

El Derecho Familiar Internacional chileno a través de dos sentencias

Erick Barrios*

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 251-271.

Resumen

Dentro del Derecho internacional privado, las relaciones familiares representan una cuota importante en el volumen de casos, por su componente de interés público, que toca el “fundamento” mismo de la sociedad. De allí la incidencia de normas imperativas, constitucionales y convencionales, fuertemente vinculadas con los derechos humanos fundamentales, que lo nutren y dotan de un indiscutible contenido tutelar. Siendo Chile un país de la órbita continental, su sistema conflictual se caracteriza por una tradición territorialista que se remonta al “Código Bello”. No obstante, la globalización y la evolución social, requieren nuevas soluciones a la multiplicidad de situaciones que surgen en las relaciones familiares. El objeto del presente trabajo es revisar el estado de la cuestión respecto a la familia con elementos de extranjería en Chile, a través de la revisión de dos sentencias de los tribunales más importantes (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia), que abordan diversos aspectos de interés en estos casos.

Abstract

Within private international law, family relationships represent a significant share of cases, given its component of public interest, since they refer to the very “foundation” of society. Hence the incidence of imperative norms, both constitutional and conventional, strongly linked to the field of fundamental human rights, which nourish it with an indisputable protective content. Being Chile a continental law system country, its conflict of law system is characterized by a territorialist tradition that goes back to the “Code of Bello”. However, globalization and the evolution of society require new solutions to the multiplicity of situations arisen in family relationships. The purpose of this paper is to review the state of the art involving the family with foreign elements in Chile, through the review of two judgements of the highest national courts (Constitutional Court and Supreme Court of Justice), addressing several aspects of interest in those cases.

Palabras clave

Derecho familiar internacional. Derecho internacional privado chileno. Divorcio. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Keywords

International family law. Chilean private international law. Divorce. Same sex marriage.

Sumario

Introducción. I. La familia en el ordenamiento jurídico chileno. A. Antecedentes: la Familia en el Código de Bello. B. La familia en el actual Estado democrático y de Derecho. II. El Derecho internacional privado en Chile y las relaciones familiares con contactos externos. A. Características del Derecho internacional privado vigente en Chile. B. Las fuentes del Derecho internacional privado chileno. 1. Internas. 2. Internacionales. C. La corriente modernizadora del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. D. La jurisprudencia: ¿fuente en el Derecho internacional privado chileno? III. Dos sentencias (precedentes) que ilustran el “estado del arte” en materia de Derecho familiar internacional. A. Sentencia 6834 del Tribunal Constitucional (Rol 7774-2019). 1. El

* Licenciado en Estudios Internacionales (2004), Abogado (2009) y Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela. Prestó 13 años de servicio en el sistema de justicia penal venezolano. En 2018-2019 fue Coordinador Legal en una cadena de *retail*. Actualmente es parte del área de cobranza judicial de Netpag Consultores S.A. (Santiago de Chile).

caso. 2. Argumentación del Tribunal Constitucional. B. Sentencia de la Corte Suprema (Rol 3678-2005), de fecha 10 de noviembre de 2015, relativa a solicitud de Exequátur de resolución extranjera en materia de divorcio vincular. 1. El caso. 2. El régimen de exequátur en Chile y los razonamientos de la Sala Cuarta de la Corte Suprema. 3. La decisión. Conclusiones.

Introducción

El Derecho internacional privado, al ocuparse de las relaciones jurídicas de índole privada que trascienden las fronteras de dos o más países, abarca lo concerniente a la jurisdicción competente para decidir una controversia, el Derecho aplicable a esos nexos, los actos de cooperación procesal entre autoridades administrativas y judiciales a fin de coadyuvar en las distintas etapas del proceso y, por último, pero no menos importantes, la ejecución de sentencias y actos resolutivos de órganos jurisdiccionales extranjeros.

Dentro de las relaciones privadas susceptibles de tener elementos de extranjería, las de índole familiar (es decir, aquellas de carácter conyugal, filiatorio y relativas al parentesco, así como los elementos patrimoniales allegados) representan una cuota importantísima en el volumen de casos, lo que puede constatarse en cualquier país al comparar la cantidad de solicitudes de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras en materia de divorcio con otras materias.

Ese peso destacado se justifica por las características de esta rama del Derecho, teñida fuertemente de un componente de interés público, ya que tocan el “núcleo”, “célula” o “fundamento” mismo del tejido social, se compadecen con su estabilidad y pervivencia actual y futura. No en vano ha recibido una atención creciente, incrementándose la incidencia de normas imperativas, de contenido material, tanto constitucional y convencional, fuertemente vinculadas con el ámbito de los derechos humanos fundamentales, nociones que actualmente se compenetran transversalmente con el contenido del derecho internacional privado, que lo nutren y dotan de un contenido garantista.

En efecto, en un caso con elementos de extranjería relevantes, la protección de los derechos de los involucrados en base a principios como la igualdad y no discriminación, al interés superior de infantes y adolescentes, la tutela judicial efectiva en tanto garantía de acceso a órganos de justicia, de un juez natural que ajuste su proceder a principios y normas que aseguren la igualdad de las partes y el derecho a la defensa de sus pretensiones, a una decisión conforme a Derecho que pueda ser eventualmente cuestionada a través de mecanismos recursivos y, finalizado el proceso, el derecho a que la resolución que crea, modifica o extingue derechos sea acatada y ejecutada por la autoridad, en estos casos, de un Estado distinto al que la dictó.

Siendo Chile un país de órbita continental, su regulación del Derecho internacional privado se caracteriza por una tradición territorialista que se remonta al monumento jurídico que es el Código Bello. No obstante, el fenómeno de la globalización y sus consecuencias, así como la misma evolución del tejido social, requieren de nuevas soluciones a multiplicidad de situaciones.

Es así como el objeto del presente trabajo es revisar el estado de la cuestión respecto a la familia en Chile, cuando hay elementos de extranjería, a la luz del ordenamiento jurídico interno vigente en materia familiar e internacionalprivatista, para finalmente analizar someramente dos sentencias de dos altos tribunales de este país (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia) que abordan diversos aspectos en casos con puntos de contacto con el extranjero.

I. La familia en el ordenamiento jurídico chileno

La Constitución Política de Chile en su artículo 1, inciso 2 reconoce a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad” y consagra como deber del Estado su protección y propender a su fortalecimiento¹. La jurisprudencia constitucional ha reforzado estos principios al postular un “orden público familiar”, estatuido principalmente en el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil², ambos de tradición centenaria, y que configuran una estructura familiar tradicional, asentada en el (hasta hace poco) matrimonio heterosexual, monogámico e indisoluble.

