

Posesión Notoria del Estado Civil de Hijo

Análisis de su aplicación en Chile.

Camila Aravena Vera

Profesora guía: Muriel Sabioncello Soto

Valparaíso, enero 2018

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

TEMARIO

| | | |
|-------|---|----|
| I. | Resumen y palabras claves..... | 3 |
| II. | Introducción..... | 4 |
| III. | Nociones fundamentales..... | 6 |
| | 1) Breve evolución histórica del régimen de filiación chileno en relación a la posesión notoria del estado civil de hijo..... | 6 |
| | 2) Concepto de Posesión notoria y características..... | 9 |
| | 3) Verdad biológica..... | 12 |
| | 4) Naturaleza jurídica: medio de prueba..... | 14 |
| IV. | Situación actual de la Posesión Notoria del estado civil de hijo en Chile..... | 15 |
| | 1) Tendencia jurisprudencial. Una postura estricta..... | 15 |
| | 2) Principios en la aplicación jurisprudencial..... | 18 |
| | 2.1. Derecho de identidad filiativa..... | 18 |
| | 2.2. Interés Superior del niño..... | 19 |
| | 2.3. Igualdad de trato..... | 22 |
| | 2.4. Derecho a ser oído..... | 24 |
| V. | Posesión Notoria del estado civil de hijo en el derecho comparado..... | 27 |
| | 5.1. Ecuador..... | 27 |
| | 5.2. Colombia..... | 28 |
| | 5.3. Uruguay..... | 30 |
| | 5.4. Argentina..... | 32 |
| VI. | Ventajas y desventajas de la regulación de la posesión notoria en Chile..... | 33 |
| | 1) Ventajas..... | 34 |
| | 1.1 Estabilidad del niño y familiar..... | 34 |
| | 1.2 Seriedad de la institución de la posesión notoria del estado civil de hijo..... | 34 |
| | 2) Desventajas..... | 34 |
| | 2.1 La insuficiencia del elemento trato..... | 35 |
| | 2.2 Mayor vulneración de principios..... | 35 |
| VII. | Propuesta al tratamiento de la Posesión notoria del estado civil de hijo..... | 36 |
| VIII. | Conclusiones..... | 38 |
| IX. | Bibliografía..... | 39 |

I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVES

La presente investigación es un estudio de la posesión notoria del estado civil de hijo, analizando su origen, su relación con la verdad biológica, su situación actual, sobre todo lo que respecta a los principios inspiradores de la Ley 19.585 y como estos se van adecuando según la posición que tomen los tribunales al caso concreto. Además, se hace un análisis comparado, que deja en evidencia la gran similitud que se tiene respecto a la regulación que se le da en otras normativas. Por último, se realiza una propuesta a la regulación chilena del tema en comento, para corregir los principales problemas identificados a lo largo del trabajo.

Palabras claves: Filiación, posesión notoria, verdad biológica, identidad, interés superior del niño.

II. INTRODUCCIÓN

La determinación de la filiación es un tema transcendental tanto para la sociedad, como para los propios sujetos, ya que existe una necesidad natural de todo ser humano de conocer su procedencia y determinar su identidad.

Con el paso del tiempo encontramos grandes avances y cada vez es más fácil determinar la filiación de una persona (a través de pruebas periciales biológicas principalmente), pero no hay que desconocer la existencia de una institución de larga data en esta materia, como lo es la posesión notoria del estado civil de hijo.

La posesión notoria del estado civil de hijo consiste en que el “ (...) padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”, definición otorgada por el artículo 200 del Código Civil Chileno, el cual junto con el artículo 201 del mismo código, regulan a la posesión notoria del estado civil de hijo, normas que han permanecido prácticamente inmutables en cuestiones de fondo desde la entrada en vigencia del Código Civil.

Como se desprende de su propia definición, la posesión notoria no determina por sí sola la filiación, sino que su fin es actuar como medio de prueba dentro de un juicio de filiación, donde -se supone- que debidamente acreditada se preferirá por sobre las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otra, aunque en la segunda parte del artículo 201 se señalan que en caso de inconveniencia prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

El propósito de esta investigación, es abordar dicho medio de prueba e identificar cómo se aplican las normas pertinente de esta institución en la práctica, viendo su evolución, su calidad de excepción de la verdad biológica y encontrar los posibles fundamentos que llevan a la jurisprudencia a decidir la mayoría de la veces por la verdad biológica, identificando la gran importancia que tiene la posesión notoria del estado civil de hijo en la sociedad, aún en una época donde se puede saber con tanta certeza el origen biológico de una persona, pero que aquello no le debe restar importancia a la verdad social directamente ligada con los lazos afectivos e integridad de una persona, por eso, se analizarán los principios directamente relaciones con la posesión notoria del estado civil de hijo y su papel en la práctica, siguiendo con un análisis

comparado que demostrará que las diferencias son más bien pocas en relación a la regulación nacional con la extranjera cuando de posesión notoria del estado civil de hijo se trata, pero que a pesar de eso, las pequeñas diferencias podrían ayudar a corregir los problemas que se derivan de la prácticamente inmutabilidad de la posesión notoria y los que nacen de la postura estricta que tienen los tribunales de justicia chilenos cuando de acogerla se trata.

III. NOCIONES FUNDAMENTALES

- 1) Breve evolución histórica del régimen de filiación chileno en relación a la posesión notoria del estado civil de hijo.

Con el paso del tiempo el sistema filiativo chileno ha sido objeto de grandes transformaciones en lo que respecta a su regulación, esto porque se ha tenido que ir adaptando a los diversos cambios efectuados por la sociedad, los cuales son evidentes al hablar cualquier tema que se refiera al Derecho de familia, la que podríamos configurar como la rama del Derecho Civil que más cambios ha tenido debido a la evolución experimentada por quien configura su objeto de regulación, la familia.

Si nos remontamos a un comienzo en materia filiativa en Chile, nos encontramos con las Leyes de Toro y las Siete Partidas, fuentes principales de esta materia en la época colonial.

En relación a las Siete Partidas, es en la Partida Cuarta¹ donde se regulaban distintos ámbitos del Derecho de familia, dentro de la cual queda en evidencia que se distinguía entre los hijos legítimos (regulados en el título 13) y los hijos ilegítimos (regulados en el título 15), dentro de los cuales a su vez se distinguía entre los hijos naturales y simplemente ilegítimos.

En cuanto a la determinación de la paternidad en relación a los hijos ilegítimos existían distintas presunciones que los favorecían en los juicios de filiación, estableciéndose a la posesión de la calidad de hijo natural como una ellas², lo que se podría conocer como un primer antecedente de lo que hoy se conoce como posesión notoria del estado civil de hijo.

El sistema de clasificar a los hijos se mantuvo en el Código Civil chileno originario, lo que es muestra de cómo en la época de dictación de nuestro Código Civil era de gran importancia la institución del matrimonio y otros principios conservadores. Al respecto, René Ramos Pazos señala que: “una de las ideas fundamentales del Código Civil fue la distinción entre la filiación legítima, natural e ilegítima, y la protección que se otorgó a la primera. En términos generales,

¹ ALFONSO X EL SABIO (1265): Las Siete Partidas. En: *Biblioteca Virtual Universal*. [Fecha de consulta: 08/agosto/2017], Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>.

² DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1978): Estatuto del hijo ilegítimo en el Derecho Indiano, En: *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, N°3, p.122.

esta situación se mantuvo inmovible hasta el año 1952, en que la Ley N° 10.271 mejoró sustancialmente la situación de los hijos naturales”³.

En lo que respecta a la posesión notoria, la Ley N° 5750 de 1935, sobre “Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias”, si bien no consideraba la posesión notoria como una forma de constituir el estado civil de hijo, la mencionaba de alguna manera como forma para que un hijo ilegítimo pueda pedir alimentos, modificando el artículo 280 del Código Civil, en su numeral cuatro quedando de la siguiente manera: “Si el presunto padre o madre hubiere proveído o contribuído al mantenimiento y educación del hijo, en calidad de tal, y de ello existiere un principio de prueba por escrito”, donde queda en evidencia que se exigía un requisito adicional que es el principio de prueba por escrito.

Donde se establece una posesión notoria más similar a lo que se conoce hoy en día es con la ya mencionada Ley N° 10.271 que modificaba el Código Civil, la cual señalaba en su artículo 271 los que se consideraban los hijos naturales, el cual incluía en su numeral tercero a “Los que hubieren poseído notoriamente, a lo menos durante quince años consecutivos, la calidad de hijo respecto de determinada persona. La posesión de dicha calidad consiste en que su padre o madre le haya tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos, y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal. La posesión notoria deberá probarse por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. La prueba de testigos no bastará por sí sola para acreditarla”.

Posteriormente, sin duda la gran modificación en materia de filiación vino con la Ley N°19.585 de 1998, la cual viene a atenuar la especial protección dada a los hijos legítimos ⁴, la cual como señala René Ramo Pazos “era indispensable y urgente corregir. Había un imperativo moral y jurídico. Pero había también un imperativo constitucional y de responsabilidad del

³ RAMOS PAZOS, René (2010): *Derecho de Familia*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.400.

⁴ Al respecto, Carmen Domínguez Hidalgo señala: “La protección especial de la familia legítima (...) ha quedado virtualmente suprimida mediante la igualación de los derechos conferidos a los antiguos hijos legítimos y naturales, hoy de los hijos de filiación determinada, esto es matrimoniales y no matrimoniales, finalmente efectuada por la Ley 19.585. Decimos finalmente efectuada por esta ley pues, en verdad, la aproximación de la situación jurídica entre ambos estatutos filiativos se había ido produciendo paulatinamente a través de sucesivas reformas (...)”. DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 2. P. 208.

