

## Algunas reflexiones sobre la compensación económica



**Paulina Veloso Valenzuela**

Profesora de Derecho Civil

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Se pretende en este artículo hacer algunos comentarios generales acerca de la institución de la compensación económica, recientemente recogida en la nueva Ley de Matrimonio Civil, vigente en Chile desde noviembre del año 2004, reflexionando desde una perspectiva liberal e igualitarista y teniendo presentes, con propósito comparativo, algunas legislaciones europeas y americanas sobre el tema.

La propuesta que sostengo en este artículo es que los mecanismos de compensación económica deben aplicarse teniendo presente el criterio de razonabilidad y proporcionalidad, a efectos de asegurar que sirvan al propósito de paliar una discriminación de género y no constituyan, a la vez, un instrumento antidivorcista y conservador, que es contrario al texto legal y al propósito del legislador. El punto de partida es que la compensación, en los términos legales, no procede siempre, sino solo cuando concurren los requisitos que se analizarán. En consecuencia, deben existir razones justificativas en cada caso y de acuerdo al tenor legal que autoricen la compensación económica; las que deberá indicar el juez en la sentencia respectiva.

Y, en definitiva, afirmo que, en un horizonte de largo tiempo, quienes postulan la igualdad no se pueden contentar con un instrumento de esta naturaleza; antes bien, se debe apostar por una sociedad donde el problema no exista o esté disminuido.

## 1. Planteamiento del problema

Existen diversos estudios y numerosos antecedentes que muestran que, en todas las latitudes, producido el divorcio (separación o nulidad), la mujer disminuye drásticamente sus ingresos económicos; esto es, se empobrece; y consecuentemente se empobrecen los niños.<sup>1</sup>

Esta realidad resulta ser cada vez más visible en la medida que ha aumentado la tasa de separación o divorcio, ocasionando con ello un aumento en la tasa de pobreza de las mujeres y aumentando la brecha de desigualdad con los hombres.

La explicación de este fenómeno radica, en términos generales, en una manifestación de la discriminación de género, más o menos fuerte, dependiendo del país respectivo.

En efecto, por una parte, menos mujeres, en relación a los hombres, participan en el mercado de trabajo (trabajo remunerado). Las mujeres tienen más dificultades para incorporarse al mercado de trabajo y se incorporan en mayor número en trabajos precarios. De otra, las que están incorporadas reciben, en promedio, remuneraciones menores que los hombres; frecuentemente, carecen de pensiones de vejez o éstas son menores que las de sus ex cónyuges. Normalmente las mujeres tienen menos propiedades inmuebles y en general, un patrimonio de menor valor.<sup>2</sup>

Estas diferencias patrimoniales se explican en vista de que, por una parte, generalmente las mujeres asumen el cuidado de los hijos, de los ancianos y enfermos; es decir, destinan tiempo (a veces, todo su tiempo) a tareas que normalmente no son remuneradas. Y en los casos que trabajan remuneradamente, destinan menor tiempo a este tipo de trabajo.<sup>3</sup> Por último, en el evento de que, aun

---

<sup>1</sup> Un artículo publicado por la revista *The Economist*, en 1993, consideraba que los estudios efectuados en USA desde 1984 llegaban a la conclusión que las mujeres sufrían una pérdida de ingresos en torno al 30 por 100 el año siguiente a su divorcio; el grupo peor tratado es el de mujeres de clase media que trabajaron como amas de casa. Y esta opinión se repetía en 1995. "The bargain breaks", *The Economist*, December 26 1992 January 8<sup>th</sup>, 1993, p. 75.

<sup>2</sup> Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, publicados en "Mujeres chilenas. Estadísticas para el nuevo siglo". Santiago. Chile. Julio de 2000, se señala: La fuerza de trabajo, al año 2000, asciende a 5.870.890 personas, de las cuales un 33% son mujeres, esto es, un total de 1.957.880. Y del total de mujeres en edad de trabajar lo hace sólo el 35%. La diferencia de los ingresos medios mensuales de mujeres y hombres es muy marcada. En promedio las mujeres obtienen un ingreso que corresponde a casi el 70% del ingreso medio de los hombres. Diferencia que es mayor mientras más alto es el nivel educacional. En efecto, el año 1998, la mujer a igual nivel de estudios universitarios que el hombre, obtiene sólo el 53,4% del ingreso de este último. Aunque a nivel latinoamericano la mayoría de los países tienen una participación mayor en la fuerza de trabajo que en Chile, las diferencias anotadas son finalmente muy similares.

<sup>3</sup> Según el INE, del total de personas que en el año 2000 declararon dedicarse exclusivamente a los quehaceres del hogar, el 98% eran mujeres.

La educación preescolar ofrecida por el sistema público tiene una cobertura que abarca solamente el

asumiendo las tareas del hogar, trabajen remuneradamente tan intensamente como los hombres, igualmente perciben una menor remuneración. La brecha es más grande a mayor nivel educacional.

