



udp UNIVERSIDAD
DIEGO PORTALES

ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA VI

ACTAS DE LAS SEXTAS JORNADAS NACIONALES
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

PATRICIA LÓPEZ DÍAZ
DIRECTORA

BORIS LOAYZA MOSQUEIRA
CLEMENTE CHARME CAMPRUBI
DIEGO CARILLO QUERO
DANAE SEPÚLVEDA SANDOVAL
EDITORES

**ESTUDIOS DE DERECHO
DE FAMILIA VI**

**ACTAS DE LAS SEXTAS
JORNADAS NACIONALES
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**

**PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ
DIRECTORA**

**BORIS LOAYZA MOSQUEIRA
CLEMENTE CHARME CAMPRUBI
DIEGO CARILLO QUERO
DANAE SEPÚLVEDA SANDOVAL
EDITORES**

ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA VI
ACTAS DE LAS SEXTAS JORNADAS NACIONALES

© PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ (DIRECTORA)

2023 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: + 56 224838600 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-2577 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 338 - 2

1ª edición abril 2023 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Publicado por Thomson Reuters.

Legal Publishing Chile • Santiago, Chile.

La Ley - Abeledo Perrot • Buenos Aires, Argentina.

Dofiscal Editores • Ciudad de México.



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE

	Página
Prólogo.....	VII

CLASE INAUGURAL VI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DE FAMILIA 2022

El cambio del derecho de familia a través de la legislación y la jurisprudencia.....	3
<i>Leonor Etcheberry Court</i>	

PRIMERA PARTE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA, LA ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA

Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile.....	17
<i>Nicolás Ibáñez Meza</i>	
La vigencia del resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como principio del derecho de consumo.....	47
<i>Erika Isler Soto</i>	

	Página
El interés superior del niño como consideración primordial de la atribución del cuidado personal a terceros en el contexto de la Ley N° 21.430 ¿Derogación tácita del artículo 226 del Código Civil?.....	61
<i>Alejandra Illanes Valdés</i>	
El derecho del niño a ser oído en Chile en tiempos de pandemia: lecciones hacia el futuro.....	81
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
Las modernas vulnerabilidades NNA y la determinación de la tutela aplicable: un intento de sistematización desde el derecho chileno.....	101
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	
Los niños, niñas y adolescentes como pacientes en la relación clínica. Nuevos derechos a partir de reformas recientes.....	129
<i>Marcela Acuña San Martín</i>	
Configuración de la Protección Especial de los Derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile a partir de las Leyes N° 21.302 y N° 21.430. Nudos críticos y desafíos.....	155
<i>Jorge Sepúlveda Varela</i>	
Relevancia, para efectos de las órdenes de expulsión, de los nexos de filiación de los inmigrantes en la Nueva Ley de Migración y Extranjería.....	169
<i>Alexis Mondaca Miranda</i>	
Ingreso irregular al país de niños, niñas y adolescentes por razones humanitarias v/s restitución al país de origen. ¿Cómo se pondera en estos casos su interés superior?.....	187
<i>María Paz Zarzar Encina - Gabriel Muñoz Bonacic</i>	
Tras el umbral del hogar. Niñez, derechos humanos y familias.....	209
<i>María José Jara Leiva</i>	
Estado de la cuestión de la constitucionalización de las relaciones de familia en América Latina.....	237
<i>Francisco Javier Sanz Salguero</i>	

SEGUNDA PARTE
CAPACIDAD, DISCAPACIDAD, PERSPECTIVA
DE GÉNERO Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Capacidad en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual. Tensiones con la idea de discapacidad..... <i>Cristian Aedo Barrena</i>	259
Discapacidad y responsabilidad civil..... <i>Álvaro Vidal Olivares</i>	281
Algunos aspectos a considerar sobre el derecho a un nivel de vida adecuado de las personas con discapacidad mental e intelectual. Medios de protección patrimonial..... <i>María Isabel Rodríguez Alfaro</i>	307
Forzamiento de la interdicción por causa de demencia al ser alimentario demandado mayor de edad con discapacidad intelectual..... <i>Liliana Acuña Frías</i>	333
La internación forzosa de las personas con discapacidad en relación con la Ley N° 21.331..... <i>Andrea Montecinos Tota</i>	345
Monitoreo telemático de medidas cautelares en materia de violencia intrafamiliar. Un análisis desde la perspectiva de género..... <i>Claudia Moraga Contreras</i>	365
Protección de datos personales a propósito de las donaciones de material genético..... <i>Carolina Riveros Ferrada</i>	381
Actual preponderancia del género por sobre el sexo biológico en las relaciones de familia..... <i>Nathalie Walker Silva</i>	391

TERCERA PARTE
POSESIÓN NOTORIA, NOMBRE Y FILIACIÓN

La posesión notoria del estado civil de hijo/a como acción autónoma..... <i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	415
--	-----

	Página
¿“Cara o sello”? Sobre la nueva composición del nombre en la Legislación Chilena	433
<i>Lilian C. San Martín Neira</i>	
La gestación por subrogación en Chile y América Latina	455
<i>Fabiola Lathrop Gómez</i>	
Regulación de la filiación en Chile. Incidencia de la Ley N° 21.400, panorama actual y desafíos pendientes	477
<i>Rommy Alvarez Escudero</i>	
Formas de determinación legal de la filiación, identidad de género y matrimonio homosexual. Algunas inconsistencias en el derecho chileno	501
<i>Sebastián Nicolás Campos Micin</i>	
El derecho a la identidad y la filiación múltiple del niño, niña y adolescente	515
<i>Katherine Liliana Leiva Salinas - Ignacia Belén Vergara Caroca</i>	
El rol de la voluntad en la determinación de la filiación en Chile.....	539
<i>Susan Turner Saelzer</i>	

PARTE CUARTA

DERECHO MATRIMONIAL

Matrimonio igualitario. Justificación o inconsistencia de la subsistencia de dos estatutos diferenciados para la pareja en el derecho civil chileno, a la luz del predominio de la afectividad como fundamento común.....	551
<i>Jorge del Picó Rubio</i>	
¿Cuáles deben ser los límites a la hora de configurar jurídicamente la convivencia de hecho luego de la promulgación de Ley de AUC y el matrimonio igualitario?.....	565
<i>Laura Albornoz Pollmann</i>	
¿Tendrá la homosexualidad alguna incidencia en sede de ineficacia jurídica del matrimonio? Una tematización a partir de las reformas introducidas por las leyes N°s. 21.367 y 21.400	581
<i>Nicolás Malla Castelló</i>	

