

## DERECHO PROCESAL CIVIL

*Claudio Fuentes Maureira*

Profesora de Derecho Procesal y Litigación  
Universidad Diego Portales

El 26 de marzo de 2013 el TC resolvió un requerimiento de inaplicabilidad en materia de Derecho de Familia. Aquél solicitaba pronunciarse acerca de la limitación probatoria respecto de la acreditación del cese de la convivencia en aquellos matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 19.947, limitación que ha sido objeto de debate en doctrina y también en el ámbito jurisprudencial.

En las siguientes líneas revisaré el fallo en extenso.

### 1. HISTORIA PROCESAL

En la causa caratulada Valverde con Ruiz Tagle, de divorcio de mutuo acuerdo, RIT C-7198-2011, la jueza Francisca Rosselot Mora, haciendo uso del art. 93 de la Constitución requirió al TC su pronunciamiento respecto del posible conflicto entre los artículos 22, 25 y 2 transitorio de la ley N° 19.947 y la Constitución. El requerimiento de inaplicabilidad fue recepcionado con fecha 13 de abril de 2012<sup>1</sup> y fue resuelto mediante la

sentencia que se va a comentar en el mes de marzo de 2013.

Argumenta la magistrada que, derivado de la aplicación conjunta de los artículos mencionados, se produce una limitación probatoria no sólo respecto de aquellas personas que contrajeron matrimonio de forma posterior a la mencionada ley sino que ésta lo reduce

“(…)la libertad del juez de la causa para persuadirse racionalmente con el mérito de lo probatorio de otros elementos no contemplados en las normas referidas(…)”<sup>2</sup>.

Asimismo, sostiene que aquella restricción probatoria entre los matrimonios celebrados previo a la ley y aquéllos posteriores constituye una afectación a diversas garantías consagradas en nuestra carta fundamental.

En particular afirma que se transgrede el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 1 de la Constitu-

---

2207-12-INA, sentencia de 26 de marzo de 2013, p. 1.

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional de Chile, requerimiento de inaplicabilidad rol N°

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, p. 2.

ción, indicando que se vulnera el derecho a rendir prueba de igual forma en los mismos tipos de juicios<sup>3</sup>. Asimismo, señala que se viola el artículo 19 N° 2, el que prohíbe la existencia de grupos privilegiados, argumentando que aquellas personas que contrajeron matrimonio previo a la ley caerían en dicha categoría<sup>4</sup>. Adicionalmente sostiene se infringe el inciso primero del artículo 19 N° 3, igualdad en la protección de los derechos, dado que sólo algunas personas podrían usar ciertos medios de prueba, mientras que aquéllos que contrajeron nupcias de forma posterior al 17 de mayo de 2004 tendrían restricciones a este respecto, lo que constituiría una discriminación arbitraria<sup>5</sup>. Finaliza argumentando que existiría una infracción al debido proceso, al vincular el artículo 19 N° 3 inciso quinto con el artículo 19 N° 26, al sostener que se establece una condición o requerimiento que afecta la esencia del derecho, en este caso la mencionada limitación probatoria<sup>6</sup>.

El tribunal con fecha 26 de marzo de 2013 rechaza la inaplicabilidad, estimando que

“una limitación de esa naturaleza no compromete la garantía específica del debido proceso, porque no se perfila como arbitraria o injusta, ni tampoco transgrede la garantía

de igualdad ante la ley, desde que impone un tratamiento distinto a quienes se encuentran en situación también diversa”<sup>7</sup>.

## 2. SOBRE EL SIGNIFICADO DEL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO A LA PRUEBA Y LOS SISTEMAS PROBATORIOS

Previo al análisis de las consideraciones específicas del fallo respecto de la posible violación a las garantías constitucionales derivadas de los límites que el legislador en esta materia impuso a la libertad probatoria, vale la pena detenerse en algunas consideraciones referidas al derecho a la prueba y al significado de la garantía del debido proceso.

Con relación al derecho a la prueba, el TC realiza importantes aclaraciones sobre sus límites, al hacer aplicable su jurisprudencia sobre los alcances de éste a la materia de familia.

Al respecto, ha sostenido en diversos fallos (en materia penal y civil, por ejemplo) que el derecho a la prueba no es uno absoluto, pues se encuentra supeditado a dos limitaciones:

- 1) la pertinencia de la prueba y
- 2) su producción en conformidad a la ley<sup>8</sup>.

Respecto de la pertinencia de la prueba indica que el derecho a presentarla

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 15°, segundo párrafo.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, considerando 10°, segundo párrafo.

