

# LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL. SU ORIGEN, ASPECTOS PROCESALES, SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA IDENTIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE SUS DISPOSICIONES

## THE NOTORIA POSSESSION OF THE CIVIL STATE. ITS ORIGIN, FORMAL ASPECTS, ITS RELATIONSHIP WITH THE PRINCIPLE OF THE IDENTITY AND CONSTITUTIONALITY OF ITS NORMATIVE ARTICLES

RODRIGO JARA LARA\*

**Resumen:** En este artículo se aborda un tema de constante controversia en los tribunales de justicia, lo relativo a la posesión notoria del estado civil, analizando su origen y evolución, buscando determinar su naturaleza jurídica, si se trata de una institución o un medio de prueba, si su primacía por sobre las pruebas biológicas son acordes a nuestra Carta Fundamental, y la eventual colisión de derechos. Analizar las distintas Faz que comprende el derecho a la identidad y su relación con la posesión notoria del estado civil. Finalmente, se tratará la forma procesal de alegarla ¿Es posible alegar la posesión notoria del estado civil como fundamento de una acción de reclamación o impugnación?

**PALABRAS CLAVE:** Posesión notoria - estado civil - reclamación - impugnación.

**Abstract:** *This article addresses an issue of constant controversy in courts of law, concerning the possession of notorious civil status, analyzing its origin and evolution, seeking to determine its legal nature, is it an institution or a means of proof?, If the primacy of biological tests are in accordance with our Charter, and the possible collision of right. We will analyze the different aspects that comprise the right to identity and its relation to the notorious possession of civil status. Finally, it is the procedural way of claiming Is it possible to allege the possession of notorious civil status as the basis of a claim action or challenge?*

**KEY WORDS:** *Notorious possession - civil status - claim - challenge.*

---

\*Abogado Universidad de Concepción. Magíster en Derecho Privado en la Universidad Nacional de Rosario Argentina. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca. Dirección Postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 1332, Concepción, Chile. Correo electrónico: rodrigojaralara@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto dilucidar la constitucionalidad de las normas relativas a la posesión notoria de estado civil, y asimismo, determinar si constituye un medio de prueba, como lo dispone el artículo 200 del Código Civil, o en su caso constituye el fundamento para la constitución de un estado civil, sea por la vía de la acción o de la excepción.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 19.585 no existía ninguna duda de que se trataba de un medio supletorio de prueba, su finalidad era precisamente sustituir la ausencia de partidas, y teniendo además presente, que estaba restringida la investigación de la paternidad, ya que no existían acciones concretas que permitieran reclamarla en caso de negativa del padre o madre. Es decir, la posesión notoria podía ser un medio adecuado para determinar la filiación, en la medida que no existiera la respectiva partida.

Con posterioridad a la Ley 19.585, se permite el uso de pruebas periciales biológicas, particularmente la de ADN que es la más utilizada, por ello cabe preguntarnos si efectivamente es un “medio de prueba”, que tenga por objeto comprobar la veracidad de un hecho o si se trata de una institución.

Para poder analizar dichos aspectos, resulta esencial referirse al Derecho a la Identidad, las distintas faz que la comprenden, su calidad de derecho humano y de derecho que se encuentra consagrado por nuestra Constitución, y finalmente determinar la relación que existe entre este principio y la posesión notoria del estado civil. Dentro de este último aspecto, referiremos a cuál de la faz del derecho a la identidad es la que puede entrar en colisión con la posesión notoria del estado civil.

Por ello, este artículo tiene por finalidad intentar dilucidar tres aspectos:

- a. La constitucionalidad de las normas sobre posesión notoria de estado civil, la eventual colisión de la faz dinámica y estática del Derecho de la Identidad y cuál de las dos debe prevalecer en caso de conflicto.
- b. Si la posesión notoria de estado civil es un medio de prueba o una institución.
- c. y, en su caso, si puede servir de fundamento para el reclamo de una filiación, o la impugnación, ya sea por la vía de la acción o de la excepción.

Para estos efectos, comenzaremos analizando los aspectos generales de la posesión notoria del estado civil, para luego tratar la constitucionalidad de la posesión notoria del estado civil, para finalmente referirnos, en el evento de estimarla ajustada a derecho, ¿cómo se debería reclamar la posesión notoria de estado civil?

## I. ASPECTOS GENERALES

### 1. Evolución histórica

La posesión notoria del estado civil, fue establecida como un medio supletorio de prueba, para acreditar los estados civiles de hijo, padre o madre y de matrimonio, o en específico de la calidad de cónyuges, debía durar 10 años y debía acreditarse por un conjunto de testimonios que la establecieran de un modo irrefragable.

En su origen, a través de ésta, sólo se podía probar la posesión notoria de hijo legítimo, y debía ser referida a ambos padres, por tratarse de un hijo proveniente del matrimonio, pero no era posible, probar a través de este medio, la calidad de hijo natural, que se sujetaba, en ese entonces, a las reglas del título XII del libro I del Código Civil, ni la de simplemente ilegítimo, que sólo confe-

ría derecho de alimentos, ya que debían sujetarse a las reglas del antiguo artículo 280.

Sin embargo, con la dictación de la Ley 10.271 se permitió la adquisición de la calidad de hijo natural a través de la posesión notoria, al establecer en su Artículo 271 “Son hijos naturales:” número 3 “3.o.- Los que hubieren poseído notoriamente, a lo menos durante quince años consecutivos, la calidad de hijo respecto de determinada persona”. Es decir, en un concepto muy similar a la posesión notoria de la calidad de hijo legítimo, pero exigiendo un plazo mayor. La Ley 16.952 de 1968 redujo este plazo de 15 a 10 años.

Es necesario recordar que la nomenclatura original del Código Civil Chileno, promulgado en el año 1855, distinguía entre: a.- Hijos Legítimos, b.- Hijos Naturales, c.- Hijos simplemente Ilegítimos.

- a. Hijos Legítimos: Que eran los concebidos dentro de matrimonio verdadero o putativo de sus padres. Dentro de estos también se consideraba a los hijos legitimados, que eran los que habiendo sido concebidos con anterioridad al matrimonio de sus padres, se transformaban en legítimos por el matrimonio posterior de ellos.
- b. Hijos Naturales: Son los que habían sido reconocidos por el padre o la madre o por ambos, pero que no surgen de la unión matrimonial. Los padres de estos hijos naturales, en principio, podían contraer matrimonio pero no lo hacían, ya que de lo contrario estarían en la categoría de dañado de ayuntamiento.

De acuerdo a las siete partidas de Alfonso X “los hijos que no nacen de casamiento según ley, así como los que hacen en las barraganas”<sup>1</sup> la Ley 2 del título XVII indica: “Ley 2: Naturales son llamados los hijos que tienen los hombres de las barraganas”<sup>2</sup>.

De acuerdo al título 14 Ley I de las siete partidas, barragana “tomó este nombre de dos palabras, de barra, que es de árabe, que quiere tanto decir como fuera, y gana que es de ladino, que es por ganancia; y estas dos palabras juntadas en uno quieren tanto decir como ganancia que es hecha fuera de mandamiento de la iglesia, y por ello los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia”<sup>3</sup>.

