Actual del Deber de Fidelidad*” en *Revista de Derecho Universidad Gabriela Mistral*.
- Ramos Pazos, René (2010), *Derecho de Familia*, Tomo I, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Ramos Pazos, René (2010), *Derecho de Familia*, Tomo II Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Rodríguez Grez, Pablo (2016), “*Acuerdo de Unión Civil*”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 33-Enero, Universidad del Desarrollo.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2018), “*El Acuerdo de Unión Civil en Chile. Acuerdo y Desaciertos*” en *Revista Ius et Praxis* año 24, N°2.
- Tapia Rodríguez, Mauricio (2016), “*Acuerdo de Unión Civil: Una Revisión de su Justificación, Origen y Contenido*” en *Estudios de Derecho Familiar I*, Thomson Reuters, Santiago.
- Verdugo Toro, Javiera (2016), “*Obligaciones de los Convivientes Civiles entre Sí*”, en *Estudios de Derecho Familiar I*, Thomson Reuters, Santiago.