



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL DE HIJO: TRATAMIENTO EN EL
DERECHO CHILENO Y COMPARADO.**

Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VALERIA SALOMÉ TOBAR OLIVARI

Profesor Guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago, Chile (2016)

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN	8
PRIMERA PARTE TRATAMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DE CALIDAD DE HIJO EN CHILE	13
CAPÍTULO I:REGULACIÓN LEGAL DE LA POSESIÓN NOTORIA DE CALIDAD DE HIJO EN CHILE.....	13
A. Generalidades.....	13
(i). Breve noción acerca de la evolución del régimen de filiación en Chile.	13
(ii) Principios que inspiran la ley 19.585.	19
(ii).a. Principio de la Libre Investigación de la Paternidad y Maternidad y el Derecho a la Identidad.	19
(ii).b. Igualdad de los hijos.	24
(ii).c. Interés superior del niño (hijo).	26
(iii). Régimen filiativo actual.	31
B. ¿Qué es la posesión notoria de calidad de hijo?	36
(i). Concepto y características.....	36
(ii) Principales Características.....	38
(ii).a. Situación de hecho público, reiterado y continuo que produce consecuencias jurídicas.	38
(ii). b. Medio de prueba suficiente de la filiación en las causas sobre acción de impugnación y reclamación de paternidad conjunta, si se alega como excepción.	40
(ii). c. Manifestación del principio del interés superior del niño.....	41
(ii). d. Carácter irrevocable.....	42
(ii). e. Prevalece sobre la prueba biológica	43
(iii). Elementos	45
(iii). a. Nombre (<i>nomen</i>)	45
(iii). b. Trato (<i>tractus</i>)	47
(iii). c .Fama.....	48

(iii). d. Duración de la posesión notoria de calidad de hijo.	49
(iii) e. Prueba por testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan de un modo irrefragable.....	50
C. Historia de la Institución	54
(i). Primera etapa: Vigencia de la Ley N° 5.750 del 2 de diciembre de 1935.	55
(ii). Segunda etapa: Vigencia de la Ley N° 10. 271 publicada el 2 de abril de 1952.....	56
(ii). a. Modificaciones introducidas por la ley 10.271	56
(ii). b. Modificación del plazo por la ley 16.952.	58
(iii). Tercera etapa: Entrada en vigencia de la actual ley 19.585.....	59
CAPÍTULO II:TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL DE HIJO.	61
A. Alegación en juicio de la posesión notoria.	61
(i) Posesión notoria de estado civil de hijo en acción de reclamación.	61
(i).a. Posesión notoria de estado civil de hijo como acción de reclamación de filiación.	61
(i).b. Rol N° V-223-2011 del Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos, caso “Lefillanca Antillanca, Luis Antonio y otros” ¿Posesión notoria de estado civil de hijo como acción independiente?.....	64
(ii) Posesión notoria de estado civil de hijo como excepción en juicio.	68
B. Posturas con respecto a la exigencia de todos los requisitos.....	70
(i). Postura flexible. Mayor importancia de los lazos afectivos.	71
(ii). Postura estricta: carácter excepcional como medio probatorio.	72
(iii). Tendencia de la jurisprudencia.....	74
SEGUNDA PARTE:TRATAMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL DE HIJO EN EL DERECHO COMPARADO.....	75
CAPÍTULO I:REGULACIÓN EN ARGENTINA.....	75
A. Breves nociones del régimen filiativo argentino.	75
B. Qué se entiende por posesión notoria de estado civil de hijo.....	77
C. Características.....	78
(i) Mismo valor que el reconocimiento.	78

(ii) Irrevocabilidad	79
(iii) Aplicación en filiación matrimonial y extramatrimonial.....	79
(iv) Predominio del nexo biológico.....	80
D. Elementos y requisitos	81
E. ¿Cuándo se entiende acreditado?.....	82
CAPÍTULO II REGULACIÓN EN PERÚ.....	84
A. Breve noción del sistema filiativo peruano.	84
B. Qué es la posesión notoria de estado civil de hijo	85
C. Características.....	86
(i) Conjunto de actos directos del padre o de la familia (hacia el hijo) en forma constante y reiterada.	86
(ii) Funciones: Prueba en la filiación matrimonial o como forma para solicitar determinación de filiación extramatrimonial.....	87
D. Elementos.....	88
E. ¿Cuándo se entiende acreditado?.....	90
CAPÍTULO III TRATAMIENTO EN PARAGUAY.....	91
A. Breve noción del Régimen de filiación paraguayo	91
B. Concepto de posesión notoria de calidad de hijo.....	95
C. Características.....	96
(i) Conjunto de actos públicos, de carácter indudable durante una época de la vida del padre.	96
(ii) Carácter irrevocable	97
(iii) Presupuesto para entablar la acción de reclamación de filiación contra los herederos de padre o madre fallecidos.	98
(iv) Medio de prueba en los juicios de filiación	99
D. Elementos.....	100
E. ¿Cuándo se entiende acreditado?.....	101
CAPÍTULO IV:REGULACIÓN EN URUGUAY.....	103
A. Breve noción del régimen de filiación uruguayo.....	103
B. Concepto posesión notoria de estado civil de hijo	105
C. Características.....	106

(i) Medio de prueba supletorio para la filiación.....	106
(ii) Requisito determinante de la legitimación activa en la acción de impugnación de la filiación matrimonial.....	106
(iii) Constitutivo de estado civil de hijo extramatrimonial natural.	107
D. Elementos.....	108
E. ¿Cuándo se entiende acreditado?.....	110
TERCERA PARTE:HACIA UN TRATAMIENTO MÁS EFECTIVO DE LA POSESIÓN	
NOTORIA DE CALIDAD DE HIJO.	112
CAPÍTULO I:PROBLEMAS DETECTADOS EN LA REGULACIÓN ACTUAL.	112
A. Consideraciones preliminares.....	112
B. Problema 1: El establecimiento de un plazo de duración de los actos constitutivos de posesión notoria (5 años).....	113
(i) Discriminación arbitraria contra los hijos menores a 5 años.	113
(ii) Afectación al interés superior del niño.	116
(iii) Vulneración al derecho a la identidad	119
(iv) Modelos de solución entregados por el derecho comparado.....	120
(iv). a. Omitir el establecimiento de un plazo determinado.....	121
(iv) b. Determinación de un plazo mínimo.....	122
C. Problema 2: Prueba para acreditar la posesión notoria de estado civil de hijo. ...	123
(i) Consideraciones previas	123
(ii) Limitación a los medios de prueba	124
(iii) Estándar de prueba de la posesión notoria de estado civil de hijo.....	125
(iii) a. Explicación preliminar.....	125
(iii) b. Tipos de estándar de prueba.....	126
(iii) b.1 Modelo estándar prevalente.	126
(iii) b.2 Modelo estándar más allá de toda duda razonable.....	128
(iii) b.3 Modelo estándar prevalente reforzado.	130
D. Problema 3: Posesión notoria de estado civil de hijo póstumo (no nacido).	131
(i) Consideraciones preliminares	131
(ii) Regulación del derecho comparado.....	132

CAPÍTULO II:PROBLEMAS DETECTADOS EN LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL	136
A. Consideraciones previas.....	136
B. Problema 1: Interpretación de la posesión notoria de estado civil de hijo.	136
(i) Infracción al espíritu de la legislación y reglas de interpretación.	136
(ii) ¿Cuándo se entiende acreditada la posesión notoria de estado civil de hijo? 140	
(ii).a. Exigencia de todos los elemento	140
(ii). b. Basta para acreditar el goce de estado de hijo la prueba de la existencia del elemento trato.	141
C. Problema 2: Afectación a la igualdad de trato de los hijos, al derecho a la identidad y el interés superior del niño (hijo).	143
CAPÍTULO III:PROPUESTA DE SOLUCIÓN HACIA LOS PROBLEMAS DETECTADOS	144
A. Consideraciones previas.....	144
B. Principios que subyacen en la propuesta de regulación.....	144
(i) Interés superior del niño y Derecho a la identidad filiativa.....	145
(ii) Igualdad de trato entre los hijos.	145
(iii) Principio de la realidad.....	146
(iv). Buena fe y convicción de la existencia de la posesión notoria de estado civil de hijo.....	147
A. Propuesta de regulación	147
CONCLUSIÓN.....	149
BIBLIOGRAFÍA.....	154
i) Fuentes bibliográficas.....	154
ii) Fuentes virtuales.....	156
ii) Normativa	159
a) Nacional.....	159
b) Internacional.....	160
iii) Fuentes Hemerográficas.....	161

ABREVIATURAS

CS.	Corte Suprema
CA.	Corte de Apelaciones
GJ.	Gaceta Jurídica.
Ibíd.	En el mismo lugar
cit. por	Citado por
p.	Página
pp.	Páginas
RDJ.	Revista Derecho y Jurisprudencia.
sec.	Sección
s/f	Sin fecha
t.	Tomo
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

En Chile, según los datos entregados por el Registro Civil, del total de niños nacidos en territorio nacional, el 71,3 % provienen de parejas no casadas o fuera del matrimonio¹. Anterior al régimen de filiación actual, estos niños se veían desfavorecidos con respecto a los hijos matrimoniales, en esa época llamados legítimos, tanto en relación a los derechos sucesorios que adquirirían como a las barreras que la misma legislación les imponía para determinar su filiación, estableciendo causales estrictas difíciles de constituir, siendo incluso negada la libre investigación de la paternidad o maternidad.

Con la nueva legislación, introducida por la ley N° 19.585, se ha intentado dar mayor posibilidad a que estos hijos puedan determinar su filiación más fácilmente, además de promover la igualdad de los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio, respetando así el derecho constitucional de la igualdad ante la ley. Dentro de estas medidas se estableció la igualdad en los derechos hereditarios entre los hijos que tengan determinada su filiación, el establecimiento del principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad, libertad probatoria en juicios de filiación, y en general la flexibilización para la determinación de la filiación. Todos estos cambios basados en dos principios importantes en esta materia: el derecho a la identidad y el interés superior del niño.

Una de las pruebas por excelencia en los juicios de filiación para demostrar la paternidad y maternidad, es el informe pericial biológico debido a la exactitud en la determinación de vínculo, sin embargo existe desde hace mucho tiempo una institución la cual da valor a aquella relación entre padre o

¹ Servicio de Registro Civil e Identificación [en línea] <http://www.registrocivil.gob.cl/PortalOI/PDF/Banner_de_genero_Final.pdf> [consulta: 02 de julio 2015] p. 2.

madre e hijo que, pese a no coincidir con la verdad biológica, genera lazos afectivos entre ellos que incluso es mucho más importante para el hijo que la compatibilidad biológica: la posesión notoria de calidad de hijo. Por lo mismo, otra de las tantas medidas introducida por la ley N° 19.585, fue el otorgamiento de preeminencia de este medio probatorio por sobre el examen de ADN, tomando en cuenta siempre lo más conveniente para el interés superior del niño, lo cual lo hace el medio probatorio más importante en juicios de filiación.

Este medio probatorio ha tenido diversas modificaciones para adecuarlo a la realidad social imperante en ese entonces y en virtud de lo más beneficioso para el interés del niño, entre ellos la reducción del plazo de los actos constitutivos de posesión notoria de estado civil de hijo a 5 años y la preferencia de la posesión notoria por sobre el vínculo biológico.

Sin embargo en la actualidad, vivimos un contexto distinto al del momento en que se efectuaron las reformas mencionadas, con legislación e ideas distintas, que se ha manifestado en la promulgación de nuevos cuerpos legales como son la dictación de la Ley N° 19.947 que establece la nueva ley de matrimonio civil que consagra el término del matrimonio a través del divorcio vincular; la Ley N° 20.680 que modifica las reglas para establecer a quien corresponde el cuidado personal de los hijos basado en el nuevo principio de la corresponsabilidad parental; y la Ley N° 20.830 que crea el acuerdo de unión civil, y que reconoce la existencia de uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, teniendo todas estas normas en común un cambio radical en el espíritu de la legislación, comenzando a dejar atrás las ideas conservadoras de protección a la “familia legítima” y la institución del matrimonio, pasando a acoger principios más trascendentales como la igualdad ante la ley, la libertad personal y el interés superior del niño entre otros.

Considerando todo este nuevo contexto y realidad social en que estamos inmersos, vale la pena preguntarse si ¿tiene la misma efectividad la regulación actual de la posesión notoria de estado civil de hijo en la protección de los lazos afectivos, y en consecuencia, el interés superior del niño y demás derechos?, es pertinente esta interrogante tomando en cuenta que aún existe del total de hijos nacidos fuera del matrimonio un 0,95% cuya filiación no está determinada y un 14,46 % que han sido reconocidos solo por el padre o solo por la madre².

Esta investigación tiene como objetivo el estudio de la institución de la posesión notoria de calidad de hijo, en atención a la importancia de este medio probatorio para la determinación de la filiación en juicio. En especial se investigará como las modificaciones y el régimen actual de este medio probatorio es eficaz o no en el cumplimiento de los objetivos esgrimidos tras las modificaciones realizadas sobre la posesión notoria y el cumplimiento de los objetivos de la institución misma, siendo necesario para ello analizar tanto la regulación actual de la posesión notoria de calidad de hijo como la aplicación jurisprudencial de los tribunales superiores de justicia de dichas normas. Además se investigará el tratamiento de la posesión notoria en el derecho comparado para así tener una noción de las falencias de la institución o la evolución que ha tenido en nuestro país en la protección de los derechos a la identidad y el interés superior del niño, y poder analizar o proponer ideas o soluciones, en caso de ser necesarias, para el mejor tratamiento de este medio probatorio y la protección del interés superior del niño.

Para este objetivo, este trabajo está estructurado en tres partes, la primera llamada “Tratamiento de la posesión notoria de calidad de hijo en Chile”, la segunda denominada “Tratamiento de la posesión notoria de calidad de hijo en el Derecho Comparado”, y la tercera titulada “Hacia un tratamiento de

² Ibíd.

la posesión notoria de calidad de hijo más efectivo.” A su vez, cada parte se subdivide en capítulos.

El primer capítulo de la primera parte se titula “Regulación legal de la posesión notoria de calidad de hijo”, el cual tiene por objetivo explicar el contexto en el cual se aplica la posesión notoria de calidad de hijo , para posteriormente explicar qué se entiende por dicho medio probatorio, sus elementos, características y evolución. El segundo capítulo denominado “Aplicación jurisprudencial” tiene por misión explicar y analizar las distintas posturas acogidas por los tribunales superiores de justicia con respecto a la exigencia de los requisitos constitutivos de la posesión notoria de calidad de hijo.

En tanto, los cuatro capítulos de la segunda parte de este trabajo tienen como meta explicar como otras naciones en Latinoamérica regulan la institución de la posesión notoria de calidad de hijo, tanto el concepto, el contexto en el que se aplica, sus elementos, características, y en especial cuándo se entiende acreditado en juicio. En esta investigación se tratará en primer lugar la legislación Argentina, luego el régimen legal en Perú, la legislación de Uruguay, y finalmente la regulación en Paraguay.

Para finalizar, en el primer capítulo de la tercera parte titulado “Problemas detectados en la Regulación actual” se identificarán los problemas encontrados en la legislación en relación a la posesión notoria de calidad de hijo. Igualmente en el segundo capítulo llamado “Problemas detectados en la aplicación jurisprudencial” se analizará las falencias identificadas en la aplicación por parte de los tribunales superiores de justicia de la posesión notoria de calidad de hijo. En ambos capítulos se describirá el modelo de regulación aplicado por parte del derecho comparado en general. Y en último

lugar, en el capítulo “Propuesta de solución a los problemas detectados” tiene como misión la entrega de ideas sobre la forma de solucionar las deficiencias identificadas anteriormente, basándose en los problemas y modelos de regulación latamente analizados en el capítulo precedente.

PRIMERA PARTE TRATAMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DE CALIDAD DE HIJO EN CHILE

CAPÍTULO I

REGULACIÓN LEGAL DE LA POSESIÓN NOTORIA DE CALIDAD DE HIJO EN CHILE

A. Generalidades

Para poder entender cabalmente la institución de la posesión notoria de calidad de hijo, es necesario saber en qué contexto se aplica actualmente, para ello, en este acápite se entregará breves nociones en cuanto a los principios que subyacen en la actual ley de filiación, como también cómo ha evolucionado en el tiempo y los motivos por los cuales ha cambiado hasta lo que conocemos hoy en día y para luego explicar brevemente el actual sistema de filiación chileno.

(i). Breve noción acerca de la evolución del régimen de filiación en Chile.

La necesidad de determinar la filiación viene no sólo de las obligaciones, en especial las pecuniarias, derivadas entre padre o madre e hijo, sino también el conocer su origen e identidad dentro de la sociedad, por lo mismo es que las reglas de filiación se han tenido en cuenta desde hace mucho tiempo, evolucionando tanto por las nuevas teorías e ideales que se incorporaba en la cultura de la sociedad como también por los avances científicos y tecnológicos que aparecían en el mundo.

En Chile, desde la época colonial existían normas que determinaban la filiación, las cuales eran influenciadas por la religión católica, que tenían una

influencia hegemónica en la sociedad de ese entonces, cuya creencia otorgaba gran importancia a la institución del matrimonio, por lo que establecían mayor protección e incentivos para que las parejas se casaran, siendo uno de esos incentivos las normas que regulaban la filiación, lo que se manifestaba en otorgar mayores privilegios a aquellos hijos nacidos dentro del matrimonio.

La normativa de la filiación en esta época se encontraba, concretamente, en las Siete Partidas y en las Leyes de Toro. Esta regulación distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, siendo los primeros aquellos que “nacen de padre y de madre que son casados verdaderamente según manda la Santa Iglesia”³ e hijos ilegítimos los que “no nacen de casamiento según ley”⁴. A su vez dentro de éstos últimos distingue entre los Naturales y simplemente ilegítimos. Se llamaron naturales a “aquellos cuyos padres son al tiempo de la concepción o al de nacimiento están hábiles para contraer matrimonio sin dispensa, vivan o no juntos en una misma casa como si estuvieran casados y sea o no la mujer una sola con tal que si el padre no la tiene en su casa los reconozca como hijos”⁵; e hijos simplemente ilegítimos, o llamados espurios en esa época, que son aquellos provenientes de relaciones denominadas de “dañado ayuntamiento”, siendo estos los denominados bastardos (los hijos de mujer viuda o soltera), los Nefarios (procreados por ascendientes en trato carnal con sus descendientes), los incestuosos (los provenientes de parientes transversales en grado prohibido, a menos que se obtuviera dispensa o bien los padres ignoraran la existencia del impedimento), los sacrílegos (aquellos nacidos de clérigo de orden sacro, frailes y monjas profesos), y los manceres (“nacidos de

³ ALFONSO X EL SABIO. 1265. Las Siete Partidas. P. 4.13.1 y 4.15.1 [en línea] <<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>> (fecha de consulta: 07 de julio del 2015).

⁴ Ibídem P. 4.15.1

⁵ Santa María (n. 19) cita al efecto la ley 11 de Toro y Recopilación de Leyes de Castilla cit. por DOUGNAC, Antonio.1978. “Estatuto del hijo ilegítimo en el derecho indiano”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Vol. 3: 113-132. p. 119.

rameras públicas, nobles o plebeyas y que por darse sus madres a todo hombre e ignorarse esto por sus padres son de peor condición que todos los demás y los que en propiedad se llaman espurios”⁶).

Con respecto a los hijos naturales en esta época no se restringía la investigación de la paternidad y maternidad⁷ y se les reconocía derechos importantes tales como la nobleza del padre, el derecho de solicitar alimentos (pese a que la cantidad de ello dependía de la existencia de hijos legítimos o no, si sucedía lo primero tenía el límite de un quinto de los bienes del alimentante) y derechos hereditarios, teniendo la misma limitante expresada anteriormente.

Todo esto cambió con la entrada en vigencia del Código Civil, en el cual se mantuvo la distinción entre hijos en relación a si se concebían o nacían dentro o fuera del matrimonio: los hijos legítimos (aquellos concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo y legitimados por posterior matrimonio entre los padres) y los hijos ilegítimos, existiendo la subdistinción entre los hijos naturales (aquellos nacidos fuera del matrimonio pero reconocidos voluntariamente por el padre), los simplemente ilegítimos (aquellos que no tienen reconocimiento alguno) y los hijos de dañado ayuntamiento (incestuosos, adulterinos y sacrílegos). Pero a causa de la clara influencia de las ideas provenientes de la Revolución Francesa, en donde se daba aún más protección y privilegios a los hijos provenientes de la filiación matrimonial, se restringió las formas para acceder a la calidad de hijo natural, que solo podía ser posible por reconocimiento voluntario de las partes y nunca forzado. En cuanto a los derechos hereditarios, los hijos naturales podían ser legitimados y heredar del

⁶ Santa María (N.19), fs. 278 e. I. Jordán de Asso y M. de Manuel, Instituciones del Derecho Civil de Castilla (Madrid 11806) 1, p. 133; cit. POR DOUGNAC, Antonio (1978) p. 119.

⁷ Dentro de las formas de reconocimiento de un hijo natural se consideraba la vía de “sentencia judicial en que probara fehacientemente”. DOUGNAC, Antonio. (1978) p. 120.

padre o madre solo a falta de hijos legítimos, esto a diferencia del anterior de que era posible sólo hasta un quinto de sus bienes. En cuanto a los hijos ilegítimos, se les otorgaba solo el derecho de alimentos si cumplían con los requisitos establecidos en el art. 280, y los de dañado ayuntamiento eran los más desfavorecidos, quienes no podían ser legitimados y tampoco podían ser reconocidos como naturales. Todo esto con el fin de proteger la institución del matrimonio, y por lo mismo se otorgaba protección a los hijos nacidos dentro de éste⁸.

Con posterioridad, estas distinciones se han ido atenuando con la dictación de leyes que amplían los derechos y las vías para determinar la filiación de los hijos naturales. En primer lugar se dictó la Ley N° 5.750 del año 1935, la cual, entre otras cosas, consagró tres casos de establecimiento de filiación ilegítima en un juicio seguido contra el padre, con el fin de obtener alimentos; y suprimió los hijos de dañado ayuntamiento, pudiendo ser reconocidos por posterior matrimonio de los padres. Pese a todo esto, aún se mantenía la prohibición de investigación de paternidad o maternidad destinada al establecimiento de la filiación natural, siendo posible determinar la filiación natural sólo por reconocimiento voluntario del padre o madre.

En segundo lugar se dictó la Ley N° 10. 271 de 1952, en virtud de la cual se concedió la posibilidad de determinar la filiación natural de manera forzosa, por medio de un juicio de filiación, sin embargo las causales para incoar dicho juicio eran muy restrictivas y bajo los medios probatorios establecidos en las

⁸ Esto se ve reflejado en el mensaje de nuestro Código Civil en el cual dice: “La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el derecho civil ha creado, ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas, la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio?...” (CHILE. Ministerio de Justicia. DFL 1: Código Civil. Abril 2015 (última modificación)).

mismas causales, siendo casi igualable la calidad de hijos naturales y simplemente ilegítimo; provocando “la situación absurda en que un hijo contaba con antecedentes para iniciar un juicio de reconocimiento pero ellos no eran suficientes como para configurar perfectamente alguna de las causales específicas señaladas en la ley y consecuentemente quedaba descartada la procedencia de la acción”⁹. Además de ello, se amplió los derechos hereditarios a los hijos naturales, pudiendo ser herederos abintestato, legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras, con respecto a los simplemente ilegítimos se mantuvo el derecho a solicitar alimentos necesarios.

Posteriormente, se han dictado leyes que han introducido reformas con respecto a las maneras de entenderse por reconocido un hijo fuera del matrimonio. En este sentido, la Ley N° 17.999 de 1981 otorgó calidad de escritura pública para efectos del art. 271 el reconocimiento que, en cualquier época, conste en acta extendida ante oficial del registro civil¹⁰ ; y la Ley N° 19.089 de 1991 que habilita a los curadores para reconocer a los hijos cuando la madre padezca o demencia o sordomudez y que no pueda darse a entender por escrito, siempre y cuando conste en el comprobante de parto y se identifique a la madre en él.¹¹

⁹ TURNER, Susan. 2000. El establecimiento de la filiación, aspectos de prueba. GJ. (236): 114-124. p.115.

¹⁰ “Artículo 1°.- Las declaraciones que, en cualquier época, se efectúen con el objeto de legitimar a un hijo o de reconocer a un hijo natural, y que consten en un acta extendida ante cualquier oficial civil del Servicio de Registro Civil e Identificación, tendrán el mérito de instrumento público o de escritura pública, según el caso, para los efectos de los artículos 208 y 271, N° 1, del Código Civil.

Estas actuaciones serán gratuitas y no estarán afectas a ningún gravamen fiscal.” (CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 17.999: Declara que las actas que indica tendrán el mérito que señala, para los efectos de la legitimación de un hijo o el reconocimiento de hijo natural. Junio de 1981.)

¹¹ “Artículo único: 4.- Agrégase el siguiente inciso final al N° 1° del artículo 271: “Asimismo, en el evento de que la madre sea demente o sordomuda que no pueda darse a entender por escrito, podrá reconocer a su hijo como natural a través de la declaración que efectúe su curador y siempre que conste la maternidad en el comprobante de parto y se haya identificado a la madre en él.”.(CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.089: Modifica artículos 208, 209, 217, 271 y 272 del Código Civil. Octubre de 1991.)

Finalmente, a raíz de los constantes atentados a los derechos humanos en la época de la Segunda Guerra Mundial se dictaron por parte de organismos internacionales convenciones y tratados que aseguran múltiples derechos, entre ellos, la igualdad de todos los seres humanos sin discriminación en razón del nacimiento. Dentro de estos instrumentos internacionales que declaran esto se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos¹², Convención Europea de Derechos Humanos¹³, Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵, Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶, la Declaración de los Derechos del Niño¹⁷ y Convención de los Derechos del niño¹⁸.

¹² “Art. 2: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición...”

¹³ “Art. 14: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, **nacimiento** o cualquier otra situación.”

¹⁴ “Art. 2.2: 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición social.”

¹⁵ Art. 2.1: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición social.”

¹⁶ “Art. 17. Protección a la familia.

5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

¹⁷ “Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”

¹⁸ Art 2.1. 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 económica, los impedimentos físicos, el **nacimiento** o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Esto influenció en su momento la dictación del régimen actual, e incluso obligó a realizar una reforma urgente, ya que en virtud del art. 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile son parte del Derecho interno. Por lo mismo, hizo posible la eliminación de la distinción entre hijos y, en consecuencia, de la distinción de los derechos que se le atribuía a cada uno, expresando estos ideales en la ley 19.585.

Finalmente no hay que olvidar la nueva ley que regula el acuerdo de unión civil que, el que pese a que regula principalmente los efectos patrimoniales, derechos y deberes de los convivientes, también introduce un cambio en materia de filiación, al ser aplicable la presunción pater est sobre los hijos nacidos dentro de este acuerdo cuando los convivientes civiles son de distinto sexo.

Tomando en cuenta que quien estableció en forma más evidente el nuevo régimen de filiación es la actual ley 19.585, nos enfocaremos en su análisis. Lo cual se expresará en los acápite siguientes.

(ii) Principios que inspiran la ley 19.585.

(ii).a. Principio de la Libre Investigación de la Paternidad y Maternidad y el Derecho a la Identidad.

El principio de libre investigación de la Paternidad y Maternidad se encuentra consagrado en nuestra legislación en el artículo 195 donde establece que “la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen...”, el cual tiene como finalidad dar preeminencia a la verdad biológica por sobre la verdad formal, ya que de esa forma se tiene una mayor certeza sobre la verdad filiativa.

Así es como lo entiende la jurisprudencia al indicar que el “principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad”, instaurando un procedimiento que permitiera privilegiar la verdad biológica por sobre la verdad formal; la finalidad de consagrar la libre investigación de la paternidad y la maternidad es conocer, con la mayor certeza posible, la verdad filiativa. Esto importa determinar quién es biológica o genéticamente el padre o la madre o ambos.”¹⁹

Al iniciar una acción de filiación, se aplica este principio de libre investigación de paternidad y maternidad, con el cual se está ejerciendo el derecho a la identidad.

Este derecho se encuentra recogido en la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 7 y 8²⁰, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 18²¹, y de forma indirecta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 16²² y en el art. 3²³ de la Convención Americana, estableciendo el derecho de toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Pese a ser un derecho que influencia a toda la legislación chilena, no tiene un concepto concreto, siendo solo explicado el contenido de dicho

¹⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia. 11.04.2013. Rol 44-2013 Considerando Tercero. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 11 de enero del 2015)

²⁰ “Art. 7 N°1: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

Art. 8 N°1: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

²¹ “Art. 18. Derecho al nombre: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

²² “Art. 16: Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

²³ “Art. 3: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

derecho, por lo que para saber la definición es necesario investigar en sede doctrinal y jurisprudencial.

Por el lado de la doctrina, se ha entendido como un “derecho personalísimo, del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad”²⁴. También Maricruz Gómez de la Torre Vargas lo ha conceptualizado como aquél derecho que se basa en poder “conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quiénes constituyen su familia”²⁵.

Con respecto a su contenido existe una discusión, existiendo por un lado un sector que distingue los elementos llamados estáticos, los cuales comprenden aquellos que no cambian a través del tiempo, como el sexo, los datos de nacimiento y filiación; y los dinámicos cuyos elementos corresponden a “experiencias pasadas, la condición presente y, sobretudo, las posiciones, aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo...y que sea así reconocida por las demás personas.”²⁶. Ambos configuran la llamada identidad personal, los cuales de todos modos pueden ser protegidos por separado. Para otros, estos dos elementos no deben ser considerados por separado en forma estricta, sino que ambos están vinculados

²⁴ Definición realizada por Molina, Eduardo y Viggiola, Lidia 1992, "Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial" (Ponencia presentada en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI), Asociación de Abogados de Buenos Aires, p. 2. Cit por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. 2014. La importancia de la identidad. Significado de la verdad en materia de filiación. Revista Chilena de Derecho de Familia (2) p. 17.

²⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. 2012. “El derecho de la identidad y la filiación.” En: XVII Congresos Internacionales de Derecho Familiar Disertaciones y Ponencias. Buenos Aires, Argentina. La Ley Abeledo Perrot, p. 60.

²⁶ SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. 2001. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. p. 64.

intrínsecamente, por lo que deben los elementos estáticos ser valorados en relación a los dinámicos para identificar a un individuo dentro de la sociedad²⁷.

Por otra parte la Jurisprudencia a través del Tribunal Constitucional ha entendido por derecho a la identidad aquel que “implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a ser cuidada por ellos”²⁸. Por su parte, se ha entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos que se trate y las circunstancias del caso”²⁹.