	Página
Identidad de género, matrimonio igualitario y la terminación del vínculo: algunas notas derivadas de la reforma que la Ley N° 21.400 introdujo al procedimiento de terminación matrimonial.....	607
<i>Emilio José Bécar Labraña</i>	
La adquisición de inmuebles por la mujer casada en sociedad conyugal mediante subsidio habitacional	631
<i>Yasna Otárola Espinoza</i>	
La cesión de los derechos hereditarios de la mujer casada en sociedad conyugal. Problemas pasados y presentes	649
<i>David Cuba Abarca</i>	
Remedios frente al incumplimiento de las limitaciones convencionales a las facultades administrativas del marido casado en régimen de sociedad conyugal	661
<i>Mario Opazo González</i>	
Los problemas que surgen de la aplicación práctica del estatuto de los bienes familiares.....	679
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
La autonomía privada en el acuerdo de compensación económica: entre la naturaleza contractual y de negocio de familia. Una reflexión desde el incumplimiento y la revisión por cambio de circunstancias	691
<i>Pamela Prado López</i>	

QUINTA PARTE

ALIMENTOS Y EXEQUÁTUR Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Alimentos que se deben al cónyuge ¿una trampa sin salida?	711
<i>Veronika Wegner Astudillo</i>	
La radical transformación de la naturaleza de la acción revocatoria prevista en el artículo 5° de la Ley N° 14.908.....	731
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	

	Página
Retenciones judiciales como apremio y garantía del pago de pensiones alimenticias de los hijos menores de edad	747
<i>Jimena Valenzuela del Valle</i>	
Algunos problemas que se presentan en la representación legal en los juicios de alimentos de niños, niñas y adolescentes cuando éstos llegan a la mayoría de edad, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley N° 19.968	759
<i>Ruperto Pinochet Olave</i>	
Exequátur en derecho de familia: cuestiones prácticas sobre el divorcio	771
<i>Pablo Cornejo Aguilera</i>	
La inacción como violencia contra las personas mayores en tiempos de aislamiento social: <i>perspectivas chileno-croata</i>	795
<i>Pedro Antonio Goic Martinic</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	815

PRÓLOGO

Los días 22, 23 y 24 de junio de 2022 se realizaron las VI Jornadas Nacionales de Derecho de Familia en la ciudad de Santiago, organizadas por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales, en representación del Consorcio de Universidades Organizadoras de las Jornadas Nacionales de Derecho Familia.

En dicha oportunidad se presentaron cuarenta y tres ponencias que evidencian la importancia que ha adquirido el derecho de familia en nuestra dogmática, así como las áreas en que se ha focalizado el interés doctrinal, legal y jurisprudencial. Ellas determinaron la conformación de distintos paneles que versaron sobre los principios de derecho de la adolescencia e infancia; la especial tutela del niño, niña y adolescente; la filiación; la capacidad y la discapacidad; los alimentos; la sociedad conyugal y los bienes familiares; la posesión notoria, el nombre y la gestación subrogada; la compensación económica, la representación legal y el exequátur; la perspectiva de género y la protección de datos personales; el matrimonio y el matrimonio igualitario; la infancia, la adolescencia, las familias y la violencia intrafamiliar.

Todas estas ponencias han sido recogidas en este libro, ampliadas por sus autores y autoras en aquellos tópicos que han estimado pertinentes, ciñéndose estrictamente a la extensión editorial que las obras colectivas de esta envergadura exigen, pero conservando la novedad y originalidad que determinó su aceptación en estas VI Jornadas Nacionales de Derecho de Familia.

A ellas se agregaron la conferencia inaugural dictada por Leonor Etcheverry Court y la conferencia de cierre a cargo de Javier Barrientos Grandon. La primera examinó el cambio del derecho de familia a través

de la legislación y la jurisprudencia chilenas. La segunda, en tanto, versó sobre una visión histórica y panorámica del derecho de familia.

Más allá de la importancia teórica y práctica de los tópicos examinados por los diferentes expositores y expositoras, este encuentro académico –cuya última versión tuvo lugar en junio de 2019 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso– fue relevante por dos razones. En primer lugar, porque la casualidad quiso que este tuviera lugar el mismo año en que se celebraron los 40 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, de modo que este evento permitió al Departamento de Derecho Civil contribuir a dicha celebración con un debate intelectual del más alto nivel en el derecho de familia que recogió reflexiones respecto de instituciones clásicas y otras de reciente data que no han estado exentas de controversia. En segundo lugar, porque significó retornar a este encuentro después de dos años dado, que como consecuencia de la pandemia del Covid 19, el Consorcio decidió suspender su realización hasta que las condiciones sanitarias permitieran al menos la presencialidad de expositores y expositoras para promover el debate y reflexión tan necesarios en este tipo de actividades.

Nos tocó un período complejo, pues en marzo de 2022, en que iniciamos su organización, los aforos se ampliaban y restringían sin mucha antelación y todo era relativamente incierto. Nada aseguraba que las condiciones sanitarias no permitieran mantener nuestro cronograma inicial, que el invitado internacional pudiera arribar al país sin inconvenientes o que alguno de los expositores o expositoras no sucumbiera al Covid 19 en el tiempo que restaba para la realización de las jornadas.

Afortunadamente para el mes de junio de 2022 la situación sanitaria estuvo mucho más controlada, lo que nos permitió realizar las Jornadas en República 112, con nuestra conferencista nacional y nuestro conferencista internacional, con los cuarenta y tres expositores y expositoras seleccionados y con una gran cantidad de inscritos que posibilitó el debate riguroso y constructivo y que nos permitió percibir que estas Jornadas se han convertido en una instancia de debate que concita la atención académica, pero muy especialmente de abogados litigantes, integrantes del poder judicial, de la Corporación de Asistencia Judicial y de la Defensoría de la Niñez.

Esta explosión que ha tenido el derecho de familia en los últimos años, incrementada por la entrada en vigencia de la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia de

15 de marzo de 2022, determinó que a fines del año 2022 formalizaran su ingreso al Consorcio de Universidades Organizadoras de estas Jornadas la Universidad Adolfo Ibáñez, la Universidad Católica de la Santísima Concepción y la Universidad de Valparaíso, lo que ratifica la relevancia dogmática del derecho de familia, pues no sólo evidencia el interés de tales universidades en incorporarse sino su masa crítica en esta particular área del derecho, representada por expositores y expositoras que participaron en estas Jornadas y que constituyen un referente en el derecho de familia a nivel nacional.

