



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

LATHROP, FABIOLA  
CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL  
DERECHO DE FAMILIA CHILENO  
Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 329-372  
Centro de Estudios Constitucionales de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO\*

## CONSTITUTIONALIZATION AND CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE IN CHILEAN FAMILY LAW

FABIOLA LATHROP\*\*

Universidad de Chile

flathrop@derecho.uchile.cl

*RESUMEN: Este trabajo sistematiza y analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno referida a las relaciones de familia. Se estudian críticamente veintidós sentencias dictadas en cuatro materias específicas: a) matrimonio y orientación sexual; b) libertad probatoria en el divorcio; c) discriminación contra la mujer en las relaciones de familia, y d) filiación y relaciones de cuidado. Asumiendo que la justicia constitucional cumple una función esencial en el proceso de constitucionalización del Derecho, este trabajo verifica que la jurisprudencia constitucional ha contribuido escasamente a la constitucionalización de nuestro Derecho de Familia. Asimismo, se critica la labor de la dogmática en el proceso de constitucionalización del Derecho de Familia y en la redefinición de sus principios fundantes.*

*ABSTRACT: This article automatizes and analyses the case-Law from the Chilean Tribunal Constitucional referred to family relationships. It studies critically twenty-two cases dictated in four matters: a) marriage and gay couples; b) freedom to prove in divorce; c) gender discrimination in family relationships; d) filiation and care relationships. Assuming the constitutional justice fulfils an essential function in the constitutionalization process of the Law, the article verifies that that constitutional case-Law has contributed scarcely to that process. Also, it criticizes the dogmatic role in the constitutionalization of Family Law and in the redefinition of its main principles.*

*PALABRAS CLAVE:* constitucionalización, Derecho de Familia, Tribunal Constitucional.

*KEYWORDS:* constitutionalization, Family Law, constitutional case-Law.

---

<sup>1</sup> Trabajo recibido el 3 de agosto de 2016 y aprobado el 12 de abril de 2017.

\*\* Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular “Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la infancia y vida personal”, Nº 1140033, financiado por Conicyt. La autora agradece el apoyo otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en conformidad a su Política de Ayuda de Viajes para potenciar la productividad académica.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitucionalización del Derecho ha sido definida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente “impregnado” de normas constitucionales<sup>1</sup>. Este fenómeno implicaría dos cuestiones elementales. En primer lugar, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el Derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. En segundo lugar, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares<sup>2</sup>.

El objeto de este trabajo no es dilucidar la existencia o inexistencia de la constitucionalización del Derecho, ni sus ventajas y desventajas. Este artículo parte de la base de la existencia de un fenómeno que ha invitado a los privatistas a revisar ciertos postulados clásicos de su disciplina basados en la supremacía legal<sup>3</sup>. En particular, la verificación de este fenómeno, cualquiera sea el nombre con que se conozca, ha impactado una rama entendida tradicionalmente como perteneciente al Derecho Privado, cual es el Derecho de Familia, en la cual me centraré.

En este trabajo se asume que la justicia constitucional juega una función esencial en el proceso de constitucionalización del Derecho, a tal punto de ser considerada como una de las *condiciones* de su verificación (garantía de la jurisdicción). Bajo este supuesto, se intenta determinar el grado de verificación del proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en el específico aspecto de la jurisprudencia constitucional, efectuando críticas al estado de avance de ésta en materias específicas del Derecho de Familia.

<sup>1</sup> GUASTINI (2009), citando a Louis Joseph Favoreu, p. 49.

<sup>2</sup> DOMÍNGUEZ (2001), p. 37. A este segundo elemento de la constitucionalización del Derecho se opone particularmente en nuestro país, Francisco Zúñiga, al señalar que la aplicabilidad mecánica, directa y sin mediación infraconstitucional, conlleva al absurdo de transformar a la Constitución en un demiurgo normativo, esto es, en derecho material para todo tipo de hechos y situaciones. ZÚÑIGA (2005), p. 18.

<sup>3</sup> Creo que es innegable que el fenómeno existe y que ha repercutido en el Derecho Privado sea por vía doctrinal como jurisprudencial; creo que más allá de sus deficiencias dogmáticas ha generado interpretaciones más acordes a los derechos fundamentales de ciertas disposiciones decimonónicas que no se justifican en una sociedad moderna. Manuel Atienza, al referirse a la constitucionalización del Derecho, señala que pueden adoptarse tres posturas: ignorar o negar el fenómeno y, por tanto, seguir construyendo la teoría del Derecho y la dogmática constitucional como se viene haciendo; en segundo lugar, reconocer la existencia de esos cambios, pero pensar que ellos pueden explicarse y manejarse sin necesidad de introducir algo así como un nuevo “paradigma” en el pensamiento jurídico; o bien, finalmente, pensar que el nuevo fenómeno requiere de una nueva teorización. Cfr. ATIENZA (2007), pp. 116-117.

Efectuado tal análisis, la principal conclusión que arroja este trabajo es que nuestro país no cuenta con una debida acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional. Las ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado sobre el fondo de los asuntos sometidos a su decisión en virtud de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, constituyen la excepción. Existen dos elementos que explican esta situación. En primer lugar, el que la mayoría de dichos requerimientos hayan sido declarados inadmisibles. En segundo lugar, el hecho de que a menudo el Tribunal invoque la denominada “reserva legal”, estrechando determinantemente el ámbito sobre el cual puede pronunciarse. En este sentido, en este trabajo se concluye que el TC chileno no ha hecho propio uno de los elementos que describen el proceso de constitucionalización del Derecho, esto es, el que la norma legal se impregne de los principios constitucionales. En la medida que el Tribunal considera que hay ciertos ámbitos que le están vedados por ser privativos del terreno legal, se dificulta directa e indirectamente el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

En este trabajo se agrupa y sistematiza la jurisprudencia constitucional en materia de Derecho de Familia, detectando aquellas áreas en que nuestro TC ha efectuado una reinterpretación de normas del Derecho de Familia a la luz de principios constitucionales y estándares internacionales. Por su parte, en este artículo se efectúan algunas consideraciones en torno a la importancia de la función interpretativa y de control de constitucionalidad que cumple dicho Tribunal frente a la regulación de las relaciones de las personas en familia. Finalmente, se presentan ciertos elementos de análisis en cuanto a la labor de la dogmática en el proceso de constitucionalización del Derecho de Familia y la redefinición de sus principios fundantes.

## 2. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO PRIVADO

La doctrina que asume la existencia de la constitucionalización del Derecho en nuestro país, atribuye las siguientes características a este proceso. En primer término, se asume que constituye un fenómeno generalizado en diversas áreas del Derecho de países de las más variadas latitudes. En el contexto nacional, este fenómeno ha sido relevado por diversos constitucionalistas que, en la década de los noventa, declaraban que constituía el cambio “de mayor relevancia en nuestra Teoría Democrática y Estado de Derecho”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> CEA (1996), p. 11. Para el autor, la constitucionalización fue desarrollada primeramente por la jurisprudencia de países con una cultura jurídica que le otorga preponderancia a los principios, cláusulas generales,

El surgimiento del fenómeno de la constitucionalización del Derecho en general en nuestro país ha sido fijado en dos hitos: la existencia del recurso de protección en virtud de la Constitución Política de 1980 y la función que le ha cabido al TC desde mayo de 1981.<sup>5</sup> En el Derecho Privado, el origen del proceso de constitucionalización se remonta a la Alemania de la década del sesenta<sup>6</sup>, siendo su principal efecto el haber cambiado el eje o centro de gravedad del orden jurídico, desde la ley (principio de supremacía legal vigente en el siglo XIX) a la Constitución (hacia fines del siglo XX)<sup>7</sup>.

En el contexto nacional, se ha definido la constitucionalización del Derecho Privado como aquel ejercicio de “conferir rango constitucional a ciertos derechos de contenido privatístico”<sup>8</sup>; lo que significa que estos derechos existían antes de la vigencia constitucional pero con otra jerarquía. Un ejemplo de ello estaría dado por la redefinición de los atributos de la personalidad, tradicionalmente desarrollados por la doctrina civilista. Al respecto, se ha señalado que la capacidad de goce sería el único de esos atributos que acerca la noción de persona a la emanación de una dignidad que le confiere derechos por sí misma, pero que, sin embargo, reviste connotaciones primordialmente patrimoniales<sup>9</sup>.

A su vez, la normativa constitucional incidiría directamente en las relaciones privadas entre particulares, sean éstas de índole patrimonial, tales como contratos (autonomía privada y límites a la libre iniciativa económica), bienes (modos de adquirir el dominio y de protegerlo), responsabilidad civil (garantía de protección de la integridad psíquica y reparación integral), y sucesiones (libertad de testar

---

costumbres y valores supremos, finales y cohesionantes del proyecto nacional, plasmados en el preámbulo, o articulados en el texto de la Carta Fundamental; superando la mera incorporación de catálogos más exhaustivos de derechos humanos en las constituciones, la creación de Tribunales Constitucionales y la introducción de acciones y recursos que cautelen tales derechos. Para el autor, este fenómeno supone la concurrencia de causas más profundas, como la perdurabilidad de una sólida conciencia constitucional, la buena fe y la honestidad en la hermenéutica de la Carta Fundamental; la redefinición de su naturaleza y funciones, con sujeción a la dignidad de y los derechos inalienables de las personas (pp. 11-12).

<sup>5</sup> CEA (1996), p. 13.

<sup>6</sup> CORRAL (2004), p. 4.

<sup>7</sup> FAVOREAU (2001), p. 43.

<sup>8</sup> GUZMÁN (2001), p. 36. Para el autor, la operación constitucionalizadora obedece a la denominada “garantía de los derechos”, esto es, la seguridad de poder remover el obstáculo que se oponga a la existencia o ejercicio de los mismos, lo cual implica la disponibilidad de alguna acción judicial de reclamación frente a tal obstáculo (p. 38).

<sup>9</sup> DOMÍNGUEZ (2001), p. 42.

y función social de la propiedad)<sup>10</sup>. En especial, los preceptos constitucionales han repercutido directamente en cuestiones de carácter extrapatrimonial, como el Derecho de la Persona (protección de la vida y derecho a la honra, intimidad e imagen, entre otros) y el Derecho de Familia.

La estrecha relación entre Constitución y Derecho Privado pasaría por tres vectores<sup>11</sup>:

a) la primacía constitucional, toda vez que sustituye el principio de superpotencia de la ley propio de los Códigos decimonónicos;

b) el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, sea por estar llamados a regir con eficacia horizontal como por su marcada y extendida internacionalización;

c) las vías procesales para su tutela; quedando en evidencia la importancia de la justicia constitucional en el proceso de constitucionalización del Derecho, a tal punto de ser considerada como una de las *condiciones* de su verificación (garantía de la jurisdicción)<sup>12</sup>.

Por su parte, se ha señalado que el proceso de constitucionalización del Derecho Privado ha podido verificarse mediante<sup>13</sup>:

a) una vía reformadora, es decir, a través de modificaciones tendientes a ajustar las leyes a la Constitución o a la interpretación que predomine de ella en la voluntad política mayoritaria;

b) una vía hermenéutica o de aplicación indirecta que, a su vez, presenta:

– una *versión moderada*, consistente en interpretar la ley conforme a los preceptos constitucionales; llenando con tales normas conceptos abstractos como la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el orden público; concibiendo la normativa constitucional como parte del espíritu general de la legislación al interpretar la ley<sup>14</sup>; y recurriendo a valores y principios constitucionales a la hora de interpretar actos y contratos que imponen exigencias que lesionan la dignidad o derechos fundamentales de los contratantes o de la parte más débil;

---

<sup>10</sup> CORRAL (2004), p. 6.

<sup>11</sup> KEMELMAJER (2005), p. 1196.

<sup>12</sup> GUASTINI (2009), pp. 51-52.

<sup>13</sup> Tomados de CORRAL (2004), pp. 7-9.

<sup>14</sup> Ramón Domínguez señala que de la subordinación del resto de las normas jurídicas a la Constitución, ha de derivarse una consecuencia en cuanto al sistema de interpretación de las leyes: la superposición a los elementos de interpretación de los arts. 19 y siguientes del CC, de uno más elemental, esto es, el de la adecuación a la norma fundamental. DOMÍNGUEZ (1996), p. 111.

– una *versión radical*, que apuesta por un cambio en la perspectiva metodológica y en la comprensión del Derecho Privado en general, de tal forma que pasa a ser concebido, en todas sus ramas e instituciones, como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional.

Ahora bien, este fenómeno ha generado reticencias y, en particular en el ámbito del Derecho Privado, la versión de carácter radical de la vía hermenéutica recién referida, ha generado serias resistencias. En cierta medida, resulta razonable cuestionarse si la Carta Fundamental, a través de la constitucionalización de las relaciones privadas, ha “robado” espacio a la norma civil, de modo que ésta haya perdido su importancia. Es la razón de fondo que subyace a algunas críticas a dicho proceso por parte de la doctrina privatista.

Algunos autores<sup>15</sup> se oponen a este proceso de constitucionalización, pues habría dado lugar a la creación de lagunas artificiales: al afirmarse que si una materia no es propia de la ley civil, esta falta de ley debe llenarse por una norma constitucional; se señala también que en virtud de este proceso se habrían “expropriado” materias propias de la ley civil (conceptos de persona o propiedad); se afirma que la propia Constitución se declara incompetente para regular las materias propias de leyes con estructuras de Código, como el Código Civil (CC); y, por último, que este proceso puede contrariar el sistema de control constitucional.