Si marido y mujer viven juntos, se comparte el nivel de vida, resultando esencial el aporte económico del marido, asumiendo, normalmente, el rol de proveedor fundamental. Pero en el evento que se produzca el divorcio, esta desigualdad patrimonial se muestra con toda su crudeza, ya que muy frecuentemente será la mujer la que hará de proveedora única o principal y su ingreso monetario, como hemos dicho, es menor.<sup>4</sup>

En el evento de que la mujer nunca haya trabajado remuneradamente, su incorporación al mercado del trabajo, después del divorcio, puede ser imposible, o muy difícil, dependiendo de su nivel educacional y, entre otros factores, de la cantidad de años que ha estado sin actividad remunerada.

Lo interesante es que estas diferencias de ingreso entre hombres y mujeres, normalmente, no se explican sino por condicionamientos y patrones culturales y estructuras discriminatorias que no son de responsabilidad de las mujeres en general, ni de cada mujer en particular.

## **2. Concepciones filosóficas e ideológicas sobre el tema**

Esta cuestión problemática es puesta en el debate desde distintas posiciones filosóficas e ideológicas, y con propósitos también diversos.

En efecto, por una parte, integra el discurso antidivorcista. En esa posición, se señala que dado que el divorcio produce pobreza, es necesario impedir u obstaculizar legalmente el divorcio. Durante la discusión en el Congreso en Chile del texto legal los opositores al proyecto entregaron un artículo que señala en una de sus partes: "El divorcio tiene un efecto más alto en el ingreso familiar de los padres custodios que el que tuvo la Gran Depresión en la economía

---

24,7% de la población menor de seis años. En consecuencia, una cifra algo superior a un millón 300 mil niños no tiene acceso a la educación preescolar pública.

Según el Informe de Desarrollo Humano, del PNUD, de 1995: En todos los países las mujeres trabajan más horas que los hombres. Las diferencias oscilan desde sólo ocho minutos diarios hasta tres horas. Del volumen total de trabajo, las mujeres realizan un 53% (un 51% en los países industrializados) y los hombres un 47%. Pero una proporción menor del trabajo de las mujeres es remunerado. El informe critica la subvaloración del trabajo de la mujer, refiriéndose como "contribución invisible".

<sup>4</sup> "La característica más importante de los hogares con jefatura femenina es su mayor vulnerabilidad económica y social, al estar constituidos mayoritariamente por mujeres sin pareja que tienen la doble responsabilidad de los quehaceres domésticos y la mantención económica de la familia". En el libro *De mujer sola a jefa de hogar. Género, Pobreza y Políticas Públicas*. Editoras: M. Elena Valenzuela, Sylvia Venegas, Carmen Andrade. Servicio Nacional de la Mujer. Chile.

americana". "En familias que no eran pobres antes de un divorcio, la caída del ingreso puede ser tan alta como para llegar al 50%". Y "casi el 50% de los hogares con hijos que padecen el divorcio se empobrecen después de producido éste". Y después de enunciar una serie de efectos negativos del divorcio, postula como primera conclusión la necesidad de "Establecer, por resolución, un objetivo nacional de reducción del divorcio, entre las familias con hijos, de un tercio en una década".<sup>5</sup>

Pero al mismo tiempo, es un problema subrayado desde posiciones feministas e igualitaristas, las que no pretenden impedir ni tampoco disminuir el divorcio por esta razón, pero consideran que el costo no lo puede asumir sólo la mujer. En esta posición se sostiene que el trasfondo de la desigualdad que se genera en el divorcio es una manifestación de la discriminación de género, y no consecuencia de la pereza o decisión errónea de cada mujer, de allí que el Estado, léase el Derecho, no puede ser neutro en este asunto, aun más, debe establecer mecanismos que apunten hacia el término o bien, en un horizonte más cercano, a la disminución de la desigualdad. Hay, por lo mismo, una pretensión de justicia envuelta en la petición; pero a su vez no se desconoce el principio de autonomía privada o libertad personal en virtud del cual los cónyuges tienen derecho a desarrollar su propio plan de vida; al contrario, justamente se propicia un mecanismo que permita una real autonomía de las mujeres.

Es decir, desde la posición conservadora se propone limitar la autonomía personal, impidiendo o restringiendo el divorcio.

En cambio, desde concepciones feministas e igualitaristas se pretende aumentar la autonomía de las mujeres, tanto para adoptar la decisión como para desarrollar su vida a futuro.

Ahora bien, de acuerdo al texto legal –arts. 61 y ss.– la compensación no está concebida con el propósito de limitar o restringir el divorcio, sino, justamente, como paliativo frente al problema antes descrito. Eso es lo que se desprende de la normativa, de su contexto y de la historia del precepto. Por ello, precisamente no es una sanción a la iniciativa procesal del demandante, ni es una sanción al culpable, ni está establecida, por regla general, como pensión periódica y por toda la vida. Y, como diremos, resulta fundamental al sentenciador atenerse a los requisitos y criterios legales de los arts. 61 y 62, en cuanto implican una delimitación de la institución y la necesidad de que el monto fijado sea proporcional a las condiciones particulares del caso.