La primera parte de esta obra colectiva revela el fenómeno expansivo que ha experimentado el derecho de familia en torno al derecho del niño a ser oído, a la eficacia del principio del interés superior en la relación de consumo en el ordenamiento jurídico chileno, al interés superior del niño como consideración primordial de la atribución del cuidado personal a terceros en el contexto de la Ley N° 21.430, a las modernas vulnerabilidades del niño, niña y adolescente, a los niños, niñas y adolescentes como pacientes en la relación clínica, a la configuración de la protección especial de los derechos de niños, niñas y adolescentes a partir de las Leyes N°s. 21.302 y 21.430, a la relevancia para efectos de las órdenes de expulsión del ingreso ilegal al país de niños, niñas y adolescentes por razones humanitarias y al estado de la cuestión de la constitucionalización de las relaciones de familia en América Latina.

La segunda parte aborda los roles de la capacidad en la responsabilidad civil extracontractual, el reconocimiento de la capacidad plena a las personas con discapacidad y las reglas de atribución de la responsabilidad civil extracontractual, el derecho a un nivel de vida adecuado de las personas con discapacidad mental e intelectual, el forzamiento de la interdicción por causa de demencia, la internación forzosa y su proyección en el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, la protección de datos personales a propósito de las donaciones de material genético y la preponderancia del género por sobre el sexo biológico en las relaciones de familia.

La tercera parte examina la posesión notoria del estado civil de hijo como acción autónoma, algunas reflexiones sobre la composición del nombre en la nueva legislación chilena, la gestación por subrogación en Chile y Latinoamérica, la regulación de la filiación en Chile, las formas de determinación legal de la filiación, identidad de género y matrimonio homosexual, el derecho a la identidad y la filiación múltiple del niño, niña

y adolescente y el rol de la voluntad en la determinación de la filiación en Chile.

La cuarta parte explora el matrimonio igualitario, los límites en la configuración jurídica de la convivencia de hecho después de la promulgación del Acuerdo de Unión Civil y del matrimonio igualitario, la incidencia de la homosexualidad en la ineficacia jurídica del matrimonio, la identidad de género, el matrimonio igualitario y la terminación del vínculo, la adquisición del inmueble por la mujer casada en sociedad conyugal mediante subsidio habitacional, los derechos hereditarios de la mujer casada en sociedad conyugal, los remedios frente al incumplimiento de las limitaciones convencionales a las facultades del marido casado en el régimen de sociedad conyugal, los problemas que surgen de la aplicación práctica del estatuto de los bienes familiares y la autonomía privada en el acuerdo de compensación económica.

Finalmente, la quinta parte trata los alimentos que se deben al cónyuge, la radical transformación de la naturaleza de la acción revocatoria prevista en el artículo 5 de la Ley N° 14.908, las retenciones judiciales como apremio del pago de pensiones alimenticias insolutas en los hijos menores de edad, algunos problemas que se presentan en la representación legal en los juicios de alimentos de niños, niñas y adolescentes cuando llegan a la mayoría de edad, el exequátur en el derecho de familia y la protección del adulto mayor ante la violencia intrafamiliar.

Quisiera aprovechar estas líneas para agradecer a todos quienes hicieron posible la realización de estas Jornadas. En primer lugar, vaya mi especial agradecimiento a los ayudantes del departamento de derecho civil Boris Loayza Mosqueira, Diego Carillo Quero, Clemente Charme Camprubi, Danae Sandoval Villaroel, Alexis Salvo Pinilla, Diego Sanhueza Pérez, Josefina Cornejo Pino y Antonio Valenzuela Iturriaga, algunos de los cuales se desempeñaron como editores de los trabajos que componen este libro, por su gran trabajo y compromiso. En segundo lugar, a Simona Blanco y Milena Faiguenbaun por la difusión, organización y realización de estas Jornadas: su apoyo fue fundamental. En tercer lugar, a Carlos Pizarro, secretario ejecutivo de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, así como a Sandra Pizarro, secretaria de dicha Fundación que nos prestaron el apoyo logístico necesario cada vez que lo requerimos.

Recientemente se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.515 que modifica diferentes cuerpos legales para establecer la mayoría de edad

como requisito esencial para la celebración del matrimonio, impactando a la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, el Código Civil y la Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Esta es sólo una pequeña muestra de que el derecho de familia está en constante evolución y que debe adaptarse a cada época, deviniendo en indispensables las reflexiones que propician las Jornadas Nacionales de Derecho de Familia para optimizar la regulación del derecho matrimonial y del derecho de infancia y adolescencia. Al igual que en sus versiones anteriores, este encuentro académico, contribuye cabalmente a este propósito, pues las Actas contenidas en este libro nos presenta con claridad y con gran rigor científico los nudos críticos que actualmente cruzan el derecho de familia, proponiendo soluciones acertadas a tales problemas a partir de principios e interpretaciones que se inspiran en la normativa vigente y que tutelan más acabadamente a los cónyuges, a los convivientes y al niño, niña y adolescente.

LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO/A COMO ACCIÓN AUTÓNOMA

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS*

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas en que no hay unanimidad doctrinaria ni jurisprudencial es aquel referido al rol que juega la posesión notoria del estado civil de hijo o hija: si es un medio de prueba, una excepción en juicio de impugnación y reclamación de la filiación, o una acción autónoma para determinar la filiación.

Durante años, la jurisprudencia de la Corte Suprema mantuvo el criterio de que era un medio de prueba y una excepción, pero últimamente ha comenzado a aceptar la posesión notoria de estado como acción autónoma de filiación. En este trabajo voy a analizar la posesión de estado en sus tres roles desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial y la fundamentación de la Corte Suprema para el cambio de su jurisprudencia.

I. ANTECEDENTES

Antes de la dictación de la Ley N° 19.585 el sistema filiativo tenía como principio básico la protección del matrimonio y para ello establecía un sistema discriminatorio respecto a los derechos de los hijos cuando nacían dentro o fuera del matrimonio. Otro de los principios era el de la

* Doctora en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Profesora titular Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Coordinadora Académica del Magíster en Derecho con y sin mención y del Magíster en Derecho de Familia (s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia. Correo electrónico: maricruz@derecho.uchile.cl.

verdad formal donde se privilegiaba la paz familiar por sobre la verdad biológica y ciertas situaciones no podían investigarse como la maternidad de la mujer casada.

