

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court

Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

FILIACIÓN

ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN
CONTRA PADRE FALLECIDO, CORTE SUPREMA, 2 DE DE NOVIEMBRE 2004.

El demandante JMN entabla acción de reclamación de filiación en contra de los herederos de su supuesto padre GH; con el objetivo que se le declare su filiación y se le acoja la acción de petición de herencia que entabla subsidiariamente. Él basa su petición en que estaría configurada la posesión notoria respecto de su supuesto padre; y en la petición de efectuar la prueba biológica de ADN al cadáver de GH. Los demandados alegan que la posesión notoria no estaría configurada por los antecedentes acompañados y se niegan a que se le practique la prueba de ADN a su padre, por atentar contra la libertad e inviolabilidad de la memoria y restos mortales de don GH; además señalan la falta de legitimación para poder actuar contra una persona fallecida.

En primera instancia la jueza del Tercer Juzgado Civil de Osorno rechaza la demanda por no haberse acreditado la posesión notoria; y acoge como justificada la negativa de los herederos

para efectuar las pruebas biológicas al cadáver.

La Corte de Valdivia, conociendo de un recurso de casación en la forma por haberse omitido una diligencia probatoria, cuya omisión podría producir indefensión, cual era el examen de ADN solicitado, rechaza el recurso basada en que la exhumación sólo procede en los casos expresamente autorizados por la ley, basados en artículos del *Código Sanitario*, del *Código de Procedimiento Penal* y otros cuerpos legales, pero no incluye las normas en materia de filiación establecidas en el *Código Civil*, específicamente el artículo 199 respecto al hecho de admitirse en un juicio de filiación las pruebas biológicas.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en la forma por haberse omitido la diligencia probatoria ya señalada, rechaza el mencionado recurso por carecer el demandante de legitimación contra los herederos de su supuesto padre en los términos del artículo 206 del *Código Civil*, sentencia que cuenta con un voto de minoría.

De este fallo es importante destacar varios puntos que han sido continuamente discutidos por la jurisprudencia; respecto de la sentencia de primera instancia vemos que la jueza declara

justificada la negativa por parte de los herederos de someter a las pruebas biológicas el cadáver de su padre; fundándola únicamente en que dicha prueba con la consiguiente exhumación atentaban contra la libertad e inviolabilidad de la memoria y restos mortales de GH, en ausencia de manifestación de voluntad del difunto. De acuerdo con los principios del Derecho Sucesorio imperantes en nuestro país los herederos son la continuación del difunto y toman su lugar jurídico respecto de todos los derechos y obligaciones transmisibles; si el demandante tiene acción para dirigirse en contra de los herederos, éstos deben fundamentar la negativa de la misma forma que debió haberlo hecho su padre, si éste hubiera vivido; no basta y así lo ha señalado en otros fallos los tribunales, una simple razón sin fundamentación y sin explicar cómo se vería afectado (véase Corte Suprema, 8 de marzo de 2004); sino sería siempre ilusoria la acción otorgada en contra de los herederos, ya que jamás llegaría a practicarse la prueba biológica al cadáver, porque se estaría autorizando a los herederos a negarse por cualquier causa sin mayor justificación.

En cuanto al fallo de la Corte Suprema interesante nos parecen dos argumentaciones: primero, establece que la normativa invocada por la Corte de Valdivia no tienen relación con la materia en estudio y, además, sostiene que el artículo 199 del *Código Civil*, el cual autoriza la realización de la prueba biológica es muy posterior a toda la normativa señalada, por lo cual establece que estaría permitido realizarle las pruebas biológicas a un cadáver, siempre y

cuando la negativa fuera injustificada; pero llegando al punto central del fallo la Corte se pronuncia sobre la posibilidad de ejercitar la acción de reclamación contra los herederos del supuesto padre por parte del demandante; lo que a pesar de haber sido alegado por la parte demandada al contestar la demanda en primera instancia, los fallos anteriores no repararon en ello.