También se distinguían dentro de los hijos naturales, los denominados hijos De dañado de ayuntamiento, dentro de los cuales estaban:

1. Hijos adúlterinos: Son los que habían sido concebidos en adulterio. Se llaman también fornecinos, que nacen de adulterio, y que no pueden ser llamados naturales porque son “hechos contra la ley y contra razón natural” (siete partidas título 15 Ley I)<sup>4</sup>.
2. Hijos Incestuosos: Los concebidos por padres que tenían una relación por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o por consanguinidad en la colateral en el segundo grado (hermanos).  
Tampoco son naturales porque son “hechos contra la ley y contra razón natural” (siete partidas título 15 Ley I).
3. Hijos Sacrílegos: Son aquellos, en que uno de sus padres, era clérigo de órdenes mayores o personas ligadas por voto solemne de castidad, en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica.

<sup>1</sup> Alfonso X El Sabio “*Las siete partidas*”, librodot, recurso informático, <http://dspace.utalca.cl/handle/1950/6543>, página 89.

<sup>2</sup> Alfonso X El Sabio, *Ibidem*.

<sup>3</sup> Alfonso X El Sabio, *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

- c. Hijos Simplemente ilegítimos: Que son aquellos, que no tenían filiación determinada, de ninguno de sus padres.

Al tiempo de la dictación del Código Civil, los registros eran llevados por la Iglesia Católica, lo que perduró hasta la dictación de la Ley de Registro Civil. Se señala, que en general estos registros eran bien llevados, pero había personas que no se incorporaban en los mismos, fundamentalmente por ser reacios a someterse a la Iglesia o por mera desidia.

Esto genera un primer problema, que no todas las personas habían sido incorporadas en los registros, lo que se unía al hecho de que muchos de los partos ni siquiera se producían en los hospitales, lo que también debe relacionarse con los desastres naturales, tales como incendios o terremotos que podían llevar a la destrucción de los registros o de las partidas de los mismos. Por estos motivos era fundamental establecer la posesión notoria, como un medio de prueba para acreditar el estado civil de hijo, padre, madre o cónyuge

Si se analizan las razones que llevan a instaurar a la posesión notoria, podemos observar que existe en todos ellos un factor común, la inexistencia de la partida, lo cual es esencial para dilucidar ciertos aspectos procesales. En efecto, en la legislación anterior a la ley 19.585, se contemplaba a la posesión notoria como un medio supletorio de prueba, que permitía dar por constituido un estado civil, siempre que faltara la partida respectiva.

De hecho, dentro de las pruebas en contrario a la posesión notoria, se podía presentar la partida respectiva en la que constaba su estado civil, con lo cual no se podía dar por constituida la posesión notoria del estado civil.

Además, es necesario agregar que, la investigación de la paternidad estaba fuertemente limitada, no existían, propiamente, acciones de reclamación de filiación, sólo la citación a confesar paternidad, pero no se podía accionar en el evento que el padre o madre negare derechamente la paternidad, ni menos se podía recurrir al uso de pruebas periciales biológicas. Así, la posesión notoria podía constituir un medio para establecer la paternidad o maternidad.

En el mensaje presidencial que dio origen a la ley 19.585, se contemplaba, dentro de las acciones de reclamación de filiación, la siguiente disposición relativa a la posesión notoria de estado civil: Artículo 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”. Es decir, de la interpretación de la norma, se permitía reclamar la filiación basándose en la posesión notoria, y además le daba mayor valor a las pruebas biológicas.

En el primer informe de la comisión constitución se modificó este segundo aspecto, y se resolvió darle mayor valor a la posesión notoria, aunque existiera contradicción con el nexo biológico. En el mismo informe y a pesar de la redacción del mensaje, se indica “El proyecto contempla la posesión notoria como medio de prueba de la filiación en el artículo 203”<sup>5</sup>, es decir ya no contemplada como fundamento para el ejercicio de una acción de reclamación de filiación, sino que como un medio de prueba para determinarla. Esta decisión es fundamental, en razón de la discusión que estamos planteando.

Esta decisión, además, modifica la naturaleza de la institución, debe recordarse que en su origen se refería a un medio supletorio de prueba, en cambio al darle un mayor valor a la posesión notoria por sobre la prueba pericial, ya no es supletoria sino que pasa a prevalecer sobre la verdad.

<sup>5</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley 19.585”, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) página 383.

De hecho, la Ley 19.585, no mantuvo el artículo 311 del Código Civil referido a la posesión notoria del estado civil de hijo, derogándolo, a diferencia del estado de matrimonio, que sí lo conservó en el artículo 310 del mismo texto legal.

## 2. Definición.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 200 “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”.

## 3. Utilidad de la posesión notoria.

De acuerdo al artículo 200 inciso primero: “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” (Artículo 200 inciso primero).

En la legislación anterior a la 19.585, su utilidad se fundaba en suplir la inexistencia de un medio probatorio, la partida respectiva, y con posterioridad a la modificación, ya no se funda en esta inexistencia, sino que la de constituir o reforzar un estado filiativo, prueba de ello es el hecho que en caso de contradicción con las pruebas biológicas, prevalece la posesión notoria de estado civil.

Si de verdad se tratara de un medio supletorio de prueba, o medio de prueba, no podría en caso de contradicción prevalecer sobre la verdad, porque la prueba tiene por finalidad establecer la veracidad de un hecho y al hacerla prevalecer por sobre la biológica, precisamente se consolida un hecho que no es verídico, ya que determina como verdadero al padre, madre o hijo, que biológicamente no lo es.

Prueba de lo que venimos razonando se encuentra en la discusión de la ley, cuando se indica por la Ministro de Justicia Amira Esquivel: “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”<sup>6</sup>.

## 4. Requisitos de la Posesión Notoria

a. Debe haber durado a lo menos 5 años continuos.

Es importante indicar que “la voz “a lo menos”, es un límite que no admite laxitud en su aplicación”<sup>7</sup>, mismo sentido que se ha aplicado en autos Rol 2248-2015 que se cita en éste artículo.

Cuando se refiere a 5 años continuos, no implica que debe ejercerse ininterrumpidamente durante ese lapso de tiempo, es decir, los 365 días del año, de manera tal que si por un viaje o por

<sup>6</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley 19.585”, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) página 343.

<sup>7</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/2441/2015, Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de Mayo de 2015, Rol 2250-2015, pronunciada por cuarta sala por los Ministros integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Jorge Lagos G., y señora Leonor Etcheberry C. Fundamento séptimo.

otros motivos no puede ejercer dicha posesión notoria, ello no implica que no se configure.

“Que, respecto a la alegación efectuada en estrados por el abogado de la demandante, en orden a que en el caso de marras no se cumple con el requisito del plazo establecido en el artículo 200 del Código Civil, toda vez que la demandada permaneció privada de libertad y, por ende, no puede considerarse que la menor anteriormente individualizada haya detentado la posesión notoria de hija de aquella a lo menos durante cinco años continuos, es dable hacer presente, que estos juzgadores no comparten lo expresado en estrados por dicho letrado en orden a que el término “continuo” a que refiere la norma legal precitada deba entenderse como “ininterrumpidamente los 365 días del año”, 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”<sup>8</sup>.

b. Debe probarse por los hechos que la constituyen esto es: nombre, trato y fama.