Estado de Chile frente a la comunidad internacional, que obligaba a reparar esta situación ajustando nuestra legislación positiva a la Constitución y a los Tratados vigentes ratificados por Chile. A eso obedeció la dictación de la ley 19.585”⁵.

Es así como esta ley viene a establecer los mismos derechos a los hijos⁶, aunque no del todo, ya que, “si bien declara en una parte la consideración de igualdad de todos los hijos, mantiene la distinción legal entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial (así como la filiación no determinada que sustituye a los antiguos hijos simplemente ilegítimos). Por lo tanto, la igualdad se refiere a los efectos de la filiación (derechos alimenticios y hereditarios), pero no al estado civil en sí mismo considerado, que continúa teniendo una estructura interna diferenciada (de allí las diferentes formas de determinación, de impugnación, reclamación y repudiación que se observan para los hijos matrimoniales y para los hijos no matrimoniales)”⁷. Pero, a pesar de lo anterior, es innegable que con esta reforma “es posible advertir que el legislador chileno cesa en su pretensión de reconocimiento exclusivo de un modelo de familia (legítimamente constituida, usando la antigua terminología legal) para ampliar la protección hacia otras formas familiares, existentes en la realidad, pero hasta el momento ignoradas o repudiadas por el Derecho”⁸.

En lo que se refiere a la posesión notoria del estado civil de hijo, durante la tramitación del proyecto, se sostuvo un “choque de concepciones entre “biologismo” y “sociologismo renovado” de la filiación. En sus inicios, el proyecto optaba por el principio de veracidad biológica, casi sin matices. En la discusión en el Senado comenzaron las dudas y se planteó el rol de la posesión de estado en contraste con las pruebas biológicas”⁹.

⁵ RAMOS PAZOS, René (1999): Análisis crítico de la Ley N° 19.585. En: *Rev. Derecho* (Valdivia) vol.10 N°1. [fecha de consulta: 20/septiembre/2017], Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000200012&script=sci_arttext.

⁶ Se suele decir que la Ley N° 19.585 iguala a todos los hijos, lo cual no es del todo cierto, al respecto René Ramos Pazos señala” Con alguna ligereza se afirma que la ley 19.585 iguala a todos los hijos. La verdad es que los hijos no pueden igualarse, porque no son iguales, desde que unos tienen su origen dentro del matrimonio de sus padres y otros no lo que hace que se encuentren en una situación de hecho diversa, que la ley no puede cambiar pero que debe regular, con el objeto de que todos tengan los mismos derechos. Así las cosas, lo correcto es decir que la ley 19.585 iguala los derechos de todos los hijos (...)”. RAMOS PAZOS, René (1999): Análisis crítico de la Ley N° 19.585, cit. (N. 5). Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000200012&script=sci_arttext.

⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): La familia en los 150 años del Código Civil chileno. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 32, N°3, p. 434.

⁸ ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo (2014): “Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N°1, pp.284-285.

⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XX, p.41.

Dentro del Primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados, el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, expresa dos ideas claves evidencia de los grandes cambios, la primera es que ahora la posesión se aplica a toda clase de hijos, ya que se elimina la distinción entre los hijos y la segunda es que el proyecto reduce el plazo de la posesión notoria de diez años a cinco años, ideas establecidas en los artículos 311 y 312 respectivamente¹⁰.

Siguiendo la historia de la ley, la posesión notoria del estado civil de hijo, fue objeto de gran discusión durante los diversos trámites, las que iban de cómo la iban a probar, si era factible para que el juez determine algo tan importante el que sólo sean cinco años, cuáles iban a ser las palabras exactas con las que se expresaría en el Código Civil e incluso con posiciones en contra de que siguiera existiendo, tal como se refleja en la historia de la Ley N° 19.585 , durante la discusión del proyecto en el segundo trámite constitucional, donde el Senador de la época José Antonio Viera-Gallo estableció que: “no le satisfacía la mantención de la institución de la posesión notoria, que sí se explicaba en otras épocas, en las que no existían métodos científicos de investigación de la filiación que ofrecieran el grado de certeza que se obtiene hoy. En la época actual, la posesión notoria, a su juicio, puede servir más bien para entorpecer o impedir la determinación de la verdadera paternidad o maternidad que para favorecerla”¹¹.

Hoy en día la posesión notoria del estado civil de hijo la encontramos en los artículos 200 y 201 del Código Civil chileno, donde se configura de manera menos estricta y más beneficiosa para la persona de quien se determina, lo que va en directa relación con el desarrollo y evolución de los distintas normas y principios inspiradores en la actualidad.

2) Concepto de Posesión Notoria y características.

Antes de señalar un concepto de posesión notoria del estado civil de hijo, es necesario aclarar que la filiación “es una relación jurídica que existe entre dos personas, una de las cuales se ha

¹⁰ Historia de la Ley N° 19.585 (1998). Diario Oficial. p.95.

¹¹ Historia de la Ley N° 19.585, cit. (n.10) P. 1039.

designado jurídicamente como padre o madre de la otra”¹², y que el efecto de ésta es la determinación del estado civil de hijo o hija.

El estado civil, es definido en el Código Civil, en el artículo 304, el cual establece que “El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, definición criticada por considerarse deficiente, por lo cual, se han propuestos distintos conceptos doctrinarios, definiéndose generalmente como “la calidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad y derivada de sus relaciones de familia”¹³.

En cuanto a las características del estado civil, este es un atributo de la personalidad, lo que implica que toda persona debe tener un estado civil, esto implica que: “1) Es permanente; 2) es atributo exclusivo de las personas naturales; 3) es único e indivisible, por lo que no se puede ostentar frente a ciertas personas un estado determinado y frente a otro uno distinto e incompatible con él. Pero esto es en relación con el hecho generador que le da origen, por lo que no se puede ser soltero y casado a la vez, pero sí hijo matrimonial y casado”¹⁴.

Para probar el estado civil, existen distintos medios pruebas, dentro de los cuales se encuentran, las partidas del Registro Civil y otro tipo de documentos auténticos, fallo judicial que determine la filiación, testigos y finalmente, la posesión notoria que sirve para probar el estado civil de casado y de hijo.

Respecto de la Posesión Notoria de la Calidad de hijo de su definición la encontramos en la mismo Código Civil, pues en su Artículo 200 inciso segundo se establece que consiste en que “su padre o madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”.

Un concepto doctrinal y diferente al legal – pero no por eso contradictorio – es el que entrega Maricruz Gómez, quien señala que “la posesión notoria del estado de hijo constituye una especie de reconocimiento de hecho o social, de la paternidad o maternidad. Se da cuando al hijo se le

¹² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007): *El sistema filiativo chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.53.

¹³ DUCCI CLARO, Carlos (2010): *Derecho Civil. Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, p.131.

¹⁴ LOPEZ DÍAZ, Carlos (2005): *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I*, Santiago, Librotecnia, p.50.

nombra, se le trata y se le conoce como tal, durante un tiempo prolongado. Puede que biológica o genéticamente no lo sea, pero socialmente lo aparenta”¹⁵, el cual destaca por sobre todo el papel que juega la sociedad para que se compute la posesión notoria, lo cual también hace la definición legal.

Examinando las definiciones antes dadas, tanto el concepto legal como el doctrinal, nos damos cuenta que la posesión notoria del estado civil de hijo “contiene los requisitos tradicionales de toda posesión notoria: trato, nombre y fama”¹⁶, de lo cual se determina que, “es necesario que [se] haya utilizado el nombre a que da derecho el Estado Civil que ha poseído; que haya sido tratado por las personas vinculadas por dicho estado como titular de tal, lo cual constituye el elemento del trato y; desde el punto de vista externo, la fama implica que la sociedad circundante lo haya tratado y considerado siempre como poseedor del Estado Civil que alega tener”¹⁷.

En lo que respecta a los requisitos para probar la Posesión Notoria estos son: a) haber durado a lo menos cinco años continuos y b) los hechos que la constituyen deben probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable¹⁸, los cuales se derivan del inciso primero del mismo Artículo 200 antes mencionado¹⁹.

En relación al primer requisito, este es al tiempo exigido, ha ido disminuyendo con las diversas modificaciones que ha tenido el Código Civil, llegando a cinco años actualmente.

Respecto al segundo, de “un modo irrefragable” lo podemos entender como prueba plena o completa, es decir, “(...)incontrarrestable, pues una vez apreciada y aceptada por el tribunal como

¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, cit. (n.12), p.87.

¹⁶ RAMOS PAZOS, René, cit. (n.3), p.437.

¹⁷ CABALLERO ZANZO, Francisco (1998): *La posesión notoria del Estado Civil y los sistemas de información*. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N°XIX, p.137.

¹⁸ Un ejemplo donde se podrían dar los dos requisitos es el caso en que el supuesto padre a otorgado alimentos y educación a un hijo por más de cinco años continuos y todos los vecinos, amigos y familiares lo identifican como padre de quien se imputa posesión notoria.

¹⁹ Artículo 200. La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

plena, es bastante para establecer la verdad jurídica, la que, reconocida por sentencia ejecutoriada, resulta inamovible".²⁰

Admitido lo anterior, cabe referirse al Artículo 201²¹ del Código Civil, que es donde está precisamente la importancia de la posesión notoria actualmente, esto es su preeminencia frente a la prueba pericial biológica en caso de entrar conflicto con éste, salvo que el juez estimare que existieren graves razones²² que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar esta regla, caso en el cual prevalecerá la prueba de carácter biológico, de lo cual se determinará que siempre debe primar el interés del hijo.