La misma jurisprudencia ha considerado que el derecho a la identidad es de aquellos derechos constitucionales implícitos en nuestra legislación, al formar parte de la dignidad de la persona humana, pues “la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece”³⁰.

²⁷ Para mayor información sobre el tema se puede revisar en Zavala de González, Matilde 1995, Resarcimiento de daños, Buenos Aires, Hammurabi. T.2.

²⁸ Tribunal Constitucional de Chile, 29.9.2009. Rol 1340-2009 [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015).

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24.02.2011. N° 122. Caso Gelman vs. Uruguay. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015)

³⁰ Tribunal Constitucional de Chile, 29.09.2009. Rol 1340-2009 [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015). Otra sentencia del mismo tribunal indica que: “Asimismo, porque no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad, lo que no puede limitarse a la sola inscripción del nombre y apellidos de una persona en el registro correspondiente. Es por esta razón que se ha sostenido que el derecho a la identidad personal constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en base a lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, y 19 N° 4° de la Ley Suprema” (Tribunal Constitucional de

En síntesis, podemos decir que el derecho a la identidad es aquel derecho fundamental que, ligada a la especie y dignidad humana, consiste en reafirmar el propio yo del individuo y la posición dentro de la sociedad, a través de la diferenciación física, genética y psicológica en relación a otros, y el conocimiento del origen y la pertenencia tanto biológica como jurídica a una familia determinada.

¿Cómo se refleja este derecho en la Ley N° 19.585?, como el derecho a la identidad tiene como contenido el conocer su origen, su familia, de donde proviene, es necesario dar las mayores facilidades para la búsqueda de quienes son sus padres, y para ello se debe tener como prioridad en juicio la verdad biológica por sobre la verdad material. Por lo mismo según la autora Paulina Veloso, es posible ver manifestado este derecho en las siguientes instituciones consagradas en el Código Civil chileno:

- El principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad (Art. 195).
- La libertad probatoria en materia de filiación (Art.198)
- Los facultad de los jueces de decretar de oficio las pruebas que estime conveniente para determinar la filiación (Art. 198).
- Tomar en cuenta como una de las pruebas los informes periciales de carácter biológico.
- La sanción al padre o madre ante la negativa injustificada de realizarse la prueba pericial biológica. (Art. 199 inc. 1)
- El carácter imprescriptible e irrenunciable de la acción de reclamación de la filiación (Art. 195 inc. 2)

- No opera la cosa juzgada contra quien se presente como verdadero padre o madre, o como verdadero hijo (art. 320).

(ii).b. Igualdad de los hijos.

Este derecho es de carácter constitucional establecido en el art. 1 y 19 n° 1³¹ de nuestra Constitución Política de la República, así como también en los diversos tratados internacionales ratificados por Chile.

¿Qué se entiende por igualdad?, en primer lugar tenemos que tomar en cuenta que el sentido en que se plantea en las legislaciones no es de carácter descriptivo o literal, ya que es algo evidente que no todos somos iguales, desde el punto de vista físico, racial, étnico, etario, como desde el punto de vista psicológico, como son la creencia religiosa, nuestros hábitos culturales, entre otros. Por lo que para entender a qué se refiere, debemos atenernos a que es un concepto más bien normativo o jurídico, donde lo que busca es la igualdad de trato³².

Sin embargo, no todo trato distintivo califica como discriminación. Para saber si alguna medida es una vulneración al Principio de Igualdad hay que atender a los motivos que justifican tal decisión prestando atención a si las diferencias que se encuentran ameritan un trato desigual, esto se ve por ejemplo, en que no es lo mismo el trato desigual dado a los pobres a través de

³¹ Art. 1: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 2: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

³² Al respecto podemos citar a Paulina Veloso que plantea que “Cuando se reclama igualdad, lo que se está proponiendo es que no obstante estas diferencias, que son consubstanciales al género humano, todos seamos igualmente tratados” (SCHMIDT, Claudia; VELOSO Paulina. (2001) p. 29.

un subsidio habitacional o los bonos de oportunidad, lo cual corresponde a lo que en doctrina se denomina diferenciación objetiva , aceptable y lícito en el ordenamiento jurídico; que la prohibición de acceder a la universidad en razón de si la persona es de raza aria o no, lo cual es considerado discriminación.

En materia de filiación, en específico en la legislación, se puede encontrar manifestado este derecho principalmente en el artículo 33 de nuestro Código Civil que estipula que “la ley considera iguales a todos los hijos”. Esta es una de las grandes modificaciones de la Ley N° 19.585 ya que como lo planteamos al principio de este trabajo, se distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos en razón de haber nacido dentro o fuera del matrimonio, lo cual a todas luces fue considerado un atentado a la igualdad ante la ley, sobre todo entendiendo de que el momento y circunstancias en los que nace una persona no dependen del individuo discriminado, y así se ha plasmado en el mensaje de la ley en comento³³, pese a quienes consideraban válida la distinción en razón de la protección de la familia legítima³⁴ y argumentando que se ayudaría injustamente a aquellos hijos que no colaboraron en el aumento del patrimonio del causante al no ser parte del matrimonio, argumentos que a todas luces no parece viables ya que hoy en día la familia matrimonial no es el único tipo de

³³ “La reforma que proponemos intenta, pues, acoger el imperativo constitucional antes mencionado y corregir una situación errónea e injusta, como lo es aquella que castiga a las personas por actos no voluntarios. La actual legislación atribuye consecuencias negativas para los hijos naturales y simplemente ilegítimos, en razón de las circunstancias de su concepción, cuestión que ciertamente no les es reprochable, puesto que se basa en el comportamiento y la moral sexual de sus padres. Por otra parte, esta discriminación jurídica también ha generado efectos negativos en el ámbito social, cultural y económico, restando oportunidades y beneficios a esta clase de hijos, lo que crea, al fin, una doble marginalidad, que la normativa propuesta debiera tender a hacer desaparecer.” (Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Boletín 1060-07-1, de 9 de agosto de 1994. P. 5)

³⁴ Así lo plasma el señor Raúl Lecaros en la discusión de la ley al indicar que el proyecto “lleva a concluir que en el trasfondo de todo esto está desarticular a la familia legítima. En la medida que se obtienen los mismos efectos del matrimonio, sin casarse, no hay para qué casarse. Por diversas consideraciones, opina que la familia de que habla la Constitución es la familia legítima, por lo que cualquier proyecto que ataque su concepto y discurra hacia otro, sería inconstitucional.” (Ibidem p. 55)

familia existente, además de existir otros medios para “premiar” a los hijos matrimoniales como es constituirlo como asignatario de cuarta de mejoras o bajo la cuarta de libre disposición³⁵.

(ii).c. Interés superior del niño (hijo).

Es el principio rector de todo el derecho de familia contemporáneo, pudiendo verse expresado en diversas normas, tanto en sede internacional como nacional. En el primer caso se encuentra ubicado principalmente en la Convención de los Derechos del niño, especialmente en el artículo 3³⁶. Y en nuestra legislación podemos encontrar los artículos 201, 222, 242, 225, 229, 234, 240, 244, 245, 268, 272, entre otros.

¿Qué se entiende por interés superior del niño? En primer lugar se debe precisar que el concepto es de carácter indeterminado o también llamada de

³⁵ Así lo estima Leslie Tomasello en la discusión parlamentaria diciendo que “Respecto de estos últimos [los derechos hereditarios], se hizo cargo de una crítica formulada en el sentido de que los hijos extramatrimoniales heredarían bienes que han sido formados por el esfuerzo común de una familia de la cual ellos no forman parte. No es así, a su juicio, en la medida que este hijo sólo va a heredar a su progenitor biológico. En cuanto al perjuicio de los hijos matrimoniales, tampoco existe, o no debería existir, pues el padre puede efectuar las correcciones que estime pertinentes por la vía de la asignación de la cuarta de mejoras y de la de libre disposición. Hay mecanismos para mejorar a los hijos matrimoniales (o a cualquier hijo). (ibídem. P. 58)

³⁶ Art. 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

(ONU. 1989. Convención sobre Derechos del Niño. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>> (fecha de consulta: 21 de Junio de 2015).

noción-marco, ya que no existe una definición concreta ni en la convención mencionada ni en las normas que lo nombran.

Algunos juristas han querido otorgarle un contenido, siendo uno de ellos Miguel Cillero quien lo define como “la plena satisfacción de sus derecho. El contenido del principio los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican”³⁷. Otro concepto lo entrega el autor español Rivero Hernández el cual indica que “el principio del interés de menor se refiere, primera y sustancialmente, a la protección y salvaguarda de sus derechos fundamentales como persona: es ahí donde tiene plena y mejor vigencia”³⁸. En síntesis el principio del interés superior del niño consiste en la protección y satisfacción de sus derechos fundamentales considerando al niño como sujetos de derechos independientes al interés que tenga el padre o madre o cualquier adulto.

¿Qué significa que sea superior?, según la autora Grosman explica que con la idea de ser un principio superior "se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado"³⁹, es decir “implica proteger y defender un interés privado, pero al amparo de un interés social.”⁴⁰

³⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. (en línea) en <http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf> (fecha de consulta 21 de junio del 2015) p. 8.

³⁸ Complementando el mismo autor indica que “el interés eminentemente del menor consiste en proteger su ser o esencia de persona (en ésta importa más el ser que el tener), que, traducido en términos jurídicos, supone la protección y salvaguarda, en primer lugar, de los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad; luego, como consecuencia de aquéllos, los demás derechos que le están reconocidos en el Ordenamiento jurídico.” (RIVERO Hernández, Francisco. “El interés del menor”. Editorial Dykinson, 2000. Madrid. Po. 108 y 109 cit. por SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina. (2001) p. 49)

³⁹Grosman P., Cecilia, "El interés superior del niño" en Los derechos del niño en la familia, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, pág. 39, cit por GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2000. El interés superior del niño. Gaceta Jurídica. (238). P 23-26.

⁴⁰ *Ibidem*.

Este principio según Cillero tiene 3 funciones principales:

- a) Como garantía, ya que cualquier decisión tomada por el juez o por sus padres deben tener en consideración, los derechos del niño.
- b) Como principio orientador, de las decisiones o conductas, no solo del juez o padres, sino también de las autoridades e instituciones públicas y privadas
- c) Como elemento interpretativo de las normas en derecho de familia y para la resolución de conflictos.⁴¹

Tomando en cuenta las ideas esgrimidas ¿Cómo se determina el contenido y criterios de lo que se entiende como interés superior del niño? Por ser un concepto indeterminado algunos critican este principio, ya que quedaría su determinación a la libre discrecionalidad de un juez y su ideología cultural. Sin embargo se ha entendido que no queda de por sí al arbitrio del juez., sino que se basa en general en la situación y necesidades del niño, tal como lo plantea una sentencia de la Corte Suprema que cita a la Observación General N° 14 de las Naciones Unidas señalando que "el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales". Dentro de lo que las Naciones Unidas considera que debe tomarse en cuenta son: la opinión [...] y la identidad del niño [...].⁴² Sin embargo en gran parte, para la determinación del contenido de este derecho, depende de la valoración cultural y social de aquellos elementos que más benefician en la protección de los derechos del niño, tal como se aprecia en la situación de que, antiguamente, se aceptaba castigos corporales a los niños bajo la idea de que beneficiaba a forjar responsabilidad y disciplina, situación distinta que se aprecia en la actualidad en

⁴¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. (1998), p. 14

⁴² Corte Suprema. 04.06.2015. Rol 27042-2014. Considerando Quinto [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de julio del 2015).

la cual estas prácticas se entienden como infracciones al interés del niño al afectar sus derechos fundamentales.

Para resolver u orientar en la determinación del interés superior del niño, las Naciones Unidas dictó la “Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, en la cual explica que el interés superior del niño es un concepto triple:

- 1) Como “derecho sustantivo, derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”
- 2) Como principio jurídico interpretativo fundamental, prefiriendo la interpretación que satisfaga mayormente el interés superior del niño
- 3) Como norma de procedimiento, es decir, se debe tomar en cuenta las repercusiones de las decisiones tomadas en un procedimiento al niño o grupo de niños afectados, establecer garantías procesales para garantizar el interés superior del niño, explicitar las justificaciones que apoyen las decisiones que afecten al niño o grupo de niños, y en especial que se indique que se tomó en cuenta dicho interés en la decisión final.⁴³

⁴³ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. "Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", Ginebra, Suiza, 2013, [en línea] <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha de consulta: 03 de agosto del 2015)

Además indica que el interés superior del niño “o es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución” y que “la flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación...” , por lo que, para orientar la forma de determinar lo que se entenderá por interés superior del niño, establece diversos criterios o elementos claves, siendo algunos (no son taxativos): la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar, el cuidado, protección y seguridad del niño, si se encuentra en situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y educación, entre otros⁴⁴ los cuales se verán más en extenso en la parte última de este trabajo.

Podemos ver manifestado este principio en variadas normas en derecho de familia, siendo una de ellas el artículo 222 inciso primero, al establecer como preocupación fundamental de los padres el interés superior del hijo; en el artículo 225, al normar el cuidado personal del hijo, en el cual “cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres...”; en el artículo 229, al obligar al padre que no tiene el cuidado del hijo a “mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo” y, finalmente, la razón para preferir la prueba de la posesión notoria a la prueba pericial biológica, se justifica en que, de esa forma, se protege mejor el interés del hijo. Como se ve en estas norma, el principio que subyace en la ley en comento, no solo se aplica a los niños, niñas o adolescentes, sino también al hijo en general,

⁴⁴ Ibídem.

al verse expresado de esa manera en los artículos mencionados, y porque la misma ley le garantiza a los hijos en general la igualdad e identidad.

(iii). Régimen filiativo actual.

Basado en los principios de la libre investigación de la paternidad o maternidad, el interés superior del niño (o hijo) y la igualdad ante la ley, explicados latamente en los acápite anteriores, el nuevo régimen de filiación chileno elimina definitivamente la discriminación y desigualdad de derechos entre los hijos en razón del nacimiento dentro o fuera del matrimonio, siendo, en consecuencia, las clasificaciones de los tipos de filiación que explicaremos a continuación, sólo para efectos de regular la forma en que se entenderá determinada la filiación y las presunciones aplicables a cada una. Debido a que esta materia es de muy extenso contenido, que escapa del objetivo planteado en este trabajo, solo se esbozará un esquema de los tipos de filiación y la manera en cómo ésta se determina en general, con el fin de tener una noción del contexto en que se aplica la posesión notoria de estado civil de hijo.

La nueva legislación distingue en primer lugar dos categorías: La filiación determinada e indeterminada, siendo la primera aquella que se encuentra establecida legalmente la paternidad y maternidad o ambas, e indeterminada la no establecida⁴⁵. Esta distinción tiene importancia porque al estar determinada, la persona adquiere el estado civil de hijo lo cual habilita al individuo para llevar el apellido de la persona con quien posee el vínculo filiativo, la nacionalidad de éste, el cuidado personal en caso de ser menor de edad, el derecho de alimentos si procediere y los derechos hereditarios; los cuales carece quien no ha determinado su filiación aún. Con respecto a este tema se ha entendido que

⁴⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2007. "El sistema filiativo chileno". Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 54.

aquí no existe discriminación, ya que la propia legislación entrega todos los medios y acciones necesarias para que se pueda determinar la filiación y gozar de dichos derechos.⁴⁶

Luego se encuentran, en razón del origen de la concepción del hijo cuya filiación se busca establecer, tres tipos de filiación: la filiación biológica, como aquella en que el hijo nace producto de la relación sexual entre sus padres⁴⁷; la filiación por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (artículo 182), entendidas como aquella en el cual los hijos se conciben producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida⁴⁸; y la filiación adoptiva, como aquella que se deriva de la adopción entre padre o madre e hijo, el cual se rige por la ley de adopción (artículo 179 inc. 2). Esta clasificación tiene importancia para efectos de saber el nivel de certeza de la filiación, ya que la filiación biológica es la menos estable de las tres, siendo irrevocable en el caso de la adoptiva e inamovible la filiación producto de técnicas de reproducción asistida.

La filiación biológica puede ser de carácter matrimonial o no matrimonial, las cuales solo tienen por finalidad establecer la forma en cómo se determina la filiación, mas no en cuanto a los efectos, ya que los hijos son iguales ante la ley. La primera es aquella en que los hijos fueron concebidos o nacidos dentro del matrimonio de sus padres, y también se ha aceptado legalmente dentro de esta categoría aquellos en que sus padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento siempre y cuando lo hayan determinado por los medios establecidos en la ley, o por reconocimiento en el acta de matrimonio por

⁴⁶ VELOSO VALENZUELA, Paulina. "Los principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo", en *Nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, publicado por SERNAM y Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999. P. 39.

⁴⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007) p. 53

⁴⁸ *Ibíd.* p. 53

ambos padres o por los instrumentos establecidos en el artículo 187. En tanto, la filiación no matrimonial -a raíz de la nueva ley que regula el acuerdo de unión civil- se clasifica en aquellos que se concibieron o nacieron dentro del régimen de acuerdo de unión civil amparados por la presunción pater est, y aquellos no matrimoniales simplemente, los cuales se pueden determinar por reconocimiento del padre o madre o ambos por los mismos instrumentos del artículo 187 o por sentencia firme en juicio de filiación.

Para los efectos de este trabajo veremos la determinación de la filiación biológica a través de los juicios de filiación, entre los cuales se debe tratar preliminarmente las acciones de filiación.

Nuestra legislación establece dos acciones: la acción de reclamación de la filiación y la acción de impugnación de la filiación. La acción de reclamación es aquella que tiene como finalidad establecer la filiación, ya sea matrimonial o no matrimonial, de paternidad o maternidad, a quien no la posee, siendo incoado ya sea por el hijo contra el padre o madre o ambos (éste último si es matrimonial) o el padre o madre contra el hijo, siendo en el caso de filiación matrimonial citado el otro cónyuge que no interpuso la acción. La característica de esta acción es su imprescriptibilidad, esto con el fin de no imponer barreras de plazos en cuanto a la determinación de la filiación, siguiendo el principio de la libre investigación de paternidad y maternidad.

Por su parte la acción de impugnación tiene como finalidad anular la filiación anteriormente establecida, la cual puede ser matrimonial o bajo la acuerdo de unión civil (en la que se busca refutar la presunción pater est⁴⁹, bajo

⁴⁹ La presunción pater est es aquella aplicable en la filiación matrimonial y en la no matrimonial cuando es hijo que nace durante el régimen de acuerdo de unión civil cuando ambos convivientes son de distinto sexo, establecida en el artículo 184 de nuestro Código Civil que establece que “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del

los casos establecidos en el inciso segundo del artículo 184) llamada acción de desconocimiento de la paternidad, la cual algunos lo han entendido como una acción distinta a la de impugnación, pero que se rige por las reglas de la acción de impugnación; y la no matrimonial o acción de impugnación propiamente tal, la cual también puede ser de paternidad o maternidad. Los titulares de dicha acción variarán dependiendo del tipo de impugnación y, a diferencia de la acción de reclamación, es de carácter prescriptible dependiendo del tipo de impugnación, todo ello con el fin de proteger la filiación ya establecida y la certeza en cuanto a éste. Sin embargo se volverá imprescriptible si se entabla conjuntamente con la acción de reclamación (artículo 208 inc.2).

Finalmente en materia de filiación existe otro tipo de acción, la cual se entiende que es una especie de acción de impugnación, que es la acción de nulidad del reconocimiento, que establecida en el artículo 202, tiene como finalidad invalidar el acto de reconocimiento por vicios del consentimiento dentro del plazo de un año contado a partir de dicho acto o desde el momento en que cesa la fuerza.

Dentro de los juicios de filiación está la libertad probatoria, en el cual se acepta cualquier medio de prueba para probar el vínculo filiativo y establecerlo, tanto de oficio como a petición de parte (artículo 198 inc. primero), pero existen ciertas normas con respecto a la prueba, ya sea restringiendo, regulando su procedimiento, e incluso estableciendo presunciones, para que exista una cierta veracidad con respecto a las pruebas presentadas en juicio.

En primer lugar encontramos la regulación dada por el artículo 198 inciso segundo en relación a la prueba testimonial que restringe su suficiencia para

matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges”.

determinar la filiación estableciendo que es insuficiente la prueba testimonial para determinar la filiación aplicándosele las reglas de las presunciones del artículo 1712.

En segundo lugar encontramos la prueba pericial biológica que, por la idea de búsqueda la de la verdad biológica, adquiere mayor precisión en las normas que la regulan, siendo la más usada y precisa la prueba de ADN, la cual se estableció como prueba suficiente de la filiación, y se reguló que para el caso de existir negativa injustificada por parte del padre o la madre de realizarse dicho examen se presumirá legalmente su paternidad o maternidad, entendiéndose por injustificada la no comparecencia de la parte a la realización de la prueba pericial biológica, siendo citado dos veces con el apercibimiento de aplicársele la presunción en éste último aviso (artículo 199).

En tercer lugar se encuentra la prueba por concubinato, establecida en el artículo 210, entendiéndose que el concubinato⁵⁰ de los padres en la época en que ha podido producirse la concepción de acuerdo a lo establecido en el artículo 76, servirá como base de presunción judicial de paternidad. Además agrega que en el caso de probarse por parte del presunto padre la cohabitación de la madre con otro hombre durante la época en que pudo producirse legalmente la concepción, no se rechazará por ello la demanda, sino que se deberá citar al tercero involucrado. En este último caso se ha entendido que en ese juicio no es posible establecer la filiación respecto de él porque se entiende que el emplazamiento es en la etapa probatoria⁵¹, además que sería contrario al debido proceso⁵².

⁵⁰ Se ha entendido por concubinato “La convivencia duradera y estable de dos personas que hacen vida marital” (Boletín del Senado N°1.060-07. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento p. 114.)

⁵¹ RAMOS PAZOS, René. 2007. Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.p.429.

⁵² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007). P. 87.

Finalmente existe la prueba de posesión notoria de estado civil de hijo, utilizado mayormente para la determinación de la filiación no matrimonial al entenderse como una especie de reconocimiento tácito, tanto como argumento para la acción de reclamación como excepción en el mismo juicio, el cual explicaremos y analizaremos en extenso en el acápite siguiente, por ser el objeto de análisis de este trabajo.

B. ¿Qué es la posesión notoria de calidad de hijo?

(i). Concepto y características.

La posesión notoria de calidad de hijo, a diferencia de otros términos, si posee un concepto legal en nuestra legislación, específicamente en el Título VIII llamado “De las acciones de filiación”, específicamente, en su artículo 200 inciso 2, donde establece que 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.”*

Como se puede apreciar es aquella situación de hecho que, independiente de si la relación padre-hijo es compatible con la verdad biológica, determina el goce y estado filiativo de hijo, a través del nombre, trato y presentación ante la sociedad como tal, por lo mismo hay autores que consideran la posesión notoria de calidad de hijo como una especie de “reconocimiento tácito de la paternidad”⁵³. Como consecuencia de esta característica, al igual que el reconocimiento voluntario, no se requiere probar

⁵³ SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina. (2001) p. 172.

biológicamente el vínculo sanguíneo para entenderse constituido dicho reconocimiento, como tampoco dichos actos pueden ser revocables o deshechos, ya que, pese a que no está establecida por la ley su irrevocabilidad, se entiende que al cumplir los requisitos legales no se puede deshacer lo hecho, aunque no continúe con aquellos actos, los cuales se consolidaron a través del tiempo.

En la doctrina y jurisprudencia⁵⁴ se ha entregado otros conceptos de posesión notoria de calidad de hijo, teniendo la mayoría en común la idea de ser un reconocimiento de una situación de hecho, como el dado por Maricruz Gómez de la Torre quien lo entiende como “una especie de reconocimiento de hecho o social, de la paternidad o maternidad”⁵⁵, cuya definición también comparte Paulina Veloso⁵⁶.

Otros lo definen desde el punto de vista del hijo o padre como el goce de un estado civil, como menciona Manuel Somarriva al indicar la posesión notoria como el hecho de “gozar de un estado civil a vista de todos y sin protesta ni reclamo de nadie”⁵⁷ o como el autor argentino Fanzolato quien lo define como el “goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma con prescindencia de que quien lo ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él.”⁵⁸

⁵⁴ Se ha entendido en una sentencia de la Corte Suprema como el “goce y ejercicio de un estado civil determinado en su manifestación en los hechos unida a un título legal formal, independientemente de la existencia de un hecho biológico” (Corte Suprema, 21.10.2013. Rol 4311-2013 [en línea] <<https://legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 22 enero del 2015))

⁵⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. (2007) p. 87

⁵⁶ SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina (2001). P 168.

⁵⁷ SOMARRIVA, Manuel. 1946. Derecho de familia. Santiago, Chile. Editorial Nascimento. P 509.

⁵⁸ Fanzolato, Eduardo. 2007. “Derecho de familia. Buenos Aires, Argentina. Editorial Advocatus. p. 170 cit. FAMA, María Victoria. 2011. La filiación. 2° ed. Buenos Aires, Argentina. Abedelo Perrot.p. 448.

En síntesis, para los efectos de este trabajo, se puede entender como posesión notoria de estado de hijo aquél medio probatorio y reconocimiento tácito de la filiación conformado por el goce de hecho del estado civil de hijo, a través de una serie de acciones o conductas exteriorizadas entre el presunto padre y el presunto hijo durante un tiempo determinado y continuo, consistente en nombrar, tratar y presentar ante la sociedad al hijo como tal.

(ii) Principales Características

De los conceptos mencionados podemos desprender las principales características y finalidad de la posesión notoria de calidad de hijos: a) su función como medio probatorio de la filiación; b) constituir una situación de hecho público, reiterado y continuo con consecuencias jurídicas; c) ser expresión del principio del interés superior del niño; d) su irrevocabilidad; y e) su preeminencia sobre la prueba biológica en caso de entrar en conflicto con éste.

(ii).a. Situación de hecho público, reiterado y continuo que produce consecuencias jurídicas.

Esta es una de las características principales ya que se basa en la exteriorización de una serie de actos continuos y duraderos en el tiempo que reflejan el goce de un estado civil por parte del hijo y un trato de hijo por parte del padre o madre, no siendo necesario que haya un reconocimiento escrito para que tenga validez, por lo mismo se entiende como una especie de “reconocimiento de hecho o social”⁵⁹.

⁵⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2007) p. 87

Pero esta situación fáctica, tiene consecuencias jurídicas, posiblemente basándose en la “manifestación de la apariencia en la esfera jurídica.”⁶⁰, además de que es necesario que actos lícitos duraderos en el tiempo se le otorgue cierto grado de certeza y seguridad jurídica, como es el caso de la posesión en materia de bienes.

Esta situación fáctica o serie de actos deben ser de carácter reiterado y continuo para que produzca efectos jurídicos, ya que de lo contrario se podría caer en la injusticia que un acto de generosidad, como donar dinero para los estudios de un niño, se pueda mal utilizar solicitando determinar la filiación bajo el argumento de la posesión notoria de estado civil de hijo, porque lo que se protege son los lazos afectivos creados reflejados en dichos actos mas no los actos en sí mismos. En este sentido, en varias legislaciones se ha indicado un tiempo determinado de duración para entenderse continuo y reiterado para constituir posesión notoria, siendo el caso chileno el de 5 años continuos.

Existe un fallo reciente con respecto a lo que se entiende por “continuidad” de la posesión notoria de estado civil de hijo, al expresar que no puede entenderse “ininterrumpidamente los 365 días del año” por considerarse dicha interpretación extrema “toda vez que tal argumentación nos llevaría a concluir inequívocamente que bastaba tan sólo un día de ausencia durante los cinco años requeridos, para no cumplir con la exigencia legal; interpretación que estos juzgadores consideran del suyo extrema, pues tal ausencia puede ocurrir debido a múltiples factores como hospitalización, viaje, etcétera y no por ello la demandada dejó de proporcionarle el nombre, trato y fama”⁶¹

⁶⁰ SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina (2001) p. 168.

⁶¹ Corte de Apelaciones de Arica. 26.03.2012. Rol 18-2012. Considerando cuarto. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 18 de julio del 2015).

Más adelante en este trabajo se explicará cuales son dichos actos o situaciones de hecho necesarios para configurar la posesión notoria de calidad de hijo , siendo principalmente relevante el trato que realiza el padre o madre hacia el hijo que acarrea el goce de los derechos y obligaciones que emanan del estado civil de hijo por parte de éste.

(ii). b. Medio de prueba suficiente de la filiación en las causas sobre acción de impugnación y reclamación de paternidad conjunta, si se alega como excepción.

Una de las principales características es que nuestra legislación la considera como uno de los medios de prueba para poder determinar la filiación en juicio, considerándose suficiente para poder acreditarlo en juicio (art. 200 inciso primero⁶²), es decir, con la sola concurrencia de los requisitos para constituir la posesión notoria de calidad de hijo, podrá acreditar la filiación sin necesidad de otras probanzas, siendo tampoco necesario, como se dijo, probar que sea compatible con el vínculo biológico, pasando a ser la excepción a la idea de la búsqueda de la verdad biológica, predominando los lazos afectivos por sobre el lazo sanguíneo. Esta categorización de “prueba suficiente” puede deberse a la idea de considerar, cumpliéndose los requisitos, como una especie de reconocimiento tácito de la filiación.

Pese a todo lo anterior, el efecto que tiene que la posesión de calidad de hijo sea un medio probatorio de la filiación, es que la concurrencia de los requisitos sea probado dentro de un juicio de filiación para poder determinar la filiación, es decir no determina la filiación por sí misma, sino que requiere un

⁶² Art. 200 inc.1: 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.

juicio que lo declare. Por lo tanto la función de esta institución no es la determinación de la filiación, sino probar, dentro de un juicio de filiación, la existencia de este goce de estado para así poder establecer la filiación en una sentencia. Esta idea se puede ver reflejada en la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 21 de octubre del 2013, en la cual estipula que la posesión notoria de calidad de hijo “en todo caso no da o genera un estado, sino que solo sirve para probarlo, pues no es una acción sino un medio de prueba de filiación”⁶³. Esto justificado por la relación entre la ubicación de las normas sobre posesión notoria de calidad de hijo, es decir en el título de las acciones de filiación, y el art. 201 inciso 2, que establece que en caso de conflicto con la prueba pericial se preferirá la prueba posesión notoria y el art. 309 que indica que el estado civil de padre o madre o hijo deberá probarse en juicio de filiación en la forma y con los medios de prueba establecidos en el título VIII.