El nombre se refiere a que haya sido conocido con el apellido del padre o madre a que se refiere la posesión notoria; trato, que haya sido tratado como hijo por el padre o madre; y la fama se refiere a que el resto de las personas, esto es deudos, amigos y vecinos, le hayan conocido como hijo del padre o madre a que se refiere.

La Corte de Apelaciones de Arica indica: “Esto es, que al presunto hijo se le conozca con el nombre y/o apellido de sus padres; que la forma de tratar a la persona sea familiar de la manera en que se trata comúnmente a un hijo y que en los círculos en que se desenvuelve socialmente sea reconocido y conocido como hijo de quien pide su reconocimiento”<sup>9</sup>.

c. Debe probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

Se ha resuelto por la Excelentísima Corte Suprema que este conjunto de antecedentes y testimonios “establece un alto estándar de convicción”<sup>10</sup> mismo sentido que se ha aplicado en autos Rol 2250-2015 que se cita en éste artículo.

Esto implica que el conjunto de antecedentes y pruebas, deben ser convincentes, debe existir la más absoluta certeza que efectivamente se han configurado los tres elementos, lo cual debe ser establecido normalmente por varios medios probatorios. Esto es bastante curioso, porque a través de medios de prueba, estaríamos probando otro “medio de prueba”.

El fundamento que se transcribe, demuestra que la posesión notoria debe ser demostrada a través de otros medios de prueba: “Que la procedencia del instituto de la posesión notoria del estado civil de hijo requiere del cumplimiento de los requisitos legales y su debida acreditación en el juicio en el que se reclama una supuesta paternidad, toda vez que la ley exige probar la posesión notoria con un “conjunto de testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”. Tales exigencias plantean la interrogante acerca de la posibilidad que la posesión en cuestión sea justificada únicamente con el mérito de la prueba testimonial rendida, situación

<sup>8</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/4061/2012, Corte Apelaciones de Arica, sentencia de fecha 26 de Marzo de 2012, Rol 18-2012. Fundamento cuarto.

<sup>9</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/376/2013, Corte Apelaciones de Arica, sentencia de fecha 18 de Febrero de 2013, Rol 144-2012. Fundamento quinto.

<sup>10</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/2440/2015, Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de Mayo de 2015, Rol 2248-2015, pronunciada por cuarta sala por los Ministros integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Jorge Lagos G., y señora Leonor Etcheberry C. Fundamento séptimo.

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 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”<sup>11</sup>.

## 5. Contradicción entre la Prueba Pericial Biológica y la Posesión Notoria de Estado Civil.

Un punto esencial respecto a la posesión notoria, es que de acuerdo al Artículo 201 del Código Civil: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

Como se puede vislumbrar, el legislador ha decidido dar preferencia a la posesión notoria de estado civil, por sobre las pruebas de carácter biológico, lo que se podría justificar, ya que lo que le interesa al legislador es la realidad social y, en definitiva, el interés superior del niño, el cuales se encuentra en el seno de una familia que le brinda protección, alimentación y amor, y ninguna prueba de carácter biológica puede alterar esta conclusión.

Así lo ha resuelto la Excelentísima Corte Suprema en diversos fallos:

“Que, en este mismo orden de ideas, se puede afirmar que el legislador prefiere la verdad social y al declarar que la acción de impugnación caduca en los plazos que establece, es evidente que la intención o espíritu de la Ley es hacer primar la estabilidad del estado filiativo ya adquirido, salvo la situación especial del artículo 208 del Código Civil. Por consiguiente, no es efectivo, como lo entiende el recurrente, que el factor biológico y, por ende, los resultados del examen de ADN, sean absolutos y determinantes para excluir la paternidad en estas materias” (Sentencia Corte Suprema de fecha 12 de Marzo de 2007 autos Rol 4679-06)<sup>12</sup>.

“7° Que el hecho de no haberse llevado a efecto las pruebas periciales biológicas para determinar la filiación, no impide que el Tribunal la establezca fundándose en la posesión notoria del estado civil de hija por parte de la niña T.F.N.B., respecto de los demandados, pues, ni aun en el evento de haberse realizado tales exámenes y que el resultado hubiese indicado que el demandante es el padre biológico, debe darse preferencia a la posesión notoria del estado civil por sobre las pruebas periciales, tal como señala el fallo recurrido al citar el texto del inciso 1° del artículo 201 del Código Civil.

La Corte no advierte que se dé la circunstancia prevista en el inciso 2° del mismo artículo que autoriza dar prevalencia a la prueba biológica por sobre la referida posesión notoria del estado civil, pues, no se aprecia la existencia de alguna razón grave que autorice seguir tal predicamento.

8°.- Que, por otra parte, al resolver la cuestión debatida, debe tenerse presente el interés superior de niño, tal como prescribe el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concepto que reitera el artículo 16 de la Ley N° 19.968. Al respecto conviene considerar, que los

<sup>11</sup> Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters, Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de Febrero de 2012, Rol 9607-2011, pronunciada por por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G. Fundamento Undécimo.

<sup>12</sup> Jurisprudencia electrónica, Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/3380/2007, Apariciones: Revista Fallos del Mes 543, Marzo 2007, sentencia Corte Suprema de Justicia, de fecha 12 de Marzo de 2007, Rol 4679-2006, considerando quinto, pronunciada por la cuarta sala por los Ministros Sres. Orlando Álvarez, Urbano Marín y Patricio Valdés y los Abogados Integrantes Sres. Roberto Jacob y Oscar Herrera.

sentenciadores no divisan un beneficio para la niña en cuanto a llevarla a un nuevo entorno familiar, distinto y ajeno al que ha tenido toda su vida, pues, don Alfonso Noguera Lecaros la reconoció como hija el 11 de enero de 1.999 y que T.F.N.B. nació el 04 de abril de 1.998, es decir, ha compartido el hogar de los demandados desde antes de cumplir un año de vida” (Sentencia Corte Apelaciones de Santiago de fecha 26 de Mayo de 2010 autos Rol 2489-2009)<sup>13</sup>.

Como puede observarse de este fallo, la razón por la cual se prefiere la posesión notoria del estado civil, se encuentra en el interés superior del niño, pues implicaría llevarlo a un nuevo entorno familiar, en definitiva, a su verdadero entorno familiar.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley demuestra que, precisamente, el legislador prefiere a la verdad social lo que se hace patente en la posesión notoria del estado civil. Así se desprende de la discusión de la Ley, conforme a algunos pasajes que pasamos a exponer:

“La asesora del Ministerio de Justicia, doña Amira Esquivel Utreras, en el primer informe constitucional concordó, finalmente, en que es necesario 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”<sup>14</sup>.