Es así como podemos apreciar que nuestro ordenamiento jurídico pondría en supremacía la estabilidad o los lazos afectivos por sobre la verdad filiativa biológica.

3) Verdad biológica.

Es un hecho que en la actualidad la prueba por antonomasia en los juicios de filiación es la pericial biológica²³ (entre las cuales se encuentran la prueba de los grupos sanguíneos, prueba antropométrica y la prueba de ADN) debido a la certeza que otorga, lo que responde no sólo a cambios culturales e ideológico, sino a los innegables avances científicos, lo cual va en contra posición directa con el principio base de la posesión notoria del estado civil de hijo que sería más bien una verdad social .

²⁰ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (1996), Repertorio de Legislación y Jurisprudencias chilenas: Código Civil y Leyes complementarias, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, p.105.

²¹ Artículo 201. La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

²² En lo que acontece a las graves razones, el primer informe de la Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento señala que: *"en determinadas circunstancias la aplicación de esta regla sería inconveniente para el hijo, lo que es evidente, por ejemplo, en el caso de que la posesión notoria derive de la perpetración de un delito, como el de sustracción de menores o de sustitución de un niño por otro, contemplados en los artículos 142 y 353 del Código Penal"*. Historia de la Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación. (1998). Diario Oficial, 26 de octubre, p.383.

²³ La supremacía e importancia de las pruebas periciales de carácter biológico está establecida de manera expresa en el inciso segundo del artículo 199 del Código Civil, el cual establece que: *"El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla"*.

La verdad biológica se relaciona directamente con uno de los principios ordenadores básicos de la Ley N°19.585 que es el derecho de identidad, el cual, “como se desprende del Mensaje del Ejecutivo, también expresado en la ley, bajo el Título “De las Acciones de Filiación”, desde luego comprende el derecho de todo individuo a conocer su origen biológico, lo cual se traduce (...) en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consecuentemente, a tener la relación padre o madre e hijo que surge del nexo biológico, lo que también implica (...) hacer prevalecer la verdad real o biológica por sobre la verdad formal, siendo esenciales al respecto los artículos 195, 198 y 199 del Código Civil, que en términos generales y de un modo amplio, hacen posible la investigación de la paternidad o maternidad”²⁴, además, que tal derecho se encuentra consagrado en los artículos 7 y 8 de Convención de los Derechos del niño y en los artículos 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por tanto, queda en evidencia la importancia que se le da a la determinación de la verdad biológica tanto en el ordenamiento jurídico nacional y a través de distintos instrumentos internacionales.

En relación al procedimiento a seguir en caso de las pruebas periciales biológica estas “se deben practicar por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. En nuestro país los laboratorios son idóneos cuando están acreditados por la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Salud, organismo dependiente del Ministerio de Salud, y única entidad válida para autorizar el funcionamiento de laboratorios en Chile. Las partes tienen derecho a solicitar, por una sola vez, un nuevo informe pericial biológico (artículo 199 CC). La prueba más importante de este tipo es la prueba de ADN mediante muestra de sangre (aunque la saliva o cualquier otra muestra biológica es útil para realizar este estudio), ello por cuanto el ADN contenido en la sangre posee patrones genéticos individuales que se van transmitiendo de generación en generación, siguiendo un modelo compartido de herencia entre los padres y sus hijos. El examen busca determinar o descartar lazos sanguíneos de paternidad o maternidad para lo cual se analizan genéticamente las muestras de sangre de todas las personas involucradas: madre, hijo, presuntos padres, y se hace la comparación de regiones específicas del ADN de los participantes. La ley no establece su valor probatorio, sino que faculta al juez para

²⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1325-2004, de fecha 05 de mayo de 2005.

que, si lo estima, dé a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla, según el caso”²⁵.

Otra arista interesante de la verdad biológica, es que esta no sólo beneficia al hijo como se pondría pensar de manera preliminar, “sino [que está establecida] como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos. En suma, el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: verita libera nos (la verdad nos hará libres)”²⁶. Sin embargo, la verdad biológica se relaciona directamente como un beneficio del hijo, que va más allá de la necesidad material y afectiva de parte de sus progenitores, sino que, vinculado con la necesidad de pertenecer y saber en el fondo de dónde se viene y quien se es. “De allí que rápidamente se haya conectado el principio de verdad biológica, como un derecho del hijo, y más específicamente, del hijo a construir su propia identidad. El principio asume entonces la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango: tratados internacionales y constituciones”²⁷.

Es así como queda en evidencia la supremacía de la verdad biológica; la posesión notoria vendría a ser una limitación a última, de manera que, aunque no sea biológica o genéticamente el padre o madre, lo aparenta y prima cuando se den los requisitos que establecen expresamente los artículos 200 y 201 del Código Civil chileno, tal como manifiesta la Corte Suprema en una sentencia del 01 de octubre de 2012 la que señala: “ante esta contrariedad el legislador ha preferido la que representa una realidad consolidada, elección que se sustenta en el reconocimiento de que la paternidad y maternidad ejercidas como tales, generan un nexo que trasciende a lo puramente biológico, atenuándose los efectos del factor genético en materia de determinación de la filiación, brindándosele protección al hijo y a la familia a la que el mismo pertenece”²⁸.

²⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2015): “*Las pruebas biológicas en juicios de filiación y derecho de identidad*”. El Mercurio Legal, Santiago.

²⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos” En: *Revista Iur et Praxis*, N°16, p.61.

²⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, cit (n.26), p.61.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 3509-2012, de fecha 01 de octubre de 2012.

4) Naturaleza jurídica: medio de prueba.

Un aspecto importante de aclarar para efectos de entender la manera en que nuestra legislación y nuestra jurisprudencia entiende la posesión notoria del estado civil de hijo, es que esta es un medio de prueba y no una acción especial para determinar la filiación, esto quiere decir que es necesario que para que se acoja se ejerza la acción de filiación que corresponda según la ley.

Manifestación de la afirmación anterior, las encontramos en distintas sentencias, como lo es la de la Corte Suprema Rol 2564-2006, de 25 de septiembre de 2006, donde en su considerando sexto señala que “en conformidad con lo que dispone el artículo 200 del Código Civil, el juez de familia puede dar por determinada la filiación si se establece la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona, siempre que se prueben los presupuestos previstos en la norma. La posesión notoria no es, así, una acción especial, sino un medio de prueba en el juicio de filiación, según se desprende de la interpretación armónica de la ley. En efecto, lo anterior resulta de relacionar el artículo 200 del Código Civil –ubicado en el párrafo de las Reglas Generales del Título VIII que regula las acciones de filiación– con las normas de los artículos 201 e inciso segundo del artículo 309, ambos del mismo cuerpo legal, por cuanto el primero previene que la posesión notoria prefiere a las pruebas periciales de carácter biológico y el segundo dispone que “el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios de prueba previstos en el Título VIII”²⁹. La sentencia citada, considera improcedente la solicitud por ser presentada como gestión voluntaria que invoca la posesión notoria del estado civil de hijo, declarando que nunca se dedujo la acción para la reclamar la filiación en la forma establecida por el legislador.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO EN CHILE

1) Tendencia jurisprudencial. Una postura estricta.

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2564-2006, de 25 de septiembre de 2006, considerando 6°.

Si bien existen sentencias para ambos lados, la tendencia de los tribunales ha sido no acoger la posesión notoria para efectos de determinar la filiación, es decir, existe una postura más bien rígida cuando de posesión notoria del estado civil de hijo se trata, de la cual se derivan diferentes problemas, que se analizarán a continuación.

El artículo 200 establece los requisitos de la posesión notoria de la calidad de hijo que sirven para tener por acreditada la filiación de una determinada persona, los cuales han sido aplicados con rigidez por parte de los jueces, lo que puede traer consecuencias negativas, tanto para el padre o madre o para quien se busca determinar su filiación, esto porque puede afectar la estabilidad familiar, la identidad, igualdad, interés superior del niño, derecho a ser oído, entre otros derechos que se pueden ver involucrados sobre todo en el caso de quien se busca determinar su filiación.

Un aspecto a analizar, es la exigencia sobre las pruebas exigidas para probar la posesión notoria de la calidad de hijo. El artículo 198, limita en su inciso segundo la prueba testimonial, estableciendo que para los juicios de filiación “(...) será insuficiente por sí sola la prueba testimonial (...)”, idea que refuerza el artículo 200 cuando establece que para probar la posesión notoria se deben presentar “testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”.

La idea de limitar la prueba testimonial, está en directa relación con la necesidad de certeza y se relaciona, además, con que esta “ha perdido valor ante los ojos del legislador por la facilidad con que puede ser fabricada por litigantes de mala fe, resultando, por consiguiente, peligrosa”³⁰.

La Corte Suprema ha sido rígida en cuanto a prueba testimonial se trata, lo que queda de manifiesto en la sentencia del 27 de octubre de 2011, al acoger el recurso de casación en el fondo, al estimar que los jueces incurrieron en error al interpretar los artículos 198 y 200, así en el considerando décimo quinto señala que “los jueces del fondo acogieron la acción de reclamación de paternidad intentada respecto del demandante D.R.R., teniendo para ello por establecida la posesión notoria del estado civil de hijo del causante cuya paternidad se reclama, sobre la base de la sola prueba testimonial rendida, sin que existan otros antecedentes que con su mérito aporten elementos que permitan tener por configurado dicho medio probatorio y, por ende, la

³⁰ RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio (2010): *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago: Editorial jurídica de Chile, p.63.

filiación que se pretende, -desconociendo la prohibición que en este sentido establece la ley, en el citado artículo 198 del Código Civil, resultaba del todo improcedente³¹”.