A su vez, en el ámbito del Derecho Constitucional se ha criticado la forma en que los privatistas estarían entendiendo y extremando el protagonismo de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Así, se ha señalado que el Derecho Civil muestra una “cuasi patológica fijación hacia el derecho constitucional”, toda vez que pretende encontrar en la Constitución un punto de origen para diversas instituciones, tales como la buena fe o el fundamento a la indemnización por daño moral en la integridad síquica, llegando a ver en las disposiciones constitucionales un sustituto de los principios o fundamentos de la disciplina civilista<sup>16</sup>.

A esta crítica se añade el que la constitucionalización del Derecho chileno, en especial la justicia constitucional chilena, contribuiría a su vulgarización (constitucionalización por vía judicial y no por codificación).<sup>17</sup> En efecto, al no existir

<sup>15</sup> CORRAL (2004), pp. 7-9.

<sup>16</sup> ALDUNATE (2006), p. 43.

<sup>17</sup> CORREA (2005), pp. 163 y 171. Entre otros elementos característicos, el autor identifica en la vulgarización el que la argumentación jurídica tiende a hacerse menos institucional y por tanto más abierta a consideraciones generales, sean económicas o propiamente morales (p. 162).

en nuestro país ni la doctrina de precedentes ni una dogmática suficiente —que serían las dos condiciones para evitar que la constitucionalización por vía judicial desemboque en vulgarización—, no contamos con una debida acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional.

Al respecto, creo que la constitucionalización enriquece el Derecho Privado, revitalizándolo, armonizándolo con concepciones jurídicas modernas; en especial, lo renueva a la luz de los derechos fundamentales, como ha sucedido en materias relativas a la persona y a las familias. En este sentido, mal podría constituir una amenaza para la ley civil; no debe temerse que la norma fundamental termine por relegar al Derecho Privado pues, a mi juicio, éste mantiene vigentes sus propios principios e instituciones cardinales. Lo que ocurre es que algunos de ellos deben releerse o reinterpretarse<sup>18</sup>.

### 3. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

Una parte creciente de la dogmática contemporánea del Derecho de Familia en Latinoamérica ha analizado las formas en que nuestras Constituciones definen y regulan la vida familiar, así como en las implicancias de los derechos constitucionales de los miembros de la familia. Inspirados en el proceso de constitucionalización del Derecho, especialistas en Derecho de Familia y de Derecho de la Infancia han comenzado a efectuar un análisis dogmático que se relaciona directamente con los principios, normas y precedentes constitucionales<sup>19</sup>, llegando a afirmar que la constitucionalización del Derecho de Familia ha “transformado” esta rama del Derecho. Así, sobre la base de este enfoque, han comenzado a cuestionar las bases de una dogmática que justifica la regulación de la vida familiar en términos de una concepción orgánica e ideal de la familia y un reconocimiento desigual de los derechos individuales de todos los miembros de la familia (en particular, las mujeres y niños)<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Así, se ha afirmado que: “La materialización de esos principios generales y abstractos [contenidos en la Constitución] en reglas precisas es una tarea que corresponde al legislador y, particularmente, al Código Civil”, precisando que “la constitucionalidad del derecho civil no supone un abandono del Código, sino una nueva ‘mirada’ sobre sus categorías y reglas esenciales (...).” TAPIA (2005), p. 364.

<sup>19</sup> (SOTO (1994), pp. 217-229; HERNÁNDEZ (2008), pp. 17-52; LLOVERAS y SALOMÓN (2010), pp. 73-115; ÁLVAREZ (2011), pp. 27-51).

<sup>20</sup> En esta parte tomo algunas ideas expuestas por Nicolás Espejo en la conferencia dictada el día 18 de noviembre de 2014, en la Universidad Diego Portales, en el marco de la Cátedra por el Derecho Continental (Congreso Internacional. Universidad Diego Portales-Fondation pour le Droit Continental).

Este tipo de doctrina vincula las instituciones específicas del Derecho de Familia con los presupuestos normativos que los sostienen, en el marco de un orden constitucional y democrático de Derecho. En esta doctrina es posible distinguir trabajos que ponen de relieve el impacto de las reformas constitucionales en la regulación de la familia<sup>21</sup>, y otros que se centran en las principales consecuencias derivadas del Derecho Internacional de Derechos Humanos<sup>22</sup>.

El estudio de la persona en sus relaciones jurídico-familiares (Derecho de Familia o Derecho de la Persona en familia) ha sido estudiado tradicionalmente por los especialistas del Derecho Civil (o del Derecho Privado), aplicando categorías e interpretaciones propias de esta rama del Derecho. Una vez que las Constituciones latinoamericanas comienzan a proteger, de manera más o menos explícita e integral a la familia, el enfoque de análisis se traslada a uno de corte público, generándose tensiones entre la Constitución nacional y la legislación sobre dichas relaciones personales y familiares.

Estas tensiones han sido abordadas por disciplinas constitucionalistas y familistas en forma paralela, y con ocasión de instituciones específicas impactadas por este proceso de constitucionalización. Así, salvo escasas excepciones en el contexto latinoamericano, estas problemáticas no han sido abordadas por ambas disciplinas conjunta y conjugadamente. La adecuación de la legislación de familia a los principios constitucionales y la redefinición de ciertos contenidos civiles presentes en la Constitución constituye un gran desafío para la doctrina de familia. Esto, porque, como consecuencia derivada de un extendido neoconstitucionalismo<sup>23</sup>,

<sup>21</sup> (ZANNONI (1998), pp. 22 y ss.; PARRA (1996), pp. 47-52; CALVO (2000), pp. 163-165; DE LA FUENTE (2012)). En nuestro país, Zúñiga y Turner han efectuado un estudio comparado a nivel latinoamericano, poniendo de relieve que el texto constitucional chileno no contiene un estatuto sistemático sobre la familia que oriente la labor del legislador, agregando que “la hipertrofia abstencionista del constituyente original sumada a una regulación fragmentaria de la familia a nivel legal, han provocado una protección insuficiente y dispar de esta institución en el ordenamiento chileno”. TURNER y ZÚÑIGA (2013), p. 277.

<sup>22</sup> Existe cierto consenso en que los Derechos Humanos han impactado fuertemente las relaciones familiares, tornándose directamente aplicables a ellas. Esto ha llevado a aseverar que los Derechos Humanos se han convertido en el “principal” motor de evolución del Derecho de Familia. GIL *et al.* (2006), p. 5. Véase también (BELOFF (2008), pp. 11-44; LLOVERAS y SALOMÓN (2010), pp. 73-115). La constitucionalización del Derecho de Familia ha sido escasamente abordada en el ámbito nacional; a ella se ha referido Schimdt, enfatizando la importancia de la codificación y de la humanización del Derecho como elementos caracterizadores de tal fenómeno. SCHIMDT (2005), pp. 1235-1244.

<sup>23</sup> El término “neoconstitucionalismo” alude a una doctrina alimentada por la constitucionalización del Derecho, que describe ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial. (NÚÑEZ (2012), p. 515; ALDUNATE (2010), p. 80). El primero de estos autores reconoce la existencia de esta corriente señalando que su sustrato corresponde a “la existencia de sistemas

la sujeción de la ley a la Constitución podría debilitar el carácter dogmático de la primera, ya que sólo *toma posesión* de su carácter dogmático una vez que se produce su encaje o ajuste con la normatividad constitucional (súper-dogma). Y ello ocurre, sin embargo, con el coste de que, debido a la presencia en la Constitución de contenidos sustantivos difíciles de precisar, no es fácil saber cuál es su contenido o qué es *lo que dicen* las normas constitucionales.

#### 4. DERECHO DE FAMILIA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CHILENA

Como he señalado, el objeto de este trabajo es determinar el grado de verificación del proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en el específico aspecto de la jurisprudencia constitucional, efectuando críticas a su estado de avance. También he señalado que la justicia constitucional jugaría una función esencial en el proceso de constitucionalización del Derecho, a tal punto de ser considerada como una de las *condiciones* de su verificación (garantía de la jurisdicción). Al respecto, podemos concluir que nuestro país no cuenta con una debida acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional.

Como se verá, las ocasiones en que nuestro TC se ha pronunciado sobre el fondo de los asuntos sometidos a su decisión en virtud de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad constituyen la excepción (la mayoría de ellos han sido declarados inadmisibles). Por su parte, en varios casos en que ello ha sucedido, la invocación de la denominada “reserva legal” estrecha determinantemente el ámbito sobre el cual puede pronunciarse. Revisada la jurisprudencia del TC chileno entre los años 1973 y 2016, es posible rescatar 61 fallos dictados en materias de Derecho de Familia. De ellos, este Tribunal ha dictado 9 sentencias recaídas en control de constitucionalidad de las leyes. Para efectos de este artículo, en cambio, revisaré las sentencias emitidas en virtud del control concreto de constitucionalidad autorizado por el art. 93 Nº 6 de nuestra Constitución.

---

normativos encabezados por una Constitución que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces” (p. 515). El segundo autor es reticente a la existencia de una “teoría” neoconstitucionalista; el que denomina “neoconstitucionalismo histórico”, en cambio, estaría relacionado con los elementos que señala Núñez y, en especial, en lo que interesa relevar en este artículo, con la constitucionalización del Derecho, en la medida que comprende el reconocimiento de la fuerza normativa directa del texto constitucional y su proyección en el sistema de fuentes subconstitucionales (p. 100).

Esta jurisprudencia –constituida por 52 fallos pronunciados desde 2007– puede agruparse bajo las siguientes materias:

Materias matrimoniales		Materias filiativas		Otras materias	
Matrimonio entre personas del mismo sexo	1	Acciones de Filiación	23	Secuestro internacional de menores de edad	1
Divorcio sanción por conducta homosexual	2	Cuidado personal de los hijos	4	Guardas	1
Divorcio de común acuerdo y libertad probatoria	3	Relación directa y regular con los hijos	2		
Separación judicial matrimonial	1	Alimentos debidos a menores de edad	2		
Compensación Económica	9	Adopción	2		
Bien familiar	1				

A continuación me referiré a las sentencias del elenco que presenta el recuadro anterior, y que me han parecido más relevantes, agrupadas de la siguiente forma: matrimonio y orientación sexual; libertad probatoria en el divorcio; discriminación contra la mujer en las relaciones de familia, y filiación y relaciones de cuidado.

#### *4.1. Matrimonio y orientación sexual*

En materia de orientación sexual y relaciones familiares, existen dos sentencias que analizaré. La primera dice relación con la constitucionalidad de la norma que define el matrimonio como con un contrato entre un hombre y una mujer; la segunda se relaciona con la disolución del matrimonio por una especial causal, cual es la conducta homosexual del cónyuge demandado.

El TC chileno, con fecha 3 de noviembre de 2011, resolvió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 102 del CC chileno<sup>24</sup>. Esta acción fue impulsada por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, como medida para mejor resolver, al conocer de un recurso de protección interpuesto ante una supuesta vulneración al derecho de igualdad ante la ley<sup>25</sup>. La conculcación de esta garantía se habría producido luego de que un Oficial del Registro Civil se negara a otorgar hora para contraer matrimonio a los

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1881, de 3 de noviembre de 2011.

<sup>25</sup> Rol N° 6787-2010, caratulado “Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana”.

señores Peralta y Arias, por una parte, y a convalidar, por otra, el matrimonio celebrado en Argentina por los señores Arce y Lillo y el matrimonio celebrado en Canadá por los señores Abran y Mardones. El Oficial del Registro Civil argumentó que sólo podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

Al hacerse parte en la acción, el abogado patrocinante del recurso de protección señaló que el art. 102 del Código Civil establecía una diferencia arbitraria que vulneraba el principio de igualdad ante la ley. A su vez, el Director Regional Metropolitano del Servicio de Registro Civil informó que el actuar del Servicio se ajustaba a la legislación vigente, pues el art. 102 del CC establecía que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, y que el art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil (LMC) prescribía que el matrimonio celebrado en país extranjero producirá en Chile los mismos efectos que el contraído en territorio nacional, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

El TC rechazó este requerimiento por motivos de forma, señalando que lo que verdaderamente se cuestionaba en él era un estatuto jurídico complejo –el vínculo matrimonial– regulado por el CC y la LMC, y no sólo el art. 102 del CC. Señaló, además, que calificar un estatuto jurídico no se encontraba dentro de la esfera de sus atribuciones; y refirió una errónea formulación del requerimiento, al no haberse impugnado el mencionado art. 80 de la LMC, que sería una norma decisiva para la resolución de la gestión impuesta por las parejas casadas en el extranjero.

En especial, el Tribunal argumentó que la reserva de ley impedía su pronunciamiento por las siguientes razones.<sup>26</sup> Por una parte, afirmó que el art. 63 Nº 3 de la Carta Fundamental, al señalar cuáles son las materias de ley, indicaba como una de ellas las que “*son objeto de la codificación civil*”. Por otra parte, el Nº 20 del mismo artículo establecía como materia de ley “*toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*”. De esta forma, la regulación del matrimonio, en concepto del Tribunal, sería un asunto propio de la codificación civil; por ello, resultaría evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuiría una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil, siendo, de esta forma, la ley la llamada a establecerlo<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Considerando quinto.