(ii). c. Manifestación del principio del interés superior del niño

Recordemos que uno de los principios que subyace en el nuevo régimen de filiación es el derecho a la identidad, siendo una de sus manifestaciones la idea de la libre investigación de la paternidad y maternidad siendo su finalidad la búsqueda y establecimiento de la verdad biológica. Pero la gran excepción a esta lógica es la posesión notoria de calidad de hijo, el cual le otorga mayor importancia a la verdad social por la existencia de lazos afectivos. Todo ello porque bajo la idea del interés superior del niño, se entiende que lo que más favorecerá al desarrollo psicológico del niño, son los lazos afectivos y psicológicos por sobre la sola relación biológica, desprovista de toda relación familiar, así lo expresa Enrique Barros sobre el criterio adoptado por el Senado, apoyándolo ya que, “Los lazos afectivos y psicológicos de paternidad, se crean

⁶³ Corte Suprema. 21.10.2013. Rol 4311-2013. Considerando 3. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 10 de enero del 2015).

con más fortaleza en la vida diaria que en razón de la sola herencia, desprovista de toda otra relación filial. Por eso resulta que la nueva ley de filiación haya optado por moderar el valor de la sangre, de una manera prudencial que parece justificada”⁶⁴.

Sin embargo, se puede apreciar otra manifestación del interés superior del niño en el caso en que por “graves razones se demuestre la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerá las pruebas de carácter biológico” (art. 201 inc.1). Por lo tanto se entiende de que en caso de conflicto entre la verdad biológica y la social, prevalece éste último en atención al principio del interés superior del niño, salvo que bajo el concepto de graves razones, fundado por el mismo principio, sea más conveniente decidir en sentido contrario.

(ii). d. Carácter irrevocable

El carácter irrevocable es un elemento de la posesión notoria de estado civil de hijo que comparte con el reconocimiento general. Esto no está establecido en los artículos que regulan la posesión notoria de estado civil de hijo, pero se puede deducir del hecho que los actos constitutivos de dicha institución no se pueden deshacer, y con mayor razón si se consolidan en el tiempo. Además, al considerar que si la legislación permitiera deshacer los actos que constituyen la posesión notoria, dejarían al arbitrio de una persona el establecimiento de un estado civil y las consecuencias jurídicas que eso conlleva, afectando el interés superior del niño y el derecho a la identidad,

⁶⁴ Barros Bourie, Enrique. 1998. “Notas históricas y Comparada sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación”. En: FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO, El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno. Santiago, Chile. LOM Ediciones. p. 52; cit. por SCHMIDT Claudia; VELOSO Paulina (2001) p. 175.

sobre todo a lo que respecta a la de identidad filiativa y social que acarrea dicha institución.

En referencia a esto, el autor argentino López de Carril refleja esta idea cuando sostiene que “los actos constitutivos de la posesión de estado tienen un carácter irreversible y definitivo, pues que el que haya ejercido los actos de posesión de estado en el carácter de padre y/o madre ha dado a esos actos efectos permanentes y perennes e indelegables, que se consolidan a través del tiempo, y que el otorgante aunque interrumpa la comisión de esos actos no podrán aniquilarlos”.⁶⁵

(ii). e. Prevalece sobre la prueba biológica.

Esta característica se encuentra establecida en el artículo 201 inciso primero cuando consagra que *“la posesión notoria de estado civil de hijo debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otra”*.

Como decíamos anteriormente, se tomó esta decisión por ser lo más favorable al menor, siendo más valorable la estabilidad de los lazos afectivos por sobre la verdad biológica sin relación filial. Sin embargo esta idea no fue desde el principio plasmada en el mensaje del proyecto, el cual, siguiendo la misma lógica del Código civil argentino⁶⁶, que establecía la idea de priorizar la verdad real, prefiriendo la prueba pericial biológica por sobre la posesión

⁶⁵ López del Carril, Julio. 1987. “La filiación y la ley 23.264”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot. pp. 284 y 285, cit. por FAMA, María Victoria (2011) p. 450.

⁶⁶ “Art 256 de su Código Civil que la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico (ARGENTINA, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2014. Código Civil y Comercial de la Nación.)

notoria⁶⁷. Pero luego esto fue invertido por el Senado, rompiendo la lógica que tiene la Ley N° 19.585, dando como fundamento la necesidad de “producir un mayor equilibrio entre el origen biológico, como antecedente de una determinada filiación, y la posesión notoria de la calidad de hijo. Se declaró partidaria de reforzar el valor de la posesión notoria del estado civil, toda vez que los lazos afectivos y sociales, que pudieron llegar a establecer una determinada filiación, son, en ciertas circunstancias, tanto o más valiosos que el origen biológico.”⁶⁸

Sin embargo, esta decisión tiene una excepción consistente en que si existiesen razones graves que hagan inconveniente la preeminencia de la verdad social, se preferirá la prueba de carácter biológico. Se ha entendido por “graves razones” aquellos casos en que el lazo social tiene su origen en un hecho ilícito como el rapto o secuestro o suplantación de hijo, siempre tomando en consideración el interés superior del niño”.⁶⁹

⁶⁷ “Art. 204: Podrá declararse la filiación que resulte de la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona, siempre que hubiere sido debidamente acreditada en juicio y no se hubiere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.” (Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Mensaje del proyecto. Octubre de 1998.)

⁶⁸ Boletín 1060-07 del Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. P 343.

⁶⁹ “La Comisión se hizo cargo, no obstante, de 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.

En atención a que la conveniencia del hijo debe ser la primera consideración en esta materia, si obran graves razones en favor del resultado de las pericias biológicas, lo que ponderará el tribunal sobre la base del mérito del proceso, éstas prevalecerán en cambio por sobre la posesión notoria.” (ibídem. p. 384)

(iii). Elementos

La posesión notoria de estado civil de hijo se basa en actos continuos y reiterados que, duraderos en el tiempo, demuestren la existencia de lazos afectivos entre el padre y el hijo para el fin de dejar establecida la filiación en juicio pero, ¿cuáles son dichos actos o situaciones que lo demuestran?, en el mismo concepto entregado por nuestro Código Civil se establecen cuales actos constituyen posesión notoria, los cuales han sido entendidos por parte de la doctrina con las denominaciones de “nombre, trato y fama”, siendo luego agregados como requisitos para constituir prueba suficiente el que sea duradero y continuo en el tiempo, indicando un plazo para entenderlo como tal, y que sea probado por testimonios fidedignos.

A continuación se analizarán cada uno de estos elementos, y se explicará como el legislador y la jurisprudencia chilena lo ha entendido o aceptado como probado en juicio.

(iii). a. Nombre (*nomen*)

Corresponde al primer elemento que configura la posesión notoria de estado civil de hijo, que se puede entender incluido en la mención de trato efectuada en la definición legal así como también del elemento fama al entenderse presentado con ese nombre ante la sociedad.

¿Qué se entiende como elemento “Nombre”?, en el mismo concepto legal no lo identifica en forma clara, sin embargo se ha entendido por parte de la doctrina como la individualización de una persona como perteneciente a una determinada familia dentro de la sociedad, a través del “uso del apellido

familiar”⁷⁰. Respecto a este tema el autor Gandulfo estipula que “a una persona natural se la individualiza por el supuesto origen familiar de ésta, es decir, se está aludiendo no necesariamente al nombre oficial sino al social; el Código dice "presentándolo en ese carácter (de hijo) a sus deudos y amigos"; si el padre se llama "Pablo Espina", no puede presentar o dar a conocer a su hijo como "Cristóbal Romero”⁷¹. Es decir, en este caso se toma en consideración el uso del apellido por parte del presunto hijo como una realidad social más que jurídica, o sea, que se le reconozca por parte de la sociedad que pertenece a una determinada familia independiente que jurídicamente no sea verdad en ese momento.

Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que se cumple con el elemento nombre cuando al “presunto hijo se le conozca con el nombre y/o apellido de sus padres”⁷².

¿Cómo se prueba este elemento?, es posible, además de subentenderse probando los demás elementos, que conste por instrumento público o privado el presunto hijo con el apellido del presunto padre. Así por ejemplo, que conste en la lista del curso del colegio con el apellido del padre o el simple hecho de usarse ese apellido en cualquier documento. Con respecto a este punto, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica -ya mencionada -se probó, tomándose como suficiente, con la inscripción en la partida de nacimiento del Registro Civil con el apellido del presunto padre o madre⁷³, Sin embargo en

⁷⁰ VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. 2011. “Tratado de Derecho de Familia”. Lima, Perú. Gaceta jurídica. Tomo I. p. 357.

⁷¹ GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. 2006. “La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y meta criterios de determinación”. Gaceta jurídica. 314 (1).p. 35-91.

⁷² Corte de Apelaciones de Arica. 19.02.2013. Rol 144-2012 Considerando quinto. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 22 de enero del 2015).

⁷³ “Que, en cuanto al nombre, resulta suficientemente probado con la circunstancia que doña Ester Espoz Guzmán inscribió al demandante en la partida de su nacimiento del Registro Civil,

este trabajo no compartimos esta idea ya que este acto constituye uno de los reconocimientos del art. 187⁷⁴, pudiendo haberse entendido establecido la filiación por ese acto en vez de determinar la filiación en base a la posesión notoria de estado civil de hijo.

(iii). b. Trato (*tractus*)

Es el elemento base para la constitución de la posesión notoria de estado civil de hijo, siendo para algunas legislaciones el más importante y suficiente para configurar dicha institución. El trato o “tractus” se ve representado dentro del concepto legal por la frase: *“En que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de modo competente.”*(art. 200 inciso 2). Por lo que el trato consiste en actitudes propias de un padre o madre hacia su hijo que, en forma constante, tiene hacia otra persona, siendo ejemplo de ello el que le provea para su educación, salud, vestimenta, entre otros.

En la doctrina también podemos encontrar la definición de tractus dada por Gandulfo, quien lo aprecia desde una perspectiva del deber que podría tener un padre hacia su hijo, diciendo que “obedece al deber moral y social de velar por el bienestar entre los miembros de la familia, como la educación y mantención”⁷⁵, y entiende la frase “modo competente” del artículo 200, no como el hecho de proveer al establecimiento y educación del presunto hijo de manera sobreabundante, sino lo suficiente tomando en cuenta el contexto

de la circunscripción de Arica, de 19 de mayo de 1929, la que no fue objetada por la contraria, con su apellido Espoz como materno” (ibídem. considerando séptimo)

⁷⁴ Artículo 187: El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos: 1º. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres; ...

⁷⁵ GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2006). P. 35-91.

cultural y económico de la familia y la normal provisión a sus hijos determinados.⁷⁶ En la jurisprudencia también se pueden encontrar definiciones de este elemento, desde el punto de vista de la forma, en que aquellas actitudes hacen presumir el reconocimiento de una persona como su hijo, como la sentencia proveniente de la Corte de Apelaciones de Arica en comentario anteriormente que indica como trato la “forma de tratar a la persona sea familiar de la manera en que se trata comúnmente a un hijo”⁷⁷.

Ahora bien ¿cómo se entiende probado este elemento?, la jurisprudencia admite la prueba del trato a través de la prueba testimonial que acredita dichos actos, la cual por sus características se convierte en el medio de prueba más utilizado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 198 inciso 2, en virtud del cual dicho testimonio debe ir acompañado de otro medio de prueba, como por ejemplo cualquier constancia documental donde se demuestre el sustento económico Y los cuidados entre un padre y un hijo.

(iii). c .Fama

El tercer elemento que constituye la posesión notoria de calidad de hijo, se manifiesta por la frase entregada por el concepto legal “...*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...*”, siendo entendido como “la opinión pública en el contexto social en que se desenvuelva el hijo o el padre o madre y que reconocen la relación como filial”⁷⁸, es decir que la sociedad reconozca y valide socialmente la relación filial entre padre e hijo.

⁷⁶ Ibídem, P. 35-91.

⁷⁷Corte de Apelaciones de Arica. 19.02.2013. Rol 144-2012 Considerando quinto. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 22 de enero del 2015).

⁷⁸ Ibídem.

Por parte de la jurisprudencia no existe mayor discusión respecto a la idea o concepto de este elemento⁷⁹, siendo la manera principal y más común de probar esto la prueba testimonial donde se afirma los dos elementos anteriores, especialmente los actos que constituyen el trato entre padre e hijo y la duración de estas actuaciones.

(iii). d. Duración de la posesión notoria de calidad de hijo.

Además de los elementos mencionados, se requiere que dichos actos que manifiestan una relación filial sea duradera y continua en el tiempo, esto, para otorgar seriedad a la institución y no sea mal utilizada para que simples actos de humanidad sean usados para exigir la determinación de la filiación vía posesión notoria de estado civil de hijo, sobre todo por la importancia que conlleva dejar establecida la filiación entre dos personas y en consecuencia las obligaciones que derivan de ello.

¿Pero cuando se entiende como suficiente duración para configurar la posesión notoria de calidad de hijo?, nuestra legislación establece en el artículo 200 inciso primero que se entiende suficientemente acreditada la filiación si la posesión notoria ha durado a lo menos 5 años continuos. Antes de la ley N° 19.585, la duración establecida por la ley fue de 10 años e incluso de 15 anteriormente, siendo justificado como una forma de protección al matrimonio y para otorgar el carácter de seriedad a la institución. Todo esto cambió al ver la realidad social y lo injusto de la exigencia de un plazo tan extenso. En la sección siguiente se explicará la evolución y los argumentos para las

⁷⁹La sentencia anteriormente comentada de la Corte de Apelaciones de Arica entiende fama cuando dentro de los “círculos en que se desenvuelve socialmente sea reconocido y conocido como hijo de quien pide su reconocimiento.” Corte de Apelaciones de Arica. 19.02.2013. Rol 144-2012 Considerando quinto. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 22 de enero del 2015).

modificaciones realizadas a la posesión notoria de estado civil de hijo, incluyendo lo relativo a la duración de ésta.

Con respecto a la idea de exigir que la continuidad se extienda hasta el momento de entablar la acción de filiación, la ley no menciona la necesidad de que esto sea así, por lo que se entiende de que si la ley no lo exige, no se nos está permitido exigir; además que “ la ley gira en torno a esta posible disposición sicológica, que provoca la especial relación social de que tratamos, la cual puede causar la ligazón sicológica por el solo hecho de haberse dado ella en la vida de los humanos involucrados, sin importar si ha sido próxima o no”⁸⁰, dando mayor valor a los lazos afectivos constituidos en ese periodo, lo cual se crea independiente de si actualmente existe o no.

(iii) e. Prueba por testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan de un modo irrefragable.

En el nuevo régimen de filiación implementado con la Ley N° 19.585 subyace el principio del derecho a la Identidad y su protección, estableciendo para ello la libre investigación de la paternidad o maternidad y la libertad de prueba en esta materia. Sin embargo, algunos argumentando la importancia de la institución de la posesión notoria de estado civil de hijo y abuso en su invocación en juicios de filiación , han establecido ciertas exigencias en relación a qué calidad deben tener las pruebas de los elementos constitutivos de la posesión notoria para entenderlo suficientemente acreditado, en este sentido se exige que se pruebe por “un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable” (art. 200 inciso primero) .

⁸⁰ GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (2006). P. 35-91

¿Qué se entiende por conjunto de testimonios o antecedentes fidedignos? Esto no se encuentra zanjado ni por parte del legislador ni por parte de la doctrina, entregando solo atisbos por parte de la jurisprudencia, por lo que se intentará entender el sentido de la frase en base a los datos entregados por sentencias más una interpretación gramatical de ella.

Con respecto a la palabra “conjunto” se puede entender de que no será suficiente para acreditar la posesión notoria de calidad de hijo una sola prueba, así lo entiende la jurisprudencia, citando la sentencia entregada por la Corte Suprema “de acuerdo al tenor literal del artículo 200 del Código Civil, que expresamente alude a estos elementos,....requiere más de una sola prueba”⁸¹⁸².

En relación al concepto de “testimonio”, la acepción más conocida entregada por la RAE⁸³ es “atestación o aseveración de algo” siendo otra la de “testigo”, que a su vez es definido como “Persona que da testimonio de algo, o lo atestigua”, por lo que se podría inferir que se refiere dicha palabra a la prueba testimonial, siendo esta acepción la que aceptan la mayoría de los autores⁸⁴,

⁸¹ Corte Suprema. 29.02.2012. Rol 9607-2012 Considerando Undécimo [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 11 de marzo del 2015).

⁸² Otras sentencias que dan a entender esta idea son, por ejemplo, la dictada por la Corte suprema con fecha 27 de octubre del 2011 argumentando que: Tales exigencias plantean la interrogante acerca de la posibilidad que la posesión en cuestión sea acreditada únicamente con el mérito de la prueba testimonial rendida, situación que debe responderse negativamente, de acuerdo al tenor literal del artículo 200 del Código Civil, que expresamente alude a "un conjunto de testimonios y antecedentes", es decir, requiere más de una sola prueba y esto para salvaguardar la armonía y no vulnerar ni contrariar lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 198 del Código del Ramo, que prescribe la insuficiencia de la prueba testimonial por sí sola para establecer la paternidad o maternidad disputada.” (Corte Suprema. 27.10.2011. Rol 2259-2011 Considerando Décimo sexto. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 12 de enero del 2015).

⁸³ Real Academia Española. 2014. “Diccionario de la Real Academia Española” (RAE). Edición 23. [en línea] <www.rae.es> (fecha de consulta: 19 de julio del 2015).

⁸⁴ Tal como se deduce de la frase indicada por Ramos Pazos al responder si basta por sí sola la prueba testimonial para probar la posesión notoria expresando: “A nuestro juicio tal prueba por sí sola no basta porque la ley habla de que debe probarse por un conjunto de testimonios y –

sin embargo, si vemos la historia de la ley en comento, la palabra “testimonio” estaba contemplada antes de la nueva ley, cuando el legislador señalaba en el artículo 271 la frase “La prueba de testigos no bastará por sí sola para acreditarla”⁸⁵, motivo por lo que debe entenderse en la actual ley la expresión “testimonio” en su acepción correspondiente a “Instrumento autorizado por escribano o notario, en que se da fe de un hecho, se traslada total o parcialmente un documento o se le resume por vía de relación” o más bien como aquel instrumento donde se declare o constate un hecho, ya que así tiene sentido la limitación a la suficiencia de la prueba testimonial por sí sola y al hecho de que la nueva ley haya ampliado la gama de pruebas con la frase “antecedentes o circunstancias fidedignos”, la cual incluye las pruebas testimoniales, pruebas documentales como la fotografía, entre otros.

Y con respecto al término “fidedignos”, la misma RAE lo define como “digno de fe y crédito”, es decir que aquellos testimonios y antecedentes tengan cierta credibilidad con respecto a los hechos que intentan probar, siendo estos casos los elementos anteriormente mencionados; esto se ve relacionado con la idea de que establezca de un modo irrefragable, no entendiéndose de mayor

nótese la “y” conjunción copulativa- antecedentes o circunstancias fidedignos...etc.” (RAMOS PAZOS, René. 1999. “Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte: Ley N° 19.585”. Santiago, Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Departamento de Derecho Privado.)

⁸⁵ Antes del nuevo régimen de filiación, la posesión notoria de estado civil de hijo se encontraba en el artículo 271, en el cual se establecía que la prueba de testigos no bastaba por sí sola para acreditarse dicha institución, disponiendo que son hijos naturales:

N° 3- 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.**

exigencia que las pruebas presentadas, sino más bien que sea de tal credibilidad que no sea posible contrarrestarlo fácilmente.

Habiendo explicado el alcance de esta frase, se puede entender más fácilmente la discusión presentada: ¿es posible probar la posesión notoria de estado civil de hijo con solo prueba testimonial?, esta discusión se generó a raíz de la eliminación de la frase antes dicha que establecía que no bastaba la sola prueba de testigos. Para algunos, al eliminar la frase del artículo en comento, se deduciría que la intención del legislador fue considerar igualmente suficiente para acreditar la posesión notoria la prueba testimonial. Para otros, en cambio, se entiende que en virtud del artículo 198 que dispone en su inciso primero el principio de libertad de prueba, pero en su inciso 2 “No obstante, para los efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial, y se aplicará a las presunciones de los requisitos del artículo 1712”, por lo que se entiende que dicha restricción también aplica a la posesión notoria de estado civil de hijo porque no distingue. Este trabajo es partidario de esta segunda interpretación siendo justificado incluso en la misma historia de la ley que explica el motivo de la eliminación de dicha frase al constatar que “la Comisión resolvió no incorporar la limitación en orden a que no baste para acreditar la posesión notoria la prueba de testigos, porque ya se consignó en el artículo 198 que proponemos en este informe- que es insuficiente por sí sola la prueba testimonial para establecer la paternidad y la maternidad.”⁸⁶, además de ser considerado así por la jurisprudencia al entender que la “interrogante acerca de la posibilidad que la posesión en cuestión sea justificada únicamente con el mérito de la prueba testimonial rendida, situación que debe responderse negativamente de acuerdo al tenor literal del artículo 200 del Código Civil, que expresamente alude a estos elementos, es decir, requiere más de una sola

⁸⁶ Boletín 1060-07 del Senado. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. P 778.

prueba y esto para salvaguardar la armonía y no vulnerar ni contrariar lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 198 del Código del ramo, que prescribe la insuficiencia de la prueba testimonial por sí sola para establecer la paternidad o maternidad disputada”⁸⁷. Sin embargo entendemos esta restricción, más en referencia a la prueba testimonial en general como género que como cantidad de pruebas testimoniales, es decir, se considera insuficiente tanto que se pruebe la posesión notoria por un testigo que por varios testigos, porque la ley dice “por sí sola la prueba testimonial” y no “por sí sola una prueba testimonial o un testigo” por lo que si quiere probar la posesión notoria, además de prueba testimonial, se requiere otros tipos de medios de prueba para entenderse suficientemente probada, distinto es que el legislador haya querido limitar a un testigo la insuficiencia, que desde el punto de vista de este trabajo, no es así.

C. Historia de la Institución

La historia de la institución de posesión notoria de calidad de hijo la podemos dividir en cuatro etapas, en donde cada una se inicia con la promulgación de una nueva ley que regula la filiación, cuyo contenido es la modificación de este medio probatorio, siendo la primera etapa aquella que inicia con la época colonial chilena hasta la entrada en vigencia la Ley N° 5.750, la segunda etapa inicia tras las modificaciones realizadas por la Ley N° 10.271, la cual, dio inicio a la discusión sobre el plazo legal solicitado para constituir la posesión notoria de estado civil de hijo y que se reflejó en la posterior dictación de la Ley N° 16.952, y por último la posesión notoria que conocemos hoy en día bajo la Ley N° 19.585.

⁸⁷ Corte Suprema. 29.02.2012. Rol 9607-2012. Considerando Undécimo [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 11 de marzo del 2015)

(i). Primera etapa: Vigencia de la Ley N° 5.750 del 2 de diciembre de 1935.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 5.750, en la época colonial, la posesión notoria de calidad de hijo se establecía como una presunción dentro del juicio de filiación a favor del hijo ilegítimo entendiéndose que “cuando el ilegítimo es reo demandado por que posee aquello que siendo espurio no podría poseer, en ese caso se presume hijo natural puro y hábil para obtener herencia y que el que quiera quitársela está obligado a probar que es espurio y mientras no lo pruebe le favorece al hijo su posesión”⁸⁸.

La Ley N° 5750 no considera la posesión notoria de estado civil de hijo como una forma para reconocer a un hijo calidad de natural, pero sí como causal para que el hijo simplemente ilegítimo pudiera solicitar alimentos necesarios, pero, a diferencia de lo que conocemos hoy en día, se requería a lo menos una constancia por un principio de prueba por escrito⁸⁹. Según se menciona en la tesis del autor Julio Aguayo Lira, esta exigencia de “principio de prueba por escrito donde constara los hechos constitutivos de posesión notoria” tenía su origen en la legislación francesa en donde este requisito buscaba evitar los abusos que pudieren presentarse, lo cual no sería muy efectivo toda vez que, como no se exigía que dicho principio de prueba emanara del presunto padre, podía cualquier persona enviar cobranzas falsas por ciertas compras hechas por su “hijo”⁹⁰.

⁸⁸ Archivo de la Real Audiencia. vol. 1228, fojas. 36. Cit. por DOUGNAC, Antonio (1978) p. 122.

⁸⁹ "Artículo 280. El hijo ilegítimo que no haya sido reconocido como natural podrá pedir alimentos del padre o madre, o de ambos, según el caso:

N° 4 Si el presunto padre o madre hubiere proveído o contribuido al mantenimiento y educación del hijo, en calidad de tal, y de ello existiere un principio de prueba por escrito.

(CHILE. Ministerio de Justicia. Ley N° 5.750: Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, diciembre de 1935. p 3.)

⁹⁰ AGUAYO, LIRA. Julio. 1944. “La ley 5750 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias: (análisis y crítica)”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 50.

Pese a la exigencia del principio de prueba por escrito, no se exigía una duración determinada, como tampoco más requisitos que el mencionado y que el padre o madre hubiere proveído de alimentación o educación al hijo en calidad de padres, por lo que podía comprenderse la restricción de prueba solicitada.

Durante el tiempo no existieron modificaciones en cuanto a sus requisitos ni la finalidad de la posesión notoria de calidad de hijos para el hijo ilegítimo, hasta la dictación de la Ley N° 10.271.

(ii). Segunda etapa: Vigencia de la Ley N° 10. 271 publicada el 2 de abril de 1952.

(ii). a. Modificaciones introducidas por la ley 10.271

Con la dictación de la Ley N° 10.271, la posesión notoria de estado civil de hijo se acerca más a lo que conocemos actualmente, ya que de tener como única finalidad la solicitud de alimentos necesarios por parte del hijo simplemente ilegítimo, se constituyó como una de las formas de reclamar en juicio la calidad de hijo natural con los consiguientes beneficios que ello conllevaba.

Además debemos recordar que anterior a la entrada en vigencia de la ley en comento, solo se podía acceder a la calidad de hijo natural mediante una confesión o declaración por parte del padre o madre, siendo imposible un reconocimiento forzado, por vía judicial. Bajo la ley mencionada se aceptó el establecimiento de la calidad de hijo natural mediante sentencia emanada de un

juicio de filiación, pero bajo causales estrictas y aquellos medios de prueba contemplados en dichas causales, siendo uno de esos la posesión notoria de estado civil de hijo.

La posesión notoria de calidad de hijo estaba establecida en el artículo 271 N°3⁹¹ en el cual, a raíz de lo explicado en el párrafo anterior, los requisitos para invocarlo en juicio eran muchos más estrictos y difíciles de configurar. En primer lugar establecía como requisito el nombre, trato y fama, como los conocemos actualmente, pero solicitando que dichos actos se extiendan por 15 años consecutivos (los cuales se quisieron rebajar a 10 pero se decidió mantener para no quitar el carácter de seriedad a la institución), entendiéndose por “consecutivos” de que debe transcurrir el plazo sin interrupción, ya que en caso de ser así, se entenderá perdido el tiempo anterior⁹². Además, se debía probar por testimonios fidedignos, y estableciendo la restricción de no bastar para configurar la posesión notoria la sola prueba por testigos.

En este sentido se puede advertir lo difícil que era acceder a la calidad de hijo natural por este medio, sobre todo por la duración extremadamente extensa que se solicitaba para su constitución, siendo necesaria una modificación al respecto, la que fue introducida por la Ley N° 16952.

⁹¹ Artículo 271: Son hijos naturales:

N° 3: 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.

(CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 10.271: Introduce diversas modificaciones al Código Civil, abril del 1952.

⁹² MAZA RISOPATRÓN, Lorenzo. 1953. Reformas introducidas al código civil: por la ley número 10271. Santiago, Chile. Editorial El Pacífico. P. 150.

(ii). b. Modificación del plazo por la ley 16.952.

Durante la vigencia de la ley en comento, se realizan modificaciones a esta institución, siendo una de ellas la respectiva a la duración que ésta debía tener, en razón de la realidad social y los avances en esta materia en los demás países. El proyecto de ley en que se discutió esto corresponde a la Ley N° 16.952 que Modificaba los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Comercio, y las leyes de Quiebras y de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en lo que se refiere a los plazos de prescripción, dictado en Octubre de 1968.

En dicho proyecto se estableció como propuesta original la rebaja de la duración exigida a 5 años argumentando el carácter “extraordinariamente extenso y la tendencia general del derecho se orienta a reducir, cada vez más, este plazo”, considerando “conveniente reducir en consecuencia el plazo a un tiempo de 5 años, que aparece como más equitativo.”⁹³ Otros argumentos se relacionaban desde el punto de vista de la realidad social, al estimar que para el niño esperar 15 años para tener la calidad de hijo natural, ya trascurrirían las etapas más importantes en las cuales se requiere con mayor urgencia protección de la ley⁹⁴.

Sin embargo, en el Senado y la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y en general, aquellos partidarios de la protección del matrimonio, quienes estaban más proclives a la permanencia de la rigidez en la

⁹³ Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de ley que “Modifica los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Comercio, y las leyes de Quiebras y de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en lo que se refiere a los plazos de prescripción”. de 25 de abril de 1966. P. 10.

⁹⁴ “es un paso importante y positivo que hará verdaderamente eficaces las enmiendas introducidas al Código Civil en 1952.... Si para la calidad de hijo natural se exige la posesión notoria de 15 años, es indudable en este largo lapso habrán transcurrido etapas importantes de la vida de un niño, como la infancia y la niñez, es la que es más necesario que nunca gozar el amparo legal” Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de ley que “Modifica los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Comercio, y las leyes de Quiebras y de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en lo que se refiere a los plazos de prescripción” de 25 de abril de 1966. p 22.

institución de la posesión notoria de calidad de hijo, alegaban la importancia de este medio probatorio para determinar la filiación, no siendo posible que sea fácil acreditarla⁹⁵.

Finalmente se estimó dejar el término medio de 10 años para la constitución de la posesión notoria de estado civil de hijo, siendo de todos modos un gran avance a favor de la flexibilización de esta institución.

(iii). Tercera etapa: Entrada en vigencia de la actual ley 19.585.

Por último se encuentra la cuarta etapa que se ve marcada con la entrada en vigencia de la actual ley N° 19.585, la cual reforma todo los cimientos en materia de filiación, al eliminar la distinción entre hijos y establecer la libre investigación de la paternidad, así como la libertad probatoria en juicios de filiación (eliminando las trabas de la legislación anterior), y en definitiva al acoger como fundamento central el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño y la igualdad entre los hijos.