El problema que puede traer esta postura en cuanto a la prueba testimonial, es que, aunque si bien responde al mandato de normas expresas, puede dificultar la prueba de los elementos de la posesión notoria, a saber, nombre, trato y fama, sobre todo en cuanto al trato, y peligrar la finalidad de los artículos 200 y 201 del Código Civil.

Otro aspecto donde se ve una postura estricta es en cuanto a la cantidad de tiempo exigida para acreditar la posesión notoria. La jurisprudencia si bien ha acogido excepcionalmente la posesión notoria en circunstancias aún aunque no haya durado cinco años, la tendencia es a no hacerlo, tal como lo hace la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 03 de noviembre del 2015, donde señala que: “es posible concluir que no se encuentra acreditada la posesión notoria del estado civil del menor de autos respecto del demandado P.S. por el tiempo que la ley exige, esto es, cinco años continuos, razón por la cual no puede ser aceptada por esta Corte como alegación suficiente para conservar una filiación matrimonial dubitada, frente a una paternidad biológica acreditada a través de la pericia científica, no objetada”³².

Del mismo modo, otro ejemplo de esta postura lo vemos en la sentencia de la Corte Suprema de 05 de mayo de 2005 anteriormente mencionada, la cual en su considerando vigésimo cuarto establece que: “es posible concluir que se encuentra acreditada una posesión notoria del estado civil de hijo respecto del demandado de poco más de tres años, motivo por el cual no cumple con la duración mínima exigida por el legislador en el artículo 200 del Código Civil, razón por la cual no podrá ser considerado por este tribunal como alegación suficiente para conservar una filiación matrimonial dubitada por una paternidad biológica plenamente acreditada”³³.

Pero, ¿qué problema puede traer una interpretación tan rígida en lo que refiere a la posesión notoria de la calidad de hijo? Un problema que podemos identificar es que puede ir contra el espíritu de la norma, lo cual nos queda en evidencia en la discusión por sobre todo del proyecto de ley N°19.585, que como se manifiesta durante varias partes de la historia de la ley mencionada, es establecer un equilibrio entre la realidad biológica y la existencia de lazos afectivos y sociales, pudiendo por lo tanto estos criterios determinar la filiación incluso en contra de la verdad

³¹ Sentencia de la Corte Suprema Rol 2259-2011, de fecha 27 de octubre de 2011, considerando 15°.

³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol 351-2015, de fecha 03 de noviembre de 2015.

³³ Sentencia de la Corte Suprema, cit. (n.24), considerando 24°.

biológica, y de donde también queda en claro la postura partidaria por la flexibilidad que se tuvo durante la discusión del proyecto, abogando por la disminución de los años para constituirlo como tal, lo que finalmente bajó de diez años a cinco años, lo que se establece en favor de la estabilidad del hijo y la familiar.

Al respecto, se establece que “puede acontecer, excepcionalmente, que, en una ley sobre determinada materia, un artículo sea claro y preciso en sus términos formales, pero contradiga el sentido de toda la ley, de uno o más de sus preceptos o de otras leyes, que deban tener prevalencia. En tal evento, no obstante, el “tenor literal”, el intérprete deberá buscar el genuino sentido del precepto, recurriendo a otros elementos de interpretación, como el lógico o el histórico”³⁴.

Tomando en cuenta todo lo antes dicho, al momento de aplicar la normativa correspondiente, los jueces deben decidir acorde tanto a la norma expresa como a los principios inspiradores de la ley N° 19.585, a saber: “el de igualdad, el del interés superior del menor y el de la libre investigación de la paternidad y maternidad”³⁵.

2) Principios en la aplicación jurisprudencial.

2.1 Derecho de identidad filiativa.

El derecho de identidad es uno de los principios inspiradores y fundamentales de la Ley N° 19.585³⁶, el cual está reconocido de manera internacional en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (artículo 24 número 2 y 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 18) y la Convención de Derechos del Niño (artículo 7 y 8), en los cuales se le vincula directamente con la dignidad humana, lo cual también hace nuestra jurisprudencia nacional, tal como lo hace nuestro Tribunal Constitucional el cual “ha tenido

³⁴ LEÓN HURTADO, Avelino y MUJICA BEZANILLA, Fernando (1968): El tenor literal en la interpretación de la ley”, En: *Revista de derecho, jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo LCV, N°10, p. 225.

³⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, cit (n.12), p. 36.

³⁶ Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 06 de agosto de 2015, señala: “la doctrina nacional ha entendido que uno de los pilares de la reforma de la Ley N° 19.585 es el derecho a la identidad, entendido como el derecho de toda persona a conocer sus orígenes y saber (determinar) quiénes son sus padres, pues sólo así esa persona sabrá quién es (...)”. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2690, de fecha 06 de agosto de 2015.

oportunidad de pronunciarse sobre la vigencia del derecho a la identidad en nuestro ordenamiento y ha sustentado una posición favorable basada en su vinculación con el concepto de dignidad humana como en su consagración en tratados internacionales de derechos humanos³⁷. Un ejemplo de este criterio, se puede ver en el considerando décimo quinto de la sentencia del 13 de mayo de 2008 del Tribunal Constitucional, el cual establece: “El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio- la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales- pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”³⁸, planteamiento que se repite constantemente.

El derecho de identidad, se relaciona directamente con la verdad biológica, esto porque los avances de la ciencia permiten lograr con gran exactitud los orígenes de una persona en lo que respecta a sus lazos sanguíneos, lo que queda de manifiesto en el considerando cuarto de la sentencia de 29 de septiembre de 2008 de la Corte Suprema, en la cual señala que: “el examen de ADN, es la prueba que posibilita fehacientemente obtener la verdad real acerca de la identidad de una persona. Por la extraordinaria importancia que en esta materia tiene el peritaje biológico, el legislador se vio obligado a considerar la renuencia de uno de los litigantes a someterse a ella. La ley, según la antigua redacción del artículo 199 del Código Civil, que regía a la época en que se dispuso la medida en cuestión, otorgó a esta negativa el valor de presunción grave de paternidad, permitiendo al juez asignarle el valor de plena prueba”³⁹.

Pero, ¿cómo se configura entonces dentro de este paradigma la posesión notoria del estado civil de hijo? la respuesta la podemos ver en la misma jurisprudencia, donde la posesión notoria constituiría una excepción al derecho de identidad por su directa vinculación con la verdad biológica, aunque más que excepción es un ejercicio de ponderación que realizan los jueces cuando los otros principios y la primacía de la realidad y la verdad social es más importante

³⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n.26), p.63.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 834, de fecha 13 de mayo de 2008.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 5031-2008, de 29 de septiembre de 2008.

en los casos de aplicación. Lo anterior, se puede ver de manifiesto en el considerando séptimo de la sentencia de la Corte Suprema del 05 de diciembre de 2011, el cual señala: “cabe señalar que el derecho a la identidad es una de las bases esenciales que inspiran el nuevo estatuto filiativo y se expresa normativamente, entre otros, en el artículo 195 del Código Civil, al consagrar el derecho a la libre investigación de la paternidad o maternidad, con miras a la búsqueda de la verdad real o biológica sobre la verdad formal. Con esta inspiración, las pruebas periciales de carácter biológico son fundamentales para determinar la identidad de una persona como un derecho esencial. Sin embargo, el legislador reconoce excepciones a la búsqueda de esa verdad, haciendo primar la posesión notoria de estado civil si ella es contradictoria con la realidad biológica, facultando al juez para decidir lo contrario en aras de respetar el interés superior del niño, si existe grave inconveniente para este último”⁴⁰.

2.2 Interés Superior del niño.

El interés Superior del niño está regulado en diferentes instrumentos internacionales como en la Convención de Derechos del niño de 1959 y recogido de manera explícita por la Ley N°19.585⁴¹, lo cual deja en evidencia la gran importancia que se le da como instrumento y estándar jurídico, a lo que se agrega su reconocimiento en el artículo 16 de la Ley N° 19.968, donde se establece que el juez de familia “debe siempre considerarlo, principalmente en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”⁴².

El interés superior del niño es uno de los principios que más tiene aplicación en las sentencias donde se discute la posesión notoria del estado civil de hijo, esto puede ser en principio por su característica indeterminación, ya que se considera un principio de carácter abstracto, donde sus límites no están claramente establecidos, y su aplicación se hace acudiendo más a criterios de valor o experiencia, lo cual “facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose; no obstante, esa misma circunstancia le ha valido un gran número de críticas fundamentadas, esencialmente, en su alto grado de indeterminación”⁴³, por

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2907-2011, de 05 de diciembre de 2011.

⁴¹ Al respecto ver los artículos 242 inciso segundo, 222 inciso segundo, 225 inciso tercero, 229,234 inciso tercero,240 inciso segundo, 244 inciso tercero, 245 inciso segundo, 268 inciso segundo y 272 inciso segundo del Código Civil.

⁴² SILVA MONTES, Rodrigo (2009): *Manual de Tribunales de Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 24.

⁴³ PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTE, Isaac (2015): El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno. En:

lo cual, puede ser el principal fundamento tanto de la ley para establecer una institución que va en contra de la verdad biológica como es la posesión notoria del estado civil de hijo, y principal criterio para que el juez pueda optar por una interpretación no restrictiva de lo que establece la norma, como sería el caso en que optara por establecer la posesión notoria del estado civil de hijo aunque la cantidad de años en que se compute sea menor que la exigida por la ley cuando el interés superior del niño lo establezca como una necesidad en el caso concreto objeto de juicio, es así como se establece que el interés superior del niño en el Derecho Civil chileno es: “una composición necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo”⁴⁴.