“sólo se verifica cuando ella es pertinente o necesaria para el concreto tipo o especie de juicio que se verifica en un caso determinado”<sup>9</sup>.

Si bien su lenguaje no es del todo claro cuando habla de “tipo o especie de juicio”, sí es posible deducir que el derecho a la prueba no permite la presentación de cualquier medio de prueba por el solo capricho o deseo de la parte. Lo decisivo para que el derecho se vuelva exigible es otro factor, su relevancia o necesidad para el juicio concreto, es decir, la existencia de una relación o conexión entre el medio de prueba que se pretende incorporar y el caso particular que se está conociendo.

Esta aclaración no es menor, dada la constante incorporación por parte del legislador chileno en materia de reformas judiciales de la *pertinencia* de la prueba como un requisito de admisibilidad (véanse artículos 28 y 32 de Ley de Tribunales de Familia). Lamentablemente el TC no provee en el fallo de una definición más específica acerca de la pertinencia, criterio cuyo uso en la práctica presenta una serie de dificultades.

La segunda limitación a este derecho se refiere a la forma de rendir la prueba. El tribunal indica

“Pero con igual intensidad ha señalado este Tribunal que,

como la Constitución no estimó necesario ‘señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso’, se conformó con exigir al legislador que éste garantizara que fuera ‘racional y justo’, asegurando –en lo que interesa– la producción libre de prueba conforme a la ley, y el examen y objeción de la evidencia rendida (...)”<sup>10</sup>.

De lo anterior se desprende que el derecho a la prueba no puede ejercerse de cualquier manera, sino que debe ser encausado según los mecanismos y oportunidades procesales que contempla el legislador, los cuales se encuentran definidos en la ley, bajo la premisa de que el legislador ha diseñado un procedimiento “racional y justo”.

Esta forma de razonar, respalda la opción del legislador de establecer una audiencia preparatoria donde la prueba debe ser anunciada de una forma determinada y en un momento determinado, validando la imposibilidad de presentarla en la audiencia de juicio en el evento de no haber cumplido con estos requisitos legales, ya que el derecho a la prueba no es absoluto.

Asimismo, esto también avala las restricciones que el legislador ha

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 10°, segundo párrafo.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 10°, segundo párrafo.

establecido a los medios de prueba y su forma de incorporación en el juicio oral. En otras palabras, no existe una violación al derecho a la prueba por el hecho de que no se me permitió, por ejemplo, incorporar una declaración escrita de un testigo en la audiencia de juicio, pues el legislador permite la prueba testimonial según una determinada forma de proceder, su declaración en persona en contexto de inmediación.

Este razonamiento concluye con el reconocimiento explícito respecto de la facultad que tiene el legislador para escoger el sistema probatorio de su elección (legal, libre o sana crítica) al momento de diseñar sistemas procesales<sup>11</sup>, de lo cual es posible concluir que el TC no observa una correlación necesaria entre un determinado sistema probatorio y el cumplimiento del debido proceso, en otras palabras, a priori no existe por parte del debido proceso una exigencia acerca de establecer un sistema de libertad de prueba por sobre uno de prueba legal o tasada. Es, por tanto, el legislador libre de escoger.

Si bien las reflexiones del TC en esta materia no son innovadoras, si tienen el mérito de clarificar y resolver dudas respecto de la vigencia de ciertos principios probatorios en el Derecho Procesal de Familia y su conexión con el debido proceso.

Con todo, es necesario detenerse en una afirmación realizada por el TC en el primer párrafo del consi-

derando 10°. Dicha afirmación, pronunciada al momento de definir la garantía del debido proceso, me parece problemática y creo complejiza el desarrollo jurisprudencial de la garantía fundamental.

Indica el TC:

“Que el debido proceso (...), representa un principio encaminado a la efectiva protección de los derechos de las partes en juicio, que se bifurca en dos dimensiones, *una sustantiva y otra formal o adjetiva*. En la primera, su objeto es asegurar que la decisión jurisdiccional que dirima la controversia, sea racional y justa en sí misma, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada, con sustento en el derecho vigente. En tanto que, en su vertiente formal, la garantía significa que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe basarse en un proceso previo ante tribunal competente, legalmente tramitado, como explícitamente lo puntualiza el citado artículo 19, N° 3, inciso sexto, de nuestra Constitución” (el destacado es propio)<sup>12</sup>.

No existe duda alguna respecto de la segunda dimensión del debido proceso que identifica el tribunal, la llamada adjetiva, procesal o formal,

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 11°.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 10°.

pues es aquélla que responde a la noción vigente, al referirse al conjunto de requisitos procesales y orgánicos que toda entidad que ejerza jurisdicción debe cumplir. Si bien nuestra Constitución no utiliza la expresión “debido proceso” sino que “proceso justo y racional”, existe un cierto consenso de que se está refiriendo a lo mismo.