El hecho de poder dirigirse contra los herederos fue un tema ampliamente debatido durante la tramitación de la ley de filiación, tema de por sí delicado, porque se dirigiría una reclamación de paternidad o maternidad contra alguien que ya no puede expresar su voluntad, además, lo anterior de ser aceptado, conllevaría la posibilidad de exhumar el cadáver, por lo cual se llegó a establecer dos normas bastante precisas y limitadas en el tiempo. El inciso cuarto del artículo 5° transitorio dio la acción para dirigirse contra personas fallecidas con anterioridad a la vigencia de esta ley, sólo por el plazo de un año desde su entrada en vigencia, situación en la que no se encuentra el demandante, ya que su supuesto padre se encontraba vivo a la entrada en vigencia de la ley. La segunda norma la encontramos en el artículo 206, que posibilita accionar a los herederos sólo en dos situaciones:

- a) si el hijo es póstumo y
- b) si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto;

tampoco el demandante se encuentra en ninguna de estas dos situaciones. La razón de hacer tan limitada la acción contra los herederos se traduce en que sólo en esos dos casos, el padre estaría im-

posibilitado de manifestar su voluntad de reconocer voluntariamente a su hijo y sólo así se justificaría la acción de exhumación del cadáver para practicar las pruebas biológicas; no debemos olvidar que un principio se pensó en que sólo se permitiría la acción de reclamación en vida del supuesto padre, lo que fue atenuado con la redacción actual del artículo 206; de esta forma falló la Corte Suprema en su voto de mayoría, lo que nos parece adecuado al tenor literal de la ley y a la historia fidedigna de su establecimiento. Por lo anterior, la Corte desestima referirse a la procedencia o improcedencia de las pericias biológicas, ya que por no tener acción, el juicio resulta improcedente.

Sin embargo, resulta interesante referirse a la postura sostenida en el voto de minoría; el primer argumento con el que estamos plenamente de acuerdo, señala que:

“puede hacerse el examen pericial al cadáver de acuerdo al artículo 199 del Código Civil, pues al aceptar que ello ocurre por excepción, obviamente reconoce que el mismo puede decretarse, pero siempre que proceda la acción correspondiente”.

El segundo argumento se refiere a la posibilidad de accionar contra el padre o madre fallecidos, donde se pretende establecer que la regla general se encontraría en el inciso 2° del artículo 317, que señala que:

“son también legítimos contradictores los herederos del padre

o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquél o decidan entablarla”;

y que el artículo 206 sería aplicable sólo a los dos casos ahí establecidos y en los demás casos recupera su imperio la regla del artículo 317. No estamos de acuerdo con esta interpretación, en cuanto a su argumentación y a su historia, por las siguientes razones:

a) señalar que:

“a lo largo de todas las disposiciones con contenido valórico de dicha Ley, se advierte la tensión que hubo durante su tramitación, muchas de las cuales fueron el resultado de transacciones e inadvertencias...”

no nos parece un argumento serio toda vez que no se cita ningún antecedente que nos permita deducir que esto ocurrió en este artículo en particular;

- b) si ésta es la norma general, porque entonces fue necesario poner la norma transitoria para los que habían fallecido con anterioridad a la vigencia de la ley, si lo que se pretende sostener es que todos pueden ejercer la acción contra personas fallecidas, la norma transitoria no tendría razón de ser;
- c) claramente se estaría abandonando el elemento histórico, ya que de las actas de la discusión de la

ley se desprende claramente que la intención del legislador, en primer lugar, fue prohibir cualquier acción en contra de personas fallecidas; y esto solo fue atenuado con el artículo 206, que la permitió en casos de excepción y

- d) el artículo 317 lo que hace es recoger todos los que son legítimos contradictores en un solo artículo, y no pretende crear situaciones diferentes a las establecidas anteriormente cuando se regulan las acciones filiación.

- b) que JM no puede contraer matrimonio por estar detenida en el Cuartel de Investigaciones;
c) que JM no puede contraer matrimonio por ser un peligro para la sociedad y
d) que JM no puede contraer matrimonio por no constarle que sea ella la persona que firmó la escritura pública de mandato especial, la cual se encuentra debidamente autorizada ante notario público.