Un ejemplo donde se puede ver que se utiliza como argumento el interés superior del niño en relación con la posesión notoria del estado civil de hijo, es en la sentencia del Tercer Juzgado Civil de Letras de Antofagasta, de fecha de 26 de enero de 2012, la cual trata de un caso de cambio de nombre, donde el adolescente de trece años desde los seis años de edad había sido reconocido con el apellido del cónyuge de su madre, quien no era su padre biológico, pero a quien reconocía como su padre, utilizando su apellido, y siendo reconocido socialmente como hijo de él. Es así como se señala en el considerando primero de la sentencia que: “(...) de ningún modo, la modificación del primer apellido de su hijo afectará a terceros, porque se trata de un niño de 13 años por el cual la ley debe velar, y evitar menoscabo moral y material del niño; debiendo primar el interés superior del niño. Que, de mantener, a su hijo con el apellido de su padre biológico, se seguiría afectando gravemente su autoestima, autoimagen y el desarrollo de su personalidad, ya que, reitera, no existe relación afectiva alguna con él”⁴⁵, decidiéndose finalmente el cambio de nombre del menor, ya que a criterio del tribunal decidir de una manera diferente, produciría un perjuicio al menor.

Pero en lo que respecta a la posesión notoria, no sólo se ve el interés superior del niño para darla por establecida, ya que el artículo 201 establece que ésta no se preferirá por sobre las

Rev. chil. derecho vol.42 N°.3. [fecha de consulta: 13/septiembre/2017], Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007.

⁴⁴ PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTE, Isaac, cit. (n. 43).

⁴⁵ Sentencia del Juzgado Civil de Letras de Antofagasta, Rol V 94-2011, de fecha de 26 de enero de 2012.

pruebas de carácter biológico, cuando “hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior”.

Es así como en el considerando tercero de la sentencia de 21 de octubre de 2013, la Corte Suprema señala que: “(...)es claro que el principio de la identidad biológica es fundamental en la actual legislación, lo que implica la prevalencia de la verdad real o biológica por sobre la verdad formal, lo que se aprecia en la fuerza probatoria otorgada a las pruebas periciales de carácter biológico, que sólo ceden, por orden expresa del legislador civil, ante la posesión notoria de estado civil, medio de prueba que servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que se contraponga a una filiación natural o biológica que se reclame y cumpla con sus requisitos, facultándose incluso al sentenciador a volver la verdad biológica cuando el interés superior del niño lo aconseje”⁴⁶, idea que se refuerza con la sentencia de 11 de octubre de 2011 de la Corte Suprema en su considerando décimo señala “ (...) sin embargo, la propia ley contempla la posibilidad de que la regla o principio antes señalado, sea alterado, como se desprende del inciso final del artículo 201 del Código Civil en comento, la que permite dar primacía a las pruebas de carácter biológico, de existir graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar el criterio o principio general que la misma estatuye; siendo, en definitiva, lo relevante el "interés del menor". Así se desprende por lo demás, de la historia fidedigna de la ley, al haber tenido en consideración la autoridad legislativa, que era necesario flexibilizar la solución para resolver casos en cuyo origen hubiere un ilícito y en todos aquellos en que el interés del hijo aconsejare dar prioridad a la verdad biológica”⁴⁷.

2.3 Igualdad de trato.

El principio de igualdad de los hijos está consagrado en la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 2, el cual establece 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 idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición eco-

⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4311-2013, de fecha 21 de octubre de 2013.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4709-2011, de fecha 11 de octubre de 2011.

nómica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Pese a lo claro que es lo anterior, y que el principio de igualdad es consagrado de manera más general en diferentes instrumentos, antiguamente el Código Civil discriminaba a los hijos según si habían nacido dentro o fuera del matrimonio, lo cual se mantuvo hasta 1998, fecha en que la Ley N° 19.585 “derogó muchas disposiciones que regulaban el establecimiento y determinación de la filiación y de alguno de sus efectos. Así, por ejemplo, el artículo 33 del Código Civil, con la nueva redacción señala: *la ley considera iguales a todos los hijos*”⁴⁸.

En lo que respecta a la posesión notoria del estado civil de hijo, sin duda la igualdad de trato es uno de los fundamentos para modificar la Ley, y quedar finalmente en cinco años como tiempo necesario para acogerla y no diez años como se hacía antes de la modificación que vino con la Ley N° 19.585. Pero, el problema está en lo que ocurre con los hijos menores de cinco años, los cuales se ven de algún modo afectados y sufrirían de un trato desigual únicamente por su edad y no cumplir con los requisitos de la configuración de años.

Las razones para establecer como requisitos el plazo de cinco años, no tienen grandes manifestaciones en la historia de la Ley N° 19.585, pero sí se puede presumir una que sería la importancia que se le da a la búsqueda de la verdad y el principio de la libre investigación cuando de la determinación de la filiación se trata, lo que relaciona con que sea cinco años, es decir, una cantidad no menor de años como requisito.

Al respecto, nos parece interesante señalar, el planteamiento del diputado de la época Zarko Luksic, quien manifestaba cierta dubitación acerca de la disminución de diez años a cinco años para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo, así en el Tercer trámite constitucional, manifiesta: “Me causan ciertas dudas las normas que establecen la posesión notoria de cinco años para acreditar la filiación, decisión o resolución que debe tomar el juez. Quizás, a primera vista el plazo debiera ser mayor, tal vez de diez años; pero lo importante al determinar la filiación, y en ese sentido me parece un acierto, es que se privilegia el afecto, la preocupación y el bienestar del presunto padre o madre sobre la vinculación o relación sanguínea. En este aspecto, se innova

⁴⁸ LEPIN MOLINA, Cristian (2014): Los nuevos principios de derecho de familia, En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23. P. 31.

en favor de la protección y beneficio del niño, para que sienta la seguridad y la certeza de que quien lo cuida y protege es su padre o su madre”⁴⁹.

Otro aspecto donde podemos ver en juego el tema de la igualdad en la posesión notoria del estado civil de hijo, es en el caso de la homoparentalidad y la posibilidad de establecer la posesión notoria del estado civil acerca de un padre o madre, que sea del mismo sexo, de quien actúa en representación del hijo respecto de quien se solicita. Un caso en relación a esto, ocurrió cuando con fecha de 26 de marzo del año 2015, el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago tuvo por no presentada la demanda de Claudia Amigo, quien actuaba en representación de su hija biológica Gabriela, para que se reconociera como segunda madre, a su pareja Claudia Calderón por cumplir con los requisitos que establece la ley para que se configure la posesión notoria del estado civil respecto de Gabriela. Esta resolución fue impugnada a través de un recurso de apelación, el cual fue rechazado.

La parte interesada presenta recurso de casación en el fondo, señalando como uno de sus argumentos, la vulneración a la igualdad de trato de la menor, donde alega “vulneración a los artículos 1, 19 N°3 y 76 inciso 2 de la Constitución Política de la República, artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles, por cuanto la decisión recurrida proporciona un trato distinto a personas en la misma situación, colocando a la niña en una posición desventajosa frente a niños hijos de padres heterosexuales, quienes disponen de todas las acciones de filiación que contempla el Código Civil”⁵⁰. Finalmente, la Corte Suprema, rechaza el recurso, aunque con el voto en contra de dos ministros, quienes fueron de opinión de acoger el recurso por cuanto no se debía rechazar de plano la pretensión, por tratarse de una acción tendiente a determinar la filiación de una persona.

El caso anteriormente descrito, es una muestra más de cómo se opta por un sistema rígido en materia de posesión notoria, no concordante en este sentido con los cambios que vive la sociedad, ya que si nos vamos al caso concreto, la niña reconocía a ambas mujeres como sus madres, se cumplía con los requisitos tradicionales de toda posesión notoria, como lo son, nombre, trato, fama y los demás exigidos por la ley; y que si bien, los argumentos de los tribunales para decidir no acogerla fue por la forma de ejercer la pretensión, a saber, a través de una acción

⁴⁹ Historia de la Ley N° 19.585 (1998). Diario Oficial. P.1280.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 8422-2015, de fecha de 12 de abril de 2016, considerando 4°.

no contenciosa, el voto disidente muestra más bien que el trasfondo del asunto sería por tratarse de un caso de homoparentalidad, al señalar que con lo decidido se infringió lo dispuesto en el artículo 54-1 de la ley N°19.968, norma que, al regular el control de admisibilidad de las demandas en sede de familia, excluye la posibilidad de rechazar de plano una demanda que aparezca como manifiestamente improcedente, si es de aquellas que dicen relación con el numeral 8° del artículo 8 del mismo cuerpo legal, esto es, con “las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas”.

Queda demostrado, además, con uno de los fundamentos utilizados por las madres mencionadas, que en un caso también de doble maternidad el Tribunal de Letras y Familia de Los Lagos, reconoció la doble maternidad en Chile, aunque el fundamento del Tribunal en ese caso fue en la Ley indígena, al reconocer que en la tradición Mapuche se puede reconocer una madre biológica y una de crianza.

2.4 Derecho a ser oído

El derecho a ser oído está consagrado en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, el cual en su primer numeral garantiza “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Este derecho constituye uno de los pilares fundamentales en el derecho moderno, donde se busca el establecimiento del niño como sujeto de derechos, siendo así, viene a consagrarse “(...) como uno de los principios formativos de los nuevos procedimientos de familia (...) [el que] exige al juez tener como consideración primordial al momento de fallar tanto el Interés superior del niño como la opinión de estos”⁵¹.

En el numeral segundo, el artículo 12 ya mencionado, señala que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en

⁵¹ CORREA CAMUS, Paula Y VARGAS PAVEZ, Macarena (2011): La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N°1. [fecha de consulta: 01/ octubre/2017], Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008#n20.

consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, lo que en un sentido material, sería que el niño participara en todas las instancias del proceso, pues, a criterio de Jaime Couso, “este derecho no se satisface simplemente consultando la opinión del niño en una oportunidad a lo largo del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas que ya han sido definidas de manera previa , sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida)”⁵².