“No obstante esta coincidencia, la Comisión declaró su inquietud por la prevalencia absoluta que el proyecto le asigna en relación con otro tipo de pruebas, debido a que hay ciertos casos en que la verdad biológica debe dejar paso a valores socialmente más importantes, como ocurre con la posesión notoria del estado civil. En casos como ciertas modalidades de la reproducción humana asistida, o incluso de adulterio cuando el hijo ha sido aceptado por el otro cónyuge, no le pareció lógico que, si la familia ha acogido al hijo en su seno, pueda cuestionársele su filiación, pese al daño que se le cause a él y a la unidad de la familia”<sup>15</sup>.

“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”<sup>16</sup>.

Esto último implica que la regla general es hacer prevalecer la posesión notoria, y sólo en caso de ser perjudicial al niño se preferirá la prueba biológica.

“Pero hay una cosa muy importante, por lo que ruego a los señores Senadores poner atención. La prueba biológica que estamos incorporando por primera vez no es la más relevante en materia de filiación, sino la que dispone el artículo 201, que dice: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras”. Lo que ahora analizamos se aplica en el caso de que no haya “posesión notoria del estado civil”, expresión que define el artículo 200: “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”. Entonces, la primera regla es otra vez la de la estabilidad de la familia o del grupo familiar, que es

<sup>13</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/2995/2010, sentencia Corte Apelaciones de Santiago de fecha 26 de Mayo de 2010 autos Rol 2489-2009, Pronunciada por la Cuarta Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señor Patricio Villarroel Valdivia, señor Jorge Zepeda Arancibia y la señora Pilar Aguayo Pino, Fundamento octavo.

<sup>14</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 343

<sup>15</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 383

<sup>16</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 384.

lo que implica la “posesión notoria del estado civil”. Si esto no es aplicable, se practica la prueba pericial de carácter biológico. Y, en caso de negativa, no hay apremio, sino que sirve de base para una presunción judicial. Y no es una presunción de derecho. Y no puede serlo porque el mismo artículo 201 hace prevalecer la “posesión notoria del estado civil”. (5 Agosto de 1998 Senador Diez)<sup>17</sup>.

Josefina Bilbao, Ministra del SERNAM, señaló: “En el mismo ámbito, el Senado introdujo algunos ajustes tendientes a otorgar mayor equilibrio entre la prueba biológica y la posición notoria del estado civil cuando ambas circunstancias estuvieren en pugna. La posición notoria es una fuente del estado civil que constata los lazos afectivos y sociales que reconoce el derecho y que en determinadas oportunidades puede primar, incluso, sobre la verdad biológica, salvo que el interés del niño aconseje otra cosa” (Septiembre de 1998)<sup>18</sup>.

El Diputado Juan Bustos Señaló “Por último, está resguardado el interés superior del niño en concordancia con el artículo 3° 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” (Septiembre de 1998)<sup>19</sup>.

A pesar de la utilidad de la presunción, en el sentido que proporciona estabilidad a la familia matrimonial, al impedir que se averigüe la verdad, no es menos cierto que, precisamente, es contrario a los propios principios que motivaron la dictación de la Ley N° 19.585, uno de los cuales era averiguar la verdad biológica, lo que a través de esta norma se impide. Además confunden un aspecto fundamental, que es que la identidad no se encuentra dada por la posesión notoria, como lo sostiene el Señor Bustos, sino que se encuentra determinado por el conocimiento de las relaciones familiares, biológicas, en definitiva del conocimiento de nuestros orígenes.

En el mismo sentido Paulina Veloso (Ministra Directora Subrogante del Servicio Nacional de la Mujer) señaló: “Otra de las formas graves de discriminación legal directa contra los nacidos fuera del matrimonio se genera cuando la Ley les niega la posibilidad de que se determine la filiación. De allí que el proyecto consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, con acceso a todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas. Con ello se consagra el principio de la primacía de la verdad biológica, esto es, de la verdad real por sobre la formal, que existe actualmente en nuestro sistema”<sup>20</sup>.

Sin embargo, esta distinción no es acorde con lo señalado en el Primer informe constitucional, por La asesora del Ministerio de Justicia, doña Amira Esquivel Utreras, “Resaltó que las bases fundamentales del proyecto descansan, por una parte, en la consagración legal del principio de igualdad ante la Ley y el cumplimiento de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, y, en segundo lugar, en el establecimiento del principio de admisibilidad de la libre investigación de la paternidad y maternidad”<sup>21</sup>.

En conclusión y como muy bien lo expone Carlos Pizarro Wilson, respecto al artículo 201: “Este precepto, entonces, privilegia a la posesión de estado por sobre la verdad biológica. Se prefiere, en palabras del profesor Hauser y Huet Weiller, «la verdad del corazón, de los sentimientos, aquella que corresponde a la filiación vivida». La filiación genética o biológica pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Siguiendo este precepto y al profesor Cornu podríamos decir que «el derecho de la filiación no es sólo un derecho de la verdad. Es también, en parte, un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de las familias, de las afecciones, de los sentimientos morales,

<sup>17</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 1149.

<sup>18</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 1253

<sup>19</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 1268

<sup>20</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 167.

<sup>21</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 341.

del orden establecido de los tiempos pasados»<sup>22</sup>.

En esta discusión, podemos encontrarnos frente a la colisión de dos principios resguardados constitucionalmente, por los tratados internacionales, el principio de la libre investigación de la paternidad y el principio del interés superior del niño, por lo cual es necesario determinar cuál debe prevalecer en caso de conflicto.

## II. CONSTITUCIONALIDAD DE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL

### 1. Disposiciones Legales.

Artículo 201 del Código Civil dispone: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

### 2. Análisis del Problema.

La posesión notoria del estado civil “consiste en gozar de un estado civil a la vista de todos y sin protesta ni reclamo de nadie. Él se traduce en las tres palabras latinas “nomen, tractus, y fama”.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 19.585, la posesión notoria de estado civil de hijo legítimo se encontraba establecida en el artículo 311 del Código Civil, el cual fue derogado de la Ley N° 19.585, ya que la hipótesis de posesión notoria comenzó a ser regulada en el artículo 201 del Código Civil. Por estas razones el artículo 310 mantuvo las reglas de posesión notoria de estado de matrimonio.

La posesión notoria del estado civil, ha sido mantenida en las disposiciones del Código Civil, a pesar de las nuevas normas que dan prevalencia a la verdad real por sobre la material. De hecho, no es efectivo que el legislador prefiera la verdad real, precisamente esta institución es un claro ejemplo de ello, siendo la frase “preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico” una clara demostración de que el legislador prefiere la verdad social.

En el caso específico, si existe un juicio de impugnación de filiación, y el demandado ha gozado por más de 5 años de la calidad de hijo, comprobándose a través de nombre, trato y fama, podrá oponer, como una especie de excepción a la demanda, la posesión notoria de estado civil. En este caso, el juez debería desechar la demanda, salvo que fuere inconveniente para el hijo hacer prevalecer la posesión notoria.