Dentro de dichas reformas encontramos lo relativo a la posesión notoria de calidad de hijo, donde destacan las siguientes modificaciones:

- a) la reducción de la duración de la posesión notoria a 5 años consecutivos, lo cual se justificó, además de los argumentos esgrimidos en la tramitación de las leyes antecesoras, que así, en

⁹⁵ “La Honorable Cámara ha propuesto rebajar dicho plazo de quince años a cinco años, reducción que pareció excesiva para la Comisión, atendida a las características de las causales, por lo cual sustituyó el término propuesto por el de diez años.” [Ibíd., p. 38]

opinión del diputado Encina, “constituye un avance significativo a favor de la paternidad responsable”⁹⁶

- b) La ampliación de “testimonios fidedignos” agregando “antecedentes o circunstancias fidedignos”,
- c) la eliminación de la limitación de no poder ser acreditada exclusivamente con prueba testimonial; esta supresión se realizó con el fin de no caer en la redundancia, ya que esta misma regla se dispone en el artículo 198 inciso 2.
- d) y la preeminencia de la posesión notoria por sobre la verdad biológica, lo que en la práctica significó un cambio en el foco de atención respecto a qué es más relevante para el legislador en materia de determinación de la filiación.

⁹⁶ Cámara de Diputados de Chile. Discusión en Sala. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Boletín 1060-07-1, de 8 de septiembre de 1998 p. 1262.

CAPÍTULO II
TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA POSESIÓN NOTORIA DE
ESTADO CIVIL DE HIJO.

A. Alegación en juicio de la posesión notoria.

La posesión notoria de estado civil de hijo se puede alegar en juicio tanto como fundamento de la acción de reclamación de paternidad o maternidad como excepción por parte del demandado en juicio iniciado por acción de impugnación o de impugnación en conjunto con reclamación. En este acápite veremos la aplicación en juicio de la posesión notoria de estado civil de hijo como acción y como excepción, y como ha fallado al respecto.

(i) *Posesión notoria de estado civil de hijo en acción de reclamación.*

(i).a. Posesión notoria de estado civil de hijo como acción de reclamación de filiación.

La posesión notoria de estado civil de hijo como acción puede darse en varios casos: en el caso de interposición de acción de reclamación de paternidad o maternidad interpuesta por el hijo o sus herederos o su madre o padre en su representación contra el presunto padre o madre; en el caso de interposición de acción de impugnación y reclamación por los mismos legitimados activos contra el padre o madre biológico o lo sea por haber reconocido expresamente, y el presunto padre o madre respectivamente; o siendo interpuesta estas mismas acciones el padre o madre por sí solos.

En el primer caso, el hijo o sus herederos o la madre en representación de éste, puede alegar como acción de reclamación de la paternidad o

maternidad en contra del presunto padre o madre con quien se constituye la posesión notoria de estado civil de hijo, siendo en este caso fallado a favor del hijo si se cumple con los requisitos constitutivos de la posesión notoria de calidad de hijo, independiente de si es compatible con la verdad biológica o no. Así se manifiesta en la sentencia dictada por Tribunal de letras de Melipilla en causa rol.15.624 con fecha 22 de marzo del 2010, en el cual los herederos del presunto hijo interponen acción de reclamación en contra del presunto padre por la existencia de posesión notoria de estado civil de hijo, siendo acogida por ser probado de manera suficiente los elementos constitutivos de dicha institución ⁹⁷

En cambio en el segundo caso, es decir la situación en que el hijo o sus herederos o la madre en representación de éste interponen la acción de impugnación en conjunto con reclamación de paternidad o maternidad estando

⁹⁷ “Vigésimo quinto: Que del mérito de la prueba resulta acreditado, que Diego del Carmen Ramírez Ramírez, se crió desde su infancia con don Gustavo Letelier Nadeau, respecto de lo cual fueron coincidentes todos los testigos de la parte demandante, especialmente en cuanto les consta que este fue el padre de todos los niños (demandantes) hoy personas mayores porque vivió desde que nacieron ellos con doña María Ramírez, quien se fue a trabajar con don Luis Letelier, cuando este se fue a vivir al Fundo Santa María, alrededor de los años 70 y en virtud de esta convivencia nacieron los cuatro niños, de los cuales se preocupó toda la vida, es más a los dos hijos menores les compró una casa para que pudieran estudiar en la comuna de Melipilla, a quienes visitaba permanentemente, y se quedaba con ellos algunos días en esa casa. Siempre se preocupó de darles á ellos vivienda, alimentación, educación, vestuario, agregando que en Alhué y en todos los alrededores estos niños eran conocidos como sus hijos y los presentaba como tal, asumió la educación y mantención de los demandantes, de modo que puede darse por establecido que estos tuvieron incluido Diego del Carmen Ramírez Ramírez el trato, el nombre y la fama de hijo de don Gustavo Letelier Nadeau, por más de 5 años y en consecuencia resulta completamente acreditado que respecto de este se configura la posesión notoria del estado civil de hijo, cobrando plena aplicación la norma del artículo 201 del Código Civil.

Vigésimo sexto: ...En cuanto al fondo: III Que se acoge la demanda de fojas 12 y siguiente, y en consecuencia se declara que don Luis Gustavo Letelier Nadeau, cédula de identidad N° 2.479.258 7, es padre no matrimonial de Diego del Carmen Ramírez Ramírez, cédula de identidad N° 12.777.740 3, Francisca Soledad Ramírez Ramírez, cédula de identidad N° 14.336.186 1; Roxana Carolina Ramírez Ramírez, cédula de identidad N° 15.622.706 4 y respecto de Camilo Andrés Ramírez Ramírez, cédula de identidad N° 16.291.073 6....” (Tribunal de Letras. 22.03.2010. Rol 15624- 2010. Considerando vigésimo quinto y vigésimo sexto. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 10 de enero del 2015).

ya determinada la filiación por vínculo biológico o reconocimiento por un tercero, la solución es distinta. Lo anterior se refleja en la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 21 de octubre del 2013, donde se consigna que, “como la acción de impugnación busca anular una filiación determinada que no se condice con la real, no siendo el caso en comento al ser el demandado de impugnación el verdadero padre, no se puede establecer la filiación por vía de posesión notoria, ya que éste es un medio de prueba y no una manera de crear un estado civil”⁹⁸. Es decir, la jurisprudencia entiende que las acciones de filiación tienen como finalidad la búsqueda de la verdad biológica, ya que se presume como la filiación real de una persona, basándose en la preferencia que otorga el legislador a la prueba pericial biológica y su regulación. De esta línea de razonamiento de nuestro tribunal supremo se entiende que las acciones de impugnación tienen como finalidad destruir la filiación determinada cuando ésta no se condice con la verdad real. En el caso de la acción de impugnación y reclamación de filiación, en la cual se impugna una filiación legal que se condice con la verdad biológica, alegando posesión notoria de estado civil de hijo para establecer posteriormente la filiación, no se estarían utilizando dichas acciones conforme al fin que tuvo en mente el legislador al momento de su

⁹⁸ “Lo anterior se concluye, que las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad, consagradas por el nuevo estatuto filiativo se sustentan en la premisa de la verdad biológica, en el sentido que lo que por ellas se pretende es la declaración de la existencia de una determinada filiación en el primer caso y, en el segundo, la declaración de que la filiación que se ostenta no es real. Tal presupuesto, no se cumple, sin embargo, en el caso sub-lite desde que la filiación legal que detenta la menor respecto de quien la reconoció como tal, coincide con la realidad biológica, de modo tal que la pretensión de la actora, excede los márgenes y contenidos de las acciones legales ejercidas, las que han sido previstas para aquéllos casos en que no existe coincidencia entre la filiación legal y la innata, tal como lo concluyen los jueces del fondo en la sentencia impugnada.

Noveno: Que por otra parte y en relación a las alegaciones que la recurrente formula acerca de la institución de la posesión notoria, cabe señalar que si bien ella ha sido prevista por el legislador como medio para acreditar el estado filiativo siempre que se comprueben los presupuestos previstos en la norma, las conclusiones que al respecto se consignan en el fallo impugnado, carecen de mayor influencia en relación a lo que ha sido resuelto, desde que el rechazo de la demanda, queda absolutamente determinado por la improcedencia de las acciones impetradas, conforme se expresó en el motivo precedente.” (Corte Suprema. 21.10.2013. Rol 4311-2013 Considerando octavo. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 10 de enero del 2015).

establecimiento. En suma, consideran a la posesión notoria de estado civil de hijo no como una forma de crear el estado civil de una persona, sino como un medio de prueba que no habilita para adquirir un estado filiativo por prescripción.

Otra de las situaciones en que se puede presentar en juicio la posesión notoria de estado civil de hijo como acción lo constituye cuando el padre o madre, por sí solos, interponen acción de reclamación e impugnación de paternidad o maternidad respectivamente alegando existir posesión notoria de calidad de hijo contra el padre que lo haya reconocido o determinada su filiación en virtud de la verdad biológica. En este caso el demandado puede alegar la existencia de un vínculo biológico con el hijo o desmentir la existencia de posesión notoria de estado civil de hijo por parte del actor y el hijo (entendiendo que la carga de probar la existencia de ello es del demandante) , siendo en este caso más factible, en virtud del artículo 201, que se decida a favor del actor por el predominio de la verdad social , a menos de que se dé aquellas razones graves para decidir lo contrario, como existir suplantación del menor, secuestro ,etc. Sin embargo, aplicando la lógica de la sentencia mencionada en el primer caso, en el cual se establecía que la acción de impugnación de paternidad o maternidad es la forma de anular una filiación que no se condice con la filiación real biológica, no se acogería la acción en este caso.

(i).b. Rol N° V-223-2011 del Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos, caso “Lefillanca Antillanca, Luis Antonio y otros” ¿Posesión notoria de estado civil de hijo como acción independiente?

En virtud de lo precedentemente expuesto, la posesión de estado civil de hijo se puede alegar por vía de acción de reclamación de filiación, solicitando el establecimiento de la paternidad o maternidad e indicando que se configuran

los hechos constitutivos de esta institución. Sin embargo ¿es posible, en nuestra legislación, solicitar el establecimiento de la filiación vía posesión notoria de estado civil de hijo en forma directa, es decir, incoando una “acción de posesión notoria de estado civil de hijo”?

Expresamente en nuestra legislación no existe la “acción de posesión notoria de estado civil de hijo”, siendo considerado en nuestro derecho como medio de prueba de la filiación basado en la verdad social, esto, respaldado por la ubicación de los artículos que regulan esta institución, esto es, después del artículo que comienza a hablar de las pruebas en filiación y su regla general (artículo 198) y la prueba pericial biológica (Artículo 199, 199 bis).

En materia jurisprudencial no difieren en esta idea, considerando que la posesión notoria de estado civil no crea un estado civil, sino es una forma de probar la filiación que se intenta determinar⁹⁹, por lo mismo la acción por antonomasia que se tiene que incoar para determinar la filiación por este medio es la acción de reclamación de filiación, y si es voluntario por el presunto padre o madre, por el acto de reconocimiento.

Sin embargo, todo lo dicho queda en duda con la causa “Llefillanca Antillanca, Luis Antonio y otros”, Rol V- 223-2011, caso reciente de gestión voluntaria, en el cual “se solicita que se declare su estado de posesión notoria de hijos” de dos hermanos con respecto a su madre de crianza, casada con el padre biológico de ambos, quien ya se encuentra fallecida, todos ellos pertenecientes a la comunidad Mapuche. En este caso, el tribunal acogió dicha solicitud en base al reconocimiento de la cultura Mapuche, ya que la presunta madre es hermana de la madre biológica, pero ambas estaban casadas con el padre biológico por la aceptación de la poligamia en la comunidad Mapuche, siendo la

⁹⁹ Ibídem.

primera esposa (la presunta madre) quien se hacía cargo de ellos. Todo esto, basado en el artículo 4° de la Ley N° 19.253¹⁰⁰, el cual indica que la posesión notoria de estado civil de hijo será suficiente para determinar la filiación, y el Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales.

Este caso es relevante, más que los motivos dados para acoger o no la solicitud incoada, es la admisibilidad de la “acción de posesión notoria de estado civil de hijo” tanto por ser admisible como gestión voluntaria, como por ser considerada acción independiente.

En primer lugar, se entienden procesalmente como actos judiciales no contenciosos “aquellos que según la ley requiere la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes” (Artículo 817 CPC), es decir cuando no exista a priori un legítimo contradictor y requieran por ley realización por vía judicial, como por ejemplo, la solicitud de realización de un inventario solemne. El caso en comento, es una acción de filiación, considerada un acto judicial contencioso por antonomasia, incluso, aunque la persona contra quien se solicite la determinación de la filiación, esté fallecida, existen los herederos del causante a quienes les compete la inclusión de más herederos en la comunidad hereditaria. Sin embargo, este caso es excepcional dada la calidad de las partes (de etnia mapuche) en la cual se acepta la acreditación de la filiación basado en la posesión notoria de estado civil de hijo por cualquier vía judicial- “que podrá rendirse en cualquier gestión judicial”-, y en que a simple

¹⁰⁰ Artículo 4°.- Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director.

Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges.

vista no existiría legítimo contradictor que pudiese oponerse, lo cual justifica, en parte, la admisibilidad de la gestión voluntaria.

En segundo lugar, en relación a la posesión notoria de estado civil de hijo alegada como acción independiente, no existe ni en la legislación nacional ni en la cultura mapuche excepciones que indiquen tal posibilidad. Entendemos que se admitió basándose en que si hubiera iniciado una acción de reclamación, al ser un asunto contencioso en general, tendrían que haber indicado demandado, el cual en este caso se encuentra fallecido, o sus herederos, los cuales son los mismos demandantes y el padre, quien al parecer no se opone.

A nuestro parecer la aceptación (incluso creación) de la acción de posesión notoria de estado civil de hijo como acción de filiación independiente, en si no tiene mayor utilidad práctica en general, ya que si existe oposición del presunto padre o madre se incoa una acción de reclamación de filiación, y si es con acuerdo del presunto padre o madre, se realiza por vía de reconocimiento. Sin embargo, existe la posibilidad en que la acción de posesión notoria de estado civil de hijo tenga cabida en nuestro derecho, cumpliendo ciertos requisitos de admisibilidad:

- Que el presunto padre o madre se encuentre fallecido (ya que si está con vida, se realiza por medio de la acción de reclamación de filiación), y que no tenga herederos, salvo que lo sean los propios solicitantes o que, existiendo, se acredite que están de acuerdo con que se establezca la filiación solicitada, ya que en nuestro ordenamiento jurídico se entiende como legítimo contradictor los herederos del presunto padre o madre¹⁰¹

¹⁰¹ Existe la discusión por cuanto en las acciones reclamación de filiación son legítimos contradictores los herederos del presunto padre o madre fallecidos, todo ello en virtud de lo estipulado en los artículos 206 y 317 de Nuestro Código Civil. Sin embargo la jurisprudencia actualmente tiende a aceptar como legítimos contradictores los herederos del presunto padre o

- Como gestión voluntaria, pero indicando y acompañando documentos que acrediten la no existencia de un legítimo contradictor o estar de acuerdo con la solicitud. Sin perjuicio de que pueda concurrir posteriormente oposición.

Por ahora, este caso particular ha establecido la base para que el ordenamiento jurídico constituya finalmente la idea de una acción de posesión notoria de estado civil de hijo de aplicación general, y no sólo en este caso donde se vio influenciado por la etnia de origen de los solicitantes. Habrá que observar futura jurisprudencia, ya que por ahora es una temática muy reciente para expresar un veredicto final.

(ii) Posesión notoria de estado civil de hijo como excepción en juicio.

La posesión notoria de estado civil como excepción se puede dar a su vez en dos situaciones. La primera se puede dar cuando el padre o madre biológico interpone acción de impugnación y reclamación en conjunto, alegando vínculo biológico con el hijo, siendo la defensa del demandado de impugnación la existencia de posesión notoria de calidad de hijo. En esta situación el juez, pese a la importancia que se le otorga a la verdad biológica, la solución dada por la jurisprudencia es rechazar la acción basado en lo dispuesto en el artículo 201, ya que, constando la existencia de posesión notoria y concurriendo la circunstancia de no existir graves razones para no preferirla, se debe dar prioridad a la verdad social por sobre la verdad biológica, siendo reflejada esta idea en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó con fecha 23 de abril del 2010, indicando que “parece lógico y de justicia preferir los lazos de afecto, cariño y dedicación demostrados por quien ha ejercido de padre,

madre fallecidos. Ver Corte Suprema. 02.08.2010. Rol 3055-2010. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 17 de enero del 2015)

queriéndolo, por más de cinco años, como sucede en la especie, por sobre la verdad genética”.¹⁰²

El segundo caso se puede dar cuando el hijo o sus herederos o la madre o padre en representación de éste, interpone acción de impugnación y reclamación, en contra del padre cuya filiación esté determinada por reconocimiento y contra del presunto padre biológico, respectivamente, donde el demandado de impugnación se defiende planteando la excepción de posesión notoria de estado civil de hijo. En ese caso, como en todos los demás, la ley es clara, debiendo preferirse la verdad social por ser lo más beneficioso al interés superior del hijo, sin embargo no se toma en cuenta el caso de que es el hijo quien interpone la acción, ¿quién sabe más lo que es mejor a su interés que él mismo?, por lo que se debe determinar qué se entiende como “graves razones que demuestran la inconveniencia para el hijo aplicar la regla anterior”, porque si se entiende en sentido estricto, es decir, como aquellas posesiones notorias derivadas de la comisión de ilícitos, tendría que darse predominio de todas maneras a la posesión notoria de estado civil de hijo pese a lo querido por el mismo hijo; en cambio sí se entiende en sentido amplio, siendo no solo la situación ilícita, sino cualquier situación grave,

¹⁰² Considerando 4 “Que si bien es cierto, ha resultado acreditada la paternidad biológica del demandante respecto de la menor, conforme el peritaje de ADN evacuado por el Servicio Médico Legal, no existe prueba alguna que permita concluir la existencia de razones graves que demuestren la inconveniencia de hacer prevalecer la verdad biológica sobre la posesión notoria de estado civil. Al contrario, los antecedentes incorporados al proceso, especialmente los informes psicológicos evacuados respecto de los demandados y la niña, dan cuenta que don Jorge Riveros Contreras -al igual que su madre-, es una figura protectora y significativa en la historia de vida de la niña, quien además manifiesta un sentido de pertenencia e identificación con su actual grupo familiar, sugiriéndose en todos los informes que se mantenga su actual situación de filiación.

Considerando 5 Que por último, cabe hacer presente que parece lógico y de justicia preferir los lazos de afecto, cariño y dedicación demostrados por quien ha ejercido de padre, queriéndolo, por más de cinco años, como sucede en la especie, por sobre la verdad genética.” (Corte de Apelaciones de Copiapó. 23.04.2010. Rol 126-2009. Cons. 4 y 5. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 26 de enero del 2015).

incluyendo la preferencia del hijo, debería entonces el juez ponderar cual es más beneficiosa al “interés del hijo”. Esto último así lo entiende Paulina Veloso al indicar que el inciso segundo del artículo 201 tendría sentido “En decir, en definitiva, lo determinante es el “interés del menor”. Por ello, entendemos que si demanda el hijo, basándose en la verdad biológica, no cabría resolver en función de la posesión notoria”¹⁰³.

La jurisprudencia en general comparte la idea dada por esta autora, siendo reflejo de ello la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 11 de octubre del 2011, que expresa “Que así las cosas el “interés superior del niño, niña o adolescente” debe ser la primera consideración que se debe tener presente al resolver sobre la materia, esto significa que si obran graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico por sobre la posesión notoria. A esta conclusión se arriba también si se tiene presente que la norma del artículo 201 del Código Civil, que determina como elemento de prueba en materia de filiación, el de la posesión notoria del estado civil de hijo y le da la preeminencia ya señalada, lo hace siempre en el entendido de brindársele protección al hijo y a la familia que el mismo pertenece.”¹⁰⁴

B. Posturas con respecto a la exigencia de todos los requisitos.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia con respecto a la exigencia de los requisitos constitutivos de la posesión notoria de calidad de hijo, manifiestan dos posturas: una más flexible en donde, independiente de si se cumplen estrictamente todos los requisitos, se toma en consideración más

¹⁰³ SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina (2001). p. 174.

¹⁰⁴ Corte Suprema. 11.10.2011. Rol 4709-2011. Considerando Undécimo. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 12 de enero del 2015).

los lazos afectivos creados, y por otro uno más estricto. A continuación se explicará cada una de las posturas basándose en sentencias para finalmente ver cuál es el criterio mayoritario de la jurisprudencia. En la tercera parte en este trabajo se analizará los problemas o beneficios que tiene el tratamiento de la posesión notoria de estado civil de hijo por la jurisprudencia, bastando en este acápite constar las distintas posturas y la opinión general dada por los tribunales superiores de justicia.

(i). Postura flexible. Mayor importancia de los lazos afectivos.

Esta postura entiende que la finalidad de la institución de la posesión notoria de estado civil de hijo es la valoración de los lazos psicológicos y afectivos creados entre padre o madre e hijo, el cual protege el interés superior del hijo para su desarrollo psicológico y emocional prefiriendo un padre social presente en vez de un padre biológico que no tenga relación alguna con su hijo.

Esta idea se puede ver reflejada en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción causa rol 219-2010 de fecha 7 de septiembre del 2010, en la cual se interpone en primera instancia una acción de impugnación y reclamación en conjunto por el padre biológico, en contra del padre legal, quien a modo de defensa afirma la existencia de posesión notoria de calidad de hijo. En la sentencia de primera instancia se acoge la acción justificando el no cumplimiento del requisito de duración de la posesión notoria al tener el hijo apenas 4 años de edad. Apelado por parte del demandado de impugnación la Corte de Apelaciones acoge dicho recurso indicando que “resulta efectivo que no se cumple el lapso de cinco años exigidos por el artículo 200 antes citado, debido a la corta vida del menor quien recién en octubre de este año cumple cuatro años de edad. No obstante esta Corte estima que los lazos afectivos y psicológicos de paternidad se crean con más fortaleza en la vida diaria que en

razón de la sola herencia, desprovista de toda otra relación filial como ocurre en el caso sub litis, en que el actor siempre supo de la existencia del menor y que sólo ahora ha intentado que se reconozca su calidad de padre biológico, sin aportar ninguna prueba al efecto, desde que el peritaje de ADN se practicó por iniciativa de la juez a quo.”¹⁰⁵

(ii). Postura estricta: carácter excepcional como medio probatorio.

Esta postura justifica la exigencia restrictiva de los requisitos constitutivos de la posesión notoria de estado civil de hijo por su carácter excepcional en el actual régimen de filiación.

Recordemos que el objetivo de los juicios de filiación y basándose en el principio del derecho a la Identidad es la búsqueda de la verdad real o biológica por lo que se intentará por todos los medios de conseguir dicho objetivo y que se determine la filiación bajo ese vínculo. Sin embargo, de manera excepcional, nuestra legislación reconoce el nexo social y afectivo, independiente de si es compatible con la verdad biológica, siendo incluso preferido por sobre el nexo biológico si son contradictorios en juicio. Ahora, por ser de tal excepcionalidad, su interpretación debe ser restrictiva y exigente, por lo mismo deben cumplirse cada uno de los requisitos, incluyendo lo relativo a la duración de la posesión notoria, no distinguiendo si el hijo en cuestión sea menor o mayor a 5 años.

Esta argumentación se ve reflejada en sentencias recientes, siendo una de ellas la dictada por la Corte Suprema con fecha 4 de abril del 2015 en el cual se interpone recurso de casación en el fondo contra sentencia de Corte de Apelaciones que revoca fallo de primera instancia y acoge acción de

¹⁰⁵ Corte de Apelaciones de Concepción. 7.9.2010. Rol 219-2010. Considerando octavo. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 16 de marzo del 2015).

impugnación y reclamación interpuesta por el padre biológico contra el padre legal que alegaba posesión notoria. Se argumentaba por parte del padre legal que “el lapso establecido por el artículo 200 del Código Civil, no debe ser interpretado restrictivamente, sino que debe ser comprendido como un plazo referencial, acorde con el principio del interés superior del niño, pues se estableció en autos el vínculo emocional de la niña con el recurrente”. La Corte suprema rechaza dicho recurso al estimar que “por tratarse la posesión notoria del estado civil de un medio probatorio de excepción, pues tiene la capacidad de prevalecer incluso por sobre una verdad científicamente comprobada, su procedencia debe sujetarse estrictamente a las exigencias que el legislador impuso. De este modo, la posesión notoria del estado civil se configura con la concurrencia de sus presupuestos, en cuanto fluyan de un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la hagan irrefragable, lo que establece un alto estándar de convicción, al cual se añade que dicha circunstancia procede "siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos", donde la voz "a lo menos", es un límite que no admite laxitud en su aplicación”¹⁰⁶¹⁰⁷

¹⁰⁶ Corte Suprema. 04.05.2015. Rol 2248-2015. Considerando séptimo. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 26 de abril del 2015).

¹⁰⁷ Otra sentencia que falla de la misma es aquella dictada por la Corte suprema con fecha 4 de mayo del 2015 rol 2250- 2015 indicando que “Séptimo: Que, por lo mismo, por tratarse la posesión notoria del estado civil de un medio probatorio de excepción, pues tiene la capacidad de prevalecer incluso por sobre una verdad científicamente comprobada, su procedencia debe sujetarse estrictamente a las exigencias que el legislador impuso. De este modo, la posesión notoria del estado civil se configura con la concurrencia de sus presupuestos, en cuanto fluyan de un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la hagan irrefragable, lo que establece un alto estándar de convicción, al cual se añade que dicha circunstancia procede "siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos", donde la voz "a lo menos", es un límite que no admite laxitud en su aplicación.” (Corte Suprema. 04.05.2015. Rol 2250- 2015 Considerando séptimo. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 26 de abril del 2015).

(iii). Tendencia de la jurisprudencia.

Por lo que se puede apreciar, independiente de que existen sentencias de ambas posturas se puede observar una tendencia predominante; siendo encontradas algunas de reciente data, de sentencias que apoyan la postura restrictiva más que aquellas que establecen la postura amplia, siendo incluso difícil de hallar actualmente sentencias que apoyen la postura flexible.

Esto se puede deber a dos criterios: 1) que en virtud del derecho a la Identidad, nuestros tribunales superiores de justicia crean que es más beneficioso para el interés superior del niño, que su filiación esté determinada respecto de quien realmente tenga un vínculo biológico por sobre quien haya vivido y cuidado de él desde su nacimiento y por toda su vida; o 2) simplemente buscan que la institución de la posesión notoria de estado civil de hijo no sea utilizada en forma abusiva para determinar la filiación en juicio por actos que no constituye verdaderamente posesión notoria o duración suficiente para que se entienda que existe realmente un lazo afectivo entre el presunto padre y el presunto hijo. Me inclino a que el razonamiento que subyace en esta tendencia encuentra justificación en base a la segunda idea, ya que en las mismas discusiones parlamentarias se justificaba la idea de exigir plazos más extensos por la importancia de dicha institución al ser susceptible de determinar la filiación con sentencia favorable.

SEGUNDA PARTE
TRATAMIENTO DE LA POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL DE HIJO
EN EL DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO I
REGULACIÓN EN ARGENTINA

A. Breves nociones del régimen filiativo argentino.

La regulación de la filiación argentina se encuentra en el título V del libro segundo sobre “Relaciones de Familia” del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual fue dictado el 8 de octubre del año 2014. Además los principios que subyacen en dicha materia se pueden encontrar en la Constitución de la Nación Argentina del 22 de octubre de 1994 y la Ley N° 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dictada el 28 de septiembre del 2005.

Al igual que en nuestro país, la legislación argentina distingue entre filiación biológica, filiación adoptiva, y filiación por aplicación de técnicas de reproducción asistida¹⁰⁸. Para la finalidad de este trabajo, solo mencionaremos el tratamiento de la filiación biológica, la que con el fin de regular cómo se determina la filiación en cada caso, y no en relación a los efectos que derivan de esto, se distingue entre matrimonial y extramatrimonial, siendo distinta la determinación de la paternidad como de la maternidad.

Se entiende que el hijo es de filiación matrimonial cuando éste haya nacido dentro del matrimonio o luego de 300 días de la demanda de divorcio o

¹⁰⁸ En este caso se entiende determinada la filiación por medio del consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (artículo 570 y 575 Código Civil y Comercial de la Nación),

nulidad, de la separación de hecho o la muerte probándose por aquellos instrumentos mencionados en el mismo Código (Art. 569). Por su parte, la filiación extramatrimonial corresponde a aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio los cuales pueden ser determinados ya sea por reconocimiento del padre o madre o ambos o por sentencia judicial de filiación. Finalmente se determina la filiación de la maternidad probando la existencia del parto y la identidad del recién nacido por medio de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas presentando un certificado del médico, obstetra o agente de salud que asistió al parto.

Las acciones de filiación recogidas en la legislación argentina son: la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial que puede ser interpuesta por el hijo o sus herederos (estos últimos en el plazo de un año desde el fallecimiento del hijo menor de edad o incapaz, o lo que reste en caso de haber fallecido siendo capaz) o el Ministerio Público contra el padre o madre o ambos o los herederos de éstos en caso de fallecimiento de los progenitores; la acción de impugnación de la maternidad en caso de no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo; la acción de impugnación contra la presunción establecida por la ley en la filiación matrimonial (presunción pater est) en el caso del hijo haber nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio, nulidad o muerte del cónyuge siendo sus causales el no haber sido el progenitor, por prueba en contrario o por el interés del niño (es el símil de la acción de desconocimiento de la paternidad en la filiación matrimonial de nuestra legislación) ; acción de negación de la filiación matrimonial cuando el hijo ha nacido dentro de los 180 días después de la celebración del matrimonio y no ha sabido del embarazo de la mujer o hubo posesión de estado; acción de impugnación preventiva de la filiación matrimonial en el caso en que no haya nacido aún el hijo; y la acción de impugnación del reconocimiento.

Finalmente en los juicios de filiación argentino se establece el principio de libertad probatoria en su artículo 579 el cual indica en su inciso primero que “se admiten toda clase de pruebas...”, siendo la más importante la prueba genética.

B. Qué se entiende por posesión notoria de estado civil de hijo

La posesión de estado de hijo no ha sido un concepto establecido expresamente en el Código Civil y Comercial argentino, siendo regulado en materia de filiación solo en el artículo 586 el cual dispone 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.” Como se puede apreciar no establece ni sus elementos constitutivos ni cuándo se entiende acreditado, siendo solo asimilado al reconocimiento con respecto a su valor en juicio.

Dicho lo anterior, es en la doctrina argentina donde se ha entregado un concepto de posesión de estado, que, además de aquél entregado por Fanzolato, al cual nos referimos en la primera parte de este trabajo¹⁰⁹, consiste según Belluscio como “el goce de hecho de un determinado estado de familia, con título y sin él”¹¹⁰. Con respecto a la última parte del concepto, lo que dice relación con la necesidad de la titularidad de hijo se discute, entendiéndose por algunos, que la posesión de estado de hijo puede ser tanto con título de estado y sin él, ya que en la práctica puede coincidir o no el ejercicio de los derechos y obligaciones del estado de hijo con la titularidad de estado de hijo ; en cambio

¹⁰⁹ Véase Parte I Capítulo I sección B “Qué es la posesión notoria de estado civil de hijo”. p. 33

¹¹⁰ Belluscio, Augusto. 1987. “Manual de Derecho de Familia”. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. cit. por RAMOS Cabanellas, Beatriz; RIVERO DE ARHANCET, Mabel. 2014. Nuevo régimen legal del matrimonio. Matrimonio igualitario. 2º ed. Montevideo, Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. P. 75.

hay otros que dicen que la posesión de estado de hijo sólo tiene relevancia cuando no posee la titularidad de estado de hijo pero goza de dicho estado en la práctica¹¹¹.