La investigación de la paternidad era muy restringida, para probarla había que hacer un juego de presunciones porque primero no se conocía y luego hacía poco tiempo que se aplicaba la prueba de ADN.

En este contexto se establecía la posesión notoria del estado civil de hijo como una causal para establecer la filiación. El artículo 271 N° 3 del Código Civil prescribía “*Son hijos naturales 3° Los que hubieren poseído notoriamente, a lo menos durante 10 años consecutivos, la calidad de hijo respecto de determinada persona*”.¹ En consecuencia, un hijo o hija que hubiere tenido el nombre, trato y fama por más de 10 años consecutivos de una determinada persona podía demandar la calidad de hijo de éste.

La promulgación de la ley de la filiación –Ley N° 19.585– fue revolucionaria para la época en que se dictó (1998). Provocó un cambio total en el sistema filiativo. Separa matrimonio de filiación y establece sustanciales reformas en aras de lograr la plena igualdad de todos los hijos (artículo 33 del Código Civil).

En efecto, un principio fundamental que inspira a la actual legislación, como se desprende del mensaje del ejecutivo y expresado en la ley, bajo el título “De las Acciones de Filiación”, comprende el derecho de todo individuo a conocer su origen biológico, lo que se traduce en el derecho de acceder a una investigación judicial para determinar quiénes son sus progenitores y, consecuentemente, a tener la relación de progenitor (padre o madre) e hijo o hija que surge del nexo biológico. Lo que implica, a diferencia de la normativa hoy derogada, la prevalencia de la verdad real o biológica por sobre la verdad formal.²

¹ CÓDIGO CIVIL, artículo 271 otorgaba la calidad de “hijo natural” N° 1) a quienes el padre o madre hubiere reconocido como suyo; N° 2) al que hubiera obtenido reconocimiento por sentencia judicial, supeditado a la existencia de un instrumento público en que constara una “confesión manifiesta” de maternidad o paternidad; “N° 3) a los que hubieren poseído notoriamente a lo menos durante diez años consecutivos, la calidad de hijo respecto de una determinada persona”; y N° 4) aquellos reconocidos por el supuesto padre, que citado a presencia judicial, confesare bajo juramento la paternidad.

² CORTE SUPREMA, Sentencia de 20 de agosto de 2020 rol N° 16219-2019, caratulada “Muñoz Carrasco, María contra Zuñiga Miranda, Felipe y otro”.

Asimismo, la Ley N° 19.585 reconoció el derecho del hijo o hija a determinar judicialmente (forzadamente) quién es su progenitor (padre o madre) o progenitores, o a desvirtuarlo a través de la acción de reclamación o impugnación. En caso de encontrarse previamente establecida, ha de ejercerse juntamente con la de impugnación, para destruir la ya fijada, aún en contra de la voluntad de quien lo concibió (artículo 204 del Código Civil).

Desde el punto de vista procedimental, se estableció la más amplia admisibilidad probatoria, como consecuencia del principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad, consagrado en el artículo 198 del Código Civil. De ello se desprende 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 de 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.

No obstante, la prevalencia de la verdad biológica en la Ley N° 19.585, no se reconoce como único fundamento, puesto que se regulan excepciones a ésta como son la aplicación de las técnicas de reproducción asistida con donante, en que se prohíben las acciones de reclamación e impugnación de la filiación (artículo 182 del Código Civil), se reconoce la institución de la adopción en el artículo 179 del Código Civil y la posesión notoria. Con estas excepciones se conforma un sistema cualitativo distinto al biológico o genético, pues lo fundamental está puesto en el cumplimiento del rol social de la parentalidad, el cual no tiene su origen en la naturaleza, sino que debe construirse.

También puede señalarse como otras excepciones a la verdad biológica el que se admita la institución de la repudiación, que procede independiente de que el “repudiado” por el hijo o hija, sea o no su padre o madre biológico;³ y cuando la realidad biológica colisiona con la posesión notoria, que se prefiera, prima facie, a esta última cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 201 del Código Civil.

Además, la posesión notoria deja de ser interpretada como una acción para entablar la filiación y pasa a ser solo un medio de prueba y una excepción en juicio de impugnación y reclamación de la filiación.

³ CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de agosto de 2020, rol N° 2696-2020, caratulada “Antipani Barrientos, Milena con Soto Oyarzo, Miri”.

Con estas excepciones se conforma un sistema cualitativo distinto al biológico o genético. Esto abrió paso a la voluntad procreacional, la que de manera paulatina fue alcanzando mayor importancia en la determinación de la filiación.

Lo fundamental está puesto en el cumplimiento del rol social de la parentalidad, el cual no tiene su origen en la naturaleza, sino que debe construirse.

En consecuencia, hoy día filiación es una relación fundamentalmente jurídica entre el progenitor (padre) y el hijo o hija y el otro progenitor (madre) y el hijo o hija.

II. POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO O HIJA

Como hemos señalado, la posesión notoria del estado civil de hijo o hija es una excepción a la verdad biológica. Busca tener por reconocida una situación fáctica, que se da en los hechos sociales.⁴

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran a la posesión notoria del estado civil de hijo o hija como una especie de reconocimiento de hecho o social de paternidad o maternidad. Tiene lugar cuando al hijo o hija se le nombra, trata y conoce como tal, durante un tiempo prolongado. Puede que biológica o genéticamente no lo sea, pero socialmente lo aparenta.⁵

Doctrinariamente se la ha conceptualizado como “el hecho de gozar de un estado civil a vista de todos y sin protesta ni reclamo de nadie”,⁶ como un “reconocimiento tácito de paternidad”,⁷ o como “la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo con relación a otra independientemente que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica”.⁸

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que la posesión notoria es un medio supletorio para acreditar el estado civil y un medio de prueba

⁴ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Sentencia 7 de septiembre de 2020, rol Nº 345-2020, caratulada “Núñez Constanzo, Paul con Espinoza Ramírez, Héctor”.

⁵ GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 229.

⁶ SOMARRIVA (1983), p. 509.

⁷ GREEVEN (2014), p. 320.

⁸ VARSÍ (2013), p. 595.

para acreditar en juicio la filiación de una persona, cumpliendo los plazos que la actual normativa establece para estos efectos, en que ésta debe haber gozado del tratamiento y reconocimiento que exige la ley,⁹ o que es aquella situación de hecho que, independiente de si la relación padre-hijo o hija, es compatible con la verdad biológica, y determina el goce y estado filiativo de hijo o hija, a través del nombre, trato y presentación ante la sociedad como tal.¹⁰ O que es una forma de probar la filiación que se intenta determinar, basada en la verdad social. Esto se confirma por la ubicación de los artículos que regulan esta institución, después del artículo que establece la regla general para regular las pruebas en materia de filiación (artículo 198) y la prueba pericial biológica (artículos 199 y 199 bis del Código Civil).