Los recurrentes estiman que se encuentra vulnerada la garantía constitucional del art. 19 N° 2 de la CPE

MATRIMONIO

RECURSO DE PROTECCIÓN POR IMPEDIR CONTRAER MATRIMONIO, SENTENCIA CORTE SUPREMA 22 DE MARZO DE 2005

Doña JM y don MLR interponen recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación y otros, por negarse a celebrar su matrimonio civil, en que uno de los contrayentes actuaba con mandato especial, otorgado por escritura pública. Doña JM se encuentra detenida en el cuartel de Investigaciones por lo cual otorgó un mandato especial a fin de que pudiesen contraer matrimonio, pero la oficial del registro Civil se negó por diferentes razones, entre ellas es necesario señalar las siguientes:

- a) Que solo pueden contraer matrimonio por mandato, las personas que se encuentran fuera del país;

“en cuanto a que ninguna autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias”. Los recurridos sostienen que actuaron de acuerdo con el art. 76 del DL N° 1094 de 1975, ley de extranjería, que señala que el extranjero que se encuentra residiendo en forma ilegal en el país, no puede gestionar ningún trámite ante este servicio, sin que previamente regularice su residencia legal en el país”

y a continuación se refieren a la circular N° 28 de la Dirección Nacional de 1996 que indica:

“se mantiene la prohibición de celebrar matrimonios cuando uno o ambos contrayentes son extranjeros que se encuentran residiendo en forma ilegal en el país...”;

por último, señalan que respecto a la situación de doña JM se encuentra pen-

diente una orden de expulsión del territorio nacional.

En el fallo de la Corte de Apelaciones es necesario relevar que se establece que el recurso de protección cumple con los requisitos de procedencia establecidos, que la CPE en su artículo 19 N° 2 reconocen la igualdad ante la ley de todos los habitantes del territorio nacional; que el artículo 57 del *Código Civil* señala que: “la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código”; que es perfectamente posible contraer matrimonio por poder de acuerdo con el artículo 103 del CC; y declara improcedente pretender que una simple circular de un servicio público, que contiene instrucciones de carácter administrativo, pueda prevalecer sobre las mencionadas normas legales; por lo que resuelve acoger el recurso y ordenar se realice el pretendido matrimonio.

La Corte Suprema en su fallo estima que los funcionarios del Registro Civil han actuado conforme al artículo 76 del DL 1094, en forma legal y que éstas no pueden ser obligadas

“a realizar un trámite abiertamente ilegal como el que se pretende, menos aún por los Tribunales de Justicia, cuya misión consiste en velar por el respeto de la Constitución y las leyes” (considerando 6°).

Estiman que la garantía constitucional no ha sido vulnerada ya que éstas no establecen derechos de carácter absoluto, sino que tienen diversas limitacio-

nes; en este caso establecidas en la misma ley de matrimonio civil. La trasgresión según la Corte sería que en la misma situación de permanencia ilegal en el país a unos se les dejara contraer matrimonio y a otros no. De acuerdo con lo anterior revoca la sentencia apelada y declara que se desestima el recurso de protección interpuesto.

Ante una misma situación ambas Cortes han fallado de manera diversa; pero creemos que ambas no decidieron sobre lo más sustancial de este caso, cual es, el determinar la naturaleza del *ius conubii* o derecho a contraer matrimonio, el art 2° de la nueva ley de Matrimonio Civil establece que:

“La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente”.

Este mismo derecho se encuentra protegido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.1 a); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2); en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967

(art. 6.2) y otros tratados internacionales, todos suscritos por Chile y, por lo tanto, incorporados debido a la materia de que tratan, en el artículo 5° inciso 2° de la CPE; si bien nuestra Constitución no lo incorpora de manera explícita ello puede deducirse del artículo 1° y del artículo 19 N° 2, bajo lo que el catedrático Alejandro Guzmán Brito ha denominado “libertad innominada” (*El Derecho Privado Constitucional de Chile*, 2001, pp. 263-264).