Con todo, no puede decirse lo mismo respecto de la primera dimensión identificada por el TC, la llamada dimensión sustantiva. Con esta dimensión pareciera referirse a un ámbito del debido proceso que se materializa al momento de tomar la decisión por parte del juez de la causa, al exigir que ésta sea *racional, proporcional, adecuada, fundada, motivada, acorde al derecho vigente y justa*. En este sentido, esta dimensión va más allá de la obligación de entregar un fundamento al ciudadano cuando el Estado, mediante la decisión del juez, está limitando sus derechos; sino que todas estas expresiones parecen apuntar a determinadas exigencias en materia de razonamiento judicial y a determinados criterios a los cuales el juez deberá echar mano para pronunciar la decisión, todos los cuales apuntan a que la decisión sea *justa*. Ésta parece ser la única conclusión posible dado el lenguaje utilizado.

Los problemas de esta concepción del debido proceso, respecto de la cual el TC hace suya sin argumentación o cita alguna a doctrina o jurisprudencia comparada (que permitan comprenderla a cabalidad), saltan a la vista, y es posible cues-

tionar el aporte que esta dimensión realiza al desarrollo de la garantía misma.

En primer lugar, para definir esta dimensión el TC alude a la necesidad de que los fallos sean “motivados” y “fundados”. Puede afirmarse que estas finalidades se encuentran ya protegidas en la dimensión formal del debido proceso, cuando se considera el derecho a la fundamentación. La pregunta que surge es, si la necesidad de contar con una decisión fundada es una arista del debido proceso tan importante, en comparación al derecho a la defensa o a la imparcialidad del tribunal por ejemplo, que es necesario calificarla como una de los “dos” principales dimensiones del debido proceso, su dimensión “sustantiva”, de contenido. A nuestro juicio, el actual significado de la garantía ya la resguarda adecuadamente, al entenderla como un requisito más dentro del entramado de exigencias que el debido proceso formal establece.

En segundo lugar, en relación con que la decisión deba ser proporcional, esto pareciera tener por objetivo impedir la existencia de decisiones judiciales excesivas o abusivas. A este respecto surgen diversas preguntas: ¿De qué forma puede evitarse que un fallo sea excesivo? ¿Mediante una labor de ponderación? El fallo no es explícito en esto.

Asimismo, ¿exige el debido proceso que los jueces utilicen criterios de proporcionalidad en su decisión, incluso cuando la ley indique una respuesta que no suponga aquél? De ser esto lo que el TC indica, entonces

podría existir una contradicción entre la exigencia del debido proceso y la obligación de hacer aplicación del Derecho vigente, cuando este mismo no llama a la ponderación. Surgen diversas dudas derivadas de la vaguedad de los términos utilizados.

También se sostiene que este debido proceso sustantivo exigiría un fallo *racional y conforme a derecho*. Puede afirmarse que para asegurar lo anterior, el debido proceso en su vertiente procedimental ya asegura una herramienta con dicho fin: el derecho a recurrir frente a tribunal superior. Al recurrirse la sentencia, ésta puede ser objeto de revisión tanto en su conformidad con el derecho vigente como en su “racionalidad”, por ejemplo, cuando la recurrente alega la infracción a las reglas de la sana crítica.

En tercer lugar, y esto es lo verdaderamente problemático de esta construcción, pareciera sostener el tribunal que el debido proceso exige que las sentencias sean *justas*. Lo cierto es que esta noción de debido proceso no tiene mucho sentido por su impracticabilidad.

¿De qué forma podemos saber que la decisión es justa? De esto se ha escrito ríos de tinta y aún no hay acuerdo, distinto es que la exigencia sea que se falle conforme a derecho.

Más aún, si lo que se sostiene es que el debido proceso “sustantivo” exige el uso por parte del juez de ciertos criterios de decisión que aseguren una solución “justa”, está la dificultad de identificar cuáles son esos criterios.

Ahora bien, si lo que realmente se busca es evitar que el juez al

momento de fallar ignore ciertos valores fundamentales, entre ellos los derechos humanos, por ejemplo, para evitar aquello no es necesario que el TC proponga una nueva dimensión del debido proceso, sino que se limite a recordar que existen otras garantías fundamentales que inciden en los criterios a los cuales los jueces pueden echar mano al momento de fallar, entre ellos, la prohibición de discriminación, la privacidad, la autonomía de las personas, todo lo cual ha quedado demostrado en la reciente condena en el caso de Karen Atala, en la cual el Estado fue condenado debido a que la Corte Suprema resolvió una cuestión de cuidado personal, basada en criterios discriminatorios.