Al respecto, el artículo 200 inciso 2° del Código Civil prescribe que *“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”*. De esta definición se derivan los requisitos básicos de esta institución, “nombre, trato y fama”. Esto es que al presunto hijo o hija se le conozca con el nombre y/o apellido de sus progenitores; que la forma de tratar a la persona “sea familiar”, entendida como 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 se pide su reconocimiento. Estos elementos deben ser probados. Es decir, las probanzas que debe rendir el litigante que la invoca deben estar dirigidas a acreditar los elementos que la componen, esto es, sus circunstancias fácticas. Y demostradas, la consecuencia jurídica ineludible es que se está en presencia de dicha institución.¹¹

⁹ CORTE SUPREMA, Sentencia de 21 de octubre de 2013, rol N° 4311-2013, caratulada “Sotomayor Henríquez, Sorella en contra de Villaroel Velásquez, José Patricio y Castillo Concha, Iván”; CORTE SUPREMA Sentencia de 7 de septiembre de 2012, rol N° 8953-2012, caratulada “Rivera con Scott”.

¹⁰ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Sentencia de 7 de septiembre de 2020, rol N° 345-2020, caratulada “Núñez Constanzo, Paul con Espinoza Ramírez, Héctor”.

¹¹ CORTE SUPREMA, Sentencia de 16 de agosto de 2021, rol N° 35516-2021, Partes no se consignan.

Estos requisitos apuntan a la comprobación de lazos afectivos entre progenitor e hijo o hija, que pueden ser demostrados sobre la base de acciones y conductas concretas, como cada uno de ellos supone.

Es así, que podemos señalar que en la posesión notoria resulta evidente que el foco está puesto en la valoración de los lazos psicológicos, emocionales y afectivos que se crean entre el pretendido progenitor o progenitora y el hijo o hija, observando que el telón de fondo es el principio central de primacía de la verdad formal de la posesión notoria por sobre la verdad biológica. Esta idea aparece claramente manifestada en las disposiciones que la rigen, pues busca generar efectos prácticos en el reconocimiento de relaciones construidas en la realidad más que en la formalidad.¹²

Además de los elementos señalados, para probar la posesión notoria de la calidad de hijo o hija de determinada persona se requiere que estos hechos tengan una duración de cinco años, que sea continua, que se acredite por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos, que se establezcan de un modo irrefragable (artículo 200 del Código Civil), lo que servirá para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación.

En referencia a la exigencia de la duración de la posesión notoria por cinco años, no hay unanimidad respecto al cumplimiento del plazo. Jurisprudencia de la Corte Suprema exige el tiempo de cinco años, “por tratarse la posesión notoria del estado civil de un medio probatorio de excepción (...) su procedencia debe sujetarse estrictamente a las exigencias que el legislador impuso (...) 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”.¹³ A su vez, el Tribunal Constitucional ha señalado que de la exigencia del plazo de cinco años continuos de duración de la posesión de hijo o hija “fluye con claridad que el legislador incluyó requisitos de continuidad y durabilidad, por un período a lo

¹² CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Sentencia de 25 de noviembre de 2020, rol N° 9681-2020, Caratulada “Ghiardo Ordoñez, María y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación y otro”.

¹³ CORTE SUPREMA, Sentencia de 4 de mayo de 2015, rol N° 2248-2015, caratulada “Salazar/Castillo” y CORTE SUPREMA, Sentencia de 5 de mayo 2005, rol N° 1325-2004, caratulada “Solabarrieta Chelech, Fernando con Kozak, Sergio Edgardo”.

menos de cinco años continuos y reiterados, durante tiempo prolongado, permitan concluir la existencia de lazos afectivos entre el padre y el hijo, así evitando exponer al niño, niña o adolescente a lo que en la práctica sería una filiación ‘aparente’, producto de una relación socio-afectiva no consolidada, cuestión que resultaría del todo incoherente con la protección y promoción del derecho a la identidad y del interés superior de éste”.¹⁴

En cambio, algunas sentencias de Corte de Apelaciones eximen esta exigencia, basadas en la aplicación del interés superior del niño. Señalan, al respecto, que parece lógico y justo preferir los lazos de afecto, cariño y dedicación demostrado por quien ha ejercido de padre durante toda la corta vida del menor, por sobre la verdad genética.¹⁵ Esta postura es criticada por algunos sectores, porque afectaría la seguridad jurídica, ya que va a depender del criterio del juez el exigir o reducir el plazo dispuesto por la ley.

Considero que la aplicación del plazo no debe ser rígida, sino que debe determinarse aplicando el interés superior del niño o niña, es decir, velando por lo que sea más conveniente para el hijo o hija y por su derecho a la identidad, esto es, si se siente integrante de la familia constituida por el que ha ejercido de progenitor o progenitora.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que, para resolver la contienda sometida a conocimiento de un tribunal, es “necesario considerar una de las principales características y finalidades de la posesión notoria de calidad de hijos, esto es, ser expresión del principio del interés superior del niño”.¹⁶ A su vez, el Tribunal Constitucional ha señalado que “su determinación es en sí misma una cuestión de hecho, estricta y precisamente reglada, que es útil al órgano jurisdiccional para poder dar por suficientemente determinada la filiación, que podría catalogarse como una de tipo social por la vía de la posesión notoria, con fundamento en continuos e ininterrumpidos lazos de afecto y roles, consistentes en ‘ejercer de padre, querer serlo y haberlo sido por más de cinco años puede ser más

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de 29 de julio de 2021, rol N° 9560-2020, “solicitante: Félix Moreno Sepúlveda”.

¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Sentencia de 7 de septiembre de 2010, rol N° 219-2010, caratulado “Bustamante/Herrera”.