La evolución de la sociedad ha modificado paulatinamente esta visión, tolerándose progresivamente nuevas modalidades de familia, así como de las uniones que les dan origen; siendo la consagración legal del divorcio un hito no menor en el proceso de transformación del núcleo familiar tradicional.

Por su parte, el Código Civil contempla una definición de familia en el artículo 815³, sin embargo, se ha cuestionado su alcance limitado por el carácter patrimonial de las instituciones a las que se refiere (uso y habitación). Por su parte, la Ley 21150 (2019) que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, define a la familia en su artículo 2 numeral 1 como el “núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.

Se discute si la definición constitucional de la familia comprende tanto a la matrimonial como a la extramatrimonial; una corriente, tradicionalista (Corral Talciani, Rosende Álvarez), la circunscribe exclusivamente a la primera; mientras que otra tesis, moderna (Figueroa Yáñez, Peña González), se decanta por un concepto ampliado que incluye a ambas, sobre la base de que la Constitución Política no establece tales distinciones entre modalidades de familia y, por

¹ Art. 1: “...La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. / (...) Es deber del Estado... dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”

² Tribunal Constitucional, Sentencia No. 6834, 25 de junio de 2020, Cecilia Vera Pérez Gacitúa y Cristina Ibars Mayor en autos caratulados “Vera c. Servicio de Registro Civil”.

³ Art. 815: “La familia comprende al cónyuge y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”.

lo tanto, no debe hacerlo el intérprete; además, la Ley de Matrimonio Civil (2004) configura al matrimonio como base principal (no única) de la familia⁴.

El Derecho de familia contemporáneo se caracteriza en Chile por las siguientes notas: a) sus normas tienen contenido de orden público; b) representa una intersección de derecho privado y el derecho público; c) existe un predominio del interés social sobre el interés particular; d) la autonomía de la voluntad se encuentra restringida (es decir, no se requiere la sola voluntad de las partes para dar efecto jurídico a sus instituciones, sino que también se requieren ciertas solemnidades o de causales); e) su naturaleza es fundamentalmente (pero no exclusivamente) extrapatrimonial: los derechos y obligaciones no son susceptibles de apreciación monetaria, sin perjuicio de que existan derechos e instituciones patrimoniales (alimentos, bienes conyugales, indemnizaciones y compensaciones económicas) y f) sus normas tienen un importante componente ético.

A. Antecedentes: la Familia en el Código de Bello

Como ya se ha indicado, el Código Civil chileno de 1855, obra del insigne jurista venezolano (naturalizado chileno) Andrés Bello, consagra un modelo de familia exclusivamente matrimonial, heterosexual, patriarcal, y basado originalmente en la religión y en la filiación biológica legítima.

En el contexto de una sociedad tradicional, predominantemente agraria y religiosa, el codificador consagró un ideal familiar fundado en la existencia del matrimonio⁵: sin matrimonio no hay familia, sin familia no puede haber matrimonio; es decir, el Derecho no tutela uniones no matrimoniales (o de hecho), ni a los hijos habidos fuera del matrimonio.

Es *heterosexual*, toda vez que para los cánones de la época era inconcebible un matrimonio que no fuera entre personas de sexo opuesto⁶.

Además, el matrimonio es *patriarcal*, habida cuenta del predominio sin contrapeso del hombre sobre la mujer en términos personales y patrimoniales, que se manifestaba en: a) la incapacidad relativa de la mujer (quien requería autorización para celebrar válidamente cualquier acto jurídico); b) la potestad marital (traducida en la ascendencia personal y matrimonial del marido sobre la mujer)⁷; c) desigualdad en la configuración del delito de Adulterio, que solo aplicaba para la mujer, mientras que se establecía un tipo lenitivo para los hombres: el

⁴ Ramos, René, *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1999, Tomo I, pp. 10-11.

⁵ Arancibia, María José y Pablo Cornejo, El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos, en: *Revista Ius et Praxis*, 2014, No. 1, Vol. 20, pp. 279 ss.

⁶ Art. 102: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente...".

⁷ Art. 132: "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer".

“Amancebamiento”; d) desequilibrio en las relaciones paternofiliales: a las madres se les asignaba un rol afectivo, mientras que a los padres uno correctivo⁸.

El fundamento *religioso*, tienen lugar por la exclusividad del matrimonio canónico para los contrayentes de religión católica⁹; aunque las personas de otros credos podían contraerlo siempre que se sujetaran a las disposiciones sobre “impedimentos dirimentes”¹⁰.

Por último, predominaba la *filiación biológica* y “*legítima*”¹¹: el Código no reguló la adopción y estableció una compleja clasificación de los hijos en legítimos y no legítimos (que a su vez podían ser “naturales”, “adulterinos”, “incestuosos” y “sacrílegos”).

B. La familia en el actual Estado democrático y de Derecho

El Derecho de familia es la rama del Derecho Civil que experimentó más transformaciones desde la promulgación del Código Bello; cambios que en gran medida se aparejaron a las transformaciones sociales acaecidas en el siglo XX, aunque en el caso de Chile, quizás por efecto de su devenir histórico político, se pospusieron durante mucho tiempo. Un punto de inflexión lo representan, en lo jurídico, el proceso de configuración de un Derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración de Derechos Humanos de 1948) que permearon los ordenamientos jurídicos nacionales, particularmente en materia familiar; y en no menor medida el cambio del rol social de mujer desde mediados de la década de los 40 y sobre todo a partir de los 60 del siglo pasado.

La irrupción de los derechos humanos en la esfera jurídica civil, que modificó sustancialmente sus instituciones a la luz de principios como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la no discriminación, configuró los fenómenos de la “**constitucionalización**”¹² y

⁸ Art. 219: “Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre”.

Art. 232: “El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. . .”.

Art. 240: “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre. . .”.

⁹ Art. 117 (luego derogado por la Ley de Matrimonio Civil de 1884): “El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas”.

¹⁰ Art. 118: “Los que profesando una religión diferente de la católica quisieren contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores, y demás requisitos; y que declaren ante el competente sacerdote católico y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer; y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito”.

¹¹ Art. 179: “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo”.