El debido proceso sólo puede garantizar la “justicia” y “razonabilidad” de la decisión de forma indirecta, mediante el aseguramiento de un proceso judicial que cumpla con unas mínimas garantías orgánicas y procedimentales, dimensión del debido proceso ya aceptada.

Si el TC desea continuar haciendo uso de esta dimensión “sustantiva”, es fundamental, dada la vaguedad de sus términos, que la desarrolle con mucho más detalle y, por sobre todo, que justifique su relevancia y necesidad. De lo contrario, podría sostenerse que un juez, a pesar de haber fallado en afinidad con las exigencias legales y respetando el debido proceso formal o adjetivo, igualmente ha violado el debido proceso sustantivo, ya que su fallo no fue proporcional o justo, sin existir una meridiana claridad sobre qué significa esto.

3. ¿PUEDE PROBARSE EL CESE  
DE LA CONVIVENCIA POR CUALQUIER  
MEDIO DE PRUEBA  
CON INDEPENDENCIA DE LA FECHA  
DEL MATRIMONIO?

En el fondo del asunto el TC debe decidir si efectivamente la limitación probatoria establecida en el artículo 2 transitorio de la ley de matrimonio civil, leído junto con los artículos 22 y 25 de la misma, constituye o no una violación a la Constitución. Como se verá en las siguientes líneas, el razonamiento del TC en esta materia es muy complejo y oscuro.

El TC sostiene dos grandes argumentos en esta materia:

- En primer lugar afirma que no existe diferencia entre los medios de prueba con los cuales puede probarse el cese de convivencia en los matrimonios celebrados antes y después de la ley de matrimonio civil, es decir, en ambos escenarios puede usarse cualquier tipo de prueba para acreditar el cese.
- En segundo lugar, el TC sostiene que sí existe una diferencia en materia probatoria respecto de ambos tipos de matrimonios y que ésta se encuentra justificada, surgiendo la pregunta acerca de, ¿cuál es dicha diferencia probatoria?

Para el TC la diferencia probatoria queda demostrada en el considerando decimotercero del fallo en comento. Sostiene que el fundamento de la distinción entre ambos tipos de matrimonio se reduce a evitar el fraude

o la simulación. Para ello es que el legislador ha establecido que en el caso de aquellos matrimonios celebrados de forma previa a la ley N° 19.947, cuando se presenten como medios de prueba destinados a probar el cese de la convivencia aquellos instrumentos enumerados en los artículos 22 y 25, el legislador ha autorizado al juez a apartarse de ellos cuando existan otros medios de prueba que afirmen una fecha de cese de la convivencia distinta<sup>13</sup>.

Esto supone que en el caso de aquellos matrimonios celebrados con posterioridad a la ley, cuando las partes presentan los medios de prueba contemplados en los artículos 22 y 25, el juez en este escenario no tiene dicha facultad y, por tanto, no puede desconocerlos, aunque existan otros medios. Se observa que la limitación probatoria que identifica el TC no pasa por cuáles medios probatorios pueden usarse para probar el cese de la convivencia, sino si el tribunal, habiendo sido presentados aquellos medios contemplados en los artículos mencionados, puede o no ignorarlos.

Ésta parece ser, dada la confusa redacción del considerando decimotercero, la única forma de comprender el sentido de las palabras del TC. Si, por el contrario, el tribunal

<sup>13</sup> Dice el segundo párrafo del considerando 13:° “De lo cual se deduce que el juez natural conserva la posibilidad-no obstante el valor fijado a los instrumentos y actuaciones dotados de plena efectividad para tener por determinada la fecha de cese de la convivencia entre cónyuges –para revisar la certeza de la respectiva probanza”.

sostuviere que de igual forma es posible desconocer por parte del juez que conoce de la causa los medios de prueba incluidos en los artículos 22 y 25 en aquellos matrimonios posteriores a la ley N° 19.947, la distinción establecida por el legislador no tendría sentido y los propios dichos del TC, al reconocer que existe una diferencia probatoria, tampoco.

Así el TC indica:

“Que, como natural corolario de lo expuesto, parece claro que el límite probatorio impuesto en los artículos 22 y 25 de la ley del ramo respecto de los cónyuges que contrajeron matrimonio después de su vigencia, por remisión del inciso tercero del artículo 2° transitorio, no importa crear una diferenciación arbitraria respecto de personas que se encuentran en similar situación. El distingo, por el contrario, deviene en lógico y razonable, en la medida que procura evitar que, por la vía de la simulación, se vulneren 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>14</sup>.