### 3. Interés Protegido por el Legislador.

Al momento de discutirse el proyecto de Ley, en el primer informe de la comisión Constitución, la Directora del SERNAM Amira Esquivel, 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

<sup>22</sup> PIZARRO WILSON, CARLOS “*Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la ley 19.585*”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 5, número 2, 1999, Página 17, Universidad de Talca, Talca, Chile

a establecer una determinada filiación, son, en ciertas circunstancias, tanto o más valiosos que el origen biológico”.

Los intereses protegidos, en consecuencia serían, en primer término, la verdad social, lo que se traduce en mantener el status que el hijo detenta, manteniendo su nombre y sus relaciones y; en segundo término, el interés superior del hijo, ya que mantener esta situación le beneficiaría y en caso contrario, se da preferencia a las pruebas de carácter biológico.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto “Cuarto: Que el derecho a la identidad es una de las bases esenciales que inspiran el nuevo estatuto filiativo y se expresa normativamente, entre otros, en el artículo 195 del Código Civil, al consagrar el derecho a la libre investigación de la paternidad o maternidad, con miras a la búsqueda de la verdad real o biológica sobre la verdad formal. Con esta inspiración las pruebas periciales de carácter biológico son fundamentales para determinar la identidad de una persona como un derecho esencial. Sin embargo, el legislador reconoce excepciones a la búsqueda de esa verdad, haciendo primar la posesión notoria de estado civil si ella es contradictoria con la realidad biológica, facultando al juez para decidir lo contrario en aras de respetar el interés superior del niño, si existe grave inconveniente para este último.

Quinto: Que, en este mismo orden de ideas, se puede afirmar que el legislador prefiere la verdad social y al declarar que la acción de impugnación caduca en los plazos que establece, es evidente que la intención o espíritu de la Ley es hacer primar la estabilidad del estado filiativo ya adquirido, salvo la situación especial del artículo 208 del Código Civil. Por consiguiente, no es efectivo, como lo entiende el recurrente, que el factor biológico y, por ende, los resultados del examen de ADN, sean absolutos y determinantes para excluir la paternidad en estas materias” (Sentencia de fecha 12 de Marzo de 2007, autos Rol 4679-2006, Cuarta Sala Corte Suprema)<sup>23</sup>.

Este fallo demuestra que los 2 intereses protegidos son la verdad social o identidad social y el interés superior del hijo, siendo en definitiva estas las razones que llevan al legislador a proteger la posesión notoria del estado civil.

#### **4. Análisis de principios constitucionales que podrían resultar vulnerados.**

##### **El Principio de la identidad y la Verdad Biológica**

###### **A. El derecho a la identidad y el principio de la verdad biológica.**

El derecho a la identidad personal se refiere a la posibilidad que tiene toda persona de conocer su origen genético, el nombre de sus padres biológicos y de los aspectos relacionados con su filiación. Alejandro Molina citado por Gonzalo Figueroa señala “ser uno mismo importa saber de dónde vengo”<sup>24</sup>.

La Doctora Adriana Krasnow siguiendo la construcción de Zanoni indica “El derecho a la identidad comprende tres dimensiones: identidad personal en referencia a la realidad biológica; identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona e identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Jurisprudencia electrónica legal Publishing, cita online: CL/JUR/3380/2007. **Apariciones:** Revista Fallos del Mes 543, Marzo 2007, sentencia Corte Suprema, de fecha 12 de marzo de 2007, Rol 4679-2006, Pronunciada por la cuarta sala integrada por los Ministros Sres. Orlando Álvarez, Urbano Marín y Patricio Valdés y los Abogados Integrantes Sres. Roberto Jacob y Oscar Herrera.

<sup>24</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO “*Derecho Civil de las Personas. Del Genoma al Nacimiento*”, 1ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2001, página 260.

<sup>25</sup> KRASNOW, ADRIANA NOEMI “*Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*”, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial la Ley, 2005, página 55.

La identidad personal en referencia a la realidad biológica y la identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona, constituyen la faz estática de la personalidad.

La identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona constituyen la faz dinámica, aquella que se determina por el entorno en que la persona se desarrolla, por la familia y la sociedad con la cual se desenvuelve.

El principio de la verdad biológica se basa en el principio o derecho a la identidad biológica y dice relación con la dimensión de la “identidad personal en referencia a la realidad biológica”, lo que forma parte de la faz estática de la persona.

La posesión notoria del estado civil, dice relación con la faz dinámica de la personalidad, la cual, para el legislador debía protegerse con esta institución.

El punto primordial a dilucidar, es determinar en caso de colisión de ambas faz, cuál es la que prevalece.

B. ¿Dónde se encuentra consagrado el derecho a la identidad?

Este Derecho se encuentra consagrado en la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 7 y 8, la convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 18, y el artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los que son aplicables en razón del artículo 5 de la Constitución Política, teniendo a juicio del suscrito rango constitucional.

Además nuestra legislación en diversas disposiciones ha consagrado este principio de identidad, como los artículos 195, 198, 199 y 320 del Código Civil.

C. ¿Existe vulneración al principio de la identidad?

c.1. Eventual colisión de derechos

En caso que la identidad biológica se oponga a la identidad social, podríamos enfrentarnos a una aparente colisión de derechos fundamentales, ya que una de las dos debería prevalecer o primar sobre el otro en un caso de conflicto.

Frente a ello el legislador, en la Ley 19.585, como ya lo hemos explicado latamente, adoptó una decisión, preferir la identidad social, reflejada a través de la posesión notoria del estado civil.

La convención internacional de los Derechos del Niño, indica en su artículo 7: “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.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Esto se debe complementar con lo dispuesto en el artículo 8 de la misma convención, que dispone “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”.

La convención internacional de los Derechos del Niño, tiene rango constitucional “Por

su parte y con relación a la obligatoriedad para el Estado de Chile de cumplir con los tratados de derechos humanos que haya suscrito y estén vigentes, es preciso tener en cuenta también que en virtud de la propia Carta, Art. 5º, dichos tratados constituyen límite a la soberanía y, en la pirámide normativa, deben entenderse con un rango constitucional o supralegal<sup>26</sup>.

En consecuencia, tenemos dos disposiciones normativas en aparente conflicto, una de rango legal, que es la referida a la posesión notoria del estado civil, y otra de rango constitucional, como es la identidad biológica consagrada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Lo que debemos determinar ¿En caso de colisión entre la faz dinámica y la estática, cuál es la que prevalece? O si se quiere ¿En caso de colisión entre la posesión notoria del estado civil (verdad social) y la identidad biológica (verdad real), cuál es la que debe prevalecer?

c.2. ¿En caso de colisión entre la posesión notoria del estado civil (verdad social) y la identidad biológica (verdad real), cuál es la que debe prevalecer?

Ya sabemos que nuestro legislador interno prefirió la posesión notoria del estado civil.

Así se ha resuelto: “De otro lado, para el caso que en un mismo proceso haya resultado acreditada esta posesión del estado filiativo y concurra también la pericia biológica que establece negativamente esa filiación, deberá primar la primera y no la verdad biológica. Lo anterior, significa que ante una colisión entre estas verdades, el legislador ha preferido la que representa una realidad consolidada, elección que se sustenta en el reconocimiento de que la paternidad y maternidad ejercidas como tales, generan un nexo de afectos y sentimientos que trascienden a lo puramente biológico y que por ello se protege, atenuándose los efectos de este factor en materia de determinación de la filiación<sup>27</sup>.”