<sup>27</sup> Considerando séptimo.

Por último, el Tribunal afirmó que la acción pretendía reformular un sistema de normas de modo integral, al tiempo de buscar regular positivamente una institución de modo distinto al vigente; señaló, además, que lo que verdaderamente se impugnaba era la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, y que tal Tribunal no se encontraba facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad<sup>28</sup>.

Como puede apreciarse, el voto de mayoría del TC no se pronunció sobre la pretendida constitucionalidad de la norma que regula el matrimonio entre un hombre y mujer. El argumento para obviar dicha decisión fue, fundamentalmente, el que la regulación del matrimonio es una cuestión dejada al legislador. Hubo cinco votos de minoría, de los cuales cuatro estuvieron a favor del rechazo del requerimiento y solo uno a favor del mismo.

En cuanto al divorcio sanción por conducta homosexual, el 10 de abril de 2014,<sup>29</sup> el TC pronunció sentencia rechazando el requerimiento de inaplicabilidad por constitucionalidad del art. 54 Nº 4º de la LMC. En efecto, se alegaba la inaplicabilidad de tal norma en un proceso de divorcio por culpa seguido en contra del accionante, a quien se le imputaba conducta homosexual por parte de su cónyuge en causa seguida ante Juzgado de Familia de Antofagasta<sup>30</sup>.

El TC señaló que la falta que se le imputaba al cónyuge era un *acto o actividad* constitutiva de conducta homosexual, sin que fuera causal de divorcio culpable la mera orientación afectiva hacia persona del otro o del mismo sexo. Señaló, asimismo, que la norma objetada consideraba como causal de divorcio la transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio; agregando que, en este caso, ello se verificaba por la conducta o actos de uno de los cónyuges con personas del otro o del mismo sexo que implicaban contacto sexual o que, sin llegar a serlo, constituyan la exteriorización de afectos propios del matrimonio. En suma, afirmó que la norma no representaría una diferenciación arbitraria respecto a otras causales de divorcio por culpa, pues todas ellas –al menos– supondrían una infracción al deber de fidelidad conyugal, sin perjuicio de que alguna de tales conductas, además, llegase a ser constitutiva de delito<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Considerando noveno.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2435-13, de 10 de abril de 2014.

<sup>30</sup> RIT C-200-2013. Las normas constitucionales invocadas eran: art. 1º, incisos 1º y 2º; art. 5º inciso 2º, y art. 19 Nº 2º.

<sup>31</sup> Considerandos decimosexto y decimoctavo.

#### *4.2. Libertad probatoria en el divorcio*

El TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de ciertas normas específicas que regulan la disolución del matrimonio por divorcio de mutuo acuerdo; en concreto, sobre las exigencias probatorias del cese efectivo de la convivencia establecidas en la LMC. Este cuerpo legal efectúa una distinción dependiendo de si el matrimonio en cuestión ha sido celebrado antes o después de la entrada en vigencia de dicha ley. El TC ha emitido pronunciamiento al respecto con fecha 26 de marzo de 2013<sup>32</sup>, rechazando un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 22, 25 y 2º transitorio de la LMC.

En este caso, una jueza de familia había promovido tal acción en el contexto de sustanciación de una causa sobre divorcio de común acuerdo.<sup>33</sup> Al respecto, la LMC establece que, en este tipo de juicios, el cese efectivo de la convivencia de un año debe probarse a través de medios específicos: a) escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil; c) transacción aprobada judicialmente; d) demanda en que se solicite reglar las relaciones mutuas de los cónyuges o las relaciones con los hijos; y, por último, e) escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, o acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o constancia unilateral de la intención de poner fin a la convivencia ante el juzgado correspondiente, siempre que en estos tres últimos casos el otro cónyuge sea notificado de tal intención.

Sin embargo, los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la LMC, es decir, antes de octubre de 2005, no están sujetos a estas limitaciones probatorias para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; pudiendo el juez estimar que ella no se ha acreditado si los medios de prueba aportados no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho o, al contrario, estimar que los medios de prueba que se le presenten sí se lo han permitido.

En este caso, el requirente esgrimía que la ley había establecido una discriminación arbitraria entre los matrimonios celebrados antes de la vigencia de la mencionada ley y los celebrados con posterioridad a ella; ello, en cuanto dejaba a los primeros en una posición probatoria más favorable que los segundos.

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2207-12, de 26 de marzo de 2013.

<sup>33</sup> RIT C-7198-2011, caratulada “Valverde con Ruiz Tagle”. Las normas constitucionales invocadas eran: art. 1º inciso 1º; y el art. 19 N° 2, N° 3 incisos 1º y 5º, y N° 26.

Al respecto, el Tribunal señaló que el juez natural conservaba la posibilidad de revisar la certeza de la respectiva probanza, tal como podía hacerlo respecto de aquélla rendida por los cónyuges casados después de la entrada en vigencia de la ley en aquellos casos en que hubiere sospecha de fraude. Señaló que “*(...) es al juez de la causa al que incumbe ponderar la pertinencia y valor de las demás pruebas que las partes en el juicio de divorcio puedan hacer valer para acreditar la época de cese de la convivencia, sin exclusión de medios probatorios (...)*”.

No obstante este razonamiento, el Tribunal rechaza el requerimiento señalando que parecía claro que el límite probatorio impuesto en los arts. 22 y 25 de la LMC respecto de los cónyuges que contrajeron matrimonio después de su vigencia, por remisión del inciso tercero de su art. 2º transitorio, no importaba crear una diferenciación arbitraria respecto de personas que se encontraban en similar situación. El distingo, por el contrario, devendría lógico y razonable “*en la medida que procura evitar que, por la vía de la simulación, se vulneraran los objetivos de la norma, como podría suceder en el caso de producirse un consenso fraudulento entre los cónyuges respecto de la fecha del cese de la convivencia, alternativa que no podría darse en el caso de quienes se casaron con anterioridad a la ley*”<sup>34</sup>.

Como vemos, el TC estima que no hay discriminación entre uno y otro tipo de matrimonio. Sin embargo, más allá de si constituye o no una arbitrariedad facilitar o dificultar la prueba de la fecha del cese de la convivencia a partir de un elemento cronológico, cual es la época de celebración del matrimonio que se pretende disolver, el problema de fondo, a mi juicio, es la pertinencia de normas que exigen el transcurso de ciertos plazos para poder acceder al divorcio, sea éste unilateral (tres años) o de mutuo acuerdo (un año).

Mi opinión es que, en estos casos, al igual que en el divorcio-sanción del art. 54 de la LMC –que no requiere el transcurso de cierto término–, el elemento que subyace a la solicitud es el cese del afecto matrimonial, pues los cónyuges no desean seguir con su comunidad de vida, sea cual sea la causa que se invoque a tal efecto.

Los plazos exigidos para acceder al divorcio y a la separación judicial en América Latina varían dependiendo de si la solicitud es unilateral o de común acuerdo. En el caso de solicitudes unilaterales, en general, se requiere no menos de dos años continuos de separación física.<sup>35</sup> Cuando la petición es presentada

<sup>34</sup> Considerando decimoquinto.

<sup>35</sup> Dos años: arts. 349 y 333 Nº 12 del CC de Perú (habiendo hijos el plazo se eleva a cuatro años); art. 1580.2 del CC de Brasil; art. 154 Nº 8 del CC de Colombia. Tres años: art. 110.11 del CC de Ecuador; arts.

por ambos cónyuges o convivientes civiles, las legislaciones, en general, exigen no menos de un año de separación de cuerpos<sup>36</sup>. En todo caso, cabe señalar que se observa una tendencia a acortar o suprimir los plazos de cese de la convivencia exigidos, como ha sucedido en México<sup>37</sup>, Bolivia<sup>38</sup> y Argentina<sup>39</sup>.

Al igual que en nuestra región, en Europa<sup>40</sup> existen países que distinguen entre divorcio por solicitud unilateral y por solicitud de ambos cónyuges al momento de exigir transcurso de plazos de separación de cuerpos. Así, considerando los Estados que hacen esa distinción, el promedio de tiempo para acceder al divorcio unilateral es de casi tres años, mientras que el promedio es de un año para el caso en que ambos cónyuges piden el divorcio.<sup>41</sup> En cambio, en los países que no efectúan tal diferencia, el promedio del plazo para acceder al divorcio es de un año, teniendo en cuenta que al menos cinco de ellos no exigen transcurso alguno de plazo<sup>42</sup>.

Esta tendencia normativa en materia de divorcio se debe al creciente reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares; sea en el acceso al matrimonio o a otras uniones no matrimoniales formalizadas, como a su terminación. También se observa esta tendencia en la regulación de los efectos de dicha terminación, sea en cuanto a la facilitación de procedimientos, acortamiento o supresión de plazos de cese de convivencia exigidos, libertad probatoria, o reconocimiento de acuerdos conyugales, con lo cual se abandona el excesivo paternalismo e intervencionismo legal y judicial que caracterizó a las primeras legislaciones divorcistas.

---

148.9 y 187.1 del CC de Uruguay. Excepcionalmente, el art. 4º de la Ley N° 45/91 de Paraguay requiere un año de separación sin la intención de reasumir la cohabitación.

<sup>36</sup> Artículo 1580.2 del CC de Brasil; art. 333 N° 12 del CC de Perú.

<sup>37</sup> El CC Federal de 2008 regula, en su art. 267, una causal de divorcio consistente en el mutuo acuerdo (causal XVII) que no exige plazo de cese de convivencia, pero puede sólo solicitarse transcurrido un año de la celebración del matrimonio (art. 274).

<sup>38</sup> El art. 205 del Código de las Familias, de 2014, establece que el divorcio o la desvinculación de la unión libre proceden en la vía judicial por ruptura del proyecto de vida en común, por acuerdo de partes o voluntad de una de ellas; agregando que también proceden en la vía notarial por mutuo acuerdo.

<sup>39</sup> Artículos 435 y siguientes del CC, que no exigen plazo de cese de convivencia.

<sup>40</sup> Red Judicial Europea, [https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-es-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-es.do), fecha de consulta 15 de junio de 2016.

<sup>41</sup> Francia efectúa tal distinción, pero no exige plazo para el caso de divorcio de común acuerdo; lo mismo ocurre en Portugal y en Latvia.

<sup>42</sup> Países Bajos, Polonia, Eslovenia, Bulgaria, y España. El art. 81 del CC español sólo requiere que el matrimonio haya durado tres meses, sin requerir plazo de cese de convivencia.

Lamentablemente, a mi juicio, nuestro TC no se ha referido a este aspecto. Las normas de la LMC referidas a estos plazos han sido impugnadas alegando una discriminación entre los matrimonios celebrados antes y después de la entrada en vigencia de dicha ley, y no a la razón formal de la exigencia de los plazos. Probablemente, influye en esta reticencia el que la normativa sobre matrimonio civil es relativamente reciente, razón por la cual podría ser injustificado revisar su pertinencia. Cabe recordar que Chile fue uno de los últimos países del mundo en legislar sobre divorcio vincular, por lo que es dable pensar que deberá generarse aún un cúmulo de doctrina y jurisprudencia que consolide los argumentos que desde la doctrina más moderna se han construido defendiendo la intimidad personal y familiar, la autonomía de la voluntad y la armonía familiar, e impulsar un cambio de mentalidad de nuestros jueces y legisladores.

#### *4.3. Discriminación contra la mujer en las relaciones familiares*

El TC chileno ha tenido ocasión de referirse a la discriminación por razón de género en contra de la mujer, a propósito de la compensación económica, que es una institución del Derecho de Familia chileno basada en el principio de la protección del cónyuge más débil consagrado en el art. 3º de la LMC. Si bien esta ley no refiere el género del cónyuge beneficiario de la misma, en la práctica se ha transformado en un mecanismo tendiente a eliminar el menoscabo económico que, en la mayoría de los casos sufre la mujer, por haberse dedicado a las labores del hogar y cuidado de los hijos comunes, habida consideración de que la composición de los hogares chilenos aún se basa en una marcada división de roles y funciones en razón del género de sus integrantes. De esta manera, puede afirmarse que la compensación económica está inspirada, entre otros elementos, en el respeto al principio de igualdad y no discriminación. En especial, tal como se desprende de la sentencia del TC chileno que se comentará a continuación, se trata de un derecho que nace de la declaración de divorcio o nulidad encaminado a la efectividad del principio de igualdad, es decir, a la igualdad real.

En efecto, en materia de compensación económica, el TC, en sentencia de 27 de septiembre de 2012<sup>43</sup>, rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 66 de la LMC N° 19.947 de 2004 y del art. 14 de la Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias N° 14.908 de

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2102-11, de 27 de septiembre de 2012.

1962. Se trataba de un proceso sobre cumplimiento de acuerdo de compensación económica; en el cual el accionante tenía la calidad de parte demandada.<sup>44</sup> El accionante sostenía la improcedencia del apremio consistente en arresto en caso de no pago de compensación económica pactado en cuotas, por ser contrario a la prohibición de prisión por deudas contenida en el art. 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El Tribunal rechazó el requerimiento utilizando argumentos provenientes del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en especial, instrumentos tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (CA) y la Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw).