Según lo anterior el TC entiende que el riesgo de fraude, que sería la *ratio legis* de la distinción, solo podría darse en el caso de los matrimonios ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley y no en aquellos anteriores. El razonamiento pareciera ser que en aquellos casos previos a la ley, la existencia de una escritura o acta o transacción con una fecha de cese diversa a la sostenida por otros medios de prueba no permitirían suponer un intento de fraude, ya que es posible que no se habría hecho con la finalidad de acreditar el cese necesariamente, por lo cual se autorizaría a darle valor a otros medios de prueba. En cambio, en aquellos matrimonios posteriores, donde el legislador autoriza el divorcio y es explícito en esta materia, las partes saben que hay ciertos instrumentos que dan fecha cierta del cese, en cuyo caso se debe prevenir que éstos sean pasados a llevar por otros medios.

Lo cierto es que todo este razonamiento elaborado por el TC, el cual como se puede observar supone un alto nivel de especulación por parte de quién escribe, parece ser incorrecto e ir en contra del sentido natural de las palabras de la ley.

Esto se debe a que hace suya, sin mayor reflexión, las consideraciones de la Corte de Apelaciones de Valdivia, la que señala en un fallo del año 2010, que es posible probar por cualquier medio de prueba, y no sólo los regulados en los artículos 22 y 25, la fecha de cese de la convivencia. El TC transcribe literalmente las consideraciones elaboradas por la res-

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 15°.

pectiva Corte de Apelaciones, donde da cuenta que los principales fundamentos detrás de esta conclusión son, por un lado, los artículos 28 y 29 de la LTF, que se refiere a la libertad de prueba y el ofrecimiento de todos los medios que las partes tengan en su poder y, por otro, las facultades del juez para ordenar prueba de oficio y valorar la prueba conforme a la sana crítica. Concluye el TC, citando a la Corte de Apelaciones:

“para probar el hecho del cese de la convivencia no se exige perentoriamente que sólo se acompañen los instrumentos a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 19.947, como lo menciona el fallo apelado, ya que no existe disposición expresa en la ley mencionada que limite las probanzas sólo a determinados medios, lo cual sería atentatorio al principio de libertad probatoria en materia de familia, pugnando igualmente con la facultad de los jueces de familia de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (...)”<sup>15</sup>.

Al aceptar esta interpretación, ignora el propio lenguaje de la ley en cuestión. La ley es clara en su lenguaje, cuando indica que no es posible probar por aquellos medios distintos a los contemplados en los artículos 22 y 25 el cese de la convivencia.

Para ello basta observar el inciso tercero del artículo 2° transitorio, el cual indica:

“Además, no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio civil para *comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges*” (el destacado es mío).

Es claro que el lenguaje literal de los artículos 22 y 25 no habla de que “solo podrán probar” el cese de la convivencia, sin embargo, ese carácter deriva de la propia norma transitoria, la cual es explícita en el hecho de que la función de dichos artículos está en establecer la forma de acreditar el cese.

A mayor abundamiento, la relación entre los artículos 22 y 25 va en el mismo sentido. El artículo 22 indica que otorgará “fecha cierta” al cese de la convivencia los tres instrumentos contenidos en las letras a), b) y c). Posteriormente, el artículo 25 opera sobre la premisa de que ninguno de los instrumentos mencionados en el artículo 22 está disponibles, indicando que tendrán la misma capacidad de dar cuenta de la fecha de cese de la notificación de la demanda o cualquier otra manifestación unilateral de voluntad en esta materia a través de una escritura pública, acta ante oficial o una gestión no contenciosa ante un juzgado.

La intención del legislador emerge con total claridad de ambas disposiciones, estableciendo un orden en

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2207-12-INA, *op. cit.*, considerando 14°.

aquellas vías que tiene a su disposición la parte para establecer la fecha cierta del cese.

Nada de esto tiene sentido si aquello que sostiene el tribunal es cierto, el lenguaje explícito del artículo 2° transitorio inciso tercero, carecería de todo significado.

Es correcto que el sistema de la sana crítica es el que predomina en la LTF, no obstante, esto no significa

que toda norma probatoria que establece alguna limitación a su respecto pueda ser simplemente ignorada. Aquí el legislador ha tomado una decisión específica, la cual por un criterio de especialidad debe prevalecer.

El razonamiento del TC puede resultar conveniente, ya que facilita el divorcio en aquellos matrimonios posteriores a la ley N° 19.947, sin embargo, en mi opinión es errado.