Sin embargo, a juicio del suscrito, en esta institución, el legislador se aparta abiertamente del principio de la verdad real o biológica, para dar paso a un principio de mayor valor para él, cual es la verdad social.

La posesión notoria, es una institución que ya existía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.585, y se trata de una institución que es un reflejo de la verdad social, y no de la verdad biológica, por eso, podría parecer extraño que se hubiera mantenido en la nueva Ley, máxime considerando las pruebas periciales biológicas que permiten determinar y conocer la verdad real. Pero, no es extraño, porque el legislador, a pesar de su declaración de buscar la verdad biológica, le da preferencia a la verdad social.

A pesar de reconocer el suscrito que se trata de una institución útil, básicamente por la preocupación constante de una persona, la que debería preferirse, por el lazo que ha formado con el hijo. Sin embargo, la mayoría de las veces la posesión notoria es empleada contra la persona que pretende impugnar, generalmente un tercero que se presenta impugnando con la venia del propio padre. Por lo cual, más que favorecer a quien cría, es negarle la posibilidad de que alguien reclame contra dicho reconocimiento, y si el padre, ya no le quiere como hijo, no se vislumbra de qué manera es beneficioso para el hijo.

<sup>26</sup> VELOSO, PAULINA Y SCHMIDT, CLAUDIA “*La filiación en el nuevo Derecho de Familia*”, Santiago, Chile, Editorial Conosur, 2001, página 25.

<sup>27</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/8461/2011, Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de Octubre de 2011, Rol 2259-2011, pronunciada por cuarta sala integrada por los Ministros Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., señoras Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S. y el abogado integrante señor Ricardo Peralta V. Fundamento décimo quinto.

Pues bien, la posesión notoria, a pesar de su utilidad es una institución absolutamente contraria a los principios de la verdad biológica y además, en su caso, no es concordante con la disposición del artículo 320 del Código Civil, ya que ni prescripción ni fallo alguno puede hacerse valer contra el que se presenta como verdadero padre.

Además, priva al hijo de conocer a su verdadera familia, sus verdaderos lazos, lo que en definitiva le impide conocer los elementos fundamentales de la identidad, por lo cual estimamos que se trata de una institución que no es acorde con los principios de la verdad biológica y de la identidad, dos principios de derechos humanos y constitucionales.

Precisamente, la posesión notoria de estado civil, impide las relaciones familiares que deben existir entre el hijo y su verdadero padre, por lo cual el Estado a través de norma impide el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones con su familia biológica.

Este derecho a la identidad se garantiza cuando el niño conoce su origen, a sus progenitores y a su familia, y como lo señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuando es cuidado por sus propios padres, cuando conoce sus antecedentes genéticos y culturales. La posesión notoria del estado civil impide estos propósitos.

Además en muchas circunstancias el padre no sabía de la existencia de este hijo, o sabiendo, su madre impidió el ejercicio de una relación libre y fluida con su hijo, lo que puede llevar a que nunca se de la conexión con la familia de origen, pero no porque no quieran que ello exista, sino por decisiones del otro progenitor. Frente a esto la posesión notoria del estado civil se presenta no como un beneficio, sino que la consolidación de una mentira, la consolidación de una apariencia.

Finalmente, con la posesión notoria del estado civil no se cumple con uno de los propósitos fundamentales de la Ley 19.585, que era el de libre investigación de paternidad y maternidad, y de verdad biológica.

En este sentido, el suscrito estima como adecuado el argumento reproducido en autos Rol 23736-2014 de la Excelentísima Corte Suprema, que resolvió ratificar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, este indica: “La identidad biológica, es de rango superior de aquel estatuto de filiación aparente, ya que constituye un derecho de la personalidad y como tal es inherente al ser humano, sólo por ser tal, en consecuencia, se trata de derechos esenciales y originarios que al legislador únicamente cabe reconocer y garantizar”.

Lo cual se condice con la esencia del ser humano y su derecho de conocer a su familia de origen y ser criado por ella.

Sin embargo, y a pesar de esta manifestación, el suscrito es del parecer que existen situaciones excepcionales en que la posesión notoria puede llegar a ser más beneficiosa que la identidad biológica, como en aquellos caso de aquel padre que no manifiesta ningún interés de mantener la filiación, lo cual se puede verificar, por ejemplo en su inactividad ante un juicio en que se discuta la filiación. En dichos casos, se ve beneficioso que se establezca la posesión notoria del estado civil.

En conclusión el suscrito es del parecer que sería más adecuado modificar el artículo 201 de la siguiente manera:

“En caso de que haya contradicción entre la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, y las pruebas periciales de carácter biológico se preferirá ésta última.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior o la conformidad expresa o tácita de los progenitores de no aplicarla, pre-

valecerá la posesión notoria del estado civil de hijo”.

### III. EN EL EVENTO DE ESTIMARLA AJUSTADA A DERECHO ¿CÓMO SE DEBERÍA RECLAMAR LA POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL.

La posesión notoria se encuentra concebida como un medio de prueba para acreditar la filiación, sin embargo, y como lo ha reiterado la jurisprudencia de los tribunales, en caso de contradicción con la prueba biológica prevalece la posesión notoria, por sobre la prueba biológica.

Los medios de prueba tienen por finalidad establecer la veracidad de un hecho, lo que buscan es dilucidarla, convencer al tribunal de cuál es la verdad, y tratándose de un juicio de filiación, dicha verdad es la biológica.

Couture ha entendido como medio de prueba “Toda cosa, hecho o acto que sirve por si solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio”<sup>28</sup>.

Por ello, si la posesión notoria se tratara de un medio supletorio de prueba, o medio de prueba, no podría en caso de contradicción prevalecer sobre la verdad, porque la prueba tiene por finalidad establecer la veracidad de un hecho y al hacerla prevalecer por sobre la biológica, precisamente se consolida un hecho que no es verídico, al otorgarle la calidad de verdadero padre, madre o hijo a quien no lo es.

Por esto, el suscrito no comparte la jurisprudencia sostenida por los tribunales superiores en orden a indicar que la posesión notoria ha sido establecida como un medio de prueba, eso podía sostenerse antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585, pero en la actualidad, lo que se pretende a través de la posesión notoria de estado civil es constituirlo, en su caso, hacer permanecer un estado civil, en contra de la verdad biológica.

Dicho lo anterior, es necesario determinar cómo se reclama la posesión notoria de estado civil. Es necesario tener presente, que en ningún caso sostenemos que la posesión notoria de estado civil sea una acción, sino que lo que discutimos es que si dicha institución puede servir de fundamento para reclamar o impugnar una filiación ya constituida, o en su caso, si puede servir como una excepción a una impugnación de filiación.