C. Características

(i) Mismo valor que el reconocimiento.

Tal como se menciona en el artículo en comento a la posesión de estado de hijo se le otorga, una vez probada en juicio, el valor de reconocimiento, por lo que se entenderá válido para la determinación de la filiación.

Esta disposición antes de la dictación del nuevo código tenía la frase “el mismo valor que el reconocimiento expreso” ¿no será entonces un reconocimiento tácito?, esto se modificó al considerarse que la posesión de estado no es un tipo de reconocimiento ya que no basta por sí mismo para determinar la filiación, sino que se tienen que probar en un juicio de filiación los elementos constitutivos para entenderse determinada teniendo el mismo valor que el reconocimiento, así se puede apreciar en lo dicho por los autores Gustavo Caramelo, Marisa Herrera y Sebastián Picasso al indicar que “La supresión del vocablo “expreso”, que adjetivaba el valor de reconocimiento en el CC, pues no existe en nuestro ordenamiento otro tipo de reconocimiento de la filiación extramatrimonial que no requiera la forma expresa: si bien en doctrina

¹¹¹ Dentro de aquellos que adherían a la primera postura es Eduardo Zannoni al indicar que “La titularidad del estado de familia y su ejercicio pueden coexistir-frecuentemente así ocurre-pero... puede suceder que el ejercicio de los derechos - deberes que corresponden a un cierto estado no se corresponda con su titularidad. De este modo, pues, la posesión de estado asume en muchos casos virtualidad propia, y puede ser considerada en forma autónoma...”. Dentro de los autores que apoyan la segunda postura se encuentra Jorge Azipri que señala que “cuando hay título el emplazamiento ya se ha producido y si goza de hecho de ese estado o no, carece de importancia. Lo relevante de la posesión de estado se produce cuando no hay título, porque allí resulta necesario dilucidar si ese goce de hecho de un estado de familia permite o no, acceder al emplazamiento” (Cit. por FAMA, María Victoria. (2011). p 448)

se utilizaban como una sinonimia los términos "posesión de estado" y "reconocimiento tácito", en rigor, la posesión de estado no es un reconocimiento diferente, tácito, sino que su prueba en juicio sin acreditaciones que lo contradigan, valdrá como un reconocimiento"¹¹²

(ii) Irrevocabilidad

A consecuencia de la característica anterior, al tener el mismo valor que el reconocimiento, también se considera irrevocable la posesión de estado civil de hijo, a raíz de ser "beneficiario quien goza del estado de hijo, de un derecho adquirido del que no puede ser despojado por la actitud arbitraria o inconsulta de quien produjo esa posesión mediante actos propios [...] le es aplicable la doctrina de los resultados de los actos propios."¹¹³.

En este caso le son aplicables aquellas consecuencias mencionadas en relación a nuestro país por lo que no redundaremos en el tema, como por ejemplo que no requiere ser continuo o permanente bastando sólo una parte de la vida del hijo.

(iii) Aplicación en filiación matrimonial y extramatrimonial

Se discute en la doctrina si es posible alegar posesión de estado de hijo tanto para la filiación matrimonial como extramatrimonial. Para algunos la posesión de estado de hijo se aplica únicamente a la filiación extramatrimonial indicando que la ubicación del artículo de dicha institución está entre artículos relativos a la filiación extramatrimonial, también porque es asimilado al

¹¹² HERRERA Marisa. 2015. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Buenos Aires, Argentina. Infojus. p. 339.

¹¹³ López del Carril, Julio. 1987. "La filiación y la ley 23.264". Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot. pp. 284 y 285, cit. por FAMA, María Victoria. 2011. La filiación. 2° ed. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. p. 450.

reconocimiento, figura específica para determinar ese tipo de filiación siendo posible deducir que es una figura de la filiación extramatrimonial, además se entiende que la filiación matrimonial se determina en base a presunciones por lo que solo valdría como medio corroborante de las mismas.

Otros estiman que se aplica a ambos tipos de filiación, siendo en primer lugar, según Grosman, aplicable en el caso de “falta de certificado del médico u obstetra que atendió el parto, [y] se requiera el reconocimiento expreso de la madre”¹¹⁴ , sin distinción de especie de filiación. Para María Victoria Famá, aplica a ambos tipos de filiación porque la disposición se encuentra dentro de las reglas generales de las acciones de reclamación de filiación¹¹⁵.

También comparto esta última postura porque, además de su ubicación, no existe disposición alguna que prohíba o restrinja su aplicación a la sola filiación extramatrimonial, siendo aplicable para la matrimonial como medio para corroborar dicha filiación.

(iv) Predominio del nexo biológico

La misma disposición estipula que “siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético”, esto se ha argumentado por la certidumbre que entregan los exámenes biológicos y, para algunos, el fin de las acciones de filiación es la búsqueda del vínculo biológico¹¹⁶, además de que en la época en que se reguló la posesión de estado ayudaban a presumir que

¹¹⁴ Grosman, Cecilia. “De la filiación” p 402. Cit por FAMA, María Victoria. (2011). P 451.

¹¹⁵ *Ibíd.* P. 451.

¹¹⁶ “..cabe examinar prioritariamente la prueba rendida respecto de la existencia del nexo biológico , pues lo esencial-tanto si el progenitor a quien se le reclama la filiación vive como si ha fallecido- es la verificación de tal extremo, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo filial” (C. Nac. Civ., sala A. 21/08/1997, G., D.M. v. G., M., LL 1998-B-484, cit por FAMÁ, María Victoria (2011) p.454.)

dicha persona tratante era el padre de la persona tratada como hijo, al igual que la presunción de convivencia, sin embargo ahora con los exámenes biológicos esto no presta mayor utilidad, según la doctrina argentina¹¹⁷.

Es por lo mismo que es necesario, para que prospere una acción alegando posesión de estado de hijo, que además de acreditar los elementos constitutivos de esta institución, en caso de ser opuesta al examen biológico, que se excluya la relación biológica con otro examen de este tipo, y lo mismo en caso de ser opuesta la posesión de estado como excepción.

D. Elementos y requisitos

Los requisitos constitutivos de la posesión de estado de hijo no se encuentran establecidos legalmente, pero sí han sido entendidos por la doctrina y la jurisprudencia en general que son el nombre o nomen, es decir el uso del apellido de aquél respecto al cual se comporta como hijo; trato o tractus, o sea que reciba el trato de hijo por parte del presunto padre; y fama, la publicidad y conocimiento de la sociedad de aquel trato.¹¹⁸

A diferencia de nuestra legislación, no requiere una duración de dichos actos constitutivos de posesión de estado de hijo como tampoco que ésta sea en forma permanente ni continua, bastando que se haya gozado de dicho estado de hijo durante parte de su vida como se indica en una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de General San Martín la cual indica que “es suficiente que la posesión de estado haya existido durante

¹¹⁷ “Es sabido el rol que ostenta la prueba genética en los procesos de filiación. Tanto el sometimiento, realización y resultado de la prueba de ADN como, en definitiva, su negativa a tal prueba han sido los dos ejes centrales en materia probatoria en este tipo de juicios, por lo cual la importancia práctica de la posesión de estado como de la convivencia, por sí solos, se ha diluido.” (CARAMELO, Gustavo; HERRERA Marisa; PICCASO, Sebastián (2015) p. 340.)

¹¹⁸ FAMÁ, María Victoria (2011) p. 450.

algún tiempo, aunque luego cesare... siendo importante para su configuración que se presentara como hijo ante amigos y parientes”¹¹⁹.

Además de estar acreditados estos elementos en juicio se requiere que no sea desvirtuado por el nexa biológico, ya que en caso contrario, se deberá oponer otro examen de carácter biológico que excluya la paternidad biológica de la contraparte en ese caso.

E. ¿Cuándo se entiende acreditado?

Para la doctrina y jurisprudencia argentina, se entiende acreditada la posesión de estado de hijo sólo bastando la prueba del elemento tractus, no exigiendo la concurrencia conjunta de los tres elementos mencionados¹²⁰.

Para probar la posesión de estado se admiten toda clase de pruebas, no habiendo restricción de ningún tipo como en el caso nuestro. Los tribunales incluso han sido de criterio flexible en cuanto a la valoración de la constitución de la posesión de estado de hijo “apreciando los hechos según las circunstancias particulares de cada caso en concreto en cuanto al lugar, tiempo, ambiente social y cultura de las personas interesadas”¹²¹, pero siempre y cuando los actos en su conjunto no dejen dudas sobre la existencia de la posesión de estado, ¹²² esto por el valor de reconocimiento tácito que se le otorga la ley.

En resumen, se entiende acreditado según la apreciación del juez de que no existan dudas sobre la existencia de trato por parte del padre o madre y el

¹¹⁹ C. Civil y Com. San Martín, sala 1°, 04.03.1997, G. de M., F.H. y M., G”, LLBA 1997-765.

¹²⁰ Conf. CNCiv. , sala D, 28.05.1965., LL, t. 118, p.745; 23.12.59, LL, t. 7, p. 335.

¹²¹ Grosman, Cecilia. “De la filiación”. P. 405, cit. por FAMÁ, María Victoria (2011). P 455

¹²² C.Nac. Civ., sala A, 27.08.1997, “G., D. M. v. G., M.”, LL 1998-B- 484.

hijo, bajo cualquier medio probatorio, e incluso sin ser desmerecidas la pruebas presentadas por falta de algún documento donde se acredite.¹²³. Además se entiende que los actos del padre o madre que sean discordantes con respecto a la posesión de estado de hijo no excluyen la existencia de dicha institución si otros actos mostraban el trato de padre o madre e hijo.

¹²³ C. 7° Civ. Y Com. Córdoba, 02.06.1993, "F. de C., M. del C. y otra v. G., F. D., suc., LLC 1993- 894

CAPÍTULO II REGULACIÓN EN PERÚ

A. Breve noción del sistema filiativo peruano.

La filiación en Perú se encuentra normada principalmente en el Código Civil Peruano, vigente desde el 14 de noviembre del 1984, en su libro III “Derecho de Familia”, sección III título I (filiación matrimonial) y II (filiación extramatrimonial); y la Constitución de la República del Perú en la cual se encuentran principios que influyen en materia de filiación como la igualdad de trato de los hijos (Art. 6) y el derecho a la identidad (Art. 2 inc. 1).

Dentro del régimen de filiación peruano se distingue igualmente entre filiación matrimonial y extramatrimonial, estando incluso separada su regulación. Según el artículo 361 del Código Civil se entiende como hijos matrimoniales aquellos nacidos dentro del matrimonio o dentro de los 300 días posteriores de la disolución del matrimonio, presumiéndose como padre de los hijos al marido; y los no matrimoniales aquellos concebidos y nacidos fuera del matrimonio los cuales se entienden establecidos ya sea por reconocimiento del padre o por sentencia judicial de filiación; y para ambas clases de filiación se determina la filiación de la maternidad comprobando el hecho del parto y la identidad del hijo (Art. 409).

Las acciones de filiación en Perú son similares a la nuestra y a las de otras legislaciones, pudiendo encontrarse entre ellas la acción de impugnación (a favor de la madre o sus herederos si ha iniciado la acción la madre en vida) y de reclamación de la maternidad cuya legitimación activa corresponde solamente al hijo; la acción de reclamación de filiación matrimonial (para los hijos o sus herederos en ciertos casos), y su contrapartida acción de impugnación de la paternidad matrimonial o acción contestatoria (a favor del

marido o sus herederos en ciertos casos), siendo el símil de la acción de desconocimiento de la paternidad en filiación matrimonial chilena. En el caso de la filiación extramatrimonial se encuentran la acción de impugnación del reconocimiento (cuya legitimación activa en general es para cualquier persona con interés legítimo salvo aquellos que hayan realizado el acto de reconocimiento), y para solicitar determinación de la filiación extramatrimonial paterna existen dos vías: el reconocimiento forzado incluido por la Ley N° 28.457 del 2004 demandada ante jueces de Paz y la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial solicitada ante jueces de familia (a favor del hijo y sus herederos para continuar la demanda), y otras variantes como la acción de reclamación de paternidad en caso de mujer casada, acción preventiva de reclamación de paternidad extramatrimonial (antes de nacido el presunto hijo), y finalmente las acciones personales de la madre contra el padre o sus herederos donde se puede alegar derecho de alimentos y daño moral.

¿Cuál es la diferencia de nuestras acciones de filiación con respecto a las acciones de filiación de Perú?, entre otras diferencias, la más relevante para los efectos de este trabajo, es que para interponer acción de reclamación de filiación extramatrimonial se requiere probar aquellas causales establecidas en el artículo 402 del Código Civil peruano, cada una de ellas con sus determinados requisitos, entre ellos la posesión de estado de hijo.

B. Qué es la posesión notoria de estado civil de hijo

En el artículo 402 N° 2 del Código Civil peruano comprende la posesión de estado de hijo como uno de los casos en que se puede solicitar al juzgado de familia la determinación de la filiación extramatrimonial, estipulando que “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: ... 2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la

posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.” Sin perjuicio de no entregar un concepto concreto de posesión de estado de hijo, se pueden apreciar los requisitos fundantes de dicha institución en los juicios de filiación, entendiéndose como un conjunto de actos directos del padre o de su familia hacia el hijo en forma constante y reiterada.

Un concepto determinado se puede encontrar en la doctrina, el cual es similar al nuestro, como el que entrega Enrique Varsi Rospigliosi entendiéndolo como el “ejercicio de facto de los derechos y cumplimiento de los deberes propios de un determinado estado de familia con prescindencia del título correspondiente”¹²⁴, siendo también aceptado el concepto entregado por Planiol y Ripert, similar al anterior, al estimar que poseer un estado es “gozar del título, de las ventajas anexas y soportar sus deberes. Es vivir en la realidad de los hechos, como corresponde a la condición de hijo, padre, esposo, pariente”¹²⁵.

C. Características

(i) Conjunto de actos directos del padre o de la familia (hacia el hijo) en forma constante y reiterada.

Tal como se refleja en los conceptos mencionados anteriormente y lo establecido por el propio legislador, se trata de un conjunto de actos o conductas realizadas por parte del padre o madre hacia el hijo, que son propias de aquellos actos que se constatan en las relaciones de padre o madre e hijo. En el caso de Perú se entiende comprobado si se acredita actos directos del

¹²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2011. “Tratado de Derecho de Familia”. Lima, Perú. Gaceta jurídica. Tomo I. p. 355.

¹²⁵ Boulanger Jean; Planiol, Marcel; Ripert, Georges. 1948. *Traté élémentaire de Droit Civil*. París, Francia. 4° ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. T.I p. 454. ; cit. por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011), p. 356.

padre o de la familia hacia el hijo, ejemplo de ello puede ser el haber sido proveído a la subsistencia del menor, como gastos en salud, vestimenta, educación, convivir en la misma casa o visitarlo frecuentemente, asistir a la reunión de apoderados de los establecimientos educacionales, entre otros.

Pero además se requiere que dichos actos sean constantes y reiterados en el tiempo, es decir que durante un lapso determinado de tiempo se realicen dichos actos reiteradamente, al respecto la autora Luz Monge indica que “La constancia es una prueba temporal de la realidad de la posesión. Por lo mismo, la constancia en el tiempo no significa que la posesión de estado deba transcurrirse durante un lapso prolongado. Constancia no significa larga duración. De hecho, el legislador no exige plazos mínimos ni máximos. Lo fundamental es que durante el periodo litigioso de la posesión, aun cuando haya sido de corta duración, no haya habido interrupciones que desmientan la existencia del vínculo de filiación.”¹²⁶

(ii) Funciones: Prueba en la filiación matrimonial o como forma para solicitar determinación de filiación extramatrimonial.

Dentro de las funciones o roles que se ha establecido en el régimen de filiación en Perú se encuentra el ser el medio de prueba supletorio de la filiación matrimonial, ya que en virtud del artículo 375 ésta se debe probar por las partidas de nacimiento de hijo y de matrimonio de los padres. En caso de reconocimiento expreso o tácito por el marido, por cualquier instrumento público donde conste tal reconocimiento, y en caso del supuesto de negación de la paternidad matrimonial, se probará con la sentencia que rechace dicha demanda. En caso de que ninguna de estas pruebas sea posible, se probará

¹²⁶ MONGE TALAVERA, Luz. "Comentario al Art. 402 del Código Civil" publicado en "Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas, Tomo III Derecho de Familia Segunda Parte", Gaceta Jurídica S.A., Lima. 2007. pág. 2-19

con “la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres”¹²⁷, por lo que en caso de no poder probarse por aquellas maneras establecidas en el inciso primero del art. 375, se puede probar la posesión de estado en juicio de filiación.

Adicionalmente, en la filiación matrimonial si se prueba en juicio la existencia de posesión constante de hijo, más el acta de nacimiento de hijo y matrimonio de los padres, no se podrá entablar en contra acción contestatoria alguna (art. 376).

Distinto es el caso de la filiación extramatrimonial, en donde la posesión notoria de estado civil de hijo se utiliza para justificar la solicitud de determinación de filiación de paternidad extramatrimonial, es decir, buscan a través de una sentencia judicial declarativa el reconocimiento de un hecho que tiene consecuencias jurídicas, ya que por sí solo la posesión de estado de hijo no entrega el título de hijo, sino que requiere declaración judicial.

D. Elementos

Según la doctrina y jurisprudencia, los elementos o requisitos para encontrarse ante la posesión de estado de hijo son el nombre o nomen, entendido como el uso del apellido familiar; tractus o trato como el “conjunto de actitudes que tiene de forma constante una persona hacia otra”¹²⁸, siendo en el

¹²⁷ Artículo 375.- La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366, inciso 2, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363.

A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

¹²⁸ Ibid. p. 357.

caso de la posesión de estado de hijo el conjunto de actitudes constante que tiene una persona para con otra que “coincide con lo que es usual en las relaciones de carácter afectivo, por ejemplo las realizadas entre padres e hijos”¹²⁹; y por último el vox populi o fama entendido cuando la “comunidad reconoce u legítima socialmente ese estado de familia de pareja o de hijo (a)”¹³⁰.

Además de ello, el conjunto de actitudes debe tener una duración tal que demuestra significativamente la existencia de posesión de estado. ¿Cómo se contabiliza dicha duración?, se ha entendido que los actos constitutivos de posesión de estado de hijo deben ser reiterados y continuos, bastando que los actos se desarrollen en parte de la vida del hijo y padre o madre en forma continua. Sin embargo, pese a que no se exige legalmente que dicha posesión sea actual o coetánea a la presentación de la demanda, sí se exige por parte de la doctrina que al menos que haya subsistido recientemente¹³¹. Esto a la vez también se puede interpretar al indicar el artículo que “se halle, o se hubiese hallado”.

Lo que sí se encuentra establecido en la ley es el plazo de prescripción para interponer la acción de reclamación de paternidad bajo la causal de posesión notoria en la cual hay que distinguir si se interpone hallándose en posesión de estado de hijo o si se hubiese hallado en él, ya que en este último caso se puede interponer dentro del plazo de un año después de cesado los actos constitutivos.

¹²⁹ Ibid. p. 357.

¹³⁰ Ibid. P. 358.

¹³¹ Ibid. 357.

E. ¿Cuándo se entiende acreditado?

Tanto la doctrina como la jurisprudencia moderna no exigen la prueba conjunta de estos tres elementos, bastando la prueba del elemento trato, ya que se entiende como el “elemento revelador de la posesión de estado, aunque no hubiera exteriorizado ni uso del apellido”¹³², pero además que éstos actos sean continuos en el tiempo, el cual no está determinado por el legislador, pero que baste que “durante el periodo litigioso de la posesión, aun cuando haya sido de corta duración, no haya habido interrupciones que desmientan la existencia del vínculo de filiación”¹³³.

Como no existe disposición alguna que restrinja los medios probatorios ni su valor para la acreditación de la posesión de estado de hijo, y en general en las acciones de filiación, se puede probar por cualquier medio de prueba, quedando la decisión de considerarse suficientemente acreditado a la “soberana y prudente apreciación de los magistrados”¹³⁴

¹³² Borda, Guillermo. 2008. “Tratado de Derecho Civil. Familia”. Ed. 10°, t. I, Buenos Aires, Argentina. La ley. P. 31; cit. por VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique (2011), p. 358.

¹³³ MONGE TALAVERA, Luz (2007) pág. 2-19.

¹³⁴ Ibid. pp. 2- 19.

CAPÍTULO III TRATAMIENTO EN PARAGUAY

A. Breve noción del Régimen de filiación paraguayo

El régimen de filiación paraguayo se encuentra establecido principalmente en el actual Código Civil paraguayo de 1985 y sus modificaciones, en otras normas como la Ley N° 1680/91 que introduce el Código de la Niñez y la Adolescencia, que sean compatibles con el régimen de filiación. Dicho régimen se sustenta en los principios de Igualdad en las filiaciones, el que tiene rango constitucional al encontrarse establecido en el artículo 53 in fine¹³⁵ de la Constitución Nacional de Paraguay; el Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo 54 de la Constitución¹³⁶ y Artículo 3¹³⁷ del Código de la Niñez y Adolescencia que adecúa la norma establecida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; y el Derecho a la Identidad de los hijos, preceptuado en el artículo 18 del Código del

¹³⁵ Artículo 53: DE LOS HIJOS.

Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria.

Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.

La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia.

Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.

¹³⁶ Artículo 54 - DE LA PROTECCIÓN AL NIÑO

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

¹³⁷ Artículo 3. DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.

Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo

Menor¹³⁸, en el cual se entiende de que todo niño o adolescente tiene derecho a la nacionalidad paraguaya, al nombre, a reconocer y permanecer con sus padres y promover las investigaciones sobre sus orígenes ante la justicia; de este último derecho derivan el Principio de Libertad de la Investigación de la Paternidad y Maternidad.

Ahora bien ¿cómo se determina la filiación? , al igual que en nuestro país se distingue entre filiación de la maternidad y paternidad, siendo la primera determinada por el hecho del parto y la inscripción en el Registro Civil de la ficha de nacidos donde consta la identificación dactilar de la madre y la palmatócópica del hijo. La segunda para determinar la filiación distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial, según si los hijos nacieron dentro del matrimonio o bajo las circunstancias legales que les otorga esta categoría, o fuera de ella, entendiéndose que no afecta el carácter igualitario de los hijos independiente de la época del nacimiento. En el caso de la filiación matrimonial se entiende determinado por los casos establecidos en el artículo 225¹³⁹, siendo en realidad presunciones de paternidad al indicar cuándo se entiende que el

¹³⁸ Artículo 18. DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

El niño y el adolescente tienen derecho a la nacionalidad paraguaya en las condiciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Tienen igualmente derecho a un nombre que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias.

¹³⁹ Art.225.- Son hijos matrimoniales:

- a) los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento;
- b) los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse y que hayan sido reconocidas antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de ésta. La posesión de estado suple este reconocimiento;
- c) los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado; y
- d) los nacidos dentro los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer, o si consintió que se lo anotara como hijos suyos en el Registro del Estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente.

padre de los hijos es el marido, resolviendo incluso el conflicto de dichas presunciones de paternidad en caso de matrimonios sucesivos de la madre. Con respecto a la filiación extramatrimonial ésta puede ser determinada por el acto del reconocimiento o por sentencia judicial que falle las acciones de filiación.

En relación a la determinación de la filiación por sentencia judicial, la legislación paraguaya regula las acciones de filiación distinguiéndose si es para determinar la filiación matrimonial o extramatrimonial. En el caso de la filiación matrimonial se encuentra la acción de reclamación de filiación matrimonial, la cual se puede entablar por el hijo o los herederos del hijo contra el padre o madre o ambos o los herederos del padre o madre fallecidos. Luego, encontramos la acción de desconocimiento de la paternidad que comprende la acción de simple negación de la paternidad (en caso que el hijo nazca dentro del plazo de 180 días después del matrimonio sin tener conocimiento del embarazo de la mujer y sin existir reconocimiento expreso o tácito previo, mencionado en el artículo 225 letra d), la acción de desconocimiento preventivo de la paternidad matrimonial (aquella interpuesta por el marido en conocimiento del embarazo de su mujer y de no haber sido concebido por él, pudiendo ser entablada antes del nacimiento del hijo, la que no ha sido establecida por la ley pero sí se ha reconocido por la doctrina), la acción de impugnación de la paternidad basado en los casos establecidos en el artículo 236, y la acción de impugnación de los asientos registrales (una especie de acción de impugnación de maternidad al haber suposición de parto, sustitución de hijo y ocultación).

Por otra parte, las acciones de filiación extramatrimonial comprenden la acción de reclamación interpuesta por el hijo o los herederos del hijo contra el padre o madre o ambos o los herederos de estos, con la limitante, de dudosa constitucionalidad, de no poder ser interpuesta contra mujer casada salvo si el

hijo nació antes del matrimonio (artículo 234 inc. 3); luego está la acción de impugnación del reconocimiento de los padres; y por último se regula el caso del reconocimiento fraudulento, un símil de la acción de nulidad del reconocimiento en nuestra legislación, que se puede invalidar por vía de acción de impugnación.

En materia probatoria en los juicios de filiación, al igual que en nuestra legislación, se contempla el principio de libertad probatoria, el cual se consagra en el artículo 234 inciso primero al indicar que “En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos.”; siendo además la prueba primordial y preeminente en dicho régimen las pruebas biológicas, cuya estipulación se encuentra en el artículo 184 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁴⁰ e incluso sancionando con presunción de paternidad a quien sea renuente en la realización de dichos exámenes, similar a la a la sanción establecida en el artículo 199 de nuestro Código Civil.

Conociendo en general el régimen de filiación paraguayo cabe preguntarse ¿qué papel tiene la posesión de estado civil de hijo en esta legislación? ¿Se encuentra regulado? ¿Qué sucede en caso de conflicto con la prueba pericial de sangre?, todo esto lo veremos en el acápite siguiente.

¹⁴⁰ Artículo 184. DE LA PRUEBA PERICIAL DE SANGRE.

La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas preferencialmente.

En caso de renuencia de someterse a la misma, la oposición deberá considerarse como presunción de paternidad o maternidad.

El Poder Judicial arbitrará los medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y por acordada reglamentará este artículo.

B. Concepto de posesión notoria de calidad de hijo

La posesión de estado civil de hijo en Paraguay está regulada específicamente en el artículo 235 de su Código Civil, sin embargo no entrega un concepto determinado como nuestra legislación, indicando que consiste en la “existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco” y posteriormente los requisitos o elementos que configuran la posesión, por lo que se investigará si existe una definición entregada ya sea en sede doctrinal o jurisprudencial.

La sentencia del Tribunal de Apelación de Itapúa dictado el 10 de diciembre del 2012 acepta el concepto entregado por Planiol-Ripert que indica que “la posesión de estado consiste en el goce y ejercicio de hecho, del título, las prerrogativas y las cargas, que son inherentes a estado de familia determinado”¹⁴¹, como también podemos encontrar un concepto similar en la sentencia pronunciada en primera instancia en la misma causa citado por el Tribunal de Apelación en comentario, entendiéndose posesión de estado civil de hijo como “el cúmulo de actitudes y conductas recíprocas entre quien dispensa a alguien trato de hijo y recibe de éste trato de Padre o Madre de modo público, ostensible e inequívoco.”¹⁴².

Es posible apreciar que no existe mayor diferencia conceptual con respecto a otras legislaciones y la nuestra, entendiéndose en general como el goce de un estado civil de hijos a través del conjunto de actos públicos que demuestran dicha relación filial, sin embargo la diferencia radica en cuanto al rol que cumple la posesión de estado civil de hijo en esta legislación, no pudiendo

¹⁴¹ Tribunal de Apelación de Itapúa. 10.12.2012 [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015)

¹⁴² *Ibidem*.

ser solo fundamento de la acción de reclamación de filiación, sino un presupuesto esencial en determinadas situaciones, todo esto lo veremos en la sección siguiente.

C. Características

(i) Conjunto de actos públicos, de carácter indudable durante una época de la vida del padre.

Basándose en lo establecido en el artículo 235 y la frase “existencia de hechos que indican la relaciones de filiación o parentesco”, podemos decir como primera característica el que la posesión de estado civil de hijo es un conjunto de hechos, o más bien de actos, que deben manifestar la existencia de un vínculo filiativo entre dos personas, en este caso de padre o madre e hijo, por lo mismo dichos actos deben ser de carácter público, siendo incluso necesario para configurar los elementos constitutivos de posesión de estado de hijo.

En este sentido en nada difiere o se diferencia de nuestra legislación, pero ¿Qué otras características deben tener dichos actos?, pese a que no lo menciona la ley, se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina que, a diferencia del régimen chileno, no se requiere que los actos sean constante e ininterrumpidos, sino que “bastando que haya existido de manera indudable durante alguna época de la vida del padre”¹⁴³, esto significa que no es necesario que la posesión de estado civil de hijo se haya dado durante toda la

¹⁴³ A.E. Salas. Código Civil y Leyes Complementarias Anotados. Vol. I. 2ª Edición Actualizada. Ediciones Depalma. Bs. As. Año 1999. Pág. 177. Cit. por Corte Suprema de Justicia. 27.08.2012. [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015). También puede verse esta idea en Ochoa, Oscar. 2006. Derecho Civil I: Personas. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Págs. 288 y 289.

vida del padre o madre e hijo, sino que basta que haya durado un determinado momento de la vida del padre y que no exista dudas de que se constituyó este goce de estado civil , por lo que es posible entablar una acción de reclamación de filiación por posesión de estado civil sin que exista al momento de su interposición.

(ii) *Carácter irrevocable*

Tomando en cuenta que estos actos se consideran como una especie de reconocimiento tácito de la paternidad y maternidad, se ha entendido su carácter irrevocable, derivando de ello que basta que se haya mantenido en alguna época de la vida del padre o madre sin necesidad de que ésta sea actual. Consta esta interpretación en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de agosto del 2012 que indica que “Por su carácter de reconocimiento tácito, la posesión de estado produce efectos *erga omnes* [...] como consecuencia de ese mismo carácter, es irrevocable, por lo que no es necesario que sea constante e ininterrumpido...”¹⁴⁴

Entendiéndolo así, si se configuran los presupuestos constitutivos de la posesión de estado civil de hijo durante los primeros años de vida de éste, bastará para que, años después, pueda ser invocada en un juicio de filiación independiente de si en los hechos permanecen dichos actos, siendo incluso válido en el caso que el presunto padre o madre se haya arrepentido, ya que no es posible deshacer lo hecho.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

(iii) Presupuesto para entablar la acción de reclamación de filiación contra los herederos de padre o madre fallecidos.