Este derecho debe entenderse como una libertad fundamental de la persona humana, de carácter esencial e inherente a ella,

“de lo cual deriva su universalidad, en cuanto no es más que una concreta manifestación de la libertad natural de todas las personas... y en cuanto tal, la ley civil sólo se limita a reconocerla y ampararla”.

(Javier BARRIENTOS, *Revista de Derecho Privado*, N° 2, Santiago, 2004, p. 236); debido a lo anterior, claramente, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 1° de la CPE al señalar:

“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos... El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”;

¿es posible imaginar que dentro de esta realización espiritual y material no se encuentre la de formar una familia que tenga su base en el matrimonio?

Siguiendo al profesor Barrientos podemos sostener:

“que el *ius conubii* en su dimensión de libertad positiva debe entenderse como el derecho a contraer matrimonio, ausente de toda traba, embarazo, obstáculo o impedimento” (p. 236);

el Estado debe eliminar los obstáculos que pudieran interferir con el derecho de cualquier persona a contraer matrimonio. El hecho, como señala la sentencia de la Corte Suprema, que la propia ley de matrimonio civil contenga limitaciones a contraer matrimonio no afectan al *ius conubii* en su esencia, tal como lo asegura el artículo 19 N° 26 de la CPE, ninguna de esas limitaciones atacan a la esencia del derecho a contraer matrimonio, ya que las limitaciones protegen a la institución del matrimonio, al bien común y a un bien personal de igual o mayor valor que el matrimonio mismo; ¿pudiera pensarse en que este bien común superior es el hecho de estar en forma ilegal en nuestro país?, respecto a una persona determinada en que su situación procesal aún no está definida; si esto fuera así, cualquier persona que se encuentra privada de libertad, por haber cometido un delito determinado, no podría contraer matrimonio válidamente, o es que esto se aplica sólo a los extranjeros y debemos concluir que la ley en Chile no es igual para chilenos y

extranjeros como declara la CPE y el *Código Civil*.

Debemos referirnos al concepto de lo que debemos entender por arbitrario, de acuerdo con el profesor José Luis Cea:

“arbitrario es el acto o proceder contrario a la justicia o a la razón, infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado”.

(*Derecho Constitucional Chileno*, 2004, tomo II, p. 130); ¿cuáles son los fines que el Estado persigue al prohibir el matrimonio entre una extranjera en situación ilegal en nuestro país y un chileno?, ¿atentará contra el bien común o se persigue un bien superior que no explican en el DL en cuestión o en las circulares del Registro Civil?

En cuanto a la vía procesal de protección de este derecho

“asume algunos de los caracteres del modelo tuitivo de la protección constitucional consagrada en el artículo 20 de la CPE, sin que parezca excluir la procedencia de esta vía de protección

constitucional en aquellos casos en los cuales del acto arbitrario que niegue o restrinja el legítimo ejercicio del ius conubii se siga la privación, perturbación o amenaza a laguna de las garantías contenidas en el artículo 19, como podrían ser las del número 1, en lo que toca a la ‘integridad síquica’, la del número 2 en lo relativo a la igualdad ante la ley o al establecimiento de una ‘diferencia arbitraria’”.

(BARRIENTOS, *op. cit.*, p. 241).

De acuerdo con lo anteriormente señalado creemos que el fallo de la Corte Suprema ha amparado la posibilidad de prohibir el derecho esencial a contraer matrimonio, basado en un DL inconstitucional, por atentar contra las garantías ya individualizadas y los contenidos de los tratados internacionales suscritos por Chile e incorporados a nuestra Constitución, con lo cual se puede entender que dicho DL ha sido derogado tácitamente y no puede ser aplicado en lo que se refiere a la prohibición de contraer matrimonio, cuya esencia se encuentra protegida por normas constitucionales y legales, superiores al DL mencionado.