En primer lugar, el Tribunal consideró que la compensación económica era una obligación legal; agregando que algunos de los elementos sustantivos que se consideraban para determinar esa obligación eran también de aquellos propios de las obligaciones alimentarias –tales como la situación patrimonial de ambos ex cónyuges, la edad y el estado de salud del beneficiario, su situación en materia de beneficios previsionales y de salud, su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral<sup>45</sup>, de manera tal que, al menos en parte, dicha obligación tenía un componente alimentario que, por razones técnicas –fijeza o inmodificabilidad y ausencia de relación familiar durante su pago–, se calificaba de asistencial. El Tribunal añadió que aun cuando la sola naturaleza legal de la obligación compensatoria bastaría para desplazar la presencia de una prohibición por deudas en los términos prohibidos por la CA, sus componentes alimentarios o asistenciales hacían que la asimilación legal referida para efectos de su cobro en cuotas fuera compatible con la excepción a dicha prohibición<sup>46</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal señaló que debía rechazarse el requerimiento porque no se transgredía la CA cuando al deudor se le encarcelaba por no pago de las cuotas; pues no se le sancionaba penalmente, sino que se le presionaba o apremiaba para que cumpliera, mediante una restricción de libertad ordenada en una orden judicial de arresto nocturno<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Juicio caratulado “Stolzembach con Marchessi”, RIT Z-70-2011, sustanciado ante el Juzgado de Familia de Puerto Varas. Las normas constitucionales invocadas eran: el art. 5º y el art. 19 Nº 7.

<sup>45</sup> Conforme al art. 62 de la LMC.

<sup>46</sup> Considerando trigésimo cuarto.

<sup>47</sup> Considerandos trigésimo sexto, trigésimo séptimo, trigésimo octavo y trigésimo noveno.

En tercer lugar, afirmó que por medio de este correctivo se trataba de igualar el punto de partida de la mujer para la vida posmatrimonial, en armonía con la Cedaw, vigente en Chile desde 9 de diciembre de 1989<sup>48</sup>.

Finalmente, el TC señaló que debía rechazarse el requerimiento porque el no cumplimiento injustificado de las obligaciones de familia en materia de compensación económica con respecto a la mujer divorciada, importaba de suyo y por sí mismo una forma de discriminación omisiva inaceptable, de modo que la medida de apremio de arresto se disponía para corregirla. Mediante esa medida de *ultima ratio*, se tendía, a juicio del Tribunal, “*a crear de facto igualdad de oportunidades entre los ex cónyuges y a no perpetuar diferencias arbitrarias entre ambos (...)*”<sup>49</sup>.

Como puede apreciarse, en esta sentencia se alude a Tratados Internacionales de Derechos Humanos para fundamentar las decisiones del Tribunal. En primer lugar, se alude a la CA, rechazando el argumento del accionante en cuanto a que se estaría vulnerando la prohibición de prisión por deudas. El Tribunal estima que restringir la libertad de una persona mediante orden judicial de arresto nocturno no implica sanción penal, sino sólo presión o apremios en orden a cumplir una deuda. En segundo lugar, la sentencia invoca la Cedaw para efectuar interesantes disquisiciones sobre la discriminación por razón de género. En efecto, afirmó que el apremio constitúa un correctivo que trataba de igualar el punto de partida de la mujer para la vida posmatrimonial, y que el no cumplimiento injustificado de las obligaciones de familia con respecto a la mujer divorciada importaba de suyo y por sí mismo una forma de discriminación omisiva inaceptable.

El Tribunal efectúa un ejercicio de constitucionalización de derechos civiles, esto es, el derecho a exigir el pago de una obligación pecuniaria derivada del divorcio tendiente a favorecer al cónyuge más débil, desde una perspectiva de derechos fundamentales, en concreto, del derecho a la no discriminación arbitraria. No cabe duda de que el Tribunal efectúa un razonamiento de género al reforzar la procedencia del cumplimiento de una obligación civil invocando un Tratado Internacional de Derechos Humanos.

#### *4.4. Filiación y relaciones de cuidado*

Me referiré a la jurisprudencia constitucional recaída en materias relacionadas con la filiación y las relaciones de cuidado. La primera área es la de la filiación; en

<sup>48</sup> Considerando cuadragésimo cuarto.

<sup>49</sup> Considerando cuadragésimo quinto.

ella analizaré la jurisprudencia recaída en cuestiones relacionadas con las acciones de filiación, en especial, la situación en que es ejercida la acción de reclamación contra los herederos del supuesto progenitor fallecido (4.4.1.) y, en segundo término, la cosa jugada en algunas acciones de filiación (4.4.2.). La segunda materia es la relacionada con las relaciones de cuidado; respecto de ella abordaré jurisprudencia referida a una particular institución perteneciente, en general, a los efectos de la filiación, esto es, el cuidado personal de los hijos (4.4.3) y, en segundo lugar, a las guardas (4.4.4). Al final de este apartado se incluye un corolario en materia de filiación (4.4.5.).

#### *4.4.1. Acción de reclamación de filiación contra los herederos del supuesto progenitor fallecido*

Desde la promulgación de la Ley de Filiación N° 19.585 de 1998, el TC ha pronunciado 23 sentencias sobre materias que dicha ley vino a modificar. De dichas sentencias, 16 dicen relación con la constitucionalidad del art. 206 del CC<sup>50</sup>; 11 se refieren a la constitucionalidad del art. 5º transitorio de la Ley de Filiación;<sup>51</sup> en 4 fallos se ha pronunciado sobre otros artículos del CC relacionados con acciones de filiación<sup>52</sup> declarando, en todos ellos, la inadmisibilidad del requerimiento<sup>53</sup>; y en 1 fallo se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad del art. 175 del Código de Procedimiento Civil (CPC),<sup>54</sup> rechazando el requerimiento. Cabe mencionar

---

<sup>50</sup> Se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional con Roles N°s.: 1340-09, de 29 de septiembre de 2009, 1611-10, de 9 de marzo de 2010, 1563-09, de 30 de agosto de 2011, 1537-09, de 1 de septiembre de 2011, 1656-9, de 1 de septiembre de 2011, 2105-11, de 4 septiembre de 2012, 2035-11, de 4 de septiembre de 2012, 2081-11, de 21 de marzo de 2013, 2215-12, de 30 de mayo de 2013, 2195-12, de 18 de junio de 2013, 2200-12, de 18 de junio de 2013, 2303-12, de 2 de julio de 2013, 2296-12, de 13 de noviembre de 2013, 2408-13, de 6 de marzo de 2014 y 2739-14, de 6 de agosto de 2015.

<sup>51</sup> Se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional con Roles N°s.: 1611-10, de 9 de marzo de 2010, 1926-11, de 15 de marzo de 2011, 1537-09, de 1 de septiembre de 2011, 2105-11, de 4 de septiembre de 2012, 2035-11, de 4 de septiembre de 2012, 2215-12, de 30 de mayo de 2013, 2333-12, de 11 de junio de 2013, 2192-12, de 10 de septiembre de 2013, 2408-13, de 6 de marzo de 2014 y 2739-14, de 6 de agosto de 2015. Aunque, en estricto análisis, en sólo tres (Roles N°s. 1611-10, 1926-11, 2192-12) de estos fallos se ha conocido exclusivamente de la inaplicabilidad del art. 5º transitorio.

<sup>52</sup> Me refiero a las siguientes normas: arts. 199 y 208 del CC, y 272 del CC en su texto anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 10.271 de 1952; art. 165 del CPC, y artículo 1º de la Ley N° 20.030 de 2005.

<sup>53</sup> Se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional con Roles N°s.: 1796-10, de 24 de agosto de 2010, 1955-11, de 13 de abril de 2011, 1974-11, de 4 de mayo de 2011 y 2318-12, de 13 de noviembre de 2012.

<sup>54</sup> Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2690-14, de 25 de julio de 2014.

que en 6 de estos fallos se ha acogido la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y en 12 de ellos se han rechazado los requerimientos presentados.

El primer fallo sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de determinadas normas relativas a la filiación data del año 2009.<sup>55</sup> En dicha sentencia, se resolvió la inaplicabilidad del art. 206 del CC por estimarse contraria a los arts. 5º y 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República (CPR). El tenor literal de la norma del Código restringe la posibilidad de accionar de reclamación de filiación en contra de los herederos del supuesto padre o madre fallecido a la situación del hijo póstumo o del hijo cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, estableciendo, además, un término para intentar tal demanda. La disposición reza así: *“Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”*.

Esta sentencia de 2009 es relevante, pues define los argumentos de los futuros pronunciamientos en esta materia: los fundamentos dados para acoger los posteriores requerimientos son, en esencia, similares a los entregados en este fallo de 2009; y los argumentos presentados en el voto de minoría de esta sentencia han sido también utilizados en fallos posteriores al momento de rechazar los requerimientos presentados respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mencionado art. 206 del CC. Por otra parte, con posterioridad a él, se presentaron requerimientos alegando la inaplicabilidad de esta norma en conjunto con la del art. 5º transitorio de la Ley Nº 19.585. A continuación se presentan los argumentos más relevantes que el TC ha desarrollado para acoger o rechazar los requerimientos de inaplicabilidad de ambas disposiciones.

La revisión de estos argumentos es importante, pues contribuye a definir desde qué perspectiva nuestro TC verifica la coherencia de las normas sobre filiación frente a nuestra Carta Fundamental. La filiación es una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia, pues es fuente de estado civil, es decir, constituye un atributo de la personalidad, situando a la persona en sociedad en lo que respecta a sus relaciones de familia.

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 1340-09, de 29 de septiembre de 2009.

*a) Argumentos esgrimidos al acoger los requerimientos de inaplicabilidad de los arts. 206 CC y 5º transitorio de la Ley N° 19.585*

– *Respecto del art. 206 CC*

En cuanto a la regla del Código, el voto de mayoría del Tribunal desarrolla el derecho a la identidad y la garantía de igualdad ante la ley. El Tribunal acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad, esto es, sólo en lo que atinge a la exigencia de que el presunto padre haya debido fallecer dentro del plazo de ciento ochenta días posteriores al nacimiento del hijo para que sea procedente la reclamación de la filiación respecto de los herederos de aquél<sup>56</sup>.

En cuanto al derecho a la identidad, advierte la existencia de un atentado al mismo, en conformidad al art. 5º inciso segundo de la CPR y ciertos Tratados internacionales ratificados por Chile. Señala que la reclamación de la filiación constituye un derecho que permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal. Considerando que no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo –la identidad– y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad, afirma que el derecho a la identidad personal –reflejado en las acciones de reclamación de la filiación– emana de la propia naturaleza humana y que, aun cuando no tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental, en ese carácter, limita el ejercicio de la soberanía, el cual que se expresa, entre otras modalidades, en la función legislativa. Así, el Tribunal afirma que no puede resultar acorde con la CPR un precepto legal que circumscribe la acción de reclamación de paternidad o maternidad a los supuestos que ella contempla<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2035-11, de 4 de septiembre de 2012, considerandos tercero, cuarto y quinto. En este mismo sentido, ver: fallo Rol N° 2215-12, de 30 de mayo de 2013, considerandos quinto y séptimo; Rol N° 2195-12, de 18 de junio de 2013, considerandos quinto y séptimo; Rol N° 2200-12, de 18 de junio de 2013, considerandos quinto y séptimo; Rol N° 2303-12, de 2 de julio de 2013, considerandos decimosegundo y decimocuarto, y Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, considerandos quinto y séptimo.

<sup>57</sup> Considerandos noveno y décimo de la sentencia de Tribunal Constitucional, Rol N° 1340-09, de 29 de septiembre de 2009. Ver sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2215-12, de 30 de mayo de 2013, considerando vigésimo (en que se refiere, a su vez, a la sentencia Rol N° 1340-09, de 29 de septiembre de 2009, considerandos décimo) y vigésimo primero (en que se refiere a la sentencia Rol N° 226-95, de 30 de octubre de 1995, considerando vigésimo quinto, sentencia Rol N° 834-07, de 13 de mayo de 2008, considerando vigésimo segundo, y sentencia Rol N° 1340-09, considerando noveno); y los fallos Rol N° 2195-12, de 18 de junio de 2013, considerandos decimoprimero y decimosegundo; Rol N° 2200-12, 18 de junio de 2013, considerandos decimotercero y decimocuarto, y Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo.

En cuanto a la igualdad ante la ley, el Tribunal señala que el CC introduce una diferencia entre la misma categoría de personas que reclaman el reconocimiento de la filiación, de manera tal que debe verificarse si tal diferencia resulta razonable. Agrega que, examinando la historia del establecimiento de este artículo se comprueba que, lejos de apreciarse un fundamento objetivo y razonable en la limitación que contempla, se tuvo en cuenta la regulación contenida en una norma precedente que aludía a una distinción entre tipos de hijos que el proyecto de ley del Ejecutivo quería, precisamente, superar. Por lo tanto, sostuvo que la falta de razonabilidad en la diferencia de trato entre quienes ejercen la acción de reclamación de filiación, genera un incumplimiento de la idoneidad de la norma para perseguir el fin previsto por el legislador. Asimismo, señaló que si se trataba de equilibrar la búsqueda de la verdad biológica en materia de investigación de la paternidad con la necesidad de preservar la paz y armonía familiares de los herederos que veían alterada su vida por tal investigación, bastaba con introducir resguardos frente a demandas temerarias o infundadas, o con asegurar que se respondiera de la mala fe empleada, pero sin sacrificar el pleno respeto a los derechos a la identidad personal y a obtener la verdad biológica<sup>58</sup>.