A diferencia de otras legislaciones, entre ellas la nuestra, es que el régimen de filiación paraguayo le otorga a la posesión de estado civil de hijo un rol mucho más amplio, no siendo sólo un medio de prueba para determinar la filiación en juicio.

Recordemos que la acción de reclamación de filiación en Paraguay puede ser interpuesta por los hijos o los herederos de los hijos contra el padre o a madre o los herederos de estos si el padre o madre ha fallecido, sin embargo en este último caso se requiere además la existencia de la posesión de estado civil de hijo (artículo 234 inciso final).

Se ha entendido que se solicita esta institución para otorgar a la acción de reclamación solicitada mayor certidumbre tomando en cuenta que no está presente el padre o madre para defenderse. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina ha criticado la solicitud de este requisito adicional bajo dos argumentos, siendo uno su dudosa constitucionalidad y otro en relación a la praxis. El primero de ellos estima que este elemento adicional es abiertamente inconstitucional toda vez que establece barreras y dificultades a los hijos en el ejercicio de su derecho a la identidad personal a través de la determinación de quienes son sus padres, imponiendo la existencia de la posesión de estado civil que, en la práctica, no se ha configurado¹⁴⁵. Por otra parte se crítica que deja de lado el caso del hijo póstumo, en el cual es imposible demostrar la existencia de

¹⁴⁵ “Esta exigencia agrava la situación jurídica de la persona cuya filiación no se ha determinado y lesiona la condición del hijo en su derecho a la identidad personal, cuya filiación no se ha determinado. Fallecido uno o ambos padres, no puede perseguir su identidad si no ha gozado de la posesión de estado, y en la mayoría de los casos, esa posesión de estado no se habrá configurado” (LLOVERAS, Nora. 2007. La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y el Perú. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad. p. 180.)

posesión de estado de hijo si no pudo realizarse dichos actos por la prematura muerte del padre o madre en cuestión.

(iv) Medio de prueba en los juicios de filiación

No se encuentra establecida esta característica en forma expresa por parte del Código Civil, pero si se puede deducir del principio de libertad probatoria en los juicios de filiación con la frase "se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos", por lo que se entiende incluida la prueba de posesión de estado civil de hijo en la determinación de la filiación, es decir que "que si bien es cierto las pruebas biológicas tienen una gran significación en este tipo de procesos, no es posible sostener que en su ausencia puedan justificarse la filiación por otros medios probatorios, por lo que ante la falta de la prueba biológica el juzgador entendió que correspondía meritar la prueba producida en autos en consonancia con la normativa del art. 234 del Código Civil, según la cual en la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos"¹⁴⁶. Es por la misma razón que, al igual que en la legislación chilena, la mera posesión de estado civil de hijo no determina la filiación, sino que solo lo prueba para que sea determinada por sentencia judicial firme.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Tribunal de Apelación de Itapúa. 10.12.2012 [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015)

¹⁴⁷ "si bien no genera por sí sola la adquisición del estado de familia implicado, es una circunstancia demostrativa de la existencia del vínculo biológico y es un importante sustento en acciones declarativa de estado de familia motivo por el cual requiere que su demostración sea contundente y decisiva en la formación de la convicción judicial." (Corte Suprema de Justicia. 27.08.2012. [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015)

Ahora bien, pareciera que la posesión de estado civil de hijo sólo sirviera para otorgar una especie de “presunción de vínculo biológico” y no como un medio de prueba basado en los lazos afectivos creados como es en el caso chileno, esto se puede deber a la preeminencia de los exámenes periciales biológicos como la prueba de ADN, por considerarse el vínculo biológico más importante para esta materia, siendo esta preeminencia establecida en el Código de la Niñez en su artículo 184.

D. Elementos

Estos se encuentran establecidos en el artículo 235 del Código Civil paraguayo que dispone que: “La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser:

- a) que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo;
- b) que aquélla le haya dispensado el trato de hijo, y éste a su vez lo haya tratado como padre o madre; y
- c) que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad.”

Aquí se refleja los elementos que se solicitan en general en la posesión de estado civil de hijo en las distintas legislaciones: el nombre, trato y fama, los cuales por ser de similares características que las establecidas en la legislación chilena, no requiere mayor análisis. La doctrina y jurisprudencia agregan que estos elementos deben durar en una época de la vida del presunto padre o madre de manera pública e indudable de que dichos hechos constituyen posesión de estado de hijo, sin señalar una duración determinada de dicho

estado, bastando de que sea “un tiempo razonable y que se hayan manifestado en actos precisos y adecuados para establecer la posesión de estado”¹⁴⁸

E. ¿Cuándo se entiende acreditado?

Pese a que en el artículo 235 establece que se entiende acreditado al probarse los tres elementos, en la doctrina y especialmente en la jurisprudencia basta probar el trato del padre o madre al hijo como su hijo para que se entienda acreditado en juicio basado en una serie de argumentos.

En primer lugar se justifica por una razón de origen legal, en la cual se afirma que cuando la disposición menciona la expresión “como ser”, indica las menciones a modo ejemplar no siendo en forma taxativa, pudiendo no darse todos los presupuestos para establecer la posesión de estado civil de hijo, y también la conjunción “o” en la letra c (“considerado como tal por la familia o la sociedad”) del artículo en comento, de lo cual se infiere que puede ser considerado por ambos grupos o por uno de ellos.¹⁴⁹

En segundo lugar basan esta idea en que bastaría probar solo el elemento trato por ser considerado fundamental, siendo muy rígido por parte de los tribunales exigir en forma estricta cada uno de los elementos¹⁵⁰ y por

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. 27.08.2012. [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015)

¹⁴⁹ “En primer lugar el empleo de la expresión “como ser”, que denota claramente que la enunciación es ejemplar y que carece de carácter taxativo. No se exige que todos los hechos enunciados se reúnan para el concurso de la posesión de estado, en este particular vale destacar el empleo de la conjunción disyuntiva “o” en la redacción del inciso c), lo que permite razonar que debía ser tratado como hijo por la familia o por la sociedad, sin necesidad de haber sido considerado así por ambos grupos, en cuyo caso debería haberse operado la conjunción conjuntiva “y” (ibídem.)

¹⁵⁰ “Nuestra Doctrina y jurisprudencia son casi unánimes en el sentido de que el requisito clásico de la presencia de los tres elementos nombrados representa un marco demasiado rígido

considerarse que el que se entienda probado un hecho queda a la libre apreciación judicial¹⁵¹.

Sin embargo, pese a que no se exige los tres elementos clásicos de la posesión de estado civil de hijo, si requiere que el elemento trato se encuentre acreditado sin que exista una duda razonable de los actos constitutivos de dicho trato¹⁵², por lo que se entiende que con esta exigencia se intenta equiparar la flexibilidad con respecto a los demás requisitos y a la vez establecer un criterio o incluso límites a la apreciación del juez para entender realmente probada la posesión de estado civil de hijo en un juicio de filiación.

que no tiene por qué ser exigido por el Juez en la apreciación de los hechos constitutivos de la posesión de estado del hijo” (ibid.)

¹⁵¹ La evolución de la doctrina permitió luego considerar demostrada la filiación, aun a falta de uno de los requisitos, con tal que se hallase probado el tractatus, que llegó a ser elemento central” (Ibídem, p. 733). “La posesión de estado del hijo extramatrimonial -que no es más que el reconocimiento de la paternidad mediante actos públicos, claros e inequívocos- no requiere la acreditación conjunta de los requisitos clásicos del nomen, tractus y fama, pues todo debe quedar librado a la soberana apreciación judicial” (CNCiv., Sala D, Mayo 28, 1965. ED, 11-622 cit. por Corte Suprema de Justicia. 27.08.2012. [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015))

¹⁵² “Sobre el punto corresponde aclarar que, si bien para la doctrina y la jurisprudencia ya no son exigibles para probar la posesión de estado que se den conjuntamente los tres clásicos elementos; si es requerida, prueba más allá de cualquier duda razonable que a la parte accionante se le haya dispensado el trato de hijas y éstas a su vez lo haya tratado como padre, atento a que dicho elemento es considerado fundamental para el esclarecimiento en este tipo de juicios”. (ibídem)

CAPÍTULO IV REGULACIÓN EN URUGUAY

A. Breve noción del régimen de filiación uruguayo

El régimen de filiación uruguayo se encuentra regulado en el Código Civil en el Código de la Niñez y Adolescencia del 2004, y en especial por la Ley N° 19.075 dictada en mayo del 2013 el cual estableció el régimen de matrimonio igualitario modificando diversas normas en materia de filiación, sobre todo en relación a la filiación matrimonial y las presunciones que derivan de ello.

En Uruguay, al igual que en las demás legislaciones tratadas en este trabajo, se distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial atendiendo si los hijos cuya filiación se desea determinar nacen dentro o fuera del matrimonio, solo con el objetivo de regular la forma de determinación de la filiación en cada caso y no en virtud de la diferenciación de trato de los hijos, adecuándose de esta manera a la Convención de los Derechos del Niño y Adolescente a través del Código de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo aún existen vestigios de la distinción de hijos legítimos y naturales, pero se ha entendido que se refiere a la distinción antes dicha, tomando en cuenta que el artículo 28 del CNA así lo indica¹⁵³.

¹⁵³ Artículo 28. (Derecho y deber a reconocer los hijos propios).- Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos.

Derógase el inciso tercero del artículo 227 del Código Civil.

Modifícase la redacción del inciso cuarto del artículo 227 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

"No se admitirá el reconocimiento de hijos naturales, aún después de disuelto el matrimonio, cuando ese reconocimiento se pretenda hacer a favor de una persona que tenga la posesión notoria de hijo legítimo, sin perjuicio de las acciones que, legalmente, se admiten para contestar esa filiación"

Entiéndase, en todo el ordenamiento jurídico, las expresiones "hijo legítimo" e "hijo natural" como "hijo habido dentro del matrimonio" e "hijo habido fuera del matrimonio", respectivamente.

La determinación de la filiación matrimonial está regulada en los artículos 214, 215 y 216 del Código Civil uruguayo en el cual se presume la paternidad respecto del marido en 4 casos: cuando el hijo ha sido concebido dentro del matrimonio, entendiéndose así cuando el hijo nace entre los 180 días desde que contrajeron matrimonio hasta los 300 días posterior a la disolución; en el segundo caso, se presume el vínculo filial paterno para aquellos hijos nacidos dentro de los 180 días después de contraído el matrimonio en el caso de que conozca el marido del embarazo de la mujer o haya reconocido expresa o tácitamente la relación filial; luego en el caso de aquellos imposibilitados de concebir entre sí (se incluye tanto las parejas heterosexuales imposibilitados de concebir como las parejas del mismo sexo) se determina por acuerdo expreso y escrito para ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial; y, por último, en el caso de los padres de hijo natural contraigan matrimonio posteriormente lo cual los “legitima”.

En este tipo de filiación, la legislación uruguaya entrega una serie de acciones de filiación, ya sea para desmentir estas presunciones, como también determinar la filiación matrimonial. En primer lugar encontramos la acción de desconocimiento de la relación filiatoria a favor del padre no concibiente o sus herederos; la acción de impugnación de la relación filial a favor del hijo, madre o padre biológico dependiendo del caso; la acción de contestación de legitimidad, que no constando en el código, se entiende existente para el caso de que no se cumplan los requisitos para que se constituya la filiación matrimonial; la acción de reclamación de filiación legítima y la acción de contestación de maternidad en caso de existir error o sustitución del hijo propio por otro

Por otro lado, la filiación extramatrimonial se determina, al igual que nuestra legislación, por reconocimiento de forma expresa (por los instrumentos

indicados en la ley) o tácita, o a través de un juicio de filiación. Con respecto a esto último se encuentra la acción de impugnación del reconocimiento de hijo extramatrimonial, para todo aquello que tenga interés actual; la acción de repudio del reconocimiento y la acción de investigación de paternidad y maternidad extramatrimonial.

Finalmente con respecto a los medios para acreditar la filiación en juicio se establece libertad probatoria (Artículo 204 CN y A¹⁵⁴), siendo uno de los medios probatorios considerados, la posesión notoria de estado civil de hijo.

B. Concepto posesión notoria de estado civil de hijo

En el caso de Uruguay si se contempla un concepto expreso en su legislación encontrado en el artículo 46 de su Código Civil que entiende por posesión notoria de estado civil de hijo legítimo cuando 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.” También por parte de la doctrina se ha adoptado el concepto dado por Belluscio como “el goce de hecho de un determinado estado de familia, con título y sin él”.

Se puede apreciar que es muy similar al concepto dado por nuestra legislación en el artículo 200, sin embargo, como se verá en los acápites siguientes, posee elementos y exigencias distintas dependiendo de la finalidad que se le entregue en juicio.

¹⁵⁴ Artículo 204. (Admisión de pruebas).- En esta clase de juicios serán admisibles todas las clases de prueba. La no colaboración para su diligenciamiento sin causa justificada, será tenida como una presunción simple en su contra.
La excepción de mala conducta no tiene eficacia perentoria.

C. Características

Además de aquellas características que tiene en común con nuestra legislación como que se entienda una situación de hecho, representación del interés superior del niño (protección a la identidad biológica), su carácter irrevocable, etc., tiene tres características particulares, los cuales dependiendo del modo en que se invoque en juicio, los elementos constitutivos y exigencias a la hora de acreditarla en juicio son distintas.

(i) Medio de prueba supletorio para la filiación.

Una de las funciones que le entrega la legislación a la posesión notoria de estado civil de hijo es la de medio de prueba supletorio, en caso de no poder probarse la filiación por falta del a partida de nacimiento o pérdida del libro o registro. Esta idea se encuentra establecida en el artículo 46 del Código Civil uruguayo, el cual ya fue explicitado anteriormente.

(ii) Requisito determinante de la legitimación activa en la acción de impugnación de la filiación matrimonial.

La posesión notoria de estado civil de hijo es un factor determinante para saber quiénes son los legitimados activos y el plazo de prescripción para incoar la acción de impugnación de la filiación matrimonial, la cual busca destruir la presunción de relación filiatoria entre el marido y los hijos nacidos dentro del matrimonio prevista por el legislador.

En el caso del hijo matrimonial que goza el estado civil de hijo por constituirse la posesión notoria de estado civil, podrá interponer la acción en comento representado por el curador ad litem en caso de ser menor de edad

aún, o por sí solo, dentro del plazo de 5 años desde que alcance la mayoría de edad o los herederos por el tiempo que sobre en el caso de que el hijo haya fallecido. Por otro lado, en el caso de aquél hijo que no tenga posesión notoria de estado civil de hijo, podrá ser interpuesta por el hijo representado por el curador ad litem, el padre o madre biológico, sin perjuicio que, alcanzando el hijo la mayoría de edad, sólo él podrá impetrarlo sin plazo de prescripción.

Esta diferenciación se entiende por el hecho de que en el caso de haber posesión notoria, se le entrega al hijo la posibilidad de escoger entre la identidad biológica y la identidad social, por lo mismo le entrega un plazo para entablarlo en el caso de alcanzar la mayoría de edad. En cambio, en el caso de no haber posesión notoria de estado civil de hijo, es decir, haber cumplido los supuestos para que se configure la presunción de paternidad establecida por el legislador, pero sin existir los supuestos de posesión notoria, le otorga imprescriptibilidad para que configure el verdadero vínculo biológico, ya que no existe un apego y afecto por parte de la filiación matrimonial, todo esto velado por el interés superior del hijo.

(iii) Constitutivo de estado civil de hijo extramatrimonial natural.

Bajo el principio de libertad probatoria se considera la posesión notoria de estado civil de hijo como uno de los actos constitutivos de filiación extramatrimonial, siendo considerado como una especie de reconocimiento tácito de la filiación. Esta idea se ve reflejada 233 del Código Civil uruguayo, el cual dispone 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.”

¿Y su relación con el vínculo biológico?, este tema no ha sido regulado expresamente en su legislación, al contrario de nuestro caso, por lo que se debe indagar en la doctrina y jurisprudencia. Con respecto a esta última, se ha entendido que no se requiere probar el vínculo biológico para alegar posesión notoria de estado civil de hijo, ya que el accionar bajo posesión notoria es una cuestión distinta, siendo de hecho llamado más bien como una “acción de posesión notoria de estado civil de hijo” a diferencia de la acción de investigación de la paternidad o maternidad. Así se entiende en la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia dictada el 21 de agosto del 2015 que indica “En el caso, se trata de una acción de posesión notoria de estado civil de hijo natural que, a diferencia de la acción de investigación de la paternidad natural que sí tiene un carácter personalísimo, trata de obtener una declaración de que se ha operado un reconocimiento tácito.”¹⁵⁵. Sin embargo, se entiende que no tiene como fin constituir un estado civil en sí, sino demostrar su título de estado.

D. Elementos

Los elementos que la integran dependerán de la finalidad dada por quien lo invoca en juicio, por lo que hay que distinguir si se utiliza la posesión notoria de estado civil de hijo en juicio como un medio constitutivo de filiación extramatrimonial o como un medio de prueba para filiación de hijo matrimonial.

En el caso de invocarlo en juicio como constatación del reconocimiento tácito de filiación extramatrimonial, al igual que si se invocara como medio supletorio de prueba de filiación, se requiere que concurren tres elementos: el

¹⁵⁵ Suprema Corte de Justicia. 21.05.2015. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015)

trato, la fama y la duración de dicha posesión por 10 años¹⁵⁶. Se entiende el trato como “tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente “que se constituye por la frecuentación personal y exteriorización¹⁵⁷ entre el supuesto padre o madre y el hijo; y por fama como el “conocimiento y reputación que los terceros tienen del trato que demuestran que el padre reconoció en los hechos al hijo”¹⁵⁸.

Por otra parte, en el caso de que la posesión notoria de estado de hijo sea invocado como prueba de la filiación matrimonial, a diferencia del caso anterior, se ha entendido que basta que concurren el trato y la fama sin una duración exacta, por disposición expresa del artículo 220 del Código Civil¹⁵⁹.

Se explica esta diferenciación, según las autoras Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos, por considerarse en el artículo 47 “el plazo (10 años) como medio probatorio, y en los artículos antes referidos (219, 220 y 227) el plazo se considera a los efectos de entablar las acciones de estado”¹⁶⁰, salvo el caso de la posesión notoria con respecto a la filiación extramatrimonial. Es decir, se establece más rigurosidad en los elementos cuando la posesión notoria se alega para establecer la filiación por sentencia judicial para que no se utilice en forma abusiva; en cambio si se alega como medio probatorio, como en el caso de alegarlo para probar la filiación matrimonial, son menos rigurosos.

¹⁵⁶ “...En realidad, es impertinente probar quién es el padre biológico del accionante, puesto que lo realmente relevante es acreditar los tres elementos de la posesión notoria (trato, fama y tiempo).” Suprema Corte de Justicia. 28.05.2014. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015).

¹⁵⁷ Tribunal de Apelaciones de Familia. 26.03.2014. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015).

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Artículo 220 inc. 2: “En los casos en que este artículo, el artículo 219 y el inciso cuarto del artículo 227, en la redacción dada por el artículo 28 de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, se refieren a posesión de estado, no se requiere el transcurso del tiempo reclamado por el artículo 47 de este Código.”

¹⁶⁰ RAMOS CABANELLAS, Beatriz; RIVERO DE ARHANCET, Mabel (2014). P. 76

¿Qué sucede con el elemento nombre?, pese a que no es mencionado como elemento constitutivo de posesión notoria ni por parte de la jurisprudencia ni por la doctrina¹⁶¹, podría entenderse que no se consideró necesario mencionarlo por formar parte del elemento trato, tomando en cuenta que el uso del apellido es una clara manifestación del trato de hijo que le puede dar el padre o madre.

E. ¿Cuándo se entiende acreditado?

La exigencia del cumplimiento de los requisitos que constituyen la posesión notoria de estado civil de hijo dependerá de si cumple la función de prueba de la filiación matrimonial o como acreditación del reconocimiento tácito de filiación extramatrimonial.

En el último caso, bajo la justificación de ser más accesible y fácil la probanza de la posesión notoria de filiación matrimonial por ser más público y raro ocultamiento, que en el caso de la filiación extramatrimonial, que le conceden mayor flexibilidad y amplitud a la hora de exigir los elementos constitutivos. Así se refleja en la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia, con fecha 26 de marzo del 2014, en la cual se expresa 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-sobre todo cumplidos en poblaciones del interior del país o de la

¹⁶¹ “por lo que pensamos será necesario probarlos extremos que razonablemente puedan cumplirse en tal lapso, recordando que el trato y la fama son los elementos constitutivos de posesión de estado”. (Ibídem. p. 76.)

campanapor cuanto el trato y la fama no alcanzan la intensidad o grado de ostentación que se muestra en el caso de los hijos habidos de matrimonio.”¹⁶²¹⁶³

¹⁶² Tribunal de Apelaciones de Familia. 26.03.2014. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015)

¹⁶³ ‘Y ello por cuanto, ‘... no era procedente reclamar la prueba de los elementos constitutivos como si se tratara de situaciones idénticas pues es innegable que la paternidad legítima jamás se oculta, se la proclama y ostenta con orgullo, en cambio la paternidad natural no se publica y no es frecuente que los padres se muestren proclives a exhibir en público y en el seno de su familia, el fruto de aventuras llevadas a cabo en épocas lejanas...’ (Cestau, op. cit. págs. 74 y 75) ‘... por cuya razón el trato, la fama y el tiempo, pilares de la posesión notoria, deben examinarse bajo el clima de la más amplia liberalidad...’ (op. cit. pág. 76). Suprema Corte de Justicia. 18.11.2013. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015)

TERCERA PARTE
HACIA UN TRATAMIENTO MÁS EFECTIVO DE LA POSESIÓN NOTORIA DE
CALIDAD DE HIJO.

CAPÍTULO I
PROBLEMAS DETECTADOS EN LA REGULACIÓN ACTUAL.

A. Consideraciones preliminares.

En los capítulos anteriores hemos analizado el tratamiento dado en nuestro país a la posesión notoria de estado civil de hijo, tanto por parte del legislador como por parte de la jurisprudencia. También, la regulación y aplicación entregada por algunos países, en las cuales se puede apreciar que, si bien existen ciertas similitudes, existen marcadas diferencias, no tan solo en cuanto a algunos requisitos establecido por el legislador, sino por la interpretación a dichas normas y, sobretodo, el rol del juez en la decisión de cuándo se tiene por acreditada esta institución.

En nuestra actual legislación, se pueden detectar ciertos problemas que es necesario revisar ya que llevan, en algunos casos, a infringir normas o principios de rangos constitucionales. Por lo que, en este capítulo, se mencionarán y analizarán aquellas disposiciones que pueden provocar infracción de ciertos principios como también vacíos legales que es pertinente corregir.

B. Problema 1: El establecimiento de un plazo de duración de los actos constitutivos de posesión notoria (5 años).

(i) Discriminación arbitraria contra los hijos menores a 5 años.

El principio de igualdad entre los hijos, y en general la igualdad ante la ley explicada al inicio de este trabajo, tienen como contenido el derecho de ser tratado de igual manera en situaciones idénticas o similares. Sin embargo, hay ciertos tratos desiguales aceptados por el ordenamiento jurídico y la sociedad en general, como son por ejemplo: los bonos o subsidios entregados a ciertas personas en situación de pobreza. Entonces, ¿cuándo una decisión del legislador puede considerarse discriminatoria?, es relevante entender este concepto para poder determinar si lo regulado en materia de posesión notoria, es discriminatorio para aquellos hijos menores de 5 años, quienes no podrían alegar la posesión notoria de estado al no poder cumplir el requisito de 5 años de duración de los actos constitutivos de dicha posesión.

Nuestro Tribunal Constitucional nos entrega la idea de cuándo se entiende que existe discriminación indicando "Que para efectos de dilucidar si, en el conflicto que se ha planteado, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. Este criterio ha sido reiterado por esta Magistratura, entre otras, en las sentencias roles N^os. 790, 825, 829 y

834"¹⁶⁴. Por lo que en definitiva para poder analizar si hubo discriminación, es necesario realizar 2 pasos: 1) Determinar si existe un trato diferente entre individuos en una misma situación y, 2) en caso de existir un trato diferente, si ello es arbitrario, es decir si “importa una falta de razonabilidad en función de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador”¹⁶⁵.

Analizando el primer punto, claramente, se puede apreciar el trato diferente entre aquellos hijos menores a 5 años de aquellos cuya edad es superior a dicho plazo, ya que según lo dispuesto por el legislador, sólo estos últimos podrían determinar su filiación justificados en los actos constitutivos de posesión notoria de calidad de hijo, al indicar que deben tener una duración de a lo menos 5 años en dicha calidad, entonces , ¿qué pasa con aquellos niños menores de 5 años que reciben el trato de hijos?.

Dejando clara la existencia de un trato desigual ¿es arbitraria? ¿Existe un fundamento razonable para la diferencia de trato?, la historia de la Ley N° 19.585 no indica mayor fundamento en torno a la decisión de establecer el plazo de 5 años de duración de la posesión notoria para entenderse la misma como acreditada. Sin embargo, el comentario del diputado Luksic en la discusión parlamentaria nos puede dar una idea de la razón de dicha distinción al indicar que “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

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional. 29.09.2009. Rol 1340-09. [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 07 de septiembre del 2015)

¹⁶⁵ Tribunal Constitucional. 04.09.2011. Rol 2035-2011 [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015).

presunto padre o madre sobre la vinculación o relación sanguínea.”¹⁶⁶. Es decir, el establecimiento de un plazo determinado se hizo para otorgar cierto grado de certeza y seguridad al juez de la existencia de la institución. También se puede ver otra razón: en el proyecto de la Ley N° 19.952 al establecerse el plazo de 10 años se indicó que la rebaja de la duración de la posesión notoria a 5 años es excesiva por las “características de las causales”¹⁶⁷, es decir tras el establecimiento de un plazo subyace la idea de otorgarle seriedad a la institución de la posesión notoria de estado civil de hijo.

Si analizamos bien, entran en juego dos objetivos del legislador. Por un lado, se encuentra el de dar certeza al juez de la existencia de la posesión notoria de estado civil de hijo así como de la seriedad de dicha institución, y por otro lado, la protección del interés superior del niño y su derecho a la identidad. A todas luces no existe proporcionalidad ni necesidad suficiente para hacer predominar el primer objetivo por sobre el derecho de todo niño o niña de hacer prevalecer lo más conveniente y beneficioso que es la mantención de los lazos afectivos de quien lo trata como hijo, por lo que existe una falta de proporcionalidad que, en nuestra opinión, tendría el carácter de arbitrario. Además, existen otros métodos para poder dar seguridad al juez sobre la existencia de la posesión de estado de hijo como podría ser una regulación más acuciosa de las pruebas a presentar o aumentar el estándar de convicción de juez, siendo éste último quien debe decidir más que el legislador mismo.

¹⁶⁶ Cámara de Diputados de Chile. Discusión en Sala. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Boletín 1060-07-1, de 8 de septiembre de 1998 p. 1280.

¹⁶⁷ “La Honorable Cámara ha propuesto rebajar dicho plazo de quince años a cinco años, reducción que pareció excesiva para la Comisión, atendida a las características de las causales, por lo cual sustituyó el término propuesto por el de diez años.” (Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de ley que “Modifica los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Comercio, y las leyes de Quiebras y de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en lo que se refiere a los plazos de prescripción”. de 25 de abril de 1966. p 22.)

(ii) Afectación al interés superior del niño.

Como se ha explicado al principio de este trabajo, uno de los principios más importantes en el Derecho de Familia es el interés superior del niño y lo relevante de su significado, entonces debiéramos preguntarnos si ¿la regulación actual de la posesión notoria de estado civil de hijo protege el interés superior del niño o más bien lo afecta? Para ello es bueno entender cuándo se entiende afectado el interés superior del niño para luego poder analizar si la posesión notoria es efectiva para la protección de dicho principio o si, por el contrario, lo lesiona.

Según lo dispuesto en la Observación N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas existen ciertos criterios o elementos a considerar al momento de tomar una decisión que involucre o afecte al niño, para que lo decidido sea lo más beneficioso para su interés. Entre ellos, se encuentra *la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las de las relaciones y la identidad del niño*, tratada esta última en el acápite siguiente.

El mismo documento mencionado entiende “la familia” en un sentido amplio incluyendo no sólo los padres biológicos, sino también los de acogida y adoptivos¹⁶⁸, dando a entender que la familia se constituye no sólo por el vínculo sanguíneo entre padre e hijo, sino por los lazos de afecto de las relaciones familiares, siendo esas relaciones las que conforman el desarrollo y

¹⁶⁸ “El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art.5)” (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. “Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, Ginebra, Suiza, 2013, [en línea] <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha de consulta: 03 de agosto del 2015)

bienestar del niño, por lo cual es protegido por la misma Convención de los Derechos del niño (Artículo 9¹⁶⁹ y 16¹⁷⁰), y “Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida sólo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia”¹⁷¹.

Analizando la actual posesión notoria de estado civil de hijo ¿ha considerado el legislador estos criterios, es decir, el interés superior del niño?, a este respecto desde la regulación dada por el legislador en los antiguos regímenes hasta el actual ha habido modificaciones dirigidas a tomar en cuenta lo mejor para el menor, como son la rebaja del plazo de 10 a 5 años de duración de la posesión notoria de estado civil de hijo y la preferencia de la verdad social dada en este caso por sobre la verdad biológica. Sin embargo, esto aún puede afectar el interés superior del niño, en cuanto a la preservación del entorno familiar, a aquellos menores de 5 años, ya que pese a su corta edad, la estabilidad en el vínculo familiar es muy importante tanto para el desarrollo físico como psicológico del menor, tal como lo indica un Estudio

¹⁶⁹ Artículo 9 párrafo 1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

¹⁷⁰ Artículo 16: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

¹⁷¹Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. "Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", Ginebra, Suiza, 2013, [en línea] <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha de consulta: 03 de agosto del 2015).

realizado por la UNICEF sosteniendo que “El sostén emocional se da en el marco de un vínculo estable, un vínculo de apego, con los cuidadores primarios. Este vínculo se establece desde el momento del nacimiento y permite construir un lazo emocional íntimo con ellos. Por estable entendemos un vínculo cotidiano y previsible, y en los primeros tiempos, con la presencia central de una o más personas que se ocupen de la crianza del bebé. La estabilidad y la previsibilidad en el vínculo con sus cuidadores le permiten al niño construir una relación de apego seguro.”¹⁷², e incluso considerando uno de los factores de riesgo para el desarrollo emocional del niño a esa temprana edad la “inestabilidad de las figuras que ejercen los cuidados primarios, es decir, el cambio frecuente e imprevisible de los “rostros” que cuidan al bebé”¹⁷³.