¹⁶ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Sentencia de 7 de noviembre de 2020, rol N° 345-2020, caratulada Núñez Constanzo, Paul con Espinoza Ramírez, Héctor”.

relevante que la verdad genética. Además, el padre social ha desarrollado lazos afectivos con el menor, que le dan a éste estabilidad psicológica”.¹⁷

Resumiendo, podemos señalar que la opinión mayoritaria de los Tribunales hasta años recientes, ha sido sintetizada en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago al señalar que la posesión notoria es caracterizable como “un medio para transformar un vínculo sociológico en vínculo jurídico. En efecto la posesión notoria es un medio de prueba del establecimiento de la filiación (que es un vínculo de derecho) entre padre e hijo que se comportan como tales en la realidad (vínculo de hecho), aun cuando no existan entre ellos lazos biológicos, mediante la prueba fehaciente de haberse comportado así (*nomen, tractatus, fama*) generando una apariencia de un estado que no se tenía previamente. Supone entonces la consolidación jurídica de una realidad sociológica, lo que descarta su aplicación, cuando ya se encuentra establecida una filiación”.¹⁸

III. POSESIÓN NOTORIA COMO EXCEPCIÓN

La posesión notoria no solo es un medio de prueba sino también una excepción que se puede oponer en un juicio de impugnación. Esto es cuando el padre biológico impugna una filiación determinada (que no corresponde a la verdad biológica) y reclama la filiación del hijo o hija. Por su parte, el padre legal opone la excepción de posesión notoria del estado civil por más de cinco años para intentar dejar sin efecto la impugnación (artículos 200 y 201). Dice el 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*”. El juez deberá evaluar si debe prevalecer la verdad biológica o la posesión notoria de estado de hijo, en función del interés de éste.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de 29 de julio de 2021, rol N° 9560-2020, considerando Decimotercero “solicitante: Félix Moreno Sepúlveda”; y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). *El Sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 88.

¹⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia de 5 de diciembre de 2019, rol N° 32-2019, caratulada “Lasen/Soto”.

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. Todo ello bajo la idea del interés superior del niño, que entiende que lo más favorable para el desarrollo psicológico del niño o niña, son los lazos afectivos y psicológicos por sobre la sola relación biológica. Esta idea es recogida en el artículo 201 del Código Civil, que dispone que “*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*”. A ello agrega su inciso segundo que, no obstante, lo anterior si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.¹⁹ Este inciso final del artículo 201 permite dar primacía a las pruebas de carácter biológico, de existir graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo o hija de aplicar el criterio o principio general que la misma estatuye. Lo más relevante es, en definitiva, el “interés del hijo”.

Así se desprende, por lo demás, de la historia fidedigna de la ley, al haberse tenido en consideración que era necesario flexibilizar la solución para resolver casos en cuyo origen hubiere un ilícito, y en todos aquellos en que el interés del hijo aconsejare dar prioridad a la verdad biológica.²⁰ Es importante hacer notar que esta forma de resolver la disyuntiva surgió en el debate parlamentario, ya que el proyecto original, inspirado en la idea de la verdad biológica, proponía que primase esta verdad por sobre la social, de lo que se puede colegir que se alcanzó un mayor equilibrio al decantar posibles situaciones que obligan a morigerar el paradigma.²¹

Al respecto, una sentencia de la Corte Suprema ha señalado que “Lo anterior reconoce una importante excepción, que es el contraste que puede provocar el especial medio probatorio establecido para esta específica materia, correspondiente a la denominada posesión notoria de estado civil,

¹⁹ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Sentencia de 7 de noviembre de 2020, rol N° 345-2020, caratulada “Núñez Constanzo, Paul con Espinoza Ramírez, Héctor”.

²⁰ CORTE SUPREMA, Sentencia de 1 de julio de 2013, rol N° 1951-2013, caratulada “Jiménez con Mendoza”.

²¹ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Sentencia de 7 de septiembre de 2020, rol N° 345-2020, caratulada “Núñez Constanzo, Paul con Espinoza Ramírez, Héctor”.

la que prevalece incluso contra la comprobación científica de una filiación biológica. Que, de este modo, el legislador ha querido que comprobada la posesión notoria de estado civil de hijo, prevalecerá dicho medio probatorio por sobre incluso la identidad biológica, lo que perfila dicho instituto como un medio probatorio de excepción, no sólo porque su aplicación se restringe a esta materia, sino también porque tiene la capacidad de prevalecer sobre medios de convicción científicos, siendo, por lo tanto, una regla que además altera en cierta medida la norma general probatoria en materia de familia, pues recordemos que el artículo 32 de la Ley N° 19.668, al disponer que los jueces de familia deben apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, los vincula a razonar y justificar sus argumentos regidos y limitados por las fronteras de la lógica, de la experiencia, y también de los conocimientos científicamente aceptados; pues bien, la posesión notoria del estado civil de hijo de determinada persona permite soslayar este último criterio, cuando se verifica el móvil probatorio”.²²

Una sentencia que sintetiza muy bien el pensamiento de los tribunales señala que “En el caso de autos, la decisión de acoger la demanda de impugnación y reclamación de la filiación materna, privilegiando la posesión notoria alegada, lo ha sido sobre la consideración de la concurrencia de los elementos esenciales de aquella (nombre, trato y fama). Hay argumentos interpretativos que justifican la decisión. Los fines de cada uno de los requisitos, los relativos al nombre, trato y fama apuntan a la comprobación de lazos afectivos entre progenitor e hijo que pueden ser demostrados sobre la base de acciones y conductas concretas, como cada uno de ellos supone. Su *ratio legis* en consecuencia, obedece a la necesidad de dar prioridad a la conformación de identidad en este caso entre Óscar y su pretendida madre. En la posesión notoria resulta evidente que el foco está puesto en la valoración de los lazos psicológicos, emocionales y afectivos que se crean entre el pretendido progenitor o progenitora y el hijo, observando que el telón de fondo es el principio central de primacía de la verdad social que entraba la posesión notoria por sobre la verdad biológica. Esta idea aparece claramente manifestada en las disposiciones que la rigen, pues busca generar efectos prácticos en el reconocimiento de relaciones construidas en la realidad más que en la formalidad; es así preferible una

²² CORTE SUPREMA, Sentencia de 29 de octubre de 2015, rol N° 4939-2015, caratulada “Muñoz con Muñoz”.

madre o padre presentes que uno ausente, como en el caso de autos en que la madre biológica es una figura del todo ausente y desconocida para el niño, quien por el contrario ha construido una identidad como hijo de quien a cuyo favor se reclama. Alterar esta realidad implica pasar por alto el interés superior, porque cabría preguntarse, en este caso de autos ¿con qué objeto? Planteado todo lo anterior, es en el contexto de los principios fundamentales, como el de interés superior del niño, dignidad de la persona, identidad, no discriminación e igualdad, donde la posesión notoria debe ser admitida”.²³