*– Respetto del art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585*

El TC ha argumentado invocando el derecho a la identidad y el derecho a la igualdad. El primero estaría contenido en el art. 5º inciso segundo de nuestra CPR en relación a diversos tratados internacionales ratificados por Chile. El segundo, como es sabido, está consagrado en el art. 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental.

El Tribunal ha defendido la existencia de un derecho a la determinación de la filiación. Así, en cuanto al derecho a la identidad, ha afirmado que la reclamación de la filiación constituye un *derecho* desde una doble perspectiva: posibilita el legítimo ejercicio de las facultades que conlleva tal calidad y, en segundo lugar, permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal.

<sup>58</sup> Considerandos trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo cuarto, trigésimo quinto de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1340-09, de 29 de septiembre de 2009. El fallo Rol N° 1563-09, de 30 de agosto de 2011, hace suyos los argumentos señalados con anterioridad, en sus considerandos decimosexto, decimoctavo y decimonoveno. En el mismo sentido, el fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 1537-09, de 1 de septiembre de 2011, en los considerandos decimoquinto, decimosexto, decimoctavo y decimonoveno; el fallo Rol N° 1656-09, de 1 de septiembre 2011, en sus considerandos decimoquinto, decimosexto, decimoctavo y decimonoveno; el fallo Rol N° 2215-12, de 30 de mayo de 2013, considerando sexto; el fallo Rol N° 2195-12, de 18 de junio de 2013, considerando sexto; el fallo Rol N° 2200-12, de 18 de junio de 2013, considerando sexto; el fallo Rol N° 2303-12, de 2 de julio de 2013, considerando decimotercero, y el fallo Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, considerando sexto.

Así, ha afirmado que el artículo 5º transitorio mencionado es contrario a la CPR, considerando la circunstancia de que el derecho a la identidad personal constituye un derecho esencial que emana de la propia naturaleza humana y que, por ende, limita el ejercicio de la soberanía que se expresa, entre otras modalidades, en la función legislativa. Los incisos tercero y cuarto de dicho artículo impiden que la acción de reclamación de paternidad pueda prosperar cuando el supuesto padre ha fallecido antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 y cuando, tratándose de las situaciones contempladas en los arts. 206 y 207 del CC, establece un plazo de prescripción de un año contado desde la aludida vigencia<sup>59</sup>.

En cuanto al principio de igualdad, el Tribunal ha señalado que el art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585 introduce una diferencia de trato entre aquellos hijos que pueden reclamar su paternidad o maternidad y aquellos que no pueden hacerlo por intentar la respectiva acción transcurrido el plazo de un año desde la vigencia de dicha ley. Ha señalado que la necesidad de la norma no se encuentra suficientemente justificada a la luz de los bienes jurídicos en juego. Así, ha añadido que se trata de proteger la tranquilidad de los herederos del supuesto padre frente al derecho que toda persona tiene de reclamar su filiación. En este sentido, ha puntualizado que el tenor del art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585 satisface el deber de proteger la tranquilidad de los herederos, pero que el derecho a reclamar la filiación resulta anulado en caso de que el supuesto hijo no reclame su filiación antes de un año desde la vigencia del referido cuerpo legal<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2333-12, de 11 de junio de 2013, considerando tercero, cuarto, sexto, octavo y noveno. En el mismo sentido, el fallo Rol N° 2215-12, de 30 de mayo de 2013, considerando vigésimo y vigésimo primero; y el fallo Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, considerando vigésimo primero y vigésimo segundo.

<sup>60</sup> En el fallo del Tribunal Constitucional, Rol N° 1537-09, de 1 de septiembre de 2011, se acoge la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 5º transitorio de la Ley N° 19.585 de 1998, utilizando los mismos argumentos vertidos en favor de la inaplicabilidad del art. 206 del CC. Sobre la inaplicabilidad del artículo en comentario, y en el fallo Rol N° 2215-12, considerando décimo, decimotercero, decimocuarto y decimosexto, se señalaba que la aplicación del mencionado art. 5º transitorio introduciría una diferencia de trato entre aquellos hijos que pueden reclamar su paternidad o maternidad y aquellos que no pueden hacerlo por intentar la respectiva acción transcurrido el plazo de un año desde la vigencia de dicha ley; y que, además, la necesidad de la norma que se analiza no aparecería suficientemente justificada a la luz de los bienes jurídicos en juego: la necesidad de preservar la paz y armonía familiar de los herederos, que podía verse violentada por falsas imputaciones de paternidad, podía satisfacerse, igualmente, introduciendo resguardos frente a ese tipo de demandas o asegurando que se respondiera de la mala fe empleada. En el mismo sentido el fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 2333-12, de 11 de junio de 2013, considerando decimotercero, decimosexto, decimoséptimo y decimonoveno; y Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, considerando decimoprimer, decimocuarto, decimoquinto y decimoséptimo.

*b) Argumentos esgrimidos al rechazar los requerimientos de inaplicabilidad de los arts. 206 del CC y 5º transitorio de la Ley Nº 19.585*

*– Respecto del art. 206 del CC*

El TC también se ha pronunciado rechazando requerimientos de inconstitucionalidad del art. 206 del CC. Ha afirmado que tales solicitudes presentan un problema interpretativo de nivel legal. Ha señalado que una primera posición –que sería la tesis restrictiva– sostendría que el art. 206 sólo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto demanden a los herederos de éste: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. La otra posición –tesis amplia– sostiene que este precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del CC que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el artículo impugnado.

El Tribunal ha señalado que estos requerimientos de inconstitucionalidad no se hacen cargo de la tesis amplia, de forma que tomar partido en un conflicto de nivel legal implicaría invadir las atribuciones de los tribunales ordinarios y convertirse en árbitro de disputas legales. Además, el Tribunal argumenta que la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de interpretación conforme debían aplicarse al caso en cuestión toda vez que existía una interpretación que armonizaba el texto impugnado con la Carta Fundamental<sup>61</sup>.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal considera que la norma impugnada no vulnera el principio de igualdad. Ello, pues el legislador habría tenido fundamentos objetivos y razonables, basados en la seguridad jurídica, para introducir excepciones a la caducidad de la acción de filiación a que se refiere el artículo<sup>62</sup>.

*– Respecto del art. 5º transitorio de la Ley Nº 19.585*

En lo que respecta al art. 5º transitorio de la Ley Nº 19.585, el Tribunal se refiere a la constitucionalidad del plazo que contiene, declarando que el mismo

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 2215-12, de 30 de mayo de 2013, considerandos decimoprimero, decimosegundo, decimotercero y decimocuarto. En el mismo sentido, el fallo Rol Nº 2195-12, de 18 de junio de 2013, considerandos decimosegundo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto; fallo Rol Nº 2200-12, de 18 de junio de 2013, considerandos décimo, decimoprimero, decimosegundo, decimotercero; fallo Rol Nº 2408-13, de 6 de marzo de 2014, en el voto por rechazar el requerimiento de los Ministros Carlos Carmona y Domingo Hernández, considerandos décimo, decimoprimero, decimosegundo, decimotercero, y fallo Rol Nº 2739-14, de 6 de agosto de 2015, considerandos décimo, decimoprimero, decimosegundo y decimotercero.

<sup>62</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 2408-13, de 6 de marzo de 2014, en el voto por rechazar el requerimiento de los Ministros Iván Aróstica y María Luisa Brahm, considerando quinto.

no vulnera ni el derecho a la igualdad ni el derecho a la identidad. Recordemos que esta norma establece que la reclamación de paternidad o maternidad no podrá formularse contra personas fallecidas con anterioridad a la vigencia de dicha ley, a menos que la acción se interponga dentro del año siguiente de su entrada en vigor. En este sentido, el Tribunal alude nuevamente a la certeza jurídica señalando que el término se justifica plenamente toda vez que evita que las relaciones de filiación permanezcan potencialmente indefinidas en el tiempo respecto de personas que han muerto mucho antes<sup>63</sup>.

Por otra parte, el Tribunal establece que la ley ha creado un derecho fijando las condiciones de su ejercicio. El artículo impugnado no reconocería la calidad de hijo de una persona respecto de cierto padre o madre, sino que sólo permitiría un reclamo judicial al respecto. Este reclamo quedaría sujeto a un límite temporal.

En cuanto a la imprescriptibilidad de la acción de filiación, el Tribunal señala que si bien el art. 195 del CC establece que el derecho a reclamar la filiación es imprescriptible, al tratarse de un derecho de carácter legal, otra norma de la misma naturaleza (el art. 5º transitorio impugnado) puede establecer reglas de caducidad. El Tribunal añade que la regla que obliga a entablar la demanda dentro de un plazo es parte de otra serie de medidas destinadas a consolidar situaciones que la Ley N° 19.585 estableció, en especial, en materia patrimonial.<sup>64</sup> Por último, reitera los argumentos referidos a la existencia de fundamentos objetivos y razonables que autorizarían introducir excepciones a la caducidad conforme al establecimiento fidedigno de la ley<sup>65</sup>.

#### *4.4.2. Acción de filiación y cosa juzgada*

En lo que respecta a la aplicación de la cosa juzgada en procedimientos que sustancian acciones de filiación, comentaré una sentencia del TC de 25 de julio

---

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2105-11, de 4 de septiembre de 2012, considerando décimo; fallo Rol N° 2035-11, de 4 de septiembre de 2012, considerando séptimo y octavo.

<sup>64</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2215-12, de 30 de mayo de 2013, considerando decimoctavo, vigésimo y vigésimo primero. En el mismo sentido, el fallo Rol N° 2333-12, de 11 de junio de 2013, considerando tercero, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, y fallo Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, en el voto por rechazar el requerimiento de los Ministros Carlos Carmona y Domingo Hernández, considerando decimoséptimo, decimonoveno y vigésimo; y el fallo Rol N° 2739-14, de 6 de agosto de 2015, considerando décimo, decimoprimer, decimosegundo y decimotercero.

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2408-13, de 6 de marzo de 2014, en el voto por rechazar el requerimiento de los Ministros Iván Aróstica y María Luisa Brahm, considerando quinto.

de 2014, que rechazó un requerimiento de inconstitucionalidad de los arts. 175 y 177 del CPC por una supuesta vulneración del derecho a la identidad<sup>66</sup>.

En primer lugar, cabe señalar que la propia sentencia del Tribunal afirma que la causa pendiente respecto de la cual ha surgido la objeción de inconstitucionalidad dice relación con hechos muy frecuentes ventilados en los tribunales. En el caso en particular, la madre del requirente había mantenido una relación sentimental con el demandado en la gestión pendiente, producto de la cual había quedado embarazada del requirente. Ante la negativa del supuesto padre en orden a reconocer al hijo, la madre había omitido señalar la atribución de paternidad de aquél al momento de proceder a la inscripción. Sin embargo, con posterioridad, esta madre, en representación de su hijo menor de edad, había interpuesto una acción de reclamación que había sido rechazada el año 2005. A su vez, el requirente, que había tenido conocimiento de estos hechos toda su vida, al llegar a la mayoría de edad y contar con legitimación activa personal para demandar a su progenitor, interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial. Al contestar la demanda, en conformidad al art. 177 del CPC, el supuesto padre interpuso excepción dilatoria de cosa juzgada, invocando los efectos producidos por la sentencia firme y ejecutoriada dictada en los autos civiles que habían rechazado la primera acción de filiación interpuesta. En subsidio, el demandado opuso como excepción perentoria la misma cosa juzgada, fundada en la referida sentencia y en los arts. 175 y 177 del CPC. El requirente afirma que la aplicación de estos últimos artículos resultaría inconstitucional debido a que le impediría determinar su identidad.

Al respecto, el Tribunal manifiesta dudas; si bien se muestra reacio a aplicar las reglas de la cosa juzgada impugnadas, termina rechazando el requerimiento para evitar inmiscuirse en materias que serían de conocimiento del Poder Judicial. Esta es la única de las sentencias revisadas en la que el Tribunal, no obstante parece afirmar que la materia no es de su competencia, desarrolla argumentos en orden a desestimar la aplicación de las normas impugnadas<sup>67</sup>.

El Tribunal parte constatando la existencia de una incipiente línea que importaría un cambio de paradigma en cuanto al efecto de cosa juzgada que emana de acciones judiciales rechazadas. Así, frente a procedimientos en que hijos extramatrimoniales ejercen acciones de filiación una vez alcanzada la mayoría de edad, que las interponen habiendo mediado desistimiento de la madre

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2690-14, de 25 de julio de 2014.

<sup>67</sup> Considerando noveno.

cuando el hijo era menor de edad y, en general, toda vez que en la instancia judicial pretérita no se produjo prueba efectiva o concluyente acerca de si el hijo lo era o no efectivamente del padre demandado, los argumentos de índole procesal cederían frente a la aplicación de normas que consagran la vigencia de derechos fundamentales involucrados<sup>68</sup>.