Tomando en cuenta estos antecedentes se puede decir que pese a los avances en torno a la modificación de esta institución en pos del interés superior del niño, aún se puede ver afectado al establecer como limitante para normalizar y estabilizar los lazos afectivos creados entre padre o madre e hijo, una duración de 5 años de los actos constitutivos, que a esa edad es de tal importancia que se pueda normalizar la situación jurídica para el beneficio tanto emocional como económico. Sin perjuicio de que tampoco se puede dejar la posesión notoria de estado civil de hijo en una configuración tan amplia que justifique juicios de filiación bajo este medio por actos que no sean suficientes para determinar la filiación por posesión notoria, para lo cual en el capítulo final se entregarán propuestas para dicho objetivo sin que se afecte fuertemente el interés superior del niño.

¹⁷² Bowlby, J. (1989): “Una base segura. Aplicaciones clínicas de una teoría de apego”. Buenos Aires: Paidós. Cit, por Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). 2012. “Desarrollo emocional. Clave para la primera infancia”. P 11 [en línea] <file:///C:/Users/SONY-VAIO/Downloads/Desarrollo_emocional_0a3_simples.pdf> (fecha de consulta: 15 de septiembre del 2015).

¹⁷³ ibídem. P. 28.

(iii) Vulneración al derecho a la identidad.

La protección del derecho a la identidad se puede entender incluida en la protección del interés superior del niño, sin embargo lo dejamos en un acápite aparte por la importancia que tiene la protección específica de dicho derecho, por ser un derecho de rango constitucional.

Según la autora Maricruz Gómez de la Torre se distinguen tres acepciones: una en referencia a la realidad biológica, otra a las características físicas de cada individuo y la última a la realidad existencial. Con respecto a la primera acepción se subdistingue entre la identidad genética, referida al “patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, mediante el cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona”¹⁷⁴, y la identidad filiativa, que más bien dice relación con un concepto jurídico consistente en el “emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres”¹⁷⁵, es decir es un sentido de pertenencia a una familia jurídicamente hablando, no necesariamente compatible biológicamente. La segunda acepción corresponde a la fisonomía de cada individuo que lo hace distinto al resto de la sociedad. Por último la realidad existencial que dice relación a la “proyección propia y personal de cada individuo”¹⁷⁶.

Tomando en cuenta la acepción referida a la identidad filiativa, se pueden apreciar dos ideas contrapuestas: el derecho a la identidad del hijo versus la necesidad de protección al padre o madre o sus herederos tanto

¹⁷⁴ Tealdi, Juan Carlos (Dir.) 2008, Diccionario Latinoamericano de Bioética, Bogotá, Unesco-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Universidad Nacional de Colombia. Cit. por GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2014) p. 16.

¹⁷⁵ *Ibidem*. P. 4

¹⁷⁶ Zannoni, Eduardo 1998, Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, T. II 320-321 cit. por GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2014) p. 4.

económica como familiarmente otorgando mayor rigurosidad en los requisitos junto con que dicha institución en un juicio de filiación constituye el estado civil de hijo. Sin embargo debemos recordar que el derecho a la identidad es un derecho de rango constitucional, siendo elemento fundamental de la dignidad humana, dado que “la estrecha relación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece”¹⁷⁷, por lo que al impedir a los menores de 5 años normalizar sus lazos bajo la institución de la posesión notoria de estado civil de hijo con el padre o madre que por toda su vida han sido tratados como tales, se constituye la afectación a su derecho a la identidad y por tanto se comete una grave infracción, en especial si consideramos que existen otras vías para cumplir con los objetivos de protección al padre o madre presunto y el interés público sin la absoluta afectación a dicho derecho, como por ejemplo, en materia de derecho sucesorio, el disponer la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición a aquellos “hijos matrimoniales” si lo desean.

(iv) Modelos de solución entregados por el derecho comparado.

En la segunda parte expusimos la regulación y aplicación de la posesión de estado civil de hijo en los distintos países, los cuales tienen en común el haber ratificado la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, por lo mismo estas naciones tienen como obligación, tanto el legislador como los tribunales y cualquier institución, tomar en consideración el interés superior del niño, la protección del derecho a la identidad y la igualdad ante la ley.

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional. 29.09.2009. Rol 1340-09. [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 07 de septiembre del 2015).

A partir de ello, se pueden apreciar varias soluciones o modelos de regulación, los cuales son:

(iv). a. Omitir el establecimiento de un plazo determinado.

La mayoría de las legislaciones tomó partido por este modelo de regulación, siendo sus principales representantes Argentina, Paraguay, Bolivia¹⁷⁸ y Venezuela¹⁷⁹. Los cuales tienen la característica que, al no disponer un plazo determinado para la acreditación de la posesión notoria de estado civil de hijo, entregan un mayor protagonismo al juez en la decisión de si concurre o no el goce de estado de hijo en una determinada situación. Así se puede apreciar en lo comentado por Marisa Herrera que dispone “¿Cuándo un determinado comportamiento o actitud del demandado con el presunto hijo constituye una verdadera “posesión de estado”? ¿Todas las convivencias de la presunta madre fueron en el mismo momento de la concepción? ¿Alguna “convivencia” es más notoria que otra? Aquí hay una decisión de técnica legislativa clara: la confianza en los operadores del sistema jurídico y en la flexibilidad o amplitud para poder decidir sin que el legislador deba cerrar el

¹⁷⁸ Artículo 182: “...En todo caso, deben concurrir los siguientes hechos: 1. Que la persona haya usado el apellido del que se señala como padre y, en su caso, de la que se indica como madre. 2. Que el padre y la madre le hayan dispensado el trato de hijo, proveyendo en esa calidad a su mantenimiento y educación. 3. Que haya sido constantemente considerada como tal en las relaciones sociales. 4. Que haya sido reconocida por la familia en esa calidad...”

¹⁷⁹ Artículo 214.- La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer. Los principales entre estos hechos son: - Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre. - Que éstos le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre. - Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad.”

debate otorgando prioridades rígidas a determinadas presunciones por sobre otras”¹⁸⁰.

Esta decisión del legislador, tiene la ventaja de que no provoca discriminación entre hijos mayores o menores al plazo establecido para determinar su filiación en juicio por posesión de estado de hijo, además de los otros problemas ya comentados; sin embargo tiene la desventaja que, al no establecer un plazo determinado, deja al juez la decisión de qué entender como “plazo razonable”, los cuales pueden ser dispares según el criterio del tribunal.

(iv) b. Determinación de un plazo mínimo.

Se puede encontrar con esta alternativa de regulación la legislación de Honduras¹⁸¹, Chile y Uruguay, quienes en su mayoría establecen plazos entre uno a diez años de posesión notoria de estado civil de hijo.

En algunas legislaciones sólo establecen un plazo determinado de la posesión notoria en ciertos casos, dependiendo del rol que el legislador le entregó a la posesión notoria. Ejemplo de ello es el caso de la legislación de Uruguay, la cual distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial en relación a los requisitos de esta institución, no estableciendo plazo en el caso de incoar una acción de filiación para la determinación en base al goce de estado de hijo. Mientras que en caso de ser usado como medio probatorio de una filiación matrimonial, se solicita una duración de a lo menos 10 años.

¹⁸⁰ HERRERA Marisa. 2015. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Buenos Aires, Argentina. Infojus. p. 340.

¹⁸¹Artículo 109: La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, dándole o permitiéndole llevar sus apellidos, proveyéndole a su asistencia, educación y mantenimiento de un modo competente y presentándolo en ese carácter a la sociedad y que ésta lo haya reputado y reconocido como hijo de tales padres durante un tiempo no menor de un año.

Se puede apreciar que la ventaja de este modelo de regulación radica en que el mismo legislador que entrega el plazo razonable para entenderse acreditada la posesión notoria, por lo que no lleva a diversidad de interpretaciones de los jueces, sin embargo trae los problemas mencionados al principio de este capítulo.

C. Problema 2: Prueba para acreditar la posesión notoria de estado civil de hijo.

(i) Consideraciones previas

El legislador en esta materia, y en general en cualquier ordenamiento jurídico, regula la prueba, en específico, los medios probatorios disponibles para acreditar determinados hechos, el sistema probatorio, y el estándar de prueba, entre otros.

En el derecho de familia chileno en general el sistema probatorio corresponde al de la sana crítica (artículo 32 de la Ley N° 19.968)¹⁸², el cual también se aplica en filiación, y en específico en la posesión notoria de estado civil de hijo. Sin embargo no podemos decir lo mismo en relación al medio probatorio, donde en materia de familia existe la libertad probatoria sin exclusión de medios probatorios, cosa distinta a lo que sucede en materia de filiación.

¹⁸² Artículo 32.- Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

A continuación veremos las ventajas y desventajas que trae la decisión del legislador la limitación del artículo 198, además del estándar de prueba aplicable en la posesión notoria de estado civil de hijo en Chile y la decisión sobre esta materia en otras legislaciones.

(ii) Limitación a los medios de prueba.

Como se explicó al principio de este trabajo, en el régimen de filiación chileno existe una limitación en relación a los medios de prueba según lo dispuesto en el artículo 198 de nuestro Código Civil, que establece que no será suficiente por sí sola la prueba testimonial, lo cual, según argumentamos en su momento, implicaba un límite a la prueba testimonial como tipo de medio de prueba y no en lo referido a la cantidad de testigos, sin perjuicio de que si será suficiente prueba si la prueba testimonial fuera acompañada con otras especies de prueba, como la prueba documental. Esto se aplica igualmente para la posesión notoria de estado civil de hijo.

La ventaja de esta limitación en general es que otorga un “aumento de las fuentes de información que acreditan la hipótesis de posesión notoria de estado civil de hijo”¹⁸³, siendo en consecuencia un mayor nivel de certeza de la existencia de dicho goce de estado de hijo, todo esto debido a la importancia de estos hechos si el fin es la determinación de la filiación, tal como se ve reflejado en lo dicho por la Comisión en la discusión parlamentaria. Dice dicha comisión: ...“En seguida, atendida la trascendencia del establecimiento de la filiación,

¹⁸³“Desde esta perspectiva el legislador busca incrementar o aumentar el nivel de fuentes de información que corroboran que se han dado las hipótesis de la posesión notoria, en el entendido que la trascendencia de la materia justifica una mayor exigencia que respecto de la acreditación de otros hechos.” (FUENTES MAUREIRA, Claudio; VARGAS PAVEZ, Macarena. (2012). DERECHO PROCESAL CIVIL. *Revista chilena de derecho privado*, (18), 243-258. [en línea]

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071880722012000100010&lng=es&tln g=es.10.4067/S0718-80722012000100010>. (fecha de consulta: 24 de septiembre del 2015)

aceptó la conveniencia de evitar que pudiera darse por acreditada con una sola prueba”¹⁸⁴. Sin embargo, tal limitación puede provocar dificultades para probar el nombre, trato y fama, sobre todo éste último que se acredita en la práctica por prueba testimonial.

En otras legislaciones, por regla general, no establecen limitaciones a un tipo de prueba con respecto a la suficiencia e insuficiencia para acreditar los hechos en materia de filiación, siendo ejemplo ello las legislaciones de Uruguay, Argentina, Perú y Paraguay, explicadas en la segunda parte de este trabajo, con las ventajas y desventajas ya mencionadas.

En este aspecto consideramos idónea la legislación actual chilena, ya que a pesar de la dificultad en la prueba, ésta es a favor de una mayor certeza en los hechos constitutivos de posesión notoria, la cual tiene gran importancia ya que, a través de un juicio de filiación, se puede determinar la filiación por este medio, por lo que requiere más fuentes de información de los hechos que la sola declaración de los testigos.

(iii) Estándar de prueba de la posesión notoria de estado civil de hijo.

(iii) a. Explicación preliminar.

El estándar se define como aquellos “criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”¹⁸⁵, es decir cuál

¹⁸⁴ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Boletín 1060-07-1, de 8 de septiembre de 1998 p. 771.

¹⁸⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. 2005. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho (28), pp: 129

es el umbral que debe conseguir para entender acreditado un hecho. La doctrina identifica tres tipos de estándares de prueba, el modelo de estándar de prueba prevalente, el modelo de estándar de prueba prevalente reforzado (“clara y convincente”), y el estándar de prueba de la duda razonable.

En esta sección explicaremos en forma breve a lo que se refiere a cada uno, daremos ejemplos de aquellas legislaciones del derecho comparado que utilizan dichos estándares en materia de filiación, y en específico en la posesión notoria de estado civil de hijo, analizando especialmente aquella utilizada por Chile, sus ventajas y desventajas.

(iii) b. Tipos de estándar de prueba.

(iii) b.1 Modelo estándar prevalente.

Es aquél en que “una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa”¹⁸⁶. Se trata de aquel estándar en que la probabilidad de la hipótesis que se intenta probar, es mayor que la hipótesis contraria (en términos estadísticos, superior a 50%) siendo el modelo de estándar mínimo y supletorio que se utiliza generalmente en los procesos civiles.

Nuestra legislación no es la excepción, siendo el estándar prevalente el aplicado a las causas civiles, y por ende en las causas de filiación. ¿Es también aplicable en la posesión notoria de estado civil de hijo? , recordemos que en el

¹⁸⁶ *Ibíd.* P. 130.

artículo 200 indica que se debe acreditar mediante “testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la *establezcan de un modo irrefragable*.” ¿Qué significa modo irrefragable? ¿A qué estándar de prueba hace mención?

Para Gonzalo Figueroa esta frase “no significa de manera alguna que se excluyan o estimen ineficaces los medios ordinarios de prueba, o que éstos deban estar dotados de una autoridad especial[....] La única particularidad reside en que la prueba ha de referirse a un conjunto de hechos, a una pluralidad de ellos, que, una vez establecidos, satisfagan plenamente la convicción del tribunal y lo lleven a aceptar como verdadera existencia de la paternidad o maternidad disputada.”¹⁸⁷, por lo que “el Art. 280 CC - artículo 200 en la actualidad- pide una prueba irrefragable, y la verdad es que toda plena prueba o completa es irrefragable, es decir incontrastable, pues una vez apreciada y aceptada por el tribunal como plena, es bastante para establecer la verdad jurídica, la que, reconocida por sentencia definitiva, resulta inamovible.”¹⁸⁸. También entregan la misma idea los autores Macarena Vargas y Claudio Fuentes al estimar que “Si bien la ley utiliza la expresión 'irrefragable', aspirar en esta materia a una verdad absoluta no parece razonable; esta norma debe ser leída como una precaución del legislador que busca asegurar que existirán diversas fuentes de información...”¹⁸⁹. Es decir, que establezca la posesión notoria de un modo irrefragable, no significa que el estándar de prueba sea más alto, sino que al ser un conjunto de actos los que se deben probar, tiene que existir una fuente de información más amplia que lleve a la convicción del juez de la existencia de la institución, al igual que cualquier medio probatorio que tenga valor de plena prueba, por lo que se puede

¹⁸⁷ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. 1996. "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias". 3ra Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Vol. II p. 280.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p.280.

¹⁸⁹ FUENTES MAUREIRA, Claudio; VARGAS PAVEZ, Macarena. (2012). pp. 243-258.

entender que, al igual que en cualquier proceso civil, posee el estándar de prueba prevalente.

La ventaja o desventaja de este estándar de prueba para la posesión notoria de estado civil de hijo depende del nivel de exigencia de los elementos que constituyen este medio probatorio de la filiación. La ventaja es que al ser un estándar mínimo, en el cuál basta que la probabilidad de la hipótesis de existencia de posesión notoria sea mayor (más del 50%) que la hipótesis contraria, no será una exigencia difícil de sobrellevar por aquél que tenga la carga de la prueba. Pero, y aquí la desventaja, en el caso de que los requisitos para constituir posesión notoria sean más flexibles, como por ejemplo no establecer un plazo determinado de duración o bastando solo el elemento trato, puede llevar a que se considere existente el goce de estado de hijo por actos que no llegan a ser suficientemente contundentes, ocasionando una injusticia para el padre o madre presunto y su familia al determinar una filiación que no es tal. Es por lo mismo que se estima en este trabajo que, dependiendo de la decisión propuesta por el legislador en orden a la rigidez o flexibilidad de los hechos a probar, será mejor el estándar de prueba prevalente u otro de rango mayor.

(iii) b.2 Modelo estándar más allá de toda duda razonable.

En segundo lugar se encuentra el estándar “más allá de toda duda razonable”, el cual encontramos mayoritariamente en materia de derecho penal, siendo el estándar más alto de los tres modelos.

Michele Taruffo explica que este estándar “requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas

“irrazonables”, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente”¹⁹⁰. Es decir, para que un hecho sea probado, por ejemplo en materia penal, no debe existir ninguna duda razonable (importante) siendo en caso contrario, entendida como inexistente dicha hipótesis. Esto sucede porque los estándares de prueba son una forma de distribuir los riesgos de tomar como verdadero una hipótesis falsa o falsa una hipótesis verdadera. En causas criminales, con este estándar de prueba prefieren correr el riesgo absolver un culpable que condenar a un inocente, en base a los bienes jurídicos en juego, como el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia.

¿Existe en materia de posesión notoria de estado civil de hijo este estándar de prueba?, como este estándar es de muy alto grado de comprobación probatoria, es difícil que este se encuentre en materia civil, y en específico, en materia de filiación. Pese a que no está establecido por el legislador, en el régimen de Paraguay se ha entendido por la jurisprudencia que en el caso de la institución objeto de este trabajo, se aplica el estándar de duda razonable, tal como se refleja en la sentencia dictada por la Corte Suprema paraguaya que afirmó que “Sobre el punto corresponde aclarar que, si bien para la doctrina y la jurisprudencia ya no son exigibles para probar la posesión de estado que se den conjuntamente los tres clásicos elementos; *si es requerida, prueba más allá de cualquier duda razonable* que a la parte accionante se le haya dispensado el trato de hijas y éstas a su vez lo haya tratado como padre, atento a que dicho elemento es considerado fundamental para el esclarecimiento en este tipo de juicios”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (traducción de Daniela Accatino, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2010), p. 249. Cit por ACCATINO, Daniela. 2011. “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVII. pp: 483-511.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia. 27.08.2012. [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015))

Tomando en cuenta los derechos en juego, consideramos que aplicar este estándar es demasiado alto para aquél que invoque en juicio la posesión notoria, corriendo el riesgo, aún mayor, de considerar no existente dicha institución cuando si lo hubiera.

(iii) b.3 Modelo estándar prevalente reforzado.

Por último encontramos un estándar de prueba intermedio que la doctrina lo denomina estándar de prueba prevalente reforzado o aquella en que la hipótesis sea probada de manera “clara y convincente”, en el cual se entiende probada una hipótesis cuando tiene un 75% de probabilidad de que la hipótesis que se intenta acreditar sea verdadera. Para Larroucau “la igual consideración y el debido respeto por los intereses en juego justifica acentuar la dirección de los riesgos hacia el actor.”¹⁹².

¿Existe en el derecho comparado este estándar de prueba en filiación, y en específico, la posesión notoria de estado civil de hijo? Lamentablemente no se ha encontrado legislación que haya aplicado este estándar en materia de filiación. Sin embargo en este trabajo somos partidarios que en temas tan relevantes como la determinación de la filiación de una persona, y sobre todo, utilizando como argumento el goce de estado civil de hijo, se requiera un estándar de prueba un poco más elevado que el simple estándar prevalente. Esto motivado por dos razones: 1) por el nivel de los derechos o bienes jurídicos en juego como son el derecho a la identidad filiativa versus el derecho del padre y sus herederos de la preservación familiar, en cual el impacto para el padre o madre no es sólo jurídico sino también social, tal como lo menciona

¹⁹² LARROUCAU, Jorge. 2012. “Hacia un estándar de prueba civil”. Revista chilena de derecho. Vol. 39 (3). p. 791.

Jorge Larroucau en que asevera que “Por ejemplo, en los juicios donde la secuela para la demandada no es solo jurídica (un fallo judicial desfavorable), sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en litigios donde se comprometen las libertades civiles (deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica), así como en *las disputas sobre relaciones parentales*, la regla $P > 0,5$ no es satisfactoria. Para estos casos se acude a lo que, en la justicia civil norteamericana, se denomina un estándar intermedio de “evidencia clara y convincente” o regla $P > 0,75$.”¹⁹³ 2) tomando en cuenta la rigidez con que se exige por el legislador los requisitos de la posesión de estado de hijo, si se flexibilizara esto, requerirá que de alguna manera no se establezca una filiación por actos que quizás no sea tal.

D. Problema 3: Posesión notoria de estado civil de hijo póstumo (no nacido).

(i) Consideraciones preliminares

La posesión notoria de estado civil de hijo se ha regulado en general para las personas que en vida han gozado de la calidad de hijo, pero ¿puede gozar de estado civil de hijo, el niño que está por nacer? ¿Puede constituirse posesión notoria de estado civil de hijo no nacido?

En Chile se concibe el hijo póstumo como institución en el artículo 206 de nuestro Código Civil donde se señala que “*Si el hijo póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.*” Como se puede apreciar,

¹⁹³ Ibídem. p. 791.

no excluye a la posesión notoria de estado civil de hijo como medio de prueba en estos casos, pero si vemos los requisitos para que sea procedente dicho medio de prueba, sería incompatible en estos casos, en especial, por el plazo indicado en el artículo 200 de nuestro Código Civil.

Por lo que tanto las legislaciones del derecho comparado como la nacional, no han reconocido esta institución en estos casos, pero sí, la doctrina extranjera la ha empezado a discutir y analizar, sobre todo en el caso del hijo póstumo, para que pueda determinarse su filiación por goce de estado de hijo en contra de los herederos del padre.

A continuación veremos cómo se ha abordado el tema por parte de la doctrina extranjera, qué actos se considerarían constitutivos de posesión notoria y la probanza de los mismos, además de si es posible la regulación de estos actos por nuestro ordenamiento jurídico.

(ii) Regulación del derecho comparado.

Al respecto hay algunos países en donde tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la alegación de posesión notoria de estado civil de hijo en el caso del hijo póstumo, sin perjuicio que el legislador no lo haya considerado en su normativa, como es el caso de Argentina. Ejemplo de ello podemos encontrar en lo dispuesto por Matilde Zavala de González quien acepta esta figura jurídica al ser el mismo ordenamiento jurídico quien reconoce que la persona que está por nacer también adquiere algunos derechos como si ya hubiera nacido, por lo que tiene derecho a gozar de cierto estado de familia durante la concepción; además que negarle esta posibilidad crearía una discriminación respecto de los niños cuyos padres han fallecido antes del

nacimiento.¹⁹⁴. En estos casos se ha entendido como actos constitutivos de posesión de estado de hijo, la serie de hechos que manifiestan el comportamiento del padre frente al embarazo de la mujer, como por ejemplo acompañar como padre las visitas a las ecografías, el pago de la cuna u objetos necesarios para el bebé entre otros. Es decir, según la jurisprudencia “casos en los que se demuestre cabalmente que el demandado se consideró partícipe de la procreación, por lo que en principio no pueden ser desvirtuadas por una actitud posterior diferente”¹⁹⁵, e incluso hay autores que podrían considerar que “es admisible una posesión de estado sólo [*comprendiendo*] una parte del embarazo de la mujer”¹⁹⁶.

Otra doctrina que considera admisible determinar la filiación por posesión notoria de estado civil de hijo póstumo es el caso de Uruguay. Al respecto, se puede mencionar lo comentado por Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos Cabanellas quienes disponen que “Aceptando que el concebido es persona, puede admitirse que los cuidados especiales que la esposa embarazada se haya proporcionado a sí misma como también los que su marido le haya dispensado durante la gravidez, pueden tenerse en cuenta a la hora de determinar si se configuró la posesión de estado de hijo legítimo por parte de ambos progenitores.”¹⁹⁷. Pese a que lo menciona en relación a incluir en la duración en la posesión notoria de estado civil de hijo como prueba de la filiación matrimonial, nada impide que esta misma idea se pueda aplicar en el caso del hijo póstumo o del que está por nacer.

¹⁹⁴ Zavala de González, Matilde. “La acción de filiación extramatrimonial del hijo póstumo”, LL 1982-D-333. Cit por. FAMA, María Victoria (2011). p. 457.

¹⁹⁵ Suprema Corte de Buenos Aires. 09.11.1982, ED 141-431. Cit por FAMA, María Victoria (2011). p. 455.

¹⁹⁶ Grossman, Cecilia. “De la filiación”. P. 406. Cit por. FAMA, María Victoria (2011). p. 458.

¹⁹⁷ RAMOS CABANELLAS, Beatriz; RIVERO DE ARHANCET, Mabel (2014).p. 76.

Por el contrario, existe otra parte de la doctrina que no está de acuerdo con que se admita la posesión notoria de estado civil de hijo en los casos del niño que está por nacer o del hijo póstumo, siendo ejemplo de ello lo mencionado por Nora Lloveras al hablar del régimen filiativo de Paraguay que, a pesar que lo menciona en relación a la exigencia establecida para interponer acción de reclamación de filiación contra padres fallecidos se debe acreditar existencia de posesión notoria, igual puede aplicarse al caso en comento, indicando que “La hipótesis de hijo póstumo muestra claramente la inconsistencia de la exigencia de la posesión de estado para entablar la acción de reclamación de la filiación; si el padre o madre –o ambos- han fallecido, deviene harto difícil tener por configurados los hechos que el propio CC. ejemplifica como acreditantes de la posesión de estado. La acción no podría ejercerse.” “El nombre, trato y fama, difícilmente hayan comenzado a ser hechos que puedan probarse en juicio cuando ha fallecido el progenitor y luego nace el hijo.”¹⁹⁸.

Este trabajo adhiere a la primera postura, en la cual se considera que pese a la dificultad en materia probatoria, para la protección del derecho del hijo no concebido para acceder a los mismos derechos que todo hijo tiene de determinar su filiación bajo cualquier argumento sin discriminación. Es posible que ciertas situaciones puedan demostrar la existencia de la posesión notoria de estado civil de hijo del que está por nacer. Como por ejemplo, el trato podría demostrarse si se prueba hechos tales como la concurrencia por parte del presunto padre a las visitas médicas, cuidados de la salud de la madre durante el embarazo; la fama el contar y mostrar en vida a sus círculos sociales o afectivos que iba a ser padre, entre otros. Sin embargo, se entiende la dificultad en que en tan poco tiempo, pueda darse esta institución y acreditarla. Por lo mismo que, en este caso, se considera que requiere que, al menos, dichos

¹⁹⁸ LLOVERAS, Nora (2007).p. 181.

actos se realicen durante todo el embarazo para mayor seguridad, para que se aprecie en forma clara y convincente de la existencia del goce de estado civil de hijo, esto en el caso del hijo póstumo, ya que en el caso del hijo concebido no nacido, pero cuyos padres aún estén vivos, se debe considerar los actos constitutivos durante el embarazo para contabilizar dentro del periodo de posesión notoria durante la vida del hijo, el cual será directamente apreciada por el tribunal .

Legislaciones que consideren la posesión notoria de estado civil de hijo son pocas, pero podemos citar el caso del régimen de filiación de Honduras, el cual es posible utilizar de modelo para una futura regulación de esta situación.

Artículo 108 del Código de Familia de Honduras:

“Artículo 108. Se presume la paternidad:

1) Cuando pueda inferirse de la declaración del padre, formulada en escrito indubitado;

2) En los casos de sentencia condenatoria por violación, estupro o rapto cuando la fecha del hecho punible concuerde con la época de la concepción; y

3) *Cuando haya habido posesión notoria del estado de hijo demostrado por el trato personal y social hacia la madre durante el embarazo y el parto y comprobado por hechos fidedignos.”*

CAPÍTULO II

PROBLEMAS DETECTADOS EN LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

A. Consideraciones previas

Luego del establecimiento de las normas jurídicas aplicables a una determinada situación, es el juez quien aplica dicha normativa, en la cual pueden haber diversas interpretaciones plasmadas en cada sentencia definitiva. En la primera parte del trabajo hemos explicado las distintas interpretaciones que se pueden encontrar en la jurisprudencia en torno a la aplicación de la posesión notoria de estado civil de hijo, y en específico, las exigencias para entender constituida dicha institución, siendo la tendencia mayoritaria, la aplicación estricta de cada uno de los requisitos establecidos por el legislador, por ser un medio probatorio excepcional y de mayor importancia.

A continuación se verán aquellos problemas detectados en esta tendencia, los cuales son similares a los identificados en la regulación establecida por el legislador.

B. Problema 1: Interpretación de la posesión notoria de estado civil de hijo.

(i) Infracción al espíritu de la legislación y reglas de interpretación.

Al igual que dentro de los problemas detectados en las normas establecidas por el legislador para esta materia, podemos encontrar que la jurisprudencia al interpretar y exigir estrictamente la concurrencia del nombre, trato y fama, y sobre todo, el cumplimiento del plazo de 5 años de dichos actos, infringe las disposiciones que regulan la forma de interpretar las leyes, e incluso

mandatos expresos del ordenamiento jurídico en que indica que en estos casos deben de considerar en la resolución del conflicto los principios fundamentales en materia de derecho de familia, siendo incluso algunos, principios basales de la posesión notoria de estado civil de hijo, como lo es el interés superior del niño (hijo) y el derecho a la identidad (filiativa).

Debemos recordar que la interpretación de las normas debe ir acorde a los principios que subyacen en la materia, y por sobretodo, acorde a lo establecido por la Constitución. La interpretación de la ley, no sólo se tiene que tomar en cuenta el tenor literal de la norma, sino que también éste sea acorde al sentido y alcance, es decir los objetivos o finalidad de la norma interpretada; en este sentido compartimos la idea del autor Fernando Mujica al indicar que "Sin perjuicio de los casos a que nos referiremos más adelante, 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... el tenor literal debe respetarse, siempre que el sentido de la ley sea claro. Si el sentido de la ley merece dudas, hay que recurrir a los otros elementos de interpretación, aun cuando el tenor literal sea claro y preciso. Es ésta la interpretación que debe darse al inciso 1° del artículo 19 del Código Civil, es ese su claro sentido que, por lo demás, aparece de su tenor literal; y "cuando el sentido de la ley es claro, -(pero sólo entonces)- no se desatenderá su tenor literal...". Y así este precepto

interpretativo logra su más alta jerarquía, pues también sirve para su propia interpretación.¹⁹⁹

En relación a ello, la misma historia de la Ley N° 19.585 entiende que el principio basal de la posesión notoria de estado civil de hijo es que el establecimiento de los lazos afectivos entre el presunto padre y el hijo son lo más beneficioso para el interés superior del niño y su derecho a la identidad, salvo excepciones que se ven caso a caso: Esta idea se refleja en lo dicho por El diputado Bustos explicando que “Por último, está resguardado el interés superior del niño en concordancia con el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto se da preferencia a la posesión notoria del estado civil de hijo con que el niño ha sido tratado y bajo el cual ha construido su personalidad e identidad en caso de contradicción con pruebas periciales biológicas”²⁰⁰ y también en lo aseverado por el parlamentario Díez al indicar que “Me parece que de esa forma se ha dado cumplimiento a la idea –y estoy seguro de que interpreta a todo el Senado- de que la responsabilidad de los actos se determina por la prueba del ADN y de que la preferencia de la “posesión notoria del estado civil” se vincula con la estabilidad familiar.”²⁰¹ (elemento relevante del interés superior del niño).