A pesar de un par de fallos que negó la posesión notoria, no existe ninguna duda que la posesión notoria pueda ser reclamada por la vía de la excepción, básicamente para oponerse a una demanda de impugnación de la filiación, por lo cual la posesión notoria opera de manera distinta a como era concebida en el Código Civil de manera original, ya que sólo tenía por finalidad suplir la ausencia de partidas. De hecho, si no fuera aceptado por esta vía, prácticamente la posesión notoria no tendría aplicación práctica.

La duda radica en dilucidar si la posesión notoria del estado civil puede llegar a ser demandada por la vía de la acción.

Al respecto, lo primero que es necesario tener presente, es que no se vislumbra necesidad de que el padre o madre reclamen la filiación en conformidad a la posesión notoria respecto a un hijo que no tiene una filiación determinada, ya que bastaría con reconocerlo. Si en cambio, es el hijo quien pretende valerse de la posesión notoria, se podría vislumbrar una utilidad de la institución.

<sup>28</sup> MENESES PACHECO, CLAUDIO “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, año 14, número 2, 2008, Página 49, Universidad de Talca, Talca, Chile, cita a: COUTURE, EDUARDO J., “Vocabulario jurídico. Una explicación de los sentidos de la palabra prueba y su etimología”, Depalma, 5 reimpresión, Buenos Aires, 1993, pp. 490 y 491

La duda que se formula y que ha sido materia de discusión en los tribunales de justicia, es la relativa a la impugnación de una filiación ya establecida, en la cual conjuntamente se acciona reclamando la filiación basado en la posesión notoria. Han existido fallos en ambos sentidos, siendo mayoritaria la Jurisprudencia partidaria de negar la posibilidad de poder accionar para reclamar una filiación basado en la institución de la posesión notoria.

Existen razones para acoger una y otra teoría, siendo básicamente las de la jurisprudencia mayoritaria las siguientes:

A. Que no existe en la Ley una acción específica que permita reclamar la posesión notoria.

El Código Civil, trata las acciones de reclamación de filiación y las acciones de impugnación, y en ninguno de dichos párrafos, indica que alguna de ellas se pueda fundar en la posesión notoria de estado civil.

B. Que las disposiciones relativas a la posesión notoria se encuentran ubicadas antes de las acciones de reclamación de filiación, por lo cual no estaría contemplada dentro de estas.

La Posesión Notoria de estado civil se encuentra establecida en los artículos 200 y 201 del Código de Procedimiento Civil, mientras que las acciones de reclamación de filiación están establecidas en los artículos 204 y siguientes.

Así lo ha resuelto nuestra Excelentísima Corte Suprema en fallo de causa Rol 4311-2013: “Asimismo, consideran que es correcto entender a la posesión notoria en materia de filiación 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, la que 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, lo que se infiere de relacionar el artículo 200 del Código Civil, ubicado en el párrafo de las reglas generales del Título 8° que regula las acciones de filiación con las normas del artículo 201 e inciso 2° del artículo 309 del mismo cuerpo legal, ya que la primera previene que las pruebas de posesión notoria prefieren a las periciales de carácter biológico y el segundo establece que el estado de padre, madre o hijo debe probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios de prueba previstos en el título octavo”<sup>29</sup>.

C. Que la posesión notoria es sólo concebida como medio de prueba.

Así lo ha resuelto nuestra Excelentísima Corte Suprema por ejemplo en autos Rol 4311-2013, y recientemente en autos Rol 39477-2016 al sostener en su fundamento quinto: “Que los sentenciadores efectuaron una correcta interpretación de las normas jurídicas pertinentes al caso, toda vez, que tal como ha sido sostenido por esta Corte (en autos Rol N° 4311 2013, entre otros), la posesión notoria del estado civil de hijo es un medio de prueba y no constituye una acción de filiación independiente, toda vez 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”.

El suscrito no comparte los argumentos que se han expuesto por los siguientes motivos:

A. Que lo que se interpone no es una acción de posesión notoria de estado civil, sino que una acción

<sup>29</sup> Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/2318/2013, Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de Octubre de 2013, Rol 2248-2015, pronunciada por cuarta sala integrada por los Ministros Patricio Valdés A., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., y los Abogados Integrantes señor Arturo Prado P., y señora Virginia Cecily Halpern M. Fundamento séptimo

de reclamación y de impugnación de filiación, basados en la posesión notoria, acciones que si están reguladas en nuestra legislación. En este sentido se confunde la acción con su fundamento, la acción es la de reclamación e impugnación pero basada en esta institución llamada posesión notoria de estado civil, que aunque se considere como un medio de prueba, perfectamente puede servir como fundamento o base de una demanda.

B. Que si bien las disposiciones relativas a la posesión notoria se encuentran ubicadas antes de las acciones de reclamación e impugnación de filiación, ello no descarta su aplicación por las siguientes razones:

B.1. La posesión notoria del estado civil se encuentra dentro del título VIII llamado “De las acciones de filiación” por lo cual no es efectivo que no esté contemplado dentro de las reglas de las acciones.

“lo que se infiere de relacionar el artículo 200 del Código Civil, ubicado en el párrafo de las reglas generales del Título 8° que regula las acciones de filiación con las normas del artículo 201 e inciso 2° del artículo 309 del mismo cuerpo legal”<sup>30</sup> Que si bien en dicho fallo establece que la posesión notoria es tan sólo un medio de prueba y que no puede servir de fundamento para constituir un estado civil, es importante rescatar de él, la conclusión de que las reglas de los artículos 200 y 201 se encuentran dentro de las acciones de filiación.

B.2. Porque el artículo 200 y 201 se encuentran dentro de las reglas generales, lo que se justifica, porque sería aplicable a todos los párrafos del título, por lo cual la regla de la posesión notoria sería aplicable tanto para la reclamación de filiación como para la impugnación de filiación.

Como fundamento de este argumento podemos hacer valer el mismo fundamento tercero recientemente relatado en el punto anterior.

B.3. Porque el artículo 201 indica “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada”, lo que demuestra su carácter de institución, ya que se establece a través de medios de prueba.

Así queda demostrado en Sentencia de la Corte Suprema, en que precisamente se habla del Instituto de la Posesión notoria y además hace referencia a que debe ser establecido por medios de prueba, así se indica: “Que la procedencia del instituto de la posesión notoria del estado civil de hijo requiere del cumplimiento de los requisitos legales y su debida acreditación en el juicio en el que se reclama una supuesta paternidad, toda vez que la ley exige probar la posesión notoria con un “conjunto de testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”. Tales exigencias plantean 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 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”<sup>31</sup>.

C. Que siguiendo con el razonamiento anterior, no puede ser considerado un medio de prueba, el artículo 201 habla de que la posesión notoria debe acreditarse, los medios de prueba sirven para la

<sup>30</sup> Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters, Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de Octubre de 2013, Rol 4311-2013, Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Patricio Valdés A., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., y los Abogados Integrantes señor Arturo Prado P., y señora Virginia Cecily Halpern M. Fundamento tercero.

<sup>31</sup> Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters, Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de Febrero de 2012, Rol 9607-2011, pronunciada por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G. Fundamento Undécimo.

demostración de la verdad, y aquí a través de medios de prueba acreditamos la posesión notoria.