En este sentido, el Tribunal refiere la existencia de múltiples fallos, nacionales y extranjeros, que resuelven que la cosa juzgada debe ceder en favor del valor justicia, que se expresa en el derecho humano a la identidad, especialmente cuando el primer juicio ha terminado por desistimiento de la madre o la acción se ha rechazado por falta de pruebas, permaneciendo indeterminada la filiación. Añade que se ha discutido si se produciría cosa juzgada con la resolución que, en cambio, rechazare derechosamente la demanda por falta de fundamento razonable, respecto de otra que, revestida de seriedad, se interpusiera nuevamente.<sup>69</sup> Sin embargo, más adelante, el Tribunal afirma que *“el tópico del eventual conflicto entre la cosa juzgada en materia de filiación y el reconocimiento del derecho humano a la identidad, cuando se ejerce una segunda demanda, después de afinado el primer proceso sobre ello, está residenciado actualmente a nivel de justicia ordinaria, como cuestión de legalidad o, a lo más, de convencionalidad.”*, evitando zanjar la cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, la sentencia del Tribunal cita y reproduce extractos de sentencias emanadas del Poder Judicial que darían cuenta de pronunciamientos disímiles al respecto; añadiendo que la Corte Suprema no ha unificado ni definido las corrientes jurídicas sobre la materia<sup>70</sup>.

El Tribunal dictamina que la cuestión debe resolverse sobre la base de criterios de delimitación de los derechos fundamentales concurrentes, que se encontrarían en un conflicto más aparente que real. El Tribunal entiende que los derechos humanos, como el derecho a la identidad invocado por el requirente, son intangibles, pero delimitables; añadiendo que tales límites a veces están fijados en la propia CPR y, otras veces, en la ley. En el caso en concreto, ni el derecho a la identidad ni el derecho a la cosa juzgada se encontrarían constitucionalmente definidos, por lo que sus límites no estarían claramente establecidos. El Tribunal declara que las complejidades de la especie emergen de la conceptualización de los particulares efectos de la cosa juzgada en materia de filiación, afirmando que

---

<sup>68</sup> Considerandos primero y segundo.

<sup>69</sup> Considerandos tercero, cuarto y quinto.

<sup>70</sup> Considerando octavo.

*“(...) para nosotros, es dudoso que en la instancia pueda ser configurada legalmente la excepción de cosa juzgada, toda vez que en el juicio pretérito no se determinó si el padre era o no, en concreto, verdaderamente tal con respecto al demandante, actual requirente. Es decir, la filiación de este último sigue siendo indeterminada, con respecto al demandado, por lo cual es difícil entender que hay cosa juzgada a este respecto, conforme al artículo 315 del Código Civil, cuestión que en todo caso es interpretativa y corresponde resolverla al Poder Judicial”<sup>71</sup>.*

#### *4.4.3. Cuidado personal de los hijos*

Como señalé anteriormente, en materia de filiación y relaciones de cuidado me referiré a las sentencias del TC más relevantes dictadas sobre el cuidado personal de los hijos y a un fallo dictado recientemente sobre guardas.

Antes de entrar en este análisis, cabe señalar que la institución del cuidado personal se encuentra regulada principalmente en el CC y que ha sido objeto de una importante modificación introducida mediante Ley Nº 20.680 de 21 de junio de 2013. A continuación, comentaré tres sentencias que abordan el fondo de la cuestión debatida presentada ante el Tribunal, dos de las cuales fueron dictadas antes de la referida reforma.

El 20 de noviembre de 2012, el TC rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del entonces vigente art. 225 inciso 3º del CC,<sup>72</sup> en especial, de la frase: *“lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”*. El requirente –demandante en un juicio sobre cuidado personal<sup>73</sup>– aducía que las disposiciones legales cuya inaplicabilidad se solicitaba vulneraban el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igual repartición de las cargas públicas, y el derecho y deber de educación preferente de los padres.

El Tribunal consideró que si la desigualdad se adjudicaba a la concurrencia indispensable del interés del hijo (“lo haga indispensable”) para calificar la causal justificativa del cambio de titularidad del cuidado personal, no se entendía cómo una opción inspirada en el bien jurídico de mayor relevancia en juego podía provocar efectos inconstitucionales. Agregó que cabía tener en cuenta que los preceptos comentados contenían una regla de cuidado preferente operable sólo a falta de acuerdo y que la intervención judicial se concebía a favor del padre que

<sup>71</sup> Considerando vigésimo primero.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 2156-11, de 20 de noviembre de 2012.

<sup>73</sup> RIT C-1234-2011.

no tenía actualmente el cuidado personal del hijo, en cuanto lo legitimaba para la causa otorgándole acción<sup>74</sup>.

Con posterioridad, en sentencia de 30 de mayo de 2013, el TC<sup>75</sup> acogió parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad, sólo en cuanto se declaraba la inaplicabilidad de la frase “*cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*” contenida en el antiguo inciso tercero del art. 225 del CC. El requirente impugnaba los incisos primero y tercero del art. 225 del CC, invocados en la causa sobre aumento de pensión de alimentos y demanda reconvencional de cuidado personal, por considerar que su aplicación resultada contraria al derecho a la igualdad y a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>76</sup>.

En esta oportunidad, el TC se pronunció acerca de la impugnación del inciso primero del art. 225 del CC, rechazando el requerimiento. Afirmó que, incluso si tal inciso era aplicado en abstracto, no representaría por sí mismo una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introdujera una diferencia de trato entre la madre y el padre, ella tenía justificación en la realidad social de nuestro país. Esta realidad social consistía en que, tradicionalmente, se ha estimado que la madre es más apta para cuidar a los hijos comunes y más beneficioso para éstos que ello ocurra. Por ello, el Tribunal agregó que la adopción de esta regla era una opción lícita que, además, por su fácil aplicación simplificaba la solución de un problema que muchas veces requería de una solución urgente para no lesionar el interés superior de los niños<sup>77</sup>.

A su vez, en cuanto a la impugnación del inciso tercero del antiguo art. 225 del CC, el Tribunal señaló que la excepción que tal inciso tercero contemplaba para variar la regla de atribución que hubiera operado en virtud del inciso primero o segundo del mismo artículo, resultaba excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspiraba a tenerlo. Ello, pues exigía la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyan una diferencia de trato que cabría calificar de arbitraria y que no tenía amparo en la CPR<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Considerando decimoctavo.

<sup>75</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2306-12, de 30 de mayo de 2013.

<sup>76</sup> RIT C-1303-2013.

<sup>77</sup> Considerando decimoquinto.

<sup>78</sup> Considerando vigésimo.

La Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, derogó la norma de preferencia materna en la asignación del cuidado personal, reemplazándola por una más neutra en términos de género de los progenitores y más respetuosa de los derechos del niño. Asimismo, estableció ciertos criterios de interpretación en un nuevo art. 225-2. Con posterioridad a dicha reforma, el fallo de 17 de junio de 2015 es el más reciente del TC en esta materia y dice relación con el reformado art. 225 inciso 3º del CC<sup>79</sup>. Se solicitó su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, toda vez que, la aplicación de dicho precepto vulneraría los arts. 5º, inciso 2º, en relación a normas de tratados internacionales; art. 7º; art. 19 N° 2; art. 19 N° 3, inciso 2º y 6º, todos de la CPR.

Al requirente le había sido denegada, *ad limine*, su solicitud de cuidado personal compartido ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago<sup>80</sup>, debido a que esta figura sólo procedía ante el acuerdo de los progenitores. Ante ello, el requirente sostuvo que dicha decisión respondía a una errada interpretación y que implicaba una infracción a diversas disposiciones constitucionales y a lo dispuesto en el art. 224 del CC, en virtud del cual los padres tienen derecho a ejercer el cuidado personal de los hijos, aun cuando vivan separados.<sup>81</sup>

En primer lugar, cabe señalar que el Tribunal considera que para que la regla cuestionada del inciso tercero del art. 225 del CC se haga operativa, se requiere la concurrencia de una situación de hecho, consistente en la convivencia entre el hijo y el progenitor al que se confiere el cuidado personal; regla que, según habría afirmado la jurisprudencia, “*protege el interés superior del niño, niña, o adolescente, al amparar una situación fáctica existente, consagrando la igualdad de condiciones de los padres para el ejercicio del cuidado personal*”<sup>82</sup>.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por el requirente, nuevamente, el Tribunal razona sobre el entendido que los Tratados Internacionales citados por aquel son de rango infraconstitucional, lo que, desde luego, debilita la posición del requerimiento.<sup>83</sup> Además, señala que la norma impugnada precisamente se aplica en un

---

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2699-14, de 17 de junio de 2015.

<sup>80</sup> RIT C-1101-2014.

<sup>81</sup> Argumenta infracción al art. 5º de la CPR, pues se han contravenido los arts. 18 y 19 de la CDN, referidos a la corresponsabilidad parental, y el art. 16 letras d) y f) de la Cedaw, referidas a la igualdad en derechos y obligaciones de los progenitores y a la igualdad de hombres y mujeres en lo que respecta al cuidado de los hijos. Asimismo, entiende infringidos los arts. 7º y 19, N° 2 y 3, de la CPR.

<sup>82</sup> Considerando décimo.

<sup>83</sup> Considerando decimotercero.

supuesto en que los padres no se hallan en una idéntica situación, pues es uno de ellos –no ambos– el que convive con el hijo y lo cuida; agregando que aun si se entendiera que existe tal diferencia, ella no podría ser arbitraria por cuanto “*la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con el que convive, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Y, por lo demás, en el contexto fáctico en que la regla está llamada a operar –vida separada de los padres– no resulta irracional ni desproporcionado que el padre que viva con el hijo sea aquel al que la ley le atribuya su cuidado personal, sin dejar la cuestión en indeterminación, mientras los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en estas materias sensibles se les reconoce y cuyo ejercicio promueve el legislador, arriban a la formalización de algún acuerdo o, bien, recurren al tribunal competente para que zanje quién debe detentar dicho cuidado*”<sup>84</sup>.

En cuanto a una eventual infracción al debido proceso y al derecho a la defensa, el Tribunal la desecharó “*toda vez que no siendo la imposición del cuidado personal compartido una materia que corresponda a los jueces zanjar, pues el legislador la reservó fundadamente a la hipótesis en que existe acuerdo entre los padres, no se trata de una materia susceptible de resolverse en un proceso jurisdiccional previo (...)*”<sup>85</sup>.

#### 4.4.4. Guardas

Por último, en cuanto a la jurisprudencia recaída en materia de relaciones de cuidado, cabe señalar que el TC se ha pronunciado recientemente sobre una materia estrechamente vinculada al cuidado personal. Se trata del fallo de 12 de abril de 2016<sup>86</sup>, en relación a la guarda de dos menores de edad, por el cual acoge el requerimiento de inaplicabilidad planteado por una jueza de familia respecto del art. 367 del CC y art. 839 del CPC.

La jueza se encontraba conociendo de una solicitud de curaduría efectuada por el hermano de dos niñas menores de edad, con fundamento en que desde que el padre y la madre de las niñas fallecieron ellas se encontraban residiendo con él y bajo su cuidado. La jueza afirma que los mencionados artículos obligan imperativamente a otorgar la curaduría al abuelo materno de las menores de edad, que se encontraba vivo pero que no mantenía contacto ni relación con las niñas, a diferencia del solicitante, que sí tenía vínculo afectivo con ellas.

---

<sup>84</sup> Considerando decimosexto.

<sup>85</sup> Considerando vigésimo cuarto.

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2867-15, de 12 de abril de 2016.

Se señala por la requirente que al aplicar tales disposiciones se infringirían los derechos a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurados por el art. 19, N°s. 2º y 3º, de la Carta Fundamental. Su aplicación configuraría una discriminación arbitraria en contra de las menores de edad de autos, en contraposición con los niños cuyos progenitores están vivos. Ello, pues los arts. 224 y siguientes del CC obligan al juez que conoce de la modificación del cuidado personal respecto de hijos cuyos padres viven, a ponderar la aptitud del solicitante, en el marco de un procedimiento que respeta las garantías del debido proceso; exigencia y condiciones que no existirían respecto de menores de edad con ambos progenitores fallecidos. Estas normas atentarían también contra el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en cuanto la acción entablada, a juicio de la jueza, debería regirse por el juicio ordinario de Tribunales de Familia, que es el que otorga plena protección a las garantías del debido proceso de los niños y no por el cual estaba en ese momento sustanciando el asunto.

Asimismo, la jueza señaló que, al aplicar las referidas normas del CC y del CPC, existiría vulneración a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes en materia de protección de los derechos del niño, pues dichas normas no garantizarían el interés superior del niño. Ello, pues el orden de prelación para ejercer la guarda del art. 367 del primero de dichos cuerpos legales es taxativo y no permitiría una mayor evaluación respecto a los antecedentes o habilidades para la crianza, a la vinculación con las adolescentes, y a la edad, entre otras consideraciones. Finalmente, se afectaría el N° 1 del art. 19 de la CPR, pues las normas impugnadas permitirían que dos menores de edad sean dejadas bajo el cuidado de un pariente con quien no han tenido relación regular alguna, pudiendo afectarse así la integridad psíquica de las mismas, distorsionando su entorno familiar, afectivo y su desarrollo personal.