Tomando en cuenta todos estos antecedentes, el juez al momento de interpretar los artículos 200 y 201, debe hacerlo no en forma restrictiva sino en base a lo mejor para el interés superior del niño (hijo) entendiendo que mientras se encuentre suficientemente de manifiesto el vínculo emocional entre padre o

¹⁹⁹ MUJICA BEZANILLA, Fernando. 2010. “El tenor literal en la interpretación de la ley”. Puntolox. Santiago, Chile. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 19 de septiembre del 2015).

²⁰⁰ Cámara de Diputados de Chile. Discusión en Sala. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Boletín 1060-07-1, de 8 de septiembre de 1998 p.1268.

²⁰¹ *Ibidem*. P. 1150

madre e hijo, debe entenderse por acreditada la posesión notoria; ya que en caso contrario, se estaría afectando estos principios, y por lo mismo, las normas de interpretación dada por el Código Civil.

Adicionalmente, existe un mandato expreso del ordenamiento jurídico, como el que se encuentra en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia que indica en su artículo 16 inciso 2 que: “El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”, e incluso en la propia Constitución al ratificar la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3 en el cual “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”²⁰², y la misma idea se encuentra en la Observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, al indicar que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.”²⁰³, por lo cual se estaría infringiendo igualmente estos mandatos con la interpretación imperante en este momento sobre la posesión notoria de estado civil de hijo.

²⁰² ONU. 1989. Convención sobre Derechos del Niño. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>> (fecha de consulta: 21 de Junio de 2015).

²⁰³ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. "Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", Ginebra, Suiza, 2013, [en línea] <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha de consulta: 03 de agosto del 2015).

(ii) ¿Cuándo se entiende acreditada la posesión notoria de estado civil de hijo?

En nuestra jurisprudencia como dejamos establecido al principio de esta investigación, fue partidaria de la exigencia en forma estricta de los tres elementos de la posesión notoria además del plazo de 5 años de dichos lazos afectivos. Cuestión distinta es lo que sucede en el derecho comparado, en el cual como hemos visto, la exigencia se ha flexibilizado en pos del interés superior del niño y el derecho a la identidad.

Por lo que analizaremos ambas interpretaciones vistas a lo largo de la investigación, es decir la exigencia de todos los elementos constitutivos como aquél en que basta que se encuentre de manifiesto los lazos afectivos independiente de que concurren todos los elementos, y las ventajas y desventajas que ello conlleva.

(ii).a. Exigencia de todos los elementos

Esta es la interpretación que sigue la tendencia jurisprudencial de nuestro país, en la cual sólo se entenderá configurada la posesión notoria de estado civil de hijo cuando concorra el nombre, el trato, la fama y el tiempo en caso de ser establecido un plazo determinado para su constitución.

Recordemos que por parte de los tribunales chilenos se ha defendido esta postura al considerar la importancia de la posesión notoria de estado civil de hijo para determinar en juicio la filiación, siendo incluso posible ser considerado por sobre la verdad biológica, constituyéndose como la excepción al principio del predominio de la verdad biológica, y al ser ésta una excepción a

la regla, su interpretación tiene que ser restrictiva, no tan sólo respecto al plazo de duración, sino de todos los elementos.

Las ventajas se expresan en forma palpable, aplicando este criterio se asegura una mayor certeza de la existencia del goce de estado de hijo, mayor cantidad de información en que se refleje el vínculo afectivo-filiativo, sin embargo esto puede ser una grave injusticia que en aquellos casos en que los lazos afectivos estén claramente reflejados, pero la posesión de estado de hijo no proceda por no cumplir con cada uno de los elementos, no tomando en cuenta el espíritu de la normativa. A este respecto nos quedamos con la frase indicada por el autor Claro Solar: "La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la letra de la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita. No quiere decir esto, sin embargo, que el intérprete deba atenerse servilmente al texto de la ley, lo que nos llevaría a la interpretación que vulgarmente se llama judaica, es decir, que a fuerza de respetar el texto, viola el pensamiento del legislador que es lo que constituye su voluntad, y por consiguiente, la esencia de la ley."²⁰⁴

(ii). b. Basta para acreditar el goce de estado de hijo la prueba de la existencia del elemento trato.

Esta interpretación es la que más se encuentra en la jurisprudencia en el derecho comparado, siendo representante de ello Argentina, Perú y Paraguay,

²⁰⁴ Claro Solar, Luis. 1930. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", tomo I, N° 225, página 124 cit. por MUJICA BEZANILLA, Fernando (2010).

en virtud de la cual se considera el elemento trato como suficiente para configurar los lazos afectivos que constituyen la posesión notoria de estado civil de hijo, por ser en donde se ve manifestada la intención del padre o madre de reconocer fácticamente a una persona como su hijo, por lo que los demás elementos son una consecuencia de dicho trato e intención manifestadas, es decir bastando aquellos “comportamientos o actitudes que permitan presumir que el supuesto progenitor se interesa permanentemente (o al menos lo ha hecho durante un lapso) por la salud, asistencia y la educación del presunto hijo”.²⁰⁵

Las ventajas que se pueden apreciar en esta forma de interpretar la posesión de estado de hijo es una mayor facilidad para quien alega la existencia de dicha institución, en el que sólo debe probar aquello que es relevante y la esencia del goce de estado civil de hijo, porque puede suceder de que, no use el apellido del padre o madre, pero lleve todo el largo tiempo conviviendo con el padre o la madre , llevándolo a la escuela, al hospital , pagando sus útiles escolares, etc. y aun así no aceptar la posesión notoria por no uso del apellido, lo cual infringe en sí el derecho a la identidad filiativa y el interés superior del niño, pasando por alto los lazos afectivos apreciados en dicho comportamiento. Además, al igual que en el caso del establecimiento de un plazo determinado de duración o no, es el tribunal quien tendrá más protagonismo al fundamentar de manera clara y completa, la existencia de lazos afectivos basándose únicamente en el elemento trato.

La desventaja, es que, para evitar abusos y entender que existe posesión notoria de estado civil de hijo donde no concurre, como por ejemplo, el que una persona ayude económicamente a otra como un acto de generosidad; es necesario que la existencia de trato sea interpretada o solicitada de manera

²⁰⁵ FAMA, María Victoria (2011). p. 456.

más rigurosa, con mayor fuentes de información (pruebas) . Sin embargo estimamos que este modelo es el que más se adecúa a la protección de los derechos mencionados a lo largo de esta investigación y que se manifiesta por los lazos afectivos basados en dicho trato y no la exigencia estricta de los elementos, dando más importancia a esto, que a la aplicación exegética de la norma.

C. Problema 2: Afectación a la igualdad de trato de los hijos, al derecho a la identidad y el interés superior del niño (hijo).

Como consecuencia de los problemas explicados anteriormente, esta interpretación restrictiva en la acreditación de la posesión notoria de estado civil de hijo, vulnera el interés superior del niño (hijo), la igualdad de trato de los hijos con respecto al acceso a determinar su filiación bajo el argumento de posesión notoria de estado civil de hijo independiente de su edad, y el derecho a la identidad filiativa entre el hijo que es tratado como tal con respecto a su padre; todos ellos analizados en el capítulo anterior, por lo cual nos remitimos a lo explicado en el mismo, salvo la aclaración que con respecto al principio del derecho a la identidad filiativa e interés superior del niño (hijo) se pueden encontrar afectados todos los hijos que quieran determinar su filiación por este medio probatorio.

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE SOLUCIÓN HACIA LOS PROBLEMAS DETECTADOS

A. Consideraciones previas

Como se ha podido apreciar a lo largo de esta investigación, la posesión notoria de estado civil de hijo como argumento para determinar la filiación en base al vínculo emocional entre padre o madre e hijo es de gran relevancia, siendo el medio probatorio más poderoso, por lo mismo es necesario que sea acorde a la realidad social y para el fin al cual fue constituido: la protección de estabilidad familiar y el interés superior del niño (hijo).

Una vez detectados los problemas existentes en la regulación y tratamiento actual de este medio probatorio y la manifestación de la importancia de su regulación, así como las posibles soluciones entregadas por el Derecho comparado, es posible entregar una alternativa de regulación razonable para cumplir los objetivos antes expuestos.

En este capítulo se expondrán los objetivos y principios que sustentarán la propuesta de este trabajo, para finalmente dar a conocer las normas que encontramos ideales para regular la posesión notoria de estado civil de hijo.

B. Principios que subyacen en la propuesta de regulación.

Son los principios e ideas matrices de la propuesta y regulación de la posesión notoria de estado de hijo los siguientes:

(i) Interés superior del niño y Derecho a la identidad filiativa.

Estos principios esenciales en materia de familia, pese a ser considerados por el legislador en materia de filiación, no deja establecido una obligación explícita para el juez de interpretar la posesión notoria tomando en consideración estos derechos. Algunos podrían entender que establecer este mandato sería redundante, tomando en cuenta que tanto la ley 19.968 en su artículo 16 así lo dispone; sin embargo en virtud de lo reflejado en las constantes interpretaciones de nuestros tribunales, nos parece necesario se indique que la interpretación sea acorde a estos derechos.

Por ello nos parece pertinente estipular una frase que imponga el deber por parte de los jueces de valorizar la prueba e interpretar los artículos de posesión notoria de estado civil de hijo conforme al interés superior del niño (hijo) si se tiene certeza de estar acreditado este medio probatorio.

Con ello podremos solucionar tanto la aplicación y exigencia estricta de las normas de posesión notoria de estado civil de hijo, como los efectos adversos que producía dicha interpretación.

(ii) Igualdad de trato entre los hijos.

Vimos como la disposición de un plazo determinado llevaba aparejado la discriminación a todos aquellos hijos menores a 5 años que no podían establecer su filiación bajo el goce de estado de hijo sin ser rechazado por no cumplir el requisito tiempo. Es por esto que proponemos eliminar el establecimiento del plazo de 5 años, al igual que la generalidad de las legislaciones del derecho comparado; así se eliminará la discriminación que antes existía entre los hijos mayores y menores a dicho plazo, otorgando de

esta manera mayor importancia a las conductas que reflejen el trato de padre o madre e hijo, que éste durase un plazo definido.

También para eliminar una discriminación hacia el hijo concebido no nacido, para que pueda acceder a determinar la filiación bajo esta institución, creemos necesario regularlo considerando como actos constitutivos de goce de estado de hijo todo aquél trato realizado por el padre durante el embarazo y el parto que entreguen de forma manifiesta la intención del padre de reconocerlo tácitamente como hijo, sin embargo, por ser una situación de corto plazo, por lo tanto de difícil configuración, creemos pertinente que la duración de dicha posesión de estado sea durante todo el embarazo, para que no existan dudas al respecto.

(iii) Principio de la realidad.

Con este principio se quiere recalcar que se debe entender constituida la posesión notoria de estado civil de hijo, no sólo en aquellas situaciones que cumplan con todos los requisitos impuestos por el legislador, sino también cuando la existencia de un trato o comportamiento que socialmente implique la existencia de un vínculo emocional entre padre o madre e hijo. Para ello también se estipulará que en la aplicación se mirará además del interés superior del niño, el principio de la realidad, entendiéndose acreditado cuando se encuentre de manifiesto estos comportamientos, siendo el más relevante el trato entre padre o madre e hijo.

(iv). Buena fe y convicción de la existencia de la posesión notoria de estado civil de hijo.

Como se dispuso una flexibilización en la aplicación de este medio probatorio, se requiere de una medida para que no se lleve a abuso la utilización de esta institución para determinar la filiación, tomando en consideración la no exigencia de una duración determinada ni de todos los elementos, ya que , además de los derechos que tiene el hijo , también está el del padre o madre de que no se establezca la filiación de un hijo que no es tal ni social ni biológicamente, con los correspondientes deberes que ello conlleva tanto económicos como morales. Dados los derechos en juego, se propone el cambio de estándar de la prueba, siendo un estándar prevalente calificado o reforzado, donde se solicite una “prueba clara y convincente” de los hechos, en este caso, del trato en entre padre o madre e hijo.

A. Propuesta de regulación

Artículo 1: Modificase el artículo 200 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 200. Posesión notoria de estado civil de hijo. 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 periodo razonable de tiempo durante parte de la vida del presunto hijo, de manera continua* y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de forma *clara y convincente*.

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.

Esta disposición se deberá interpretar conforme a los principios del interés superior del niño y el principio de la realidad, entendiéndose acreditada la posesión notoria de estado civil de hijo cuando se refleje de manera clara y convincente de las conductas mencionadas en el inciso precedente, aunque no se conforme cada una de ellas en conjunto.

Artículo 2: Incorpórese al Código Civil, el siguiente artículo:

Art. 201-1. Posesión notoria de estado civil del hijo póstumo. También se tendrá por acreditada la posesión notoria de estado civil de hijo en el caso del hijo póstumo, cuando se haya demostrado el trato personal y social por parte del presunto padre hacia la madre durante todo el embarazo y el parto y comprobado de la misma manera que lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 200 en lo compatible con este caso.”

CONCLUSIÓN

La determinación de la filiación de una persona es uno de los temas más trascendentales para la vida humana, no sólo en lo relativo a la subsistencia económica, sino en la formación de una identidad, en quienes somos, de nuestro origen. Preocupación que ha sido compartida por el legislador a lo largo de los años, sin perjuicio de la influencia que los valores de cada época, como fue la protección del matrimonio y la familia legítima, los que afectaron en una u otra medida, la forma en que las leyes regulaban dichas materias.

A raíz de las nuevas tecnologías y el avance de la ciencia, han ido apareciendo medios de prueba que otorgan mayor certeza sobre la verdadera filiación de una persona con respecto a otra, como lo es el informe pericial biológico. Sin embargo existe la llamada posesión notoria de estado civil de hijo, la cual ha existido y ha sido regulada desde hace muchos años y que refleja la filiación entre un padre o una madre con su hijo en razón de un vínculo afectivo y social, al cual nuestra legislación le otorga un mayor valor que al vínculo netamente biológico.

En razón de lo señalado es que en la regulación de la posesión de estado civil de hijo es importante tomar en cuenta, sobre todo si se ponen en juego derechos fundamentales como el derecho a la identidad, la igualdad entre los hijos y el interés superior del niño, siendo este último, el que se encuentra en constante evolución a medida que la realidad social va cambiando. Esto fue tomado en cuenta por nuestro legislador quien, a lo largo del tiempo, ha modificado la posesión notoria de estado civil de hijo, tanto su función dentro de la determinación de la filiación como los requisitos y duración de dichos requisitos en el tiempo para tener por establecida la posesión notoria de estado

civil de hijo, como lo realizó la Ley N° 10.271, la Ley N° 16952 y la Ley N° 19.585.

Sin embargo en la actualidad la realidad social ha cambiado nuevamente, las cuales se ven reflejadas en las varias leyes promulgadas recientemente, como por ejemplo la Ley 20.830 que crea Acuerdo de Unión Civil, la Ley N° 20.680 que establece el principio de corresponsabilidad parental en el cuidado personal de los hijos, entre otros; así como también los criterios para determinar lo que se entiende por interés superior del niño a través de la Observación general N° 14 dictada el año 2013 por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En consecuencia, se hace necesario analizar si un medio probatorio en materia de filiación, como es la posesión notoria de estado civil de hijo, está regulado actualmente acorde a esta nueva realidad y por sobretodo, acorde a los principios imperantes en materia de filiación, en especial acorde al interés superior del niño, lo cual es la gran interrogante planteada.

Para poder responder esta interrogante, a lo largo de este trabajo se ha visto la regulación chilena sobre esta materia, desde sus inicios hasta el día de hoy, y el tratamiento entregado por la jurisprudencia sobre ellas, los cuales son marcados especialmente por la aplicación en forma restrictiva y excepcional de esta institución, lo cual se justificaba por el carácter especial y excepcional de la institución en relación al vínculo biológico, y por la protección de la preservación familiar y seriedad de la institución.

Sin embargo, se ha comprobado que el tratamiento que se da hoy en día a la posesión notoria de estado civil de hijo posee numerosas falencias, tanto desde el punto de vista del legislador como desde el punto de vista del juez. Son los siguientes:

1.- El establecimiento de un plazo de duración de los actos constitutivos de posesión notoria de estado civil de hijo provoca una afectación: a) a la igualdad entre los hijos mayores a 5 años y menores de esa edad; b) afectación al interés superior del niño, al no tomar en cuenta la estabilidad en el vínculo familiar, sobre todo en la edad más temprana de un ser humano. c) Vulneración del derecho a la identidad filiativa.

2.- En materia probatoria, donde se hace insuficiente el estándar de prueba en materia de filiación, ya que si se desea acabar con la problemática mencionada anteriormente, y para evitar abusos en la aplicación de la posesión notoria de estado civil de hijo, se debe aplicar un estándar de prueba mayor.

3.- La falta de regulación de la posesión notoria de estado civil de hijo póstumo.

4- A nivel de jurisprudencia, se detectó en la interpretación de la posesión notoria de estado civil de hijo, una infracción al espíritu de la legislación y reglas de interpretación, lo que acarrea una infracción a los derechos mencionados anteriormente en el punto 1.

Para poder dar solución a dichas falencias fue necesario investigar y analizar la regulación y tratamiento que se realiza en el derecho comparado, tomando como ejemplos específicos, Argentina, Perú, Paraguay y Uruguay, quienes otorgan una regulación distinta a la nuestra, para luego analizar en general los diferentes modelos de regulación y cuáles serían acordes a nuestra realidad.

En virtud de lo expresado a lo largo de este trabajo sobre la necesidad de reformar la posesión notoria de estado civil de hijo por su importancia en

materia de filiación y para evitar la infracción de los más trascendentales principios en materia de familia, se ha elaborado una propuesta para la adecuada regulación en materia de posesión notoria de estado civil de hijo.

Se basó esta propuesta en la flexibilización en la regulación y aplicación de la posesión notoria de estado civil de hijo, eliminando la duración de 5 años de los requisitos, en virtud de la afectación de la igualdad de los hijos mayores y menores de 5 años; siendo suficiente prueba de esta institución el trato del presunto padre o madre con el hijo, ya que es el elemento esencial y suficiente para su acreditación, como lo ha aplicado la generalidad de los países analizados en este trabajo, y que al momento de interpretar los artículos sean en atención al interés superior del hijo.

Sin perjuicio de ello, tampoco se puede entregar al abuso la utilización de la posesión de estado de hijo para que cualquier acto de generosidad sea interpretado como actos socialmente aceptados como un vínculo de padre o madre e hijo. Por lo mismo, parte de nuestra propuesta apunta a lo establecido en el artículo 198 de nuestro Código Civil, pero modificando el estándar de prueba actual, pasando de un estándar de prueba prevalente, a un estándar de prueba más estricto, como el estándar de prueba claro y convincente.

Nuestra idea es que el foco no vaya en la exigencia de los requisitos específicos establecidos por el legislador, sino en el momento de entenderse acreditado por el juez el nombre, trato y fama, característicos de la posesión notoria, sin caer en la discriminación de cualquier hijo que desee establecer su filiación por este medio.

Adicionalmente, en materia del derecho comparado se ha avanzado aún más allá de lo regulado a nivel nacional, como es la institución de la posesión

notoria de estado civil de hijo póstumo, velando por aquellos casos en que el hijo aún no nace, y sin embargo el padre trata al niño como si fuera su hijo, a través del cuidado u otras conductas relativas a ello en el embarazo de la madre, y nazca una vez fallecido su padre o madre. Relacionando el artículo 206 de Nuestro Código Civil que establece el caso del hijo póstumo y tomando en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico protege a la vida del que está por nacer, tanto en la Constitución Política de la República como nuestro Código Civil, se estima en este trabajo que se hace necesaria la regulación de dicha materia, considerando el elemento trato como suficiente para la comprobación de esta institución, sin perjuicio de que la duración de los actos constitutivos de posesión notoria de estado civil de hijo póstumo sea durante todo el embarazo para mayor seguridad.

Independiente de la aceptación de las ideas plasmadas en este trabajo, lo importante, lo cual se ratifica por esta parte, es la necesidad de reformar las normas de posesión notoria de estado civil de hijo, resolviendo las infracciones mencionadas, sobretodo en relación a los principios filiativos y la adecuación a la realidad social que vivimos hoy en día.

BIBLIOGRAFÍA

i) Fuentes bibliográficas

- Accatino, Daniela. 2011. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVII.
- Aguayo, Lira. Julio. 1944. "La ley 5750 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias: (análisis y crítica)". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Alfonso X El Sabio. 1265. Las Siete Partidas. P. 4.13.1 y 4.15.1 [en línea] <<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>> (fecha de consulta: 07 de julio del 2015).
- Boulanger Jean; Planiol, Marcel; Ripert, Georges. 1948. *Traté élémentaire de Droit Civil*. París, Francia. 4º ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. T.I.
- Claro Solar, Luis. 2013. *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*. Ed. Especial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. V2.
- Fama, María Victoria. 2011. *La filiación*. 2º ed. Buenos Aires, Argentina. Abedelo Perrot.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. 1996. "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias". 3ra Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Gascón Abellán, Marina. 2005. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho (28).
- Gómez de la Torre, Maricruz. 2007. "El sistema filiativo chileno". Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. 2012. "El derecho de la identidad y la filiación." En: XVII Congresos Internacionales de Derecho Familiar Disertaciones y Ponencias. Buenos Aires, Argentina. La Ley Abeledo Perrot.
- Herrera Marisa. 2015. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Buenos Aires, Argentina. Infojus.
- Larroucau, Jorge. 2012. "Hacia un estándar de prueba civil". Revista chilena de derecho. Vol. 39 (3).
- Lloveras, Nora. 2007. La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y el Perú. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.
- Maza Risopatrón, Lorenzo. 1953. Reformas introducidas al código civil: por la ley número 10271. Santiago, Chile. Editorial El Pacífico.
- Mujica Bezanilla, Fernando. 2010. "El tenor literal en la interpretación de la ley". Puntotext. Santiago, Chile.
- Ramos Cabanellas, Beatriz; Rivero de Arhancet, Mabel. 2014. Nuevo régimen legal del matrimonio. Matrimonio igualitario. 2° ed. Montevideo, Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Ramos Pazos, René. 1999. Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte, ley 19.585. Santiago, Chile. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Departamento de Derecho Privado.
- Ramos Pazos, René. 2007. Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- Real Academia Española. 2014. "Diccionario de la Real Academia Española" (RAE). Edición 23. [en línea] <www.rae.es> (fecha de consulta: 19 de julio del 2015).
- Schmidt, Claudia; Veloso, Paulina. 2001. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis.
- Somarriva Undurraga, Manuel. 1946. Derecho de familia. Santiago, Chile. Editorial Nascimento.

- Varsi Rospligliosi, Enrique. 2011. Tratado de Derecho de Familia. Lima, Perú. Gaceta jurídica. Tomo I.
- Veloso Valenzuela, Paulina. “Los principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo”, en *Nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, publicado por SERNAM y Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999.

ii) Fuentes virtuales

- Cillero Bruñol, Miguel. 1998. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. (en línea) en http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf/ (fecha de consulta 21 de junio del 2015).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24.02.2011. N° 122. Caso Gelman vs. Uruguay. [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf (fecha de consulta: 15 de abril del 2015)
- Jurisprudencia en línea legalpublishing [en línea] <https://www.legalpublishing.cl>:
- * Corte de Apelaciones de Arica. 26.03.2012. Rol 18-2012. [en línea] www.legalpublishing.cl (fecha de consulta: 18 de julio del 2015).
- * Corte de Apelaciones de Arica. 19.02.2013. Rol 144-2012. [en línea] www.legalpublishing.cl (fecha de consulta: 22 de enero del 2015).
- * Corte de Apelaciones de Copiapó. 23.04.2010. Rol 126-2009.. [en línea] www.legalpublishig.cl (fecha de consulta: 26 de enero del 2015).
- * Corte de Apelaciones de Concepción. 7.9.2010. Rol 219-2010. [en línea] www.legalpublishig.cl (fecha de consulta: 16 de marzo del 2015).
- * Corte de Apelaciones de Valdivia. 11.04.2013. Rol 44-2013. [en línea] www.legalpublishing.cl (fecha de consulta: 11 de enero del 2015)

- * Corte Suprema. 02.08.2010. Rol 3055-2010. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 17 de enero del 2015)
 - * Corte Suprema. 11.10.2011. Rol 4709-2011. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 12 de enero del 2015).
 - * Corte Suprema. 27.10.2011. Rol 2259-2011. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 12 de enero del 2015).
 - * Corte Suprema. 29.02.2012. Rol 9607-2012. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 11 de marzo del 2015).
 - * Corte Suprema. 21.10.2013. Rol 4311-2013. [en línea] <www.legalpublishing.cl> (fecha de consulta: 10 de enero del 2015).
 - * Corte Suprema. 04.05.2015. Rol 2248-2015. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 26 de abril del 2015).
 - * Corte Suprema. 04.05.2015. Rol 2250- 2015. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 26 de abril del 2015).
 - * Corte Suprema. 04.06.2015. Rol 27042-2014. [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de julio del 2015).
 - * Tribunal Constitucional de Chile, 29.09.2009. Rol 1340-2009 [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015).
 - * Tribunal Constitucional. 04.09.2011. Rol 2035-2011 [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015).
 - * Tribunal Constitucional de Chile.11.06.2013. Rol 2333-2012 [en línea] <<https://www.legalpublishing.cl>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2015))
 - * Tribunal de Letras. 22.03.2010. Rol 15624- 2010. [en línea] <www.legalpublishig.cl> (fecha de consulta: 10 de enero del 2015).
- Jurisprudencia Paraguay en línea [en línea]: <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015):

- * Corte Suprema de Justicia. 27.08.2012. [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015)
- * Tribunal de Apelación de Itapúa. 10.12.2012 [en línea] <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> (fecha de consulta: 26 de julio del 2015)
- Jurisprudencia en línea Uruguay [en línea]: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015):
 - *Suprema Corte de Justicia. 18.11.2013. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015)
 - *Tribunal de Apelaciones de Familia. 26.03.2014. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015)
 - *Suprema Corte de Justicia. 28.05.2014. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015).
 - *Suprema Corte de Justicia. 21.05.2015. [en línea] <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>> (fecha de consulta: 07 de agosto del 2015)
- RAMOS PAZOS, René. ANALISIS CRÍTICO DE LA LEY Nº 19.585. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 1999, vol.10, no.1 [citado 17 Junio 2015], p.125-134. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

- Servicio de Registro Civil e Identificación [en línea]
<http://www.registrocivil.gob.cl/PortalOI/PDF/Banner_de_genero_Final.pdf>
[consulta: 02 de julio 2015]

ii) Normativa

a) Nacional

- CHILE. Ministerio de Justicia. DFL 1: Código Civil. Abril 2015 (última modificación).
 - CHILE. Ministerio de Justicia. Ley N° 5.750: Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, diciembre de 1935.
 - CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 10.271: Introduce diversas modificaciones al Código Civil, abril del 1952.
 - CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 16.952: Modifica los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Comercio, y las leyes de Quiebras y de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en lo que se refiere a los plazos de prescripción. Octubre de 1968.
- CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 17.999: Declara que las actas que indica tendrán el mérito que señala, para los efectos de la legitimación de un hijo o el reconocimiento de hijo natural. Junio de 1981)
- CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.089: Modifica artículos 208, 209, 217, 271 y 272 del Código Civil. Octubre de 1991.)
- CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.585.: Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Octubre de 1998.
- Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de ley que “Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”. Boletín 1060-07-1, de 9 de agosto de 1994

- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 16.952.
- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.585.

b) Internacional

- ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley 26.994: Código Civil y Comercial de la Nación. Octubre del 2014. .
- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. "Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", Ginebra, Suiza, 2013, [en línea] <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf> (fecha de consulta: 03 de agosto del 2015).
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). 2012. "Desarrollo emocional. Clave para la primera infancia". [en línea] <file:///C:/Users/SONY-VAIO/Downloads/Desarrollo_emocional_0a3_simple.pdf> (fecha de consulta: 15 de septiembre del 2015).
- ONU. 1989. Convención sobre Derechos del Niño. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion>> (fecha de consulta: 21 de Junio de 2015)
- PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Decreto Legislativo N°295 Código Civil. 25 de Septiembre de 1984
- PARAGUAY. Ministerio de Justicia. Ley N° 1183/85 Código Civil. 27 de Septiembre de 2013.
- URUGUAY. Poder Legislativo. Código Civil. 26 de Febrero de 2010.

iii) Fuentes Hemerográficas

- Cornejo Aguilera, Pablo Andrés. 2010. Estatuto filiativo y principios constitucionales. *Derecho y humanidades*. 2 (16).
- Dougnac Rodríguez, Antonio. 1978. Estatuto del hijo ilegítimo en el Derecho Indiano. *Revista de Estudios Jurídicos e Histórico*. 3.
- Fuentes Maureira, Claudio; Vargas Pavez, Macarena. (2012). DERECHO PROCESAL CIVIL. *Revista chilena de derecho privado*, (18), 243-258. [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071880722012000100010&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-80722012000100010>. (fecha de consulta: 24 de septiembre del 2015)
- Gandulfo Ramírez, Eduardo. 2006. "La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de determinación". *Gaceta jurídica*. 314 (1).
- Gómez de la Torre, Maricruz. 2000. El interés superior del niño. *Gaceta Jurídica*. (238).
- Gómez de la Torre, Maricruz. 2014. La importancia de la identidad. Significado de la verdad en materia de filiación. *Revista Chilena de Derecho de Familia*. (2).
- Monge Talavera, Luz. 2007. "Comentario al Art. 402 del Código Civil" publicado en "Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas, Tomo III Derecho de Familia Segunda Parte", Gaceta Jurídica S.A., Lima.
- Turner, Susan. 2000. El establecimiento de la filiación, aspectos de prueba. *Gaceta Jurídica*. (236).