¹² Entendida como uso técnico de la Constitución para amparar instituciones esenciales a la persona y la creación de herramientas jurídicas efectivas para hacerla respetar (Domínguez Águila, Ramón, Aspectos de la Constitucionalización del Derecho civil chileno, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1996, Tomo XCIII, No. 3, p. 109) y fundada en los principios de supremacía (art. 6 incisos 1° y 2° de la Constitución Política) y de legalidad (art. 7 de la Constitución Política), se traduce en diversas consecuencias para el derecho privado y los derechos personales: a) la interpretación conforme a la Constitución; b) la derogación de normas contrarias o

“convencionalización”¹³ del Derecho civil y de familia, que se manifiestan en reformas legales y cambios en la interpretación de las normas jurídicas vigentes.

Las reformas más relevantes acaecidas en el ordenamiento de Chile durante el último siglo son las siguientes:

- Decreto-Ley 328 (1925), modifica disposiciones vigentes sobre capacidad de la mujer en materia filiatoria¹⁴ y establece la separación de bienes de aquella mediante capitulaciones; fue modificado por la Ley 5521 (1934), que incorpora tales reformas al Código Civil.

- Ley 7612 (1943), introduce diversas modificaciones al Código Civil, entre ellas, establece un régimen convencional de separación de bienes, alternativo al régimen matrimonial de sociedad conyugal.

- Ley 18802 (1989): amplía la capacidad de la mujer en la sociedad conyugal y para celebrar actos jurídicos¹⁵.

- Ley 19335 (1994), que establece el régimen patrimonial de participación de gananciales, como tercer sistema además de la sociedad conyugal del Código Civil y la separación total de bienes; deroga el “Amancebamiento” y establece al tipo de Adulterio en las mismas circunstancias para hombres y mujeres, reconociéndolo como causal de divorcio.

incompatibles con la Constitución; c) la integración de los Tratados internacionales como fuente directa de derecho, esto es, la convencionalización de esos derechos (ob. cit., pp. 111-119).

¹³ Este cobró importancia a partir de la consagración de la doctrina del “control de convencionalidad” en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del célebre caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124, en el cual deja sentado lo siguiente: “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

¹⁴ Art. 2: “La patria potestad corresponde a la madre, en las mismas condiciones que al padre; cuando éste muriere, civil o presuntamente; cuando estuviere ausente; cuando fuere puesto en interdicción o cuando se declara judicialmente su inhabilidad física o moral. / La condena por delito es inhabilidad moral”.

Art. 4: “La mujer divorciada por culpa del marido, tiene la patria potestad sobre los hijos que estén a su cargo, según las reglas generales (sic)”.

Art. 5: “La mujer puede, en las mismas condiciones que el hombre, ser tutora o curadora; pero la mujer cuando el conocimiento del marido o de la justicia en subsidio para ejercer estos cargos”.

Art. 7: “Puede, asimismo, la mujer, en iguales condiciones que el hombre, servir de testigo en cualquier acto o contrato”.

Art. 8: “En las capitulaciones matrimoniales los esposos pueden acordar la separación de bienes. . .”.

Art. 9: “Se considera a la mujer separada de bienes para la administración de aquellos que sean fruto de su trabajo profesional o industrial”.

Art. 11: “En el régimen (sic) e separación de bienes, la mujer casada puede dedicarse libremente al ejercicio de cualquier oficio, empleo, profesión, industria o comercio, a menos (sic) que el juez, en juicio sumario, y a petición del marido, se lo prohíba”.

¹⁵ Interesante a efectos del Derecho internacional privado de la familia es la modificación del artículo 135 del Código Civil: “Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”.

- Ley 19585 (1998), que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación: aboga distinciones arbitrarias entre hijos legítimos y no legítimos (o “de dañado ayuntamiento”: adulterinos, sacrílegos y espurios).
- Ley 19620 (1999), que dicta normas sobre adopción de menores.
- Ley 19947 (2004), que establece a la nueva Ley de Matrimonio Civil: reconociendo, entre otras instituciones, el divorcio vincular en Chile¹⁶.
- Ley 20680 (2013), 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: reconoce la igualdad de ambos padres en materia de relaciones filiales y establece corresponsabilidad parental.
- Ley 20830 (2015), que crea el “Acuerdo de Unión Civil”, que permite vincular a dos sujetos en función de relaciones afectivas, incluyendo a las personas del mismo sexo, regulando sus efectos en materia patrimonial.
- Ley 21120 (2018), que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género: cambio de género de uno de los cónyuges como causal del divorcio.
- Ley 21400 (2021), que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo (“matrimonio igualitario”) (art. 102, “contrato entre dos personas”).

II. El Derecho internacional privado en Chile y las relaciones familiares con contactos externos

El Derecho internacional privado regula las relaciones jurídicas de índole privada que trascienden las fronteras de dos o más países. A tal efecto, abarca lo concerniente a la jurisdicción competente para decidir una controversia, el Derecho aplicable a esos nexos, los actos de cooperación procesal entre autoridades administrativas y judiciales a fin de coadyuvar en las distintas etapas del proceso y, por último, pero no menos importantes, la ejecución de sentencias y actos resolutivos de órganos jurisdiccionales extranjeros.

Se puede afirmar que todos los ámbitos del Derecho privado (la persona misma y sus vínculos familiares o de índole patrimonial, extrapatrimonial, comercial, laboral y un extenso etcétera) han tenido un correlato en el plano de los conflictos de leyes o de jurisdicciones. En el ámbito específico de las relaciones de índole familiar (es decir, aquellas de carácter conyugal, filiatorio y relativas al parentesco, así como los elementos patrimoniales afines), estas

¹⁶ El “divorcio con disolución de vínculo” no se permitió en Chile hasta comienzos del siglo XXI; anteriormente, el divorcio contemplado en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 hacía referencia a la separación de los cónyuges que no implicaba una disolución del vínculo matrimonial. Según la web de la Biblioteca del Congreso Nacional, al momento de iniciarse la discusión parlamentaria de dicha ley, “Chile era el único país del mundo sin una ley que normara el divorcio”.

representan una cuota importantísima en el volumen de casos, lo que puede constatar, por ejemplo, al contrastar la cantidad de solicitudes de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras en materia de divorcio con cualquier otro ámbito jurídico privado.

Por lo tanto, para cumplir nuestro propósito de revisar dos sentencias de los dos principales tribunales de Chile, es necesario revisar el sistema que regula las situaciones con elementos de extranjería con especial referencia a las relaciones familiares, lo que hacemos seguidamente.

A. Características del Derecho internacional privado vigente en Chile

Dentro del Derecho comparado, Chile pertenece a la órbita de países del sistema continental o de Derecho civil. La regulación del Derecho internacional privado se caracteriza por una tradición territorialista que se remonta al notable monumento jurídico que es el Código Bello, influido en el ámbito conflictual en partes iguales por el Código Napoleón y el sistema angloamericano.