Pues bien, el Tribunal acoge este requerimiento, entrando al fondo del asunto, al considerar que la aplicación del art. 367 del CC tendría efectos inconstitucionales; afectando la integridad psíquica de las menores de edad y la garantía de igualdad ante la ley. El Tribunal señala que los niños cuyos padres han fallecido se encuentran en una situación diferente a los niños que tienen vivos a sus padres, pues la ley les otorga injustificadamente un tratamiento diferenciado, sin considerar que están en una misma circunstancia, esto es, la necesidad de determinar a la persona que debe procurar su cuidado<sup>87</sup>. A los primeros no se les aplicarían las

<sup>87</sup> Considerando trigésimo segundo.

reglas de los arts. 222 y siguientes del CC, sino las relativas a las tutelas y curatorias, “(...) *cuyas prescripciones hacen nula referencia a la consideración primordial que en dichas materias debe merecer el interés superior del niño, como derecho, principio y norma de procedimiento*”<sup>88</sup>.

Por otro lado, haciendo referencia a la nueva regulación introducida por la Ley N° 20.680 de 2013, que he comentado más arriba, el Tribunal afirma que el legislador ha tenido especial preocupación por actualizar la regulación del cuidado de menores de edad cuando sus progenitores viven, en el sentido de flexibilizar los criterios con que el juez debe hacer frente a la efectiva protección del interés superior del niño. No habría sucedido lo mismo en materia de guardas, conforme a cuyas reglas el juez estaría simplemente obligado a seguir de manera estricta un orden de prelación, sin más opciones que notificar al abuelo materno de los menores de edad y discernirle a él la curaduría; no podría efectuar ninguna otra consideración que apunte a proteger a las menores de edad, su bienestar, su entorno familiar y sus intereses<sup>89</sup>.

Finalmente, el Tribunal señala que la aplicación del art. 367 del CC produciría una profunda afectación a la integridad psíquica de las menores de edad: “*La posibilidad de que cambie su entorno familiar y que se corten los lazos familiares y afectivos que han construido con quien las ha cuidado desde que han quedado huérfanas, menoscabaría su integridad psicológica y el desarrollo pleno de sus capacidades hacia el futuro*”<sup>90</sup>.

#### *4.4.5. Corolario en materia de filiación y relaciones de cuidado*

En cuanto a las acciones de filiación, del estudio de los fallos referidos a la constitucionalidad de la norma sobre la acción de reclamación de filiación contra los herederos del supuesto progenitor fallecido, y evitando utilizar un criterio numérico de los pronunciamientos que confirman o rechazan su legitimidad frente a la Carta Fundamental que pueda falsamente llevar a concluir que la cuestión se encuentra zanjada, se desprende que el TC chileno sí ha abordado el fondo de la problemática. Ello, pues, a diferencia de otras materias, no ha aludido a la existencia de una reserva legal que impida el conocimiento de este asunto.

---

<sup>88</sup> Considerando decimosexto.

<sup>89</sup> Considerando trigésimo noveno.

<sup>90</sup> Considerando cuadragésimo.

En este sentido, el Tribunal ha utilizado argumentos basados en derechos fundamentales, tales como la igualdad y la identidad y, asimismo, ha invocado principios como la seguridad y certeza jurídica. La discusión sobre esta cuestión no se encuentra dilucidada totalmente a nivel de justicia constitucional, toda vez que existen votos de mayoría y de minoría que, en su caso, aceptan o rechazan los requerimientos de inconstitucionalidad.

En efecto, compartimos la opinión doctrinal que ha puesto de manifiesto la necesidad de zanjar definitivamente la discusión sobre los arts. 206 del CC y 5º transitorio de la Ley N° 19.585. Ello, ante el peligro de que el estado civil de una persona dependa de la tendencia jurídica que sustente el tribunal que conozca su causa<sup>91</sup>. Se ha señalado que es imposible lograr una interpretación del art. 206 del CC que sea compatible con la Constitución, de tal manera que el TC debería declarar su inconstitucionalidad en el ejercicio de la atribución que la Carta Fundamental le entrega en su art. 93 N° 7. De ser así, todos los hijos de padre o madre fallecidos durante la vigencia de la Ley N° 19.585, sin distinción, se deberían regir por el art. 317 del CC; es decir, los hijos y los herederos del padre o madre serían legítimos contradictores, teniendo legitimidad activa los hijos y legitimidad pasiva los herederos en el juicio de reclamación de filiación<sup>92</sup>.

En cuanto a la cosa juzgada en las acciones de filiación, debido a que, en opinión del Tribunal, los derechos supuestamente en conflicto no poseen contornos precisos, el mismo ha evitado referirse a cuál de ellos cedería en el caso en cuestión. A mayor abundamiento, complejiza este asunto el que el Tribunal considere que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –varios de los cuales se refieren al derecho a la identidad– tienen rango infraconstitucional<sup>93</sup>, pues es conocido que sus disposiciones han sido interpretadas por Tribunales Internacionales de Derechos Humanos a través de decisiones que habrían iluminado el razonamiento de nuestro TC. El problema acerca de la vigencia y extensión de la aplicación de la cosa juzgada en materia filiativa permanece, como puede apreciarse, sin resolverse en nuestro contexto nacional a nivel constitucional. Ello, a diferencia de otras latitudes en las cuales el ejercicio de la convencionalidad ha resultado gatillar decisiones incluso contrarias al tenor literal de textos legales vigentes<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> SAFFIE (2013), p. 170.

<sup>92</sup> MUJICA (2013), p. 587.

<sup>93</sup> Ibíd.

<sup>94</sup> En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional de 15 de febrero de 2012 T-071/12, en que señala que la interpretación constitucionalmente válida de una norma “(...) es aquella en la que el término

En relación al cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, antes de la reforma introducida por la Ley N° 20.680, el CC contenía una norma, a mi juicio, contraria al interés superior del niño, y claramente atentatoria contra el principio de igualdad parental. Los fallos del Tribunal que rechazaron los requerimientos de inaplicabilidad del ex art. 225 inciso primero de dicho cuerpo legal, defendían la discriminación a favor de la madre aduciendo razones de índole social. Se señalaba que tradicionalmente la madre era considerada más apta para el cuidado de los hijos comunes y, por ende, más beneficioso para ellos. Este tipo de consideraciones no estaban fundadas en el interés superior del niño sino en estereotipos de género y prejuicios sociales. El principio del interés superior del niño reconocido en la CDN como la consideración primordial que debe tenerse en cuenta al adoptar todo tipo de medidas legislativas, administrativas y judiciales a su respecto, exige que el titular o titulares de su cuidado sean la o las personas más hábiles para ello en atención a una serie de circunstancias encaminadas a asegurar su bienestar, las que deben ser ponderadas en el caso en concreto y no estar *a priori* relacionadas con el sexo de sus progenitores ni con la edad y sexo de los hijos<sup>95</sup>. Afortunadamente, la mencionada reforma de 2013 corrigió esta discriminación arbitraria, reemplazando la regla supletoria por una que considera la situación de hecho en la que se encuentra el niño o la niña, es decir, con qué padre o madre convive al momento de la separación de los mismos. Asimismo, como he señalado anteriormente, esta ley introdujo un nuevo art. 225-2 estableciendo un elenco de tales circunstancias, intentando objetivar la interpretación de tal principio en el caso en particular sometido a conocimiento del juez, de tal manera de orientar su decisión hacia la satisfacción de los derechos del niño.

Ahora bien, con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley N° 20.680, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del nuevo artículo 225 del CC; en concreto, en cuanto a la (im)posibilidad de establecer el cuidado personal compartido a falta de acuerdo de los progenitores en tal sentido. Como he referido, el TC se pronunció sobre una eventual infracción al debido proceso y al derecho a la defensa alegada por el requeriente de constitucionali-

---

*de caducidad de la impugnación de la paternidad se empieza a contar a partir de la fecha en la cual se tuvo conocimiento cierto a través de la prueba de ADN de que no se era el padre biológico.”;* y la sentencia de la Cámara de Familia de 2<sup>a</sup> Nominación de Córdoba, Argentina, de 16 de abril de 2008, que declaró inconstitucional la norma entonces vigente que establecía que la acción de impugnación de paternidad matrimonial del marido caducaba si transcurría un año desde la inscripción de nacimiento.

<sup>95</sup> Sobre esto, puede consultarse: LATHROP (2010), pp. 147-184.

dad, estableciendo que la imposición del cuidado personal compartido no es una materia que corresponda zanjar a los jueces, pues el legislador la habría reservado fundadamente a la hipótesis en que existe acuerdo entre los padres.

Esta última interpretación del art. 225 inciso cuarto que efectúa el TC es discutible, ya que, en mi parecer, el legislador de 2013 más bien ha guardado silencio ante la posibilidad de que sea uno solo de los progenitores quien efectúe una solicitud en tal sentido. El legislador no ha prohibido expresamente al juez que pueda establecer tal modalidad de cuidado en la realidad familiar del niño cuyos progenitores viven separados; en realidad, ha guardado silencio al respecto. Si se tiene en consideración que uno de los principios fundantes de esta reforma es el de la corresponsabilidad parental, al tiempo que ha dotado de un nuevo contenido a la directriz del interés superior del hijo en estas materias –al desterrar la “indispensabilidad” y objetivar su aplicación– resulta a lo menos procedente que el juez que conoce de la causa pueda, si las circunstancias lo ameritan y ello es conforme al bienestar del niño, introducir dicha modalidad de organización del cuidado. En este último sentido, cabe señalar que el cuidado personal compartido no es sinónimo de residencia alternada del hijo en los domicilios de sus padres, sino de compartir con una lógica asociativa, y no conflictiva, las decisiones de importancia relacionadas con la vida del hijo y la forma en que se le dispensan cotidianamente los cuidados de carácter personal más inmediatos. Creo que esta interpretación es conforme a los principios que inspiraron la reforma de 2013 y, en suma, guarda armonía con la CDN y la Cedaw.

Finalmente, en cuanto al fallo relativo a la institución de las guardas, cabe destacar positivamente la resolución del Tribunal, en cuanto aplicó criterios materiales al momento de resolver; en especial, al referirse a la falta de actualización de reglas que se refieren a materias similares y que buscan el mismo objetivo, cuales son, asegurar intereses de personas que se encuentran en situaciones de especial indefensión, a través de la designación de adultos responsables de su cuidado. En el caso específico de autos, el interés superior de las niñas exigía reconocer formalmente el vínculo de cuidado respecto de su hermano mayor, más allá de la cercanía o lejanía que pudiera tener con otros parientes. Esta decisión del Tribunal pone de manifiesto que la reforma a las normas de cuidado personal efectuadas en el año 2013 fueron deficientes e inorgánicas, en tanto no consideraron el espectro total de las relaciones de cuidado y dependencia que el ordenamiento debe resguardar. En suma, el Tribunal releva el hecho de que el estatuto completo referido al cuidado de las personas que sea por razón de edad o porque se encuentran en circunstancias de desprotección requieren de otra u

otras que puedan velar por ellas, debe apegarse a los estándares internacionales, inspirarse en las directrices reconocidas como fundamentales en los Tratados de Derechos Humanos vigentes en Chile, y otorgar criterios orientadores al juez para la concreción de tales principios al caso en particular que debe resolver.

## 5. CONCLUSIONES

El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en Chile no ha obedecido a un desarrollo sistemático. Por el contrario, la inspiración constitucional de ciertas reformas e interpretaciones se ha construido de manera extremadamente espontánea e inorgánica, obedeciendo a necesidades contingentes por modernizar, actualizar y fortalecer argumentativamente determinadas instituciones. El desarrollo de este proceso ha sido impulsado por la doctrina especializada y, en menor medida, por cierta interpretación judicial proveniente de la justicia ordinaria y constitucional de nuestro país, aunque sin constituirse en una dogmática seria ni en una jurisprudencia asentada. En efecto, al no existir en nuestro país ni la doctrina de precedentes ni una dogmática suficiente, no contamos con una debida acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional.

Durante el desarrollo de esta investigación sobre la jurisprudencia constitucional, detecté que las ocasiones en que nuestro TC se ha pronunciado sobre el fondo de los asuntos sometidos a su decisión en virtud de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, constituyen la excepción. Existen dos elementos que explican esta situación. En primer lugar, el que la mayoría de dichos requerimientos hayan sido declarados inadmisibles. En segundo lugar, el hecho de que a menudo el Tribunal invoque la denominada “reserva legal”, estrechando determinantemente el ámbito sobre el cual puede pronunciarse. En este sentido, puede concluirse que el TC chileno no ha hecho propio uno de los elementos que describen el proceso de constitucionalización del Derecho, esto es, el que la norma legal se impregne de los principios constitucionales. En la medida que el Tribunal considera que hay ciertos ámbitos que le están vedados por ser privativos del terreno legal, se dificulta directa e indirectamente el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

A mi juicio, la situación descrita se agrava por el hecho de que el TC no haya podido dar por zanjada la discusión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en Chile, en relación a lo prescrito por el art. 5º inciso segundo de la CPR. Como he señalado, la influencia de los derechos humanos ha resultado determinante en el desarrollo de varias ramas del Derecho Privado y, en especial, del Derecho de Familia. Por lo cual, si su verdadero

impacto normativo y transformador está en entredicho, supeditado a su validez normativa, difícilmente la doctrina de los derechos humanos pueda iluminar la tarea del intérprete constitucional.

En cuanto a la medición del proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en su vertiente de justicia constitucional, que he querido llevar a cabo en este artículo, resulta útil repasar acá algunos de los hallazgos de esta revisión jurisprudencial, a modo de conclusión.