IV. POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO O HIJA COMO ACCIÓN AUTÓNOMA

Como se ha señalado, la jurisprudencia de la Corte Suprema consideró que la posesión notoria de estado civil de hijo o hija sólo constituía un medio de prueba de la filiación basado en la verdad social cuando se deducía la acción de reclamación de filiación, solicitando la determinación de la paternidad o maternidad, e indicando que se configuran los elementos y requisitos constitutivos de esta institución. También considera que la posesión notoria no crea un estado civil, sino que es una forma de probar la filiación que se intenta determinar.²⁴ Una sentencia de la Corte Suprema precisa, en este sentido, que “la posesión notoria no genera ni da lugar a un estado civil, sino que constituye una herramienta para su acreditación dentro de los procedimientos de filiación, por lo que no puede impetrarse una solicitud de posesión notoria como una acción independiente”.²⁵ Una sentencia que ejemplifica lo señalado, es la siguiente: “La solicitante A.A.B., actuando en representación de su hija G.A.A. solicita en gestión voluntaria que se declare y establezca la posesión notoria del estado civil de hija respecto de su madre de crianza, C.M.C.

²³ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Sentencia de 25 de noviembre de 2020, rol N° 9681-2020, caratulada “Ghiardo Ordoñez, María y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación y otro”.

²⁴ CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de septiembre de 2016, rol N° 39477-2016, caratulada “Claudio Fuentes Soto con Juan Sandoval Lorca”.

²⁵ CORTE SUPREMA, Sentencia de 29 de marzo de 2016, rol N° 816-2016, caratulada “Ñanculeo Catrileo, María”.

Funda su petición, en haber iniciado una relación de pareja con ella, vinculándose de tal modo ambas que construyeron una relación propia de madre e hija, manteniendo un vínculo que ha sido...” manifestado en su entorno de amigos, familiares, profesores y vecinos. Los jueces rechazaron esta gestión señalando que la posesión notoria del estado civil ‘no puede ser concebida como una acción en sí misma, ni menos en un procedimiento voluntario o no contencioso, ya que forma parte del contexto de una acción de filiación, que debe dirigirse contra legítimo contradictor’. Agregó la Corte, que las acciones de filiación son nominadas; ellas son las acciones de reclamación e impugnación y al ejercerse a través de una gestión no contenciosa, por ende, al margen de las acciones que sobre la materia ofrece el derecho chileno, no puede prosperar. Además, estas acciones se caracterizan por la existencia de controversia entre dos partes, situación que no se presenta en este caso.²⁶

No obstante, el criterio señalado, en los últimos años se empezó a discutir si la posesión notoria podría ser una acción independiente que permita determinar la filiación para solucionar situaciones como la imposibilidad de impugnar la filiación determinada de un progenitor biológico que no ha estado presente en la vida del hijo o hija, donde muchas veces hasta se ignora su paradero. El deseo de ese hijo o hija es tener la filiación de la persona que ha ejercido como progenitor y para ello reclama la filiación de éste o esta mediante la acción de posesión notoria del estado de hijo o hija.

La nueva interpretación entiende que la posesión de estado de hijo o hija no puede restringirse a ser medio de prueba y a excepción, sino que debe ampliarse a acción autónoma. Esta se basa en la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, primacía del interés superior y en el derecho de toda persona a construir su propia identidad, siendo su ejercicio un derecho personalísimo e inalienable, cuya tutela jurídica se encuentra establecida en los artículos 200 y 201 del Código Civil, “y en los artículos 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político”.²⁷

²⁶ CORTE SUPREMA, Sentencia de 12 de abril de 2016, rol N° 8422-2015, caratulada “Amigo Amigo”.

²⁷ CORTE SUPREMA, Sentencia de 5 de abril de 2022, rol N° 18213-2019, caratulada “Sánchez Herrera, Nicole contra Ríos Gallardo, Cristian”.

Otra sentencia de la Corte Suprema justifica su interpretación señalando “Que no existe en el Título VIII del Libro I del Código Civil precepto alguno que impida invocar la posesión notoria del estado de hijo como fundamento de una acción de impugnación y reclamación, y no sólo como excepción. Y tampoco existe precepto que haga jurídicamente inviable la invocación y el reconocimiento de la posesión notoria del estado de hijo respecto de determinada persona como único fundamento de la impugnación” (...). “Que en lo que concierne a la primacía de la probanza biológica que dicho estatuto consagra, ésta no es absoluta, pues se contempla expresamente la excepción de la posesión notoria del estado civil de hijo, la cual debidamente acreditada prefiere a las pruebas periciales de carácter biológico, según el mandato del artículo 201 del Código Civil, no existiendo en el Título VIII del Libro I de este estatuto precepto alguno que impida invocar esa posesión notoria del estado de hijo como fundamento de una acción de impugnación y reclamación, y no sólo como excepción (...). Que los planteamientos doctrinarios antedichos permiten afirmar que el derecho a la identidad, derecho que no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona, sino que comprende su bagaje espiritual, intelectual, político y profesional entre otras peculiaridades de cada uno, se proyecta socialmente merced a la exteriorización de éstas, y encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano por el hecho de ser tal: se trata entonces de un derecho autónomo, personalísimo y por sobre todo inalienable, siendo por ende merecedor de la tutela jurídica que el derecho debe proporcionarle (...) Y esta tutela, le está dada por los mencionados preceptos 200 y 201 del Código Civil, refrendados por el artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.²⁸

Una fundamentación diferente es aquella que se basa en el derogado artículo 271 del Código Civil, que permitía que la posesión notoria pudiera constituir una fuente de determinación de filiación. La Corte explica su cambio al decir que no resulta razonable sostener que la legislación actual, promotora de mayores derechos de los hijos, haya negado la opción que antes les fue reconocida, de ejercer una acción judicial para establecer un determinado estado civil, basado en la posesión notoria, restringiendo su

²⁸ CORTE SUPREMA, Sentencia de 5 de abril de 2022, rol N° 18213-2019, caratulada “Sánchez Herrera, Nicole contra Ríos Gallardo, Cristián”.