En lo que respecta la posesión notoria y el derecho de ser oído, la Corte Suprema en la sentencia de 18 de agosto de 2015, invalidó de oficio una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha de veintisiete de noviembre de 2014, que desestimaba el recurso de casación en la forma y de apelación interpuesto por el demandado vencido en una acción de impugnación y reclamación de filiación y resolvió retrotraer la causa a la etapa previa a la audiencia de preparación de juicio a la cual deberá ser convocado el curador ad litem del hijo debiéndose en alguna de las etapas del proceso, escuchar directamente y debidamente al niño. El fundamento de la Corte para resolver de esta manera, fue que la sentencia se dictó sin escuchar al niño “en una materia de vital importancia para sus intereses, en que está envuelto su derecho sustantivo a la identidad, además de hacer constar que el derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el de expresar su parecer”⁵³.

Con lo anterior, queda en claro, la importancia que tiene el derecho a ser oído y que va en congruencia con los demás principios tratados, así, en opinión de María Sara Rodríguez “(...)la omisión una diligencia esencial como esta, cuyo “incumplimiento apareja una conculcación de las exigencias del debido proceso”, se hace más delicada en un proceso de familia en que se ventila la cuestión de paternidad del niño”⁵⁴, ya que como señala la sentencia en su considerando sexto “el referido derecho a ser oído se extiende, obviamente, a la debida defensa”⁵⁵.

⁵² COUSO SALAS, Jaime (2006): El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, Interés Superior del niño, autonomía progresiva y Derecho a ser oído. En: *Revista de Derechos del niño*, N° 3-4, P. 154.

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 124-2015, de fecha de 18 de agosto de 2015, considerando 4°.

⁵⁴ RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2016): “El “derecho del niño de ser oído” y posesión notoria de estado en juicio de filiación”. El Mercurio Legal, Santiago.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema, cit. (n.50), considerando 6°.

Podemos ver, como la jurisprudencia le da gran importancia al derecho de ser oído en la posesión notoria, y en el derecho de familia en general, ya que considerando la edad del niño en el caso – once años- y en general, en la que como consecuencia de los requisitos de la posesión notoria va a tener el hijo sobre quien se solicite la posesión notoria (cinco años o más), se debe considerar su opinión, ya que “una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño, que se adopte sin permitir la participación del niño en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa. Esa dramática diferencia de “calidad” en la decisión (aun si resulta ser la misma), dada por el respeto o no de la dignidad y autonomía del niño, justifica los mayores esfuerzos que en cierto sentido implica para la política de la justicia de familia contar con el tiempo y las capacidades profesionales necesarios para dar efectiva participación al niño en la construcción del caso y la toma de decisiones”⁵⁶.

V. POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO EN EL DERECHO COMPARADO.

Con el objetivo de comparar la posesión notoria del estado civil de hijo de Chile con otras jurisdicciones, es que se verá cómo funciona en otros países, tales como Ecuador, Colombia, Uruguay y Argentina

5.1. Ecuador.

El Código Civil ecuatoriano (el cual comenzó a regir el 01 de enero de 1861), tiene gran similitud con el Código Civil chileno, ya que corresponde a una adaptación de la obra de Andrés Bello.

En lo que respecta a la posesión notoria del estado civil de hijo, actualmente, se regula principalmente en el Libro primero titulado “De las personas”, en los artículos 339, 340 y 341, donde se puede ver que se regula con gran similitud a lo establecido por el Código Civil chileno.

⁵⁶ COUSO SALAS, Jaime, cit. (n.52), p.154.

El artículo 339 del Código Civil ecuatoriano, establece que: “La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres”. Como se puede ver, tiene una redacción muy similar a la del inciso segundo del artículo 200 del Código Civil chileno.

Luego, el artículo 340 establece que “Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de tal estado, deberá haber durado diez años continuos”. Como se puede ver, a diferencia de lo que establece el inciso primero del artículo 200, el Código Civil ecuatoriano, establece como requisito de tiempo la cantidad de diez años, y no cinco, siendo mucho más exigente cuando del requisito tiempo se trata.

El último artículo relevante en esta materia, es el artículo 341, el cual establece que “La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera hallarse”.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la sentencia de 20 de marzo de 2012, de sala de la familia, niñez y adolescencia de la Corte Nacional de justicia, me parece considerable a destacar, la *ratio decidendi* señalado al final de la sentencia, el cual establece: “La falta de prueba de ADN no obsta para que se declare judicialmente la paternidad, pues la posesión notaria del estado de hijo suficientemente probada en autos, con la que se llegue a la certeza de que efectivamente es hijo de tal persona por el reconocimiento de hecho público realizado, da lugar a tal declaratoria, con la diferencia que si no hay prueba de ADN la resolución sólo causa cosa juzgada formal. 2. El Derecho a la identidad va más allá de tener un nombre y apellido, es un derecho personalísimo, intrínseco del ser humano, que garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, de quienes fueron sus padres, su país o ciudad de nacimiento, y el marco familiar que conformó su entorno al venir al mundo y que a partir de ese conocimiento pueda desarrollarse social, cultural, afectiva y espiritualmente”⁵⁷. De lo anterior, queda en evidencia, que los principios son de gran relevancia a la hora de decidir, sobre todo lo que respecta el derecho de

⁵⁷ Sentencia N° 010-2012 de sala de la familia, niñez y adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, de fecha de 20 de marzo de 2012.

identidad, que como ha quedado en evidencia a lo largo de este trabajo, es el principal fundamento cuando se trata de decidir en favor de la posesión notoria del estado civil de hijo.

5.2 Colombia.

Al igual que el Código Civil ecuatoriano, el Código Civil colombiano de 1887 es una adaptación del Código Chileno original, lo que explica su estructura similar.

El Código Civil colombiano regula posesión notoria del estado civil de hijo, en los artículos 397, 398 y 399.

El artículo 397 del Código Civil colombiano, se configura de manera bastante similar al inciso segundo del artículo 200 del Código Civil chileno y el artículo 339 del Código Civil ecuatoriano, así establece que: “La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que estos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres”.

En lo que respecta al requisito tiempo, el Código Civil colombiano, en su artículo 398, exige que “(...) deberá haber durado cinco años continuos por lo menos”, es decir se configura de la misma manera que en el Código Civil chileno en cuanto a requisito de tiempo.

Donde podemos ver diferencias es en el artículo 399 del Código Civil colombiano, donde es pertinente detenerse un momento, así este establece: “La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse”. Si bien, se puede ver como está establecido de manera muy similar al artículo 201 del Código Civil chileno, en el Código Civil colombiano se puede ver la gran importancia que se le da a la prueba testimonial, y que “(...) más allá de los requisitos requeridos en su práctica requiere, según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, lo importante es crear a través de este medio probatorio el

pleno convencimiento en el juzgador de la presencia y el evidente cumplimiento de los elementos configurativos de la posesión notoria del estado civil de hijo(...).⁵⁸

Pero las similitudes en materia filiativa, no sólo se reflejan con lo que manifiesta el Código Civil colombiano, ya que al igual que en el caso chileno, el legislador le ha otorgado gran importancia al nexo biológico, lo cual queda en evidencia en el artículo 3 de la Ley 721 de 2001, donde se establece que: “Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”. La ley antes mencionada es de gran relevancia en materia filiativa colombiana, ya que antes de esta ley no existía una prueba directa que determinara la filiación, ya que el juicio de paternidad se dirigía a estructurar los hechos constitutivos de una posesión de la calidad de hijo y no demostrar un nexo biológico, esto “significaba en materia procesal, que lo investigado no era precisamente la paternidad sino lo hechos que estructuraban cada presunción, ya que según la Ley eran causales de paternidad, y para poder obtener su declaración siempre debía invocarse una de éstas dado que no existía otra manera de declararla judicialmente”⁵⁹.

Donde se utiliza bastante la posesión notoria en Colombia es para demandar la filiación extramatrimonial de un padre fallecido, donde si bien existen vínculos biológicos, quedando de manifiesto que es la medida más idónea ya que la postura del tribunal ha sido a constituirla y a declarar la filiación extramatrimonial, estableciéndose una postura más flexible de los tribunales en cuanto a los requisitos lo que queda de manifiesto en la sentencia de la Corte Suprema de justicia N° 6718 de 12 de febrero de 2003, donde se manifiesta que “no se requiere en todos los casos que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, basta en el particular que el padre, según las circunstancias no haya desatendido la satisfacción de esos primordiales deberes y antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso puede ostentar, de

⁵⁸ VALENCIA CANO, Esteban (2011): “La vigencia de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial frente a la práctica de la prueba de ADN”. En: *Diálogos de Derecho y Política*, Año 2, N°7. [Fecha de consulta: 20/agosto72017], Disponible en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/11062/10144>.

⁵⁹ VALENCIA CANO, Esteban, cit, (n.58).

tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador convicción sólida...que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o filiación”⁶⁰.

Un ejemplo de la postura flexible, se da en la sentencia de la Corte Suprema de justicia N° 7801, de 12 de abril de 2004, en la cual en primera instancia el actor tiene como pretensión el que se declare su filiación extramatrimonial, respecto de un hombre ya fallecido, el cual era un sacerdote. En primera instancia se acoge la pretensión, y para la configuración de los requisitos, tiene especiales consideraciones, advirtiendo al respecto que “(...) como orientación para analizar la prueba, especialmente la testimonial, se considerarán las particulares circunstancias en que se desarrolló el trato que E.G. deparó a J.D., por cuanto el primero, al nacer J., cursaba estudios de seminarista que le llevaron a ordenarse sacerdote en enero de 1974, lo que no le permitía llevar a cabo "demostraciones ostentosas" de su calidad de padre”⁶¹, es decir, queda en evidencia que por la calidad especial de respecto quien se reclama la filiación, el tribunal toma consideraciones especiales, demostrando que se puede optar por una postura flexible. Los demás herederos casan la decisión del tribunal, pero la Corte Suprema confirma la decisión ya resuelta.