Como señalé, revisada la jurisprudencia del TC chileno entre los años 1973 y 2016, es posible rescatar 61 fallos dictados en materias de Derecho de Familia. De ellos, este Tribunal ha dictado 9 sentencias recaídas en control de constitucionalidad de las leyes. Por su parte, las sentencias emitidas en virtud del control concreto de constitucionalidad autorizado por el art. 93 Nº 6 de nuestra CPR, que es en lo que me he centrado, son 52, han sido pronunciadas desde 2007, y se relacionan con instituciones rotuladas tradicionalmente como matrimoniales y filiativas. Desde el punto de vista material, es decir, del contenido de los pronunciamientos, es posible afirmar que el TC se ha pronunciado sobre las siguientes cuestiones referidas a las relaciones de familia: matrimonio y orientación sexual; libertad probatoria en el divorcio; discriminación contra la mujer en las relaciones de familia; y, por último, filiación y relaciones de cuidado. Las problemáticas de índole patrimonial han sido sólo indirectamente tocadas por el Tribunal en las sentencias analizadas, como son la compensación económica y los bienes familiares.

Asimismo, desde el punto de vista cuantitativo, las áreas que presentan mayores sentencias pronunciadas son las acciones de filiación y la compensación económica, siguiéndole de forma muy pareja las relacionadas con el cuidado personal, el divorcio, la relación directa y regular, los alimentos debidos a menores de edad, la separación matrimonial, el secuestro internacional de menores de edad y las guardas.

Considerando las características y factores de la constitucionalización del Derecho a que me he referido en este trabajo, creo que las materias en que nuestro Tribunal ha efectuado una reinterpretación de normas del Derecho de Familia a la luz de principios constitucionales y estándares internacionales, son las siguientes.

En primer término, las que dicen relación con la filiación y las relaciones de cuidado, en especial, en lo que se refiere a la aplicación del derecho a la igualdad filiativa y a la vigencia del derecho a la identidad. Así, si bien en materia de acciones de filiación el TC aún no cuenta con opinión uniforme ante requerimientos de inconstitucionalidad muy similares, ha efectuado un esfuerzo por delimitar derechos y principios que no están reconocidos a nivel constitucional –claramente,

la identidad es uno de ellos—, pero que sí están desarrollados por la dogmática internacional. De hecho, en cuanto a la cosa juzgada en materia de filiación, he comentado un fallo en que el Tribunal, no obstante sugerir que el área no es de su competencia, desarrolla argumentos en orden a desestimar la aplicación de las normas impugnadas. Este fallo reconoce explícitamente que la Corte Suprema no ha unificado ni definido las corrientes jurídicas sobre la materia; sin embargo, deja pasar la oportunidad para dilucidar este aspecto señalando que ni el derecho a la identidad ni el derecho a la cosa juzgada se encontrarían constitucionalmente definidos, y, por tanto, sus límites no estarían claramente establecidos.

Asimismo, he examinado una sentencia en que el Tribunal realiza una interpretación progresiva y crítica sobre las guardas, aludiendo a la desactualización de las normas civiles decimonónicas que abordan esta institución; afirmación que es notablemente excepcional en la jurisprudencia constitucional chilena revisada. En efecto, en esta materia, lejos de echar mano al criterio de la reserva legal, el Tribunal pone de manifiesto la falta de organicidad de este estatuto y de la antigüedad de su contenido.

Una valoración positiva puede hacerse también con respecto a la discriminación por género en contra de la mujer, que si bien se advierte marginalmente en un solo fallo relacionado con la compensación económica, constituye un avance significativo en materia de consecución de igualdad material entre hombre y mujer. El tribunal se refiere a la consolidación de estereotipos como un elemento que influye en la generación y perpetuación de la discriminación, mediante una interpretación que no había efectuado hasta entonces.

Por el contrario, se echa de menos el desarrollo de argumentos más materiales en materia de orientación sexual y relaciones familiares, como ocurre con los fallos referidos a la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo del CC o al recaído en la conducta homosexual como causal de divorcio sanción de la LMC. En estos dos fallos, a mi juicio, el Tribunal ha obviado referirse al fondo de la cuestión sometida a su control, cual es, la discriminación por orientación sexual. A su vez, algo similar ha ocurrido en materia de divorcio y libertad probatoria, donde el Tribunal podría haber hecho un esfuerzo por abordar los principios de armonía familiar y respeto de la intimidad familiar y personal de los sujetos, en vez de argumentar sobre interpretaciones literales de las normas de la LMC que exigen el transcurso de ciertos plazos.

En suma, este trabajo ha intentado evaluar el estado de la jurisprudencia constitucional referida a las relaciones familiares, en el entendido de que el contenido de los pronunciamientos del TC es un indicador del grado de constitucionalización

del ordenamiento jurídico. El proceso de constitucionalización resulta particularmente importante en el desarrollo del Derecho de Familia, dado el componente fuertemente personal que le caracteriza. El Derecho de Familia moderno se ve continuamente desafiado al regular las relaciones de las personas en familia en contextos sociales dinámicos, complejos y en profunda transformación. En las sociedades modernas, los proyectos individuales no se desarrollan predominantemente en el ámbito familiar, a diferencia de antaño; las personas tienden a realizar sus aspiraciones en contextos que van más allá de la vida privada familiar, por lo cual, la familia “estática” que Bello concibió en el siglo XIX ha sido sustituida por otra que muta constantemente, que se acomoda a los planes individuales de sus integrantes, que se inserta en el imaginario de las personas como un propósito, pero que no abarca ni satisface en su totalidad los proyectos individuales.

Estos desafíos obligan a los ordenamientos jurídicos a ajustarse periódicamente, a reformular sus reglas conforme a nuevos principios fundantes. En este proceso resulta fundamental la tarea del intérprete y, en especial, la función de la justicia llamada a declarar la conformidad de dichas reglas a la Carta Fundamental. Paralelamente, estas reglas están cada vez más permeadas por los preceptos constitucionales en conformidad al proceso transformador de la constitucionalización y, por su parte, la Constitución recibe en el área de la persona y de la familia un influjo innegable desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Finalmente, ante estos elementos, podemos concluir que la función dogmática crítica del Derecho de Familia no debe sólo reforzar los mandatos constitucionales generales; debe contribuir a la actualización y reformulación de los principios básicos de un Derecho de Familia. Este Derecho de Familia está fundado fuertemente en la protección de la esfera íntima, la igualdad de género, el reconocimiento del estatus jurídico de la infancia y la apertura a nuevas formas de parentalidad. En este sentido, este trabajo ha pretendido aportar al desarrollo de dicha dogmática mediante una investigación de la jurisprudencia constitucional chilena.

## 6. JURISPRUDENCIA CITADA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO (REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD)

1. 29 de septiembre año 2009; Rol N° 1340-09.
2. 30 de agosto de 2011; Rol N° 1563-09.
3. 1 de septiembre de 2011; Rol N° 1537-09.
4. 1 de septiembre de 2011; Rol N° 1656-09.
5. 3 de noviembre de 2011; Rol N° 1881-10.
6. 4 de septiembre de 2012; Rol N° 2035-11.

7. 4 de septiembre de 2012; Rol N° 2105-11.
8. 27 de septiembre de 2012; Rol N° 2102-11.
9. 20 de noviembre de 2012; Rol N° 2156-11.
10. 26 de marzo de 2013; Rol N° 2207-12.
11. 30 de mayo de 2013 Rol N° 2306-12.
12. 30 de mayo de 2013; Rol N° 2215-12.
13. 11 de junio de 2013; Rol N° 2333-12.
14. 18 de junio de 2013; Rol N° 2195-12.
15. 18 de junio de 2013; Rol N° 2200-12.
16. 2 de julio de 2013; Rol N° 2303-12.
17. 6 de marzo de 2014; Rol N° 2408-13.
18. 10 de abril de 2014; Rol N° 2435-13.
19. 25 de julio de 2014; Rol N° 2690-14.
20. 17 de junio de 2015 Rol N° 2699-14.
21. 6 de agosto de 2015; Rol N° 2739-14.
22. 12 de abril de 2016; Rol N° 2867-15.

## 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006): “El derecho esencial a contraer matrimonio”, en Vidal Olivares, Álvaro (coordinación), *El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 39-48.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neo-constitucionalismo”, en *Revista de Derecho* (Nº 1), pp. 79-102.
- ÁLVAREZ PERTIZ, Alicia (2011): “Constitucionalización del Derecho de Familia”, en *Revista Jurídicas CUC*, Barranquilla, Colombia, ISSN 1692-3030 (Nº 7), pp. 27-51.
- ATIENZA, Manuel (2007): “Argumentación y Constitución”, en Aguiló, Josep; Atienza, Manuel; Ruiz, Juan, *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (Madrid, Iustel), pp. 113-143.
- BELOFF, Mary (2008): “Quince años de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina”, en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, Bogotá, (Nº 10), pp. 11-44.
- CALVO CARVALLO, María Loreley (2000): “Familia y Estado: Una perspectiva constitucional”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, Uruguay (Año XIII, Nº 15), pp. 163-165.

- CEA EGAÑA, José Luis (1996): “La Constitucionalización del Derecho”, en *Revista de Derecho Público* (vol. 1996, Nº 59), pp. 11-22.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004): “Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho privado”, *Derecho Mayor* (Nº 3), p. 4. [Fecha de consulta 22 de diciembre de 2014]. [Disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>].
- CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo (2005): “Vulgarización por constitucionalización”, en *Revista Derecho y Humanidades* (Nº 11), pp. 161-175.
- DE LA FUENTE LINARES, José Cándido Francisco Javier (2012): “La protección constitucional de la familia en América Latina”, en *Revista IUS*, Puebla (vol. 6, Nº 29). [Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2014]. [Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472012000100005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100005)].
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (T. XCIII, Nº 3), pp. 107-137.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2001): “La constitucionalización del Derecho”, en Navarro Beltrán, Enrique (editor), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, ConoSur), pp. 37-55.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás: Conferencia dictada en un Congreso Internacional en el marco de la Cátedra por el Derecho Continental. Universidad Diego Portales-Fondation pour le Droit Continental, 18 de noviembre de 2014, Universidad Diego Portales.
- FAVOREAU, Louis Joseph (2001): “La constitucionalización del Derecho”, en *Revista de Derecho* (vol. XII), pp. 31-43.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa (2006): *Derecho constitucional de familia* (Buenos Aires, Ediar), tomo 1.
- GUASTINI, Riccardo (2009): “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (traducc. de José María Lujambio), en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4<sup>a</sup> edición (Madrid, Trotta-UNAM), pp. 49-73.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso-Universidad Católica de Valparaíso).
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2008): “Derecho de Familia y Derechos Humanos”, en Pozo Silva, Nelson y Benítez González, Jorge (editores), *Los otros derechos: derechos humanos del bicentenario* (Santiago de Chile, Arcis), pp. 17-52.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2005): “Codificación y constitucionalización del Derecho Civil”, en Martinic Galetovic, María Dora; Ríos Labbé, Sebastián; y Tapia Rodríguez, Mauricio, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 1193-1213.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2010): “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, en *Revista Ius et Praxis* (vol. II), pp. 147-184.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo J. (2010): “Los derechos humanos en las relaciones familiares del S. XXI: Los caminos de la jurisprudencia argentina”, en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (Directoras) y Benavides Santos, D. y Picado Ana María (Coordinadores), *El derecho de familia en Latinoamérica 1. Los Derechos Humanos en las relaciones familiares* (Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico), pp. 73-115.
- MUJICA ESCOBAR, Francisco (2013): “No hay interpretación del artículo 206 del Código Civil que sea compatible con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil e incisos 3º y 4º del artículo 5º transitorio de la Ley 19.585”, en *Actualidad Jurídica* (Nº 28), pp. 531-589.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio (2012): “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, en *Estudios Constitucionales* (Nº 2), pp. 511-532.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge (1996): “El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas*, Medellín, Colombia (Nº 97), pp. 47-52.
- Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, [fecha de consulta: 15 de junio de 2016]. [Disponible en: [https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-es-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-es.do)].
- SAFFIE KATTAN, Cristina (2013): “Inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 19), pp. 159-172.
- SCHMIDT HOTT, Claudia (2005): “La constitucionalización del Derecho de Familia”, en Martinic Galetovic, María Dora; Ríos Labbé, Sebastián; y Tapia Rodríguez, Mauricio; *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 1235-1244.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1994): “La familia en la Constitución Política”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 2, Nº 21), pp. 217-229.

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2005): *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TURNER SAEZER, Susan y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2013): “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Nº 2), pp. 269-301.
- ZANNONI, Eduardo A. (1998): *Derecho de Familia*, 3<sup>a</sup> Ed. (Buenos Aires, Astrea).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005): “Control de constitucionalidad y casación”, en *Estudios Constitucionales* (vol. 3, Nº 2), pp. 15-27.

#### 8. NORMAS JURÍDICAS CITADAS

1. Constitución Política de la República.
2. Código Civil chileno.
3. Ley Nº 19.947, que establece nueva Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial, 17 de mayo de 2004.
4. Ley Nº 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Diario Oficial, 5 de octubre de 1962.
5. Ley Nº 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.
6. Ley Nº 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Diario Oficial, 21 de junio de 2013.