Una observación directa y algo superficial del sistema conflictual chileno permite caracterizarlo como limitado, disperso y fundamentalmente territorialista con una reciente tendencia a la apertura internacionalista.

Es limitado, porque se desarrolla en un número manifiestamente reducido (escasos artículos en Códigos y leyes nacionales, un conjunto de tratados internacionales, así como algunas normas de rango sublegal) e insuficiente de normas (hay, por ejemplo, un silencio evidente en instituciones generales como el reenvío o las calificaciones).

Es disperso, ya que las disposiciones específicas sobre Derecho aplicable, competencia judicial internacional, cooperación judicial y ejecución de sentencias y actos extranjeros se encuentran desparramadas en varios cuerpos normativos referidos a ámbitos diversos.

Por último, es territorialista, según se desprende no sólo del artículo 14 del CC, sino también del espíritu de las decisiones de órganos judiciales y administrativos, que privilegian las soluciones allegadas al predominio de la *lex fori*; si bien, preciso es reconocerlo, con una cierta tendencia reciente a una apertura internacionalista, que se manifiesta en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, el cual abordaremos más adelante.

B. Las fuentes del Derecho internacional privado chileno

Para poner de manifiesto las características anteriores, seguidamente enumeramos las principales fuentes del Derecho internacional privado chileno, con énfasis en aquellas que contienen normas que regulan las relaciones familiares. En primer lugar, hay que tomar en cuenta que, por pertenecer al sistema continental, en Chile hay una preeminencia indiscutible de la ley

como fuente¹⁷: la jurisprudencia considera a los tratados internacionales como leyes¹⁸, en consecuencia: a) su interpretación se sujeta al artículo 19 y siguientes del Código Civil y b) son jerárquicamente inferiores a la Constitución Política¹⁹. En virtud de lo anterior, la enumeración de las fuentes inicia con aquellas de origen interno y seguidamente las de carácter internacional.

1. Internas

- Código Civil: establece los principios de territorialidad (art. 14, 55, 56 y 57) y extraterritorialidad de la Ley civil chilena (art. 15), *lex rei sitae* en materia de bienes y *lex loci executionis* en el ámbito contractual (art. 16), *locus regit actum* respecto a la validez de los actos (art. 17 y 1027) y regula el matrimonio (art. 135, 1716, 1723 y 2484) y las sucesiones con elementos de extranjería (art. 955, 997, 998), competencia del juez chileno en materia de separación de bienes (art. 155), entre otros.

- Código de Comercio: establece los principios de *locus regit actum* y *lex loci executionis* en el ámbito mercantil (art. 113, 832, 868, 931), normas de comercio marítimo (art. 823 y ss.) y competencia judicial (art. 1032 y ss.).

- Código Orgánico de Tribunales: establece normas sobre competencia judicial internacional (art. 5 al 7, 45, 50, 52, 53, 148, 149, 157, 167, 560).

- Código de Procedimiento Civil: regula el trámite de exhortos internacionales (art. 76 y 77), el procedimiento de reconocimiento de actos y decisiones extranjeras (art. 242 al 251) y los informes de peritos sobre legislación extranjera (art. 411).

- Ley 19620 (Adopción de Menores): adopción (20 y ss.), competencia judicial internacional (art. 30 y 34).

- Ley 19947 (Matrimonio Civil): forma del matrimonio (art. 80), competencia judicial internacional (art. 82), reconocimiento de actos extranjeros (art. 83), matrimonio (art. 80 al 84),

- Ley 20830 (Acuerdos de Unión Civil): forma de actos (art. 12 y 13).

¹⁷ Definida por el Código Civil (art. 1) de la siguiente manera: “La ley es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

¹⁸ La recopilación jurisprudencial más popular enumera sentencias de la Corte Suprema de 1913, 1921, 1936, 1963 y 1988, que acogen dicha interpretación, por lo que cabe reconocer una tendencia pacífica, doctrina compartida por el Ministerio de Relaciones Exteriores (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, Código Civil y Leyes complementarias, Tomo I, p. 27).

¹⁹ Sin embargo, a partir de la reforma del artículo 5 de la Constitución Política (Ley de Reforma Constitucional No. 18.825, de 17 de agosto de 1989), se ha generado un debate sobre la constitucionalidad o incluso supraconstitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos (*Repertorio...*, ob. cit.). Según el inciso 2 de dicho artículo: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2. Internacionales

a. Multilaterales (regionales)

- Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), anexo a la Convención de La Habana (1928)²⁰.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques (Panamá, 1975). Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo adicional (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979).
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (La Paz, 1984).
- Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile (2002).

b. Multilaterales (universales)

- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
- Convención que suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros (La Haya, 1961).
- Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978).

²⁰ Al firmar la Convención de La Habana de 1928, la delegación chilena realizó la siguiente Declaración: "...la Delegación de Chile no será un obstáculo para que esta Conferencia Panamericana apruebe un Código de Derecho Internacional Privado; pero salvará su voto en las materias y en los puntos que estime conveniente, en especial, en los puntos referentes a su política tradicional o a su legislación nacional". Debe recordarse que el art. 3 de la Convención de La Habana o Tratado de Derecho Internacional Privado al cual está anexo el Código Bustamante dispone: "Cada una de las Repúblicas contratantes, al ratificar el presente Convenio, podrá declarar que se reserva la aceptación de uno o varios artículos del Código anexo y no la obligarán las disposiciones a que la reserva se refiera".

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980).

C. La corriente modernizadora del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado

El fenómeno de la globalización y sus consecuencias o, para ponerlo en palabras más sociológicas: aquella “topopoligamia transnacional” de la que escribía Ulrich Beck (es decir, el fenómeno de “estar alguien casado con varios lugares y pertenecer a varios mundos” y que conduce, según él, a la “globalización de la geografía”)²¹, junto con la evolución misma de las sociedades, cada vez más diversas, complejas, fragmentadas aunque también interconectadas a través las innumerables herramientas tecnológicas a disposición, requieren de nuevas soluciones a las situaciones que se generan como consecuencia de la riqueza vital de la contemporaneidad.

Es así como las soluciones tradicionales de los ordenamientos jurídicos nacionales, que salvo reformas más o menos extensas implementadas en el siglo XX, se remontan sin embargo al “siglo de la codificación” (1800-1900), resultan insuficientes o francamente anacrónicas a los problemas que plantean las nuevas relaciones sociales en unas sociedades globalizadas, interconectadas y paradójicamente fragmentadas.