“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”<sup>32</sup>.

Si sostenemos que la posesión notoria del estado civil es un medio de prueba se daría una situación ilógica, ya que a través de medios prueba, como la testimonial (que se requiere de acuerdo al artículo 200), de la prueba documental, y de otros medios probatorios, probaríamos no un hecho, sino que otro medio probatorio. Sostener ello, a juicio del suscrito, altera la lógica.

D. Porque los fallos de tribunales han permitido por vía de excepción la posesión notoria de estado civil a fin de poder mantener una filiación actual. No se vislumbra ninguna razón jurídica para permitir que se ejerza como fundamento de una excepción y no como fundamento de una acción.

E. Que los fallos referidos a la Ley indígena, basados en el artículo 4 de la Ley 19.253, han permitido el ejercicio de esta reclamación de filiación basada en posesión notoria de estado civil, y cuando estos fallos han invocado sus argumentos legales, estos están fundados en los artículos 200 y 201 del Código Civil.

Entre estas sentencias se encuentran la Rol V-75-2012 del Juzgado de Letras de Lautaro, Rol V-96-2012, del tercer Juzgado Civil de Temuco, Rol 81-2010 del tercer Juzgado Civil de Temuco, Rol N° V-51-2012 del Juzgado de Letras de Pitrufquen.

A fin de establecer dicha posesión notoria “basta la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director” (inciso segundo artículo 4 de la Ley 19.253), empleándose habitualmente, información sumaria de testigos.

Las sentencias así dictadas, son declarativas de estado civil (pero en el fondo lo constituyen) como se demuestra en la parte resolutive de dichas sentencias las que emplean la siguiente frase: “Que ha lugar a la solicitud de fojas \_\_\_\_\_, en consecuencia se declara que don \_\_\_\_\_ cédula de identidad \_\_\_\_\_, tiene la posesión notoria de estado civil de hijo respecto de don \_\_\_\_\_, cédula de identidad N° \_\_\_\_\_”.

Por estas razones, el suscrito cree que los argumentos que se han esgrimido para rechazar la posesión notoria no son sostenibles, y que de admitirse su constitucionalidad, debe al mismo tiempo permitirse que esta pueda servir de fundamento ya sea para una acción de reclamación como para una acción de impugnación.

## CONCLUSIONES

Que la finalidad de este artículo era dilucidar tres aspectos:

32 Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/8461/2011, Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de Octubre de 2011, Rol 2259-2011, pronunciada por cuarta sala integrada por los Ministros Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., señoras Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S. y el abogado integrante señor Ricardo Peralta V. Fundamento décimo sexto.

- a. La constitucionalidad de las normas sobre posesión notoria de estado civil, la eventual colisión de la faz dinámica y estática del Derecho de la Identidad y cuál de las dos debe prevalecer en caso de conflicto.
- b. Si la posesión notoria de estado civil es un medio de prueba o una institución.
- c. y, en su caso, si puede servir de fundamento para el reclamo de una filiación, o la impugnación, ya sea por la vía de la acción o de la excepción.

El suscrito estima, de acuerdo a lo que se ha expuesto que las disposiciones referidas a la Posesión notoria del Estado Civil, no son ajustadas a la Constitución, o que al menos estas disposiciones no deberían prevalecer sobre la verdad real. En este sentido la colisión entre las dos faz del derecho de la identidad, es solucionada de manera incorrecta, ya que debió haberse preferida la identidad biológica por sobre la social en caso de dudas. Esto hubiera permitido que las disposiciones internas fueran acordes con los principios de Derechos Fundamentales garantizados.

Las normas de posesión notoria del estado civil, vulnera el derecho a la identidad que se garantiza cuando el niño puede conocer su origen, a sus progenitores y a su familia, sus antecedentes genéticos y culturales y como lo señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuando es cuidado por sus propios padres.

En cuanto al segundo aspecto, estimo que la posesión notoria no constituye un medio de prueba, sino que es una institución que sirve de fundamento de una acción de reclamación o de impugnación

No se trata de una acción propiamente tal, su ubicación en las reglas generales de las normas de las acciones de filiación, nos permite sostener que se trata de reglas aplicables a la reclamación y la impugnación y, que sirven de fundamento para el ejercicio de dichas acciones.

En cuanto al tercer aspecto, en el evento que se estimen constitucionales sus disposiciones, estimo que puede ser reclamado por la vía de la acción o de la excepción, no existen razones jurídicas que limiten su ejercicio, ya que el legislador no lo ha limitado. Por estas razones creo que la jurisprudencia no ha aplicado correctamente las disposiciones relativas a la posesión notoria del estado civil, ya que no habría ninguna razón para permitirlo para enervar una acción de filiación y en caso contrario, rechazarlo cuando se pretende constituir dicho estado civil. La excusa de que se trata de un medio de prueba no es suficiente, ya que se sabe que la posesión notoria del estado civil, no se basa en la verdad biológica, por lo cual no tiene por finalidad demostrar la verdad real sino que una verdad social.

## BIBLIOGRAFÍA

### A. LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ “La filiación y sus efectos” Editorial jurídica, Santiago de Chile, Octubre de 2000, tomo I.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER “El Código de la Familia” 1ª Edición, Legal Publishing Chile, Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN “Adopción y filiación adoptiva” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2002.

FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO “Derecho Civil de las Personas. Del Genoma al Nacimiento” Editorial Jurídica, Santiago de Chile, julio de 2001.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ “El sistema filiativo chileno” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Septiembre de 2007.

KRASNOW, ADRIANA NOEMI “Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida”, Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina 2005.

LÓPEZ RIVERA, GISELLA “Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos esenciales”, editorial Jurídica Conosur, Santiago Chile Marzo de 2001.

MEZA BARROS, RAMÓN, “Manual de Derecho de familia”, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 3ª Edición, 1995.

RAMOS PAZOS, RENÉ “Derecho de Familia” 5ª Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, febrero de 2007, tomo II.

SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, “Instituciones de derecho de familia”, Editorial Lexisnexis, Santiago de Chile, 2004.

SCHMIDT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA: “La Filiación en el nuevo Derecho de Familia”, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL “Derecho de Familia”, Editorial nacimiento, Segunda Edición, Santiago De Chile, 1963.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Derecho de familia, tomo II, Editores jurídicos Limitada, Santiago de Chile, 1983.

TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN, Derecho de Familia, Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 14ª Edición, 2011.

## B. PAGINAS WEB Y RECURSOS INFORMÁTICOS

Sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

Sitio web del Poder Judicial de Chile [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

Sitio web portal de jurisprudencia de Legal Publishing Chile.

Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters.

Alfonso X El Sabio “Las siete partidas”, librodot, recurso informático, <http://dspace.otalca.cl/handle/1950/6543>.

## C. ARTÍCULOS REVISTA

Meneses Pacheco, Claudio “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, revista Ius et Praxis, año 14, número 2, 2008, Página 49, Universidad de Talca, Talca, Chile.

Pizarro Wilson, Carlos “Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la Ley 19.585”, Revista Ius et Praxis, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 11-29 Universidad de Talca, Talca, Chile.