uso a la posibilidad de ejercerla excepcionalmente ante la reclamación de una filiación biológica que no se encuentra determinada, sin que exista ningún fundamento legal que avale dicha postura. Agrega, que “Si se examina la historia fidedigna de la ley, aparece que la motivación para incorporar la norma contenida en el artículo 201 del Código Civil, fue entregar una herramienta que pudiera contrarrestar tardías acciones de reclamación, a quienes en los hechos hubieren ejercido el rol social de padre o madre, privilegiando esa realidad por sobre la biológica al revés de lo que proponía el proyecto de ley originalmente en el supuesto de que se impugnare la filiación legalmente establecida a través del reconocimiento por dicho progenitor de hecho. Cabe tener presente que el Código Civil previo a la reforma introducida por la Ley N° 19.585 ya asumía que la posesión notoria podía constituir una fuente de determinación de filiación. En efecto, si se examina con detención el antiguo artículo 271 del Código Civil, se verá que se otorgaba la calidad de ‘hijo natural’ N° 1) a quienes el padre o madre hubiere reconocido como suyo; N° 2) al que hubiera obtenido reconocimiento por sentencia judicial, supeditado a la existencia de un instrumento público en que constara una ‘confesión manifiesta’ de maternidad o paternidad; “N° 3) a los que hubieren poseído notoriamente a lo menos durante diez años consecutivos, la calidad de hijo respecto de una determinada persona”; y N° 4) aquellos reconocidos por el supuesto padre, que citado a presencia judicial, confesare bajo juramento la paternidad. Que, en tales condiciones, no resulta razonable sostener que la legislación actual, promotora de mayores derechos de los hijos, habría negado la opción que antes le fue reconocida, de ejercer una acción judicial para establecer un determinado estado civil, basado en la posesión notoria, restringiendo su uso a la posibilidad de ejercerla excepcionalmente ante la reclamación de una filiación biológica que no se encuentra determinada, sin que exista ningún fundamento legal que avale dicha postura. Ello en virtud del mandato del precepto 201 del mismo cuerpo legal, según el cual “la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entra una y otra”.²⁹

²⁹ CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de agosto de 2020, rol N° 2696-2020, caratulada “Antipani Barrientos, Milena en contra de Soto Oyarzo, Nuri y Oyarzo Torres, Carlos”.

En síntesis, si analizamos el cambio de criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema podemos concluir que sin modificar la norma se ha extendido la posesión notoria del estado de hijo a ser una acción autónoma para determinar la filiación basándose en la dignidad de la persona, en el libre desarrollo de la personalidad, en los principios del interés superior del niño, derecho a la identidad e igualdad y el derogado artículo 271 del Código Civil. Esta ampliación de interpretación choca con la concepción de que las acciones de filiación son de orden público, nominadas y se caracterizan por la existencia de controversia. Requisitos que no se cumplen.

Asimismo, me preocupa que, en algunos casos, al entablar esta acción no se cite al padre biológico corriendo el riesgo de afectar los derechos de este, sin que pueda defenderse u oponerse.

Para finalizar, cabe preguntarse ¿es posible, en conformidad a la legislación vigente, solicitar la determinación de la filiación vía posesión notoria de estado civil de hijo o hija como acción directa? De acuerdo, a la nueva jurisprudencia, la respuesta pareciera ser sí, aunque hay que señalar que las sentencias que han acogido la posesión notoria del estado civil de hijo como acción no han sido por unanimidad de la Sala, sino que por mayoría. Ministros y ministras que antes la rechazaron hoy día han cambiado su criterio y le dan otra interpretación a la posesión de estado. Pero, un cambio de integrantes de la Sala actual de la Corte puede volver al criterio anterior de rechazar. En conclusión, sin una reforma legal explícita, no hay seguridad de que continúe esta nueva interpretación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2017), *El sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

_____ (2007), *El Sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

GREEVEN BOBADILLA, Nel (2014). *La filiación. Derechos Humanos fundamentales y problemas de su actual normativa*”, Santiago, Editorial Librotecnia.

SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*, Santiago, Editorial ConoSur.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1983). *Derecho de Familia*, tomo II, Santiago, Ediar Editores Ltda.

VARSÍ ROSPGLIOSI, Enrique (2013), *Tratado de Derecho de Familia. La filiación*, Perú, Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema

CORTE SUPREMA, Sentencia de 5 de abril de 2022, rol N° 18213-2019, caratulada “Sánchez Herrera, Nicole contra Ríos Gallardo, Cristián”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 16 de agosto de 2021, rol N° 35516-2021, partes no se consignan.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 20 de agosto de 2020 rol N° 16219-2019, 20 caratulada “Muñoz Carrasco, María contra Zúñiga Miranda, Felipe y otro”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de agosto de 2020, rol N° 2696-2020, caratulada “Antipani Barrientos, Milena en contra de Soto Oyarzo, Nuri y Oyarzo Torres, Carlos”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de septiembre de 2016, rol N° 39477-2016, caratulada “Claudio Fuentes Soto con Juan Sandoval Lorca”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 12 de abril de 2016, rol N° 8422-2015, “Amigo Amigo”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 29 de marzo de 2016, rol N° 816-2016, caratulada “Ñanculeo Catrileo, María”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 29 de octubre de 2015, rol N° 4939-2015, caratulada “Muñoz con Muñoz”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 4 de mayo de 2015, rol N° 2248-2015, caratulada “Salazar/Castillo”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 1 de julio de 2013, rol N° 1951-2013, caratulada “Jiménez con Mendoza”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, rol N° 8953-2012 caratulada “Rivera con Scott”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 21 de octubre de 2013, rol N° 4311-2013, caratulada “Sotomayor Henríquez, Sorella en contra de Villaroel Velásquez, José Patricio y Castillo Concha, Iván”.

CORTE SUPREMA, Sentencia de 5 de mayo 2005, rol N° 1325-2004, caratulada “Solabarrieta Chelech, Fernando con Kozak, Sergio Edgardo”.

Corte de Apelaciones

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Sentencia de 7 de noviembre de 2020, rol N° 345-2020, caratulada “Núñez Constanzo, Paul con Espinoza Ramírez, Héctor”.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Sentencia de 25 de noviembre de 2020, rol N° 9681-2020, caratulada “Ghiardo Ordoñez, María y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación y otro”.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia de 5 de diciembre de 2019, rol N° 32-2019 caratulada “Lasen/Soto”.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Sentencia de 7 de septiembre de 2010, rol N° 219-2010 caratulada “Bustamante/Herrera”.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Sentencia de 25 de noviembre de 2020, rol N° 9681-2020, caratulada “Ghiardo Ordoñez, María y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación y otro”.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Sentencia rol N° 971-2009 de 26 de noviembre de 2009. Solicitante: “Albornoz Albornoz, Osvaldo”.

Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de 29.07.2021, rol N° 9560-2020, “solicitante: Félix Moreno Sepúlveda”.