Ha quedado en evidencia la dispersión e insuficiencia de las normas del sistema chileno de Derecho internacional privado, caracterizadas por un predominio de las soluciones territoriales, aun cuando en lo económico, comercial y social el país ha transitado por una apertura sin precedentes en el ámbito latinoamericano durante el último cuarto del siglo XX y comienzos del actual. Esto ha llevado a que autoridades y especialistas reconozcan la necesidad de disponer de un cuerpo actualizado de normas que permita aprovechar con mayor amplitud los beneficios de los crecientes intercambios de todo tipo de Chile con el resto del mundo.

En octubre de 2017, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) suscribieron un Convenio para elaborar un documento técnico que sirviera de base para una futura Ley de Derecho internacional Privado, a través de la creación de una Comisión Técnica que integrara esfuerzos de distintas instituciones en pro de dicho objetivo. El resultado de dicho Proyecto se entregó en septiembre de 2020, bajo la forma de un Anteproyecto de Ley,

²¹ Para el sociólogo alemán, esta significa lo siguiente: “que los contrastes y las contradicciones del mundo tienen lugar no sólo ahí fuera, sino también en el centro de la propia vida, en los matrimonios y familias multiculturales, en el trabajo, en el círculo de amigos, en la escuela, en el cine, comprando en la tienda de la esquina, oyendo música, cenando, haciendo el amor, etc.” (Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, México, Paidós, 2019).

cuya Exposición de Motivos aparece suscrita por el profesor Eduardo Picand Albónico, en su condición de Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto y de la ADIPRI.

En el Anteproyecto se reconoce la creciente internacionalización de las relaciones jurídicas a través de factores como la existencia de sociedades abiertas, la globalización, internet y las tecnologías de comunicación e información, las migraciones internacionales, los procesos de integración, el crecimiento del comercio internacional, la multiculturalidad de la sociedad actual, la circulación de personas, bienes, capitales, entre otros²².

Según la exposición de motivos, los aspectos estructurales en los que descansa la propuesta serían:

- La incorporación transversal de normas de conflicto materialmente orientadas, facilitando la “búsqueda de soluciones justas del caso concreto”²³, ya que concibe que su función es “satisfacer valores, y entre ellos, el de la justicia”²⁴;

- La flexibilización del territorialismo chileno²⁵, permitiendo la aplicación del derecho extranjero; establecer a la residencia habitual como factor de conexión central en la determinación del derecho aplicable a la persona;

- La consagración de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, “reconociendo expresamente la facultad de las partes a elegir el derecho aplicable al contrato, incluso no estatal”²⁶.

- Dar cabida a la elección del derecho aplicable por voluntad de las partes en materia de personas y familia, incluyendo el matrimonio, facilitando “el reconocimiento de su identidad cultural y a la continuidad espacial de las relaciones familiares”²⁷.

- Regular sistemáticamente la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos, precisando hipótesis de competencia exclusiva y reconociendo a las partes la facultad de celebrar acuerdos de elección de foro²⁸.

- Establecer un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, consagrando el principio básico de reconocimiento²⁹.

- Por último, incorporar una regulación novedosa de la cooperación jurídica internacional en materia civil, comercial, administrativa y familiar³⁰.

²² *Exposición de Motivos*, p. 8.

²³ *Exposición de Motivos*, p. 17.

²⁴ *Exposición de Motivos*, p. 18.

²⁵ *Exposición de Motivos*, p. 18.

²⁶ *Exposición de Motivos*, p. 19.

²⁷ *Exposición de Motivos*, p. 19.

²⁸ *Exposición de Motivos*, p. 19.

²⁹ *Exposición de Motivos*, pp. 19-20.

³⁰ *Exposición de Motivos*, p. 20.

El Proyecto consta de 93 artículos distribuidos en seis Títulos: Normas Generales (I), Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos (II), Derecho aplicable (III), Reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras (IV), Cooperación jurídica internacional (V) y Normas transitorias (VI). El Título III en su Capítulo III aborda las relaciones de familia, estableciendo normas sobre la filiación, reconocimiento, adopción, relaciones paternofiliales y alimentos³¹ y en su Capítulo IV regula el derecho aplicable al matrimonio, ámbito en el cual predominan factores de conexión alternativos, por ejemplo, en materia de requisitos de forma (art. 34)³² y capacidad matrimonial (art. 35)³³, separación judicial (art. 38)³⁴ y divorcio (art. 39)³⁵.

D. La jurisprudencia: ¿fuente en el Derecho internacional privado chileno?

Respecto al valor de la jurisprudencia como fuente jurídica, este ha sido tradicionalmente relativo y circunscrito a los casos concretos, sin que sea posible dar lugar a normas de carácter general ni con carácter de precedente, según lo establecido en el artículo 3, inciso 2 del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Bravo-Hurtado³⁶ atribuye el origen de esta regulación a la influencia ideológica ejercida por la revolución francesa en Chile, en su lucha contra el rol conservador de los jueces del *Ancien Régime*, a través de cuatro mecanismos de neutralización de la actividad judicial: la separación de poderes como aislamiento/subordinación de la judicatura (el juez como “boca de la ley”, según Montesquieu), la preeminencia de la ley y la insignificancia de la jurisprudencia en la teoría de las fuentes, la codificación legal como mecanismo para reducir la discrecionalidad del juez y la casación como fiscalización de la aplicación judicial de la ley mediante la anulación de sentencias³⁷.

³¹ *Exposición de Motivos*, p. 23.

³² Art. 34 (Requisitos de forma): “El matrimonio será válido si se cumplen los requisitos de forma de la ley del lugar de la celebración, los de la ley de la nacionalidad común de los contrayentes o los de la ley de su residencia habitual común”.

³³ Art. 35 (Capacidad): “La capacidad matrimonial se rige por la ley de la residencia habitual del contrayente o la ley de su nacionalidad o a la ley del lugar de la celebración del matrimonio”.

³⁴ Art. 38 (Separación judicial): “La separación judicial de los cónyuges que no constituya divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, esta separación se regirá por la ley de la última residencia habitual común que tuvieron los cónyuges”.

³⁵ Art. 39 (Divorcio): “1. El divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, el divorcio se regirá por la ley de la última residencia habitual común, ya falta de todas las anteriores, por la ley del lugar de celebración del matrimonio. / El divorcio obtenido en el extranjero será reconocido en Chile si ha sido concedido por la autoridad competente de conformidad con el numeral anterior”.

³⁶ Bravo-Hurtado, Pablo, Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del Derecho, en: *Revista Chilena de Derecho*, 2013, Vol. 40, No. 2, pp. 549 ss., especialmente p. 553.