5.3 Uruguay.

La posesión notoria del estado civil de hijo se encuentra regulada en los artículos 46 y 47 del Código Civil uruguayo.

En el artículo 46 podemos ver como se configura la posesión notoria del estado civil de hijo de manera similar a cómo lo hacen el Código Civil chileno, ecuatoriano y colombiano, en sus artículos 200, 339 y 337 respectivamente, señalando que “la posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres”.

⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema de justicia, N° 6718, de fecha de 12 de febrero de 2003.

⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema de justicia, N°7801, de fecha de 13 de abril de 2004.

En cuanto al requisito tiempo para constituir la posesión notoria, exige una cantidad superior al caso chileno, señalando en el artículo 47 que “para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos”.

Otro artículo pertinente de señalar es el artículo 233 el cual se refiere a que el reconocimiento de un hijo puede expresarse expresa o tácitamente, señalando en un inciso final que “el reconocimiento tácito es el que resulta de la constatación, ante el Juez competente, de la posesión notoria del estado de hijo natural de conformidad con los artículos 44, 46, 47 y 48 de este Código en lo que fueren aplicables”.

En cuanto a la aplicación jurisprudencial de la posesión notoria del estado civil de hijo, existe un reconocimiento de flexibilidad tanto por parte de la doctrina como la jurisprudencia de manera cuasi unánime, cuando se trata de analizar la prueba en lo que se refiere a la posesión notoria de un hijo natural. Un ejemplo de la afirmación anterior, es la sentencia N° 546-2013 de la Corte Suprema de Justicia de fecha de 18 de noviembre de 2013, la cual desestimó un recurso de casación, en la cual la parte recurrente fundamentaba su recurso principalmente señalando que el tribunal había realizado una valoración absurda e irracional de la prueba siendo excesivamente flexible, lo cual implicaba arbitrariedad, frente a lo cual el tribunal responde que “esta flexibilidad en las probanzas de la posesión notoria de hijo natural, no implica el apartamiento de reglas básicas que deben tener los magistrados al momento de dictar sentencia ni la exoneración de la carga de probar, en aplicación de los principios generales establecidos en los arts. 117, 137 y 139 del C.G.P”⁶², flexibilidad que también se reconoce en la sentencia también referida a la posesión notoria del estado civil de hijo y petición de herencia del Tribunal de Apelaciones de familia N°SEF-11-000102/2014 de 26 de marzo de 2014, la cual señala que “la valoración de la prueba en estos procesos-extremo objeto de agravio en la presente instancia, si bien debe ser rigurosa, en cuanto se trata de hechos constitutivos del estado civil reclamado y no de medio supletorio de prueba, admite flexibilidad cuando se trata de acreditar la filiación de hijos habidos fuera del matrimonio”⁶³. Estos ejemplos nos llevan a concluir que la legislación uruguaya de acuerdo a los antecedentes del caso en específico y la importancia que tiene la determinación de la filiación reconoce tanto jurisprudencialmente como doctrinariamente una

⁶² Sentencia de la Corte Suprema de justicia, N°546-2013, de fecha de 18 de noviembre de 2013.

⁶³ Sentencia del Tribunal de Apelaciones de familia 2ºT, N°SEF-11-000102/2014, de fecha de 26 de marzo de 2014.

flexibilidad de valoración de la prueba cuando se trata de la posesión notoria del estado civil de hijo.

5.4 Argentina.

A diferencia de los países anteriormente analizados, Argentina tiene una regulación más disímil en comparación con la regulación que se le da en Chile a la posesión notoria del estado civil de hijo.

El artículo principal que regula a la posesión notoria del estado civil de hijo en el caso argentino, se encuentra en el capítulo 6 denominado “Acciones de filiación” del Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 584 el cual señala que “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”. De este artículo se puede notar como aparte de no dar una definición de posesión notoria, no establece sus requisitos, ni siquiera el tiempo a diferencia de todos los casos analizados, los cuales iban de cinco a diez años dependiendo del caso, y sólo se refiere a su valor, el cual lo asimila al reconocimiento.

En lo que respecta al requisito de tiempo necesario para constituir la posesión notoria del estado civil de hijo, no existe ningún artículo tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación, como en ninguna ley especial, y la jurisprudencia tampoco ha establecido uno, en tanto sólo señala que “la existencia de la posesión de estado se requieren actos que, por su reiteración e importancia, lleven al convencimiento de que ha existido un trato paterno filial demostrativo de una voluntad de reconocimiento del hijo. A tales fines, si bien algunos hechos aislados no tienen relevancia o pueden parecer poco significativos, la sumatoria de diferentes acciones, aun cuando espaciadas, pueden definir un comportamiento que evidencia dicha relación familiar”⁶⁴.

VI. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA REGULACIÓN DE LA POSESIÓN NOTORIA EN CHILE.

⁶⁴ Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso G., D.M. C/ G., M. S/ Filiación, de fecha de 21 de agosto de 1997.[fecha de consulta: 25/10/2017], Disponible en: <https://app.vlex.com/#WW/search/jurisdition:AR/posesi%C3%B3n+de+estado+hijo/p4/WW/vid/35402651>

Del trabajo ya expuesto, podemos identificar tanto ventajas como desventajas de la regulación que le da la legislación chilena a la posesión notoria del estado civil de hijo.

1) Ventajas:

1.1. Estabilidad del niño y familiar.

Esta ventaja es claramente palpable, ya que deriva de la rigurosidad de los tribunales para declarar la posesión notoria del estado civil de hijo, en cuanto a la configuración de sus requisitos, sobre todo en cuanto al tiempo exigido, además que se puede vincular con el interés superior del niño y la importancia que tienen los vínculos afectivos que va mucho más allá de una verdad biológica que puede vincular a un hijo con un padre o madre ausente.

La estabilidad en la vida de un niño, es fundamental en su formación y también debe ser motivo de preocupación de los tribunales al momento de decidir, recurriendo incluso al asesoramiento de peritos, debido a que “las necesidades de índole más emocional o espiritual suelen estar estrechamente vinculadas con la edad y personalidad de la persona menor de edad, y tienen un carácter marcadamente subjetivo”⁶⁵.

Además de la estabilidad propia del niño, lo que se busca es la estabilidad familiar en general, que es el objeto de regulación del derecho de familia, y objeto de preocupación constantemente de los legisladores, reflejo de las múltiples reformas realizadas, con objetivo de mejorar su protección.

Es así como la rigurosidad acarrea la búsqueda de estabilidad y certeza y evita que se este medio probatorio se utilice de tal manera que vaya en contra de las necesidades emocionales del niño, además que se preste para abusos, donde una flexibilidad provoque que se acoja en casos donde es impertinente.

1.2. Seriedad de la institución de la posesión notoria del estado civil de hijo.

Determinar la filiación, es algo de gran relevancia tanto para el madre o padre como para el hijo o hija, tanto que se reconoce como un principio fundamental el de identidad, directamente relacionado con los principios del interés superior del niño y la igualdad. Por estas razones, es

⁶⁵ PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTE, Isaac, cit. (n. 43).

que una institución de tal importancia como lo es la posesión notoria del estado civil de hijo, no puede presentarse como una posibilidad de ser utilizado sin bases y con una liviandad impropia de un medio de prueba, sino que debe existir seriedad al solicitarla y un grado de certeza en el juez para permitir acogerla, en lo cual puede ser beneficioso un establecimiento rígido de años exigidos como requisito tiempo, aunque siempre primando el interés superior del niño y el derecho de identidad como principios bases en materia filiativa.

2. Desventajas:

2.1 La insuficiencia del elemento trato.

Dentro de los elementos tradicionales exigidos para la posesión notoria, a saber, nombre, trato y fama, el elemento trato, es el más importante, debido a que los otros no son más que consecuencia de éste. Tal es su importancia que se encuentra de manifiesto en el inciso segundo del artículo 200 del Código Civil.

El trato, se prueba principalmente a través de la prueba testimonial, lo que facilita su comprobación, pero a pesar de eso, la postura de los tribunales es exigente y rigurosa en cuanto a los requisitos, optando así muchas veces por no acoger la posesión notoria del estado civil de hijo, pese a que se configure el elemento trato, es decir, el elemento base no basta, a diferencia de lo que ocurre con el caso la posesión notoria del estado civil en Argentina, donde prima el trato por ser la voluntad manifestada de reconocerse como padre e hijo o hija, lo cual podría facilitar la prueba para quien alega la posesión notoria del estado civil de hijo, primando de manera más efectiva la verdad afectiva por sobre la verdad biológica.

2.2. Mayor vulneración de principios.

El tema de los principios ya fue tratado en este trabajo, lo cual dejó en evidencia que la regulación y principalmente aplicación jurisprudencial rigurosa de los tribunales en cuanto a la posesión notoria del estado civil de hijo, puede provocar problemas en caso de la posesión notoria de niños menores de cinco años, en el caso de la homoparentalidad, entre otros, donde se ven vulnerados fundamentalmente los principios del interés superior del niño y la igualdad de trato.