³⁷ No obstante, el proyecto original de Código Civil redactado por Andrés Bello se refería a la jurisprudencia como fuente en su artículo 9 de la siguiente manera: “Los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento; y les es permitido fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por una Corte Superior o

Por tanto, sin perjuicio de la Constitución como fundamento del orden jurídico, la ley es la fuente por excelencia de Derecho en Chile. Sin embargo, los fallos anteriores son usados por los tribunales en Chile como un apoyo adicional³⁸, especialmente cuando sienten que la postura jurídica que buscan posicionar es endeble por sí sola³⁹.

Una reforma del Código de Procedimiento Civil (Ley 19374, de 1995), sentó las bases para una modificación de ese panorama, a través del establecimiento de un “recurso de unificación de jurisprudencia” en su artículo 780, según el cual, interpuesto un recurso de casación en el fondo, “cualquiera de las partes podrá solicitar... que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal”, fundamentándose en que la Corte Suprema, “en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”⁴⁰.

A pesar de todo, el efecto de la reforma ha sido nulo: tribunales de primera instancia e incluso Cortes de Apelaciones continúan emitiendo resoluciones contradictorias, sin que el foro actúe para resolverlas a través de ese recurso. El impacto en el ámbito del Derecho internacional privado es prácticamente irrelevante, no en vano el proyecto de Ley en la materia no contempla a la jurisprudencia como fuente. Sin embargo, solo el transcurso del tiempo podrá evidenciar si dicha disposición llegará a tener el impacto positivo que se esperaba en la configuración de un conjunto de decisiones que puedan ser consideradas precedentes y que, como tales sean acatados por otros juzgados en casos semejantes.

III. Dos sentencias (precedentes) que ilustran el “estado del arte” en materia de Derecho familiar internacional

A partir de la descripción del ordenamiento jurídico interno chileno en el ámbito del Derecho familiar y de las normas vigentes en materia de Derecho internacional privado, pretendemos revisar someramente dos sentencias judiciales en casos con elementos externos.

Suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales”. Bravo-Hurtado, *Hacia los precedentes en Chile...*, ob. cit., p. 556.

³⁸ Según la escala de MacCormick y Summers, citados por Bravo-Hurtado, *Hacia los precedentes en Chile...*, ob. cit., p. 560.

³⁹ Así, encontrar un fallo de un tribunal superior que vaya en la misma línea sirve para legitimar una decisión que, sin otro antecedente, aparece jurídicamente débil.

Si la postura puede ser sólida solo en base a los estatutos legales involucrados, el juez no gastará tiempo en buscar fallos sobre el asunto.

⁴⁰ De acuerdo con la Historia de la Ley No. 19374, el precepto tiene por finalidad “establecer un mecanismo encaminado a contribuir a lograr una mayor uniformidad en la jurisprudencia, permitiendo que se pueda solicitar que resuelva el pleno, en caso de que el máximo tribunal, en distintos fallos, haya sostenido interpretaciones diferentes sobre la materia de derecho en que incide el recurso”. Se ha señalado que esta disposición establece un mecanismo para configurar un precedente judicial vinculante (Corral, Hernán, Pleno de Corte Suprema y prescripción de la responsabilidad civil por violación de Derechos Humanos, *El Mercurio*, 6 de febrero de 2013). Así, en los casos que se presenten nuevamente ante la Corte, “ésta deberá pronunciarse conforme a lo establecido en la *ratio decidendi* de la sentencia, sin necesidad de que nuevamente se haga intervenir al pleno”; de lo contrario, al considerarse que la resolución del pleno tendrá efectos relativos a la causa en que se pronunció, desnaturalizaría la finalidad del artículo 780, además de constituir una flagrante violación del derecho constitucional de la igualdad ante la ley.

En primer lugar, abordaremos la Sentencia 6834 del Tribunal Constitucional (Rol 7774-2019), de fecha 25 de junio de 2020, relativa al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las Leyes 20.830 (que regula los Acuerdos de Unión Civil) y 19.947 (de Matrimonio Civil), en el marco del rechazo a la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio extranjero de dos personas del mismo sexo, y en segundo lugar, la sentencia de la Corte Suprema (Rol 3678-2005), en Sala Cuarta (Mixta), de fecha 10 de noviembre de 2015, relativa a solicitud de Exequátur de resolución extranjera en materia de divorcio vincular.

A. Sentencia 6834 del Tribunal Constitucional (Rol 7774-2019)

La decisión versa sobre la solicitud de inaplicabilidad del artículo 12, inciso final de la Ley No. 20.830 (que regula los Acuerdos de Unión Civil) y de la frase “siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer” del artículo 80, inciso primero de la Ley No. 19.947 (de Matrimonio Civil) en el marco de la negativa del Servicio de Registro Civil a inscribir un matrimonio contraído en España por dos personas del mismo sexo, de nacionalidad chilena y española.

1. El caso

Cecilia Vera Pérez-Gacitúa (chilena) y Cristina Ibars Mayor (española) se conocieron virtualmente en 2005 e iniciaron una relación afectiva, en la cual convivieron en Europa y en Chile. En 2012 contrajeron matrimonio en España y posteriormente iniciaron un tratamiento de maternidad a cargo de Cristina. Avanzado el embarazo, las solicitantes acudieron al Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago para inscribir su matrimonio, el cual finalmente quedaría inserto como Acuerdo de Unión Civil.

Sostienen las requirentes que, a consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas quedan desprovistas de la protección de las familias conformada por parejas del mismo sexo cuando el vínculo es celebrado en el extranjero, atentando contra lo dispuesto en los artículos 1⁴¹ y 19 No. 4⁴² de la Constitución Política; además de resultar un trato discriminatorio por su orientación sexual (art. 19 No. 2)⁴³, de vulnerar el derecho a la identidad del hijo en común (art. 1) y el interés superior del niño reconocido en tratados internacionales (art. 5, inciso

⁴¹ Vid. Nota 1, *supra*.

⁴² Art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: / (...) 4º. El respeto y protección a la vida privada y a la **honra de la persona y su familia...**” (negritas del autor).

⁴³ Art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: / (...) 2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre Hombres y mujeres son iguales ante la ley. / **Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias**” (negritas del autor).

segundo⁴⁴, en relación con los arts. 3 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵), sustrayéndolo de la presunción de maternidad de parte de la madre no gestante (Cecilia), por lo tanto, impidiéndole el reconocimiento legal de su filiación. Nos centraremos en los argumentos de la primera queja por su afinidad con los objetivos del presente trabajo.

2. Argumentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional desarrolla su argumentación refiriéndose a la institución de la familia y el matrimonio, así como a los Acuerdos de Unión Civil, desde una perspectiva constitucional, a fin de dilucidar si los preceptos legales impugnados vulneran las disposiciones constitucionales señaladas:

a. En cuanto a la familia, el Tribunal Constitucional manifiesta lo siguiente:

el estatuto constitucional considera a la sociedad familiar como una de las bases esenciales de la institucionalidad. No obstante, al no conceptualizar el constituyente la reseñada institución, de los antecedentes emanados de las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano que redactó la Carta Fundamental, y considerando la época de la redacción de la norma, es dable concluir que tal entidad está referida a la familia que comprende marido, mujer e hijos, concepto que en el derecho en general se entiende en un **sentido restringido** (resaltado añadido).

...en el estado actual de las cosas interpretar el vocablo “la familia” usado por la Carta Fundamental, desde una posición originalista, esto es, hombre, mujer, hijas e hijos sería desconocer por el juez constitucional la realidad social, la que exhibe diversas tipologías de familias que no coinciden con el concepto tradicional manifestado y que pueden ser consideradas por el legislador según el principio de analogía. ... el criterio expresado por la Corte Constitucional de Italia (sentencia rol 138/2010), en orden a considerar que el concepto de familia no puede entenderse cristalizado o encapsulado, como se asimilaba al momento de entrar a regir el texto primero constitucional. No obstante, existiendo un estatuto jurídico sobre la familia plenamente vigente —señala el fallo constitucional italiano— “el significado del precepto constitucional no puede ser alterado por una interpretación creativa”.

...la interpretación reseñada es coincidente y es la más conforme a la situación del país, y a la que esta Magistratura se adherirá por cuanto, existiendo normas de orden público familiar claras y precisas, es otra la vía institucional para entender el sentido y alcance del precepto “la familia” en cualquier sentido. Por consiguiente, vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el

⁴⁴ Vid. Nota 14, *supra*.

⁴⁵ Art. 3: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**” (negritas del autor).

Art. 8: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas**. /2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (negritas del autor).

mismo reconocimiento y protección. Y en lo que respecta a las uniones de personas del mismo sexo, el Estado de Chile reconoce su existencia al dictar la Ley No. 20.830, permitiendo la celebración de un contrato solemne cuyas características y efectos, se expresan en dicho cuerpo legal.

b. Respecto al matrimonio, el Tribunal Constitucional manifiesta lo siguiente:

el orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados [se refiere a los artículos 102 del Código Civil y 1 y 2 de la Ley No. 19.947 de Matrimonio Civil], constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos de aquellas, sea por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad, separación judicial de los cónyuges.

la inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, “no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador... dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución”. (STC Rol No. 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica).

todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial No. 130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo...

c. Tratándose de los Acuerdos de Unión Civil, el alto Tribunal considera lo siguiente:

la Ley No. 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil consagra la protección y reconocimiento jurídico de aquellas personas que teniendo un vínculo de carácter afectivo, compartiendo un hogar común, declaran la voluntad de otorgar a tal relación una estabilidad en el tiempo para lo cual deben, libre y consentidamente, celebrar una convención denominada “Acuerdo de Unión Civil” con el objeto asumir los derechos y obligaciones que dicho cuerpo legal establece para esta clase de contratos.

el Estado de Chile, a través de dicho instrumento, ha querido reconocer y amparar aquellas relaciones estables entre dos personas, sean heterosexuales u homosexuales, a fin de que el ordenamiento jurídico les otorgue determinadas facultades en relación a la contraparte del antedicho contrato, constituyendo una institución jurídica similar al matrimonio, atendido los requisitos de existencia y de validez requerido por el cuerpo legal, para que nazca a la vida del derecho esa convención, creadora de derechos.

la inscripción del matrimonio de las requirentes celebrado en España, en el registro de Acuerdos de Unión Civil, significa que están amparadas por la Ley No. 20.830, y tengan entre sí los derechos y obligaciones que este cuerpo legal exige a los contratantes, otorgándoles la seguridad y certeza que ellas requieren. Por consiguiente, las normas jurídicas impugnadas en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer familia y ser reconocidas como tal.

De la argumentación anterior, el Tribunal Constitucional concluye: a) que las disposiciones impugnadas pertenecen al orden público matrimonial y, por tanto, “no presentan aspectos constitucionales que reparar” y que, su corrección corresponde al Poder Legislativo, llamado a fijar las reglas acerca del matrimonio civil; b) que el Acuerdo de Unión Civil, figura bajo la que fue inscrito en el Registro Civil el matrimonio extranjero de las solicitantes, “le otorga reconocimiento jurídico al matrimonio celebrado en país extranjero” y c) que las normas recurridas están conforme a la Constitución; por lo tanto, se rechaza el recurso.

A pesar de la disidencia de cuatro Ministros, la decisión del Tribunal trató de mantener un equilibrio, pues si bien reconoce el carácter de “orden público familiar” del matrimonio heterosexual, acorde con la letra y el espíritu de la Constitución y la legislación vigentes, lo cierto es que deja abierta la posibilidad de un cambio de la situación, merced a una reforma legislativa que consagre la figura del matrimonio igualitario, figura ésta que posteriormente sería reconocida mediante la Ley 21400.

En nuestro criterio, la relevancia para el Derecho internacional privado chileno de la sentencia comentada, está en la revalorización de una disposición prohibitiva en el ámbito matrimonial, que más allá de su consideración como norma de aplicación inmediata, principio de orden público o “institución desconocida” (tema abierto a la especulación y al debate) al reconocer validez exclusiva a los matrimonios entre personas de sexo opuesto y (*a contrario sensu*) negarle igual valor a los celebrados entre personas del mismo sexo; lo cierto es que, por una parte, el mismo sistema por efecto de la evolución social y legislativa, generó los mecanismos para proteger una situación inédita para los tiempos en que se formularon las soluciones del Código Civil⁴⁶; por otra, se pone de manifiesto la “maldición de Kirchmann”, según la cual “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado”.

B. Sentencia de la Corte Suprema (Rol 3678-2005), de fecha 10 de noviembre de 2015, relativa a solicitud de Exequátur de resolución extranjera en materia de divorcio vincular

Esta resolución se refiere a la solicitud de exequátur para cumplir en Chile la Sentencia dictada el Juzgado de Primera Instancia de Sollentuna (Suecia), que declaró la disolución del vínculo matrimonial contraído entre dos ciudadanos de nacionalidad chilena.