VII. PROPUESTA AL TRATAMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO.

Del trabajo realizado, queda en evidencia la gran importancia que tienen los principios cuando de aplicar la posesión notoria del estado civil de hijo se trata, así a modo de solución a algunos problemas identificados propongo:

- a) Que se elimine el requisito de cinco años para que configure la posesión del estado civil de hijo, como ocurre con la regulación que le da Argentina a la posesión notoria del estado civil de hijo, o al menos exista por parte de la jurisprudencia o doctrina reconocido expresamente una flexibilidad en este ámbito, tal como lo hace Uruguay cuando se trata de la valoración de la prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo, esto porque la filiación es de fundamental importancia para el individuo, tanto por sus derechos como por su integridad, como para la propia familia, donde se debe reconocer que esta no siempre se basa en los vínculos biológicos, reconociendo así la existencia de otros tipos de familia, que va más allá de lo que puede considerarse tradicional. Para esto, propongo agregar como requisito el de la buena fe.
- b) Que se regule de manera expresa el tema de la homoparentalidad, para que también se pueda establecer la filiación de un individuo a través de la posesión notoria del estado civil de hijo respecto de un padre o madre del mismo sexo del ya biológico determinado, esto para que vaya acorde con los cambios efectuados por la sociedad, como es el caso del Acuerdo de Unión Civil creado por la ley N° 20.830 de 22 de octubre de 2015, que viene ampliar el concepto de familia.
- c) Al igual que el caso uruguayo, encuentro pertinente establecer una postura de valoración de la prueba flexible, en el cual se resguarden los intereses respecto de quien se solicita determinar la filiación, que vaya de acuerdo al caso concreto, fuera de un margen de generalidad estricto.

Para efectos de materializar lo anterior, propongo que el artículo 200 del Código Civil chileno quede de la siguiente manera:

Artículo 200. La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado un tiempo razonable de acuerdo a los antecedentes del caso y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan de manera evidente y de buena fe.

La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

En relación al artículo 201, propongo dejarlo de la misma manera, debido a que considero que contempla todos los elementos necesarios, pero propongo incorporar un artículo 201-1, el cual quedaría de la siguiente forma:

Artículo 201-1. La posesión notoria del estado civil de hijo, podrá constituirse como medio probatorio, tanto respecto de padre o madre de distinto sexo que el que ya determinado biológicamente, o también, respecto del mismo sexo que este último.

Cualquier contradicción injustificada a esta norma configurará trato discriminatorio tanto para quien busca determinar su filiación como hijo como para quien se busca determinar como padre o madre.

VIII. CONCLUSIONES

1. La posesión notoria del estado civil de hijo, aunque con distintas denominaciones, existe hace muchos años, incluso en una época basada principalmente en principios conservadores, y no ha sido desplazada en la actualidad pese a que los avances de la ciencia permiten determinar la filiación con gran exactitud, a través de las distintas pruebas periciales biológicas. El que siga existiendo, es un reflejo de la importancia que se le da a los vínculos afectivos y a la verdad social, por sobre la verdad biológica, constituyendo la posesión notoria del estado civil de hijo una excepción a esta última, pese a la relevancia que se le reconoce a la verdad biológica por parte del legislador, lo cuales se reflejan, por ejemplo, en el cambio que se le ha dado en cuanto al requisito tiempo para constituirla, que pasó de diez a cinco con la ley N° 19.585.
2. Es necesario reformar la posesión notoria para ir adecuándola a los cambios que ha tenido el concepto de familia y su manera de constituirla, de manera que acoja los modelos que van naciendo con la promulgación de otras leyes, como sucede con el caso de la homoparentalidad, ya que de quedarse de la misma manera, la dejaría obsoleta y provocaría grandes problemas como sería un trato discriminatorio, atentando con los principios que rigen a la posesión notoria, como la igualdad de trato, el derecho a ser oído y el tan importante interés superior del niño.
3. Existe la necesidad innegable de que los tribunales tengan una interpretación flexible en cuanto a la posesión notoria del estado civil de hijo, la cual permita analizar los antecedentes del caso concreto y sus requisitos de manera que se busque dejar en la mejor situación a la persona respecto de quien se busca determinar la filiación, esto por la importancia de esta materia, tanto para la persona misma como para su existencia como sujeto que forma parte de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1) Doctrina

___ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2015): “*Las pruebas biológicas en juicios de filiación y derecho de identidad*”. El Mercurio Legal, Santiago.

___ ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo (2014): “Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N°1.

___ ALFONSO X EL SABIO (1265): Las Siete Partidas. En: Biblioteca Virtual Universal. [Fecha de consulta: 08/agosto/2017], Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>.

___ CABALLERO ZANZO, Francisco (1998): La posesión notoria del Estado Civil y los sistemas de información. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N°XIX.

___ CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XX.

___ CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): La familia en los 150 años del Código Civil chileno. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 32, N°3.

___ CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos” En: *Revista Ius et Praxis*, N°16.

___ CORREA CAMUS, Paula Y VARGAS PAVEZ, Macarena (2011): La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 1. [Fecha de consulta: 01/ octubre/2017], Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008#n20.

___ COUSO SALAS, Jaime (2006): El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia, Interés Superior del niño, autonomía progresiva y Derecho a ser oído. En: *Revista de Derechos del niño*, N° 3-4.

___ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N°. 2.

___ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1978): Estatuto del hijo ilegítimo en el Derecho Indiano, En: *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*.

___ DUCCI CLARO, Carlos (2010): Derecho Civil. Parte General, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición.

___ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo (1996), Repertorio de Legislación y Jurisprudencias chilenas: Código Civil y Leyes complementarias, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tercera edición.

___ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007): *El sistema filiativo chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___ LEÓN HURTADO, Avelino y MUJICA BEZANILLA, Fernando (1968): “El tenor literal en la interpretación de la ley”, En: *Revista de derecho, jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo LCV, N°10.

___ LEPIN MOLINA, Cristian (2014): Los nuevos principios de derecho de familia, En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23.

___ LOPEZ DÍAZ, Carlos (2005): Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I, Santiago, Librotecnia.

___ PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTE, Isaac (2015): El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno. En: *Rev. chil. derecho* vol.42 N°.3. [fecha de consulta:

13/septiembre/2017],

Disponible

en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007.

__ RAMOS PAZOS, René (1999): Análisis crítico de la Ley N° 19.585. En: *Rev. Derecho (Valdivia)* vol.10 N°1. [fecha de consulta: 20/septiembre/2017], Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000200012&script=sci_arttext.

__ RAMOS PAZOS, René (2010): *Derecho de Familia*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

__ RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio (2010): *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago. Editorial jurídica de Chile.

__ RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2016): “El “derecho del niño de ser oído” y posesión notoria de estado en juicio de filiación”. El Mercurio Legal, Santiago.

__ SILVA MONTES, Rodrigo (2009): *Manual de Tribunales de Familia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

__ VALENCIA CANO, Esteban (2011): “La vigencia de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial frente a la práctica de la prueba de ADN”. En: *Diálogos de Derecho y Política*, Año 2, N°7. [Fecha de consulta: 20/agosto/2017], Disponible en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/11062/10144>.

2) Jurisprudencia nacional.

__ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1325-2004, de fecha 05 de mayo de 2005.

__ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2564-2006, de 25 de septiembre de 2006.

__ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 5031-2008, de 29 de septiembre de 2008.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2259-2011, de fecha 27 de octubre de 2011.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4709-2011, de fecha 11 de octubre de 2011.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2907-2011, de 05 de diciembre de 2011.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 3509-2012, de fecha 01 de octubre de 2012.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4311-2013, de fecha 21 de octubre de 2013.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 8422-2015, de fecha de 12 de abril de 2016.

___ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 124-2015, de fecha de 18 de agosto de 2015.

___ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol 351-2015, de fecha 03 de noviembre de 2015.

___ Sentencia del Juzgado Civil de Letras de Antofagasta, Rol V 94-2011, de fecha de 26 de enero de 2012.

___ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 834, de fecha 13 de mayo de 2008.

___ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2690, de fecha 06 de agosto de 2015.

3) Jurisprudencia internacional.

___ Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso G., D.M. C/ G., M. S/ Filiación, de fecha de 21 de agosto de 1997. Disponible en: <https://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:AR/posesi%C3%B3n+de+estado+hijo/p4/WW/vid/35402651>.

___ Sentencia de la Corte Suprema de justicia, N°6718, de fecha de 12 de febrero de 2003.

___ Sentencia de la Corte Suprema de justicia, N°7801, de fecha de 13 de abril de 2004.

___ Sentencia N°010-2012 de sala de la familia, niñez y adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, de fecha de 20 de marzo de 2012.

___ Sentencia de la Corte Suprema de justicia, N°546-2013, de fecha de 18 de noviembre de 2013.

___ Sentencia del Tribunal de Apelaciones de familia 2°T, N°SEF-11-000102/2014, de fecha de 26 de marzo de 2014.

4) Documentos normativos

___ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación, versión de 01 de agosto de 2015.

___ Chile. Código Civil, última versión, de 22 de octubre de 2015.

___ Chile. Ley 10.271 de 02 de abril de 1952, introduce diversas modificaciones en el Código Civil.

___ Chile. Ley 5.750 de 02 de diciembre de 1935, abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

___ Chile. Ley 19.585 de 26 de octubre de 1998, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

___ Chile. Ley 19.698 de 30 de agosto de 2004, crea los Tribunales de Familia.

___ Chile. Historia de la Ley 19.585 de 1998, Diario Oficial.

___ Convención de los Derechos del Niño de 1989.

___ Colombia. Código Civil, versión vigente de 01 de febrero de 2017.

___ Ecuador. Código Civil, versión vigente de 22 de mayo de 2016.

___ Uruguay. Código Civil, versión vigente de 01 de enero de 2017.