1. El caso

José Ignacio Pardo Pardo y Victoria del Carmen Vergara Silva celebraron matrimonio en Chile en 1981. En 1992, el Juzgado de Primera Instancia de Sollentuna disolvió el

⁴⁶ Más allá de los desacuerdos que puedan generar dichas soluciones en los presuntos beneficiarios destinatarios de aquellas, como se evidencia en los argumentos de las accionantes del recurso.

matrimonio por mutuo acuerdo de las partes. Presentada la solicitud de exequátur, la Sala Cuarta (mixta) de la Corte Suprema se pronuncia sobre el reconocimiento de la resolución extranjera.

2. El régimen de exequátur en Chile y los razonamientos de la Sala Cuarta de la Corte Suprema

Hemos visto como el divorcio apenas se permitió en Chile a partir de 2004, con la Ley 19947. Hasta esa fecha, la jurisprudencia nacional negaba en la mayoría de los casos el reconocimiento de los fallos extranjeros en materia de divorcio en la relación a cónyuges de nacionalidad chilena, sobre la base de que no podía cumplirse en Chile una sentencia dictada por tribunal extranjero que declara el divorcio con disolución del vínculo:

- “No procede dar cumplimiento en Chile a la sentencia dictada en el Uruguay que da lugar al divorcio con disolución de vínculo, por cuanto nuestra legislación no acepta el divorcio con tales efectos”. Corte Suprema, 27 de diciembre 1927⁴⁷.

- Una excepción notable la representa el siguiente caso:

Procede otorgar el exequátur a la sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal mejicano dentro de su jurisdicción, en un juicio de divorcio, no seguido en rebeldía, que declara disuelto el matrimonio celebrado por dos chilenos en Santos, Estado de Sao Paulo, Brasil, con la salvedad de que los contrayentes no quedan habilitados para casarse en Chile mientras viva el otro cónyuge. Aquella resolución no contraría las leyes de la República, por cuanto se trata de un matrimonio celebrado y disuelto en el extranjero. Corte Suprema, 30 noviembre 1955.

En el caso en revisión, el tribunal sujeta su decisión a los siguientes considerandos:

...entre Chile y Suecia no existe un tratado sobre cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas por sus tribunales, ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad, de modo que no corresponde dar aplicación a las normas de los artículos 242⁴⁸, 243⁴⁹ y 244⁵⁰ del Código de Procedimiento Civil, sino a la regla del artículo 245⁵¹ del

⁴⁷ *Repertorio...*, ob. cit., p. 368.

⁴⁸ Art. 242: “Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados”.

⁴⁹ Art. 243: “Si no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile”.

⁵⁰ Art. 244: “Si la resolución procede de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile”.

⁵¹ Art. 245: “En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes: / 1ª Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; / 2ª Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; / 3ª Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; y / 4ª Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas”.

mismo cuerpo legal, que regula los trámites judiciales que han de cumplirse en Chile para que las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país.

...el inciso primero del artículo 83 de la Ley No. 19.947 prescribe que el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción, en este caso, a la jurisdicción de los tribunales de Suecia, lo que, en la especie, se cumple plenamente.

...la actual Ley de Matrimonio Civil en su artículo 42, previene que el matrimonio termina, entre otras causales, por la del numeral 4° que dispone: “Por sentencia firme de divorcio”, y su artículo 55 prescribe: ‘el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que han cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año’. De lo anterior se infiere que en nuestra legislación no basta el mutuo acuerdo de los cónyuges, sino que, además, es necesario el cese de la convivencia por un plazo no menor de un año, circunstancias que aparecen fehacientemente acreditadas en la especie.

...la sentencia cuyo exequátur se pide no contraviene las leyes de la República, ni tampoco se opone a la jurisdicción nacional, en la medida que significa la disolución del vínculo matrimonial por una causa prevista por nuestro ordenamiento jurídico, según la normativa actualmente vigente.

3. La decisión

De conformidad con los razonamientos arriba transcritos, la Corte Suprema acoge el exequátur solicitado, otorgando efecto en Chile a la sentencia de divorcio extranjera. De tal manera que la sentencia revisada consiste en un vuelco de 180° en la jurisprudencia tradicional de Chile en materia de divorcio vincular, catalizado por la reforma legal aprobada en materia de divorcio en 2004.

Conclusiones

La familia está protegida por el ordenamiento constitucional chileno. El Derecho familiar es la rama del Derecho privado con cambios más trascendentales durante el último cuarto de siglo en Chile. Entre estos se mencionan: la instauración del divorcio vincular en 2004, la aprobación de los Acuerdos de Unión Civil en 2015 y del matrimonio igualitario en 2021. Estos cambios han ido aparejados a la evolución social: de una familia tradicional centrada en el matrimonio heterosexual y con predominio manifiesto del hombre sobre la mujer, se pasó a un concepto más amplio, al que se añaden nuevas formas de uniones que enriquecen y complejizan el panorama actual del “núcleo fundamental de la sociedad”.

El Derecho internacional privado chileno también presenta la misma dicotomía: por una parte, una regulación decimonónica dispersa, insuficiente y territorialista; por la otra, una creciente apertura económica y social que, aunada al fenómeno de la globalización y a la

interconexión tecnológica, presentan indudables retos con un marco jurídico claramente anacrónico. De allí la propuesta de Anteproyecto de Ley elaborado por varias instituciones para actualizar esta materia.

Finalmente, según el objetivo propuesto al inicio del presente trabajo, a la revisión del Derecho familiar e internacional privado actualmente vigentes en Chile, añadimos el análisis de dos sentencias de los órganos jurisdiccionales más importantes del país: el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. La primera, denegó la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de disposiciones de las Leyes de Matrimonio Civil y de Acuerdos de Unión Civil, sobre la base de que no vulneraban derechos fundamentales en el caso concreto, relacionado con la inscripción de un matrimonio extranjero de personas del mismo sexo, antes de la vigencia de la Ley que lo consagra en Chile; la segunda, otorgó el exequátur a una sentencia extranjera de divorcio, en un giro de la jurisprudencia tradicional del país, catalizado por las reformas legales aprobadas en materia de disolución del vínculo matrimonial.

Lo anterior pone de manifiesto que la evolución del Derecho debe ir aparejada a los cambios políticos, económicos, sociales y culturales de las sociedades donde ese fenómeno acaece; pone también de manifiesto el valor de las reformas legales que pueden anular criterios de interpretación y aplicación de la ley a favor de los cambios que el conjunto social exige.