<sup>5</sup> Patrick F. Fagan y Robert Rector. *Historia de la ley*. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. V. 3. Pág. 2085.

### **3. Perspectiva de los derechos que resultan eventualmente vulnerados**

La situación fáctica antes descrita amerita también un examen desde el punto de vista del principio de igualdad, consagrado constitucionalmente.

En nuestro concepto y siguiendo las distinciones respecto de la igualdad que hace el autor italiano Norberto Bobbio, se expresa en este tema una falta de igualdad de oportunidades, por una parte, y de igualdad fáctica o de hecho, real o sustancial, por otra.

Como sabemos, la igualdad de oportunidades apunta a la igualdad en el punto de partida, esto es, las mismas condiciones para iniciar o desarrollar la carrera de la vida; y la igualdad de facto, al punto de llegada, es decir, a las circunstancias materiales o reales de los sujetos después de haber participado en el juego de la vida.

En palabras de Bobbio: la igualdad de oportunidades se satisface cuando "quienes juegan al tute tengan de partida el mismo número de cartas, o que los jugadores de ajedrez dispongan del mismo número y del mismo tipo de piezas..., que los corredores partan de la misma línea... En otras palabras, el principio de la igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales". Por su parte, el mismo autor señala que la igualdad de hecho se entiende "respecto de los bienes materiales o igualdad económica".<sup>6</sup>

Hombres y mujeres están en distintos puntos de partida y, desde luego, su punto de llegada es muy desigual.

Ambos aspectos de la igualdad están considerados en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas, vigente en Chile desde el año 1989.

De manera que los Estados partes de la referida Convención tienen la obligación de propender a una mayor igualdad de oportunidades para las mujeres y también de tender a una igualdad de facto.

Se discute en Chile cuál sería el rango o jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos. Una opinión muy firme es que tendrían un

<sup>6</sup> Norberto Bobbio. *Igualdad y Libertad*. Piados. España. 1993. Págs. 76 y 79.

rango constitucional e incluso supraconstitucional. Y en otra posición, se estima que son de jerarquía superior a la ley; y, en todo caso, inferior a la Constitución. Con todo, como se sabe, en virtud de las reglas internacionales sobre los tratados, cada país firmante debe respetar lo acordado y no puede exonerarse de su cumplimiento en virtud de norma interna contraria al mismo tratado.

Por su parte, el texto constitucional de Chile reconoce expresamente la igualdad de oportunidades, en el art. 1º. Y en las garantías constitucionales se asegura la igualdad en la ley y frente a la ley en el art. 19 N° 2.

El mandato constitucional de la igualdad obliga al legislador, en este caso, a crear los mecanismos jurídicos dirigidos a la solución o mitigación del problema referido, a efectos de asegurar una igualdad de oportunidades de hombres y mujeres postdivorcio y de tender hacia una mayor igualdad de hecho entre los mismos.

Es decir, existen razones jurídicas constitucionales y vinculadas al derecho internacional que obliga a los Estados a realizar las políticas, e introducir las normas legales necesarias a efectos de resolver el problema ya planteado que acentúa la desigualdad entre hombres y mujeres.

#### **4. Alternativas de enfrentamiento del tema: neutralidad, estado social o enfoque privado**

Concordando entonces que existe un problema: una situación económica disminuida de la mujer con relación al hombre, que es evidente y problemática en el evento del divorcio, y que esta cuestión no es de responsabilidad de las mujeres, ni de cada mujer en particular, sino una manifestación de la discriminación de género, la pregunta es: ¿Qué hacer?

Muy grosso modo, pueden visualizarse respuestas desde distintas ópticas:

a) En una visión conservadora se estima, como ya se afirmó, que la legislación y las autoridades deben impedir o restringir el divorcio.

Sin embargo, tal postura no se aviene con un Estado liberal que se funda en la autonomía individual. No se considera lícito que la ley se proponga obstaculizar las decisiones libres y autónomas de las personas más allá del límite del daño a terceros.



b) En una perspectiva neoliberal, puede estimarse que el problema no compete al Estado. Se considera que cada cual recibe una retribución según su esfuerzo y la valoración social y económica del trabajo de cada uno. Y si los cónyuges son libres para divorciarse, ellos deberían asumir las consecuencias de todo tipo que esta decisión comporta, y en consecuencia, el ordenamiento jurídico no tendría por qué arbitrar remedios económicos para situaciones postdivorcio. Es decir, el costo de la disparidad económica lo debería asumir la mujer.

El problema de esta tesis radica en que el asunto no se explica sino por una discriminación de género, por lo que la situación no obedece a una manifestación plena de la autonomía de las mujeres. Y ¿por qué hacer responsables a las mujeres de una distribución de roles estereotipada y una discriminación en el mercado de trabajo de la cual no son las responsables?

c) En una lógica de Estado social, podría estimarse que aquél debe atender de manera asistencialista el problema, potenciando una lógica de seguridad social; o bien, apuntando al desarrollo de iguales oportunidades, por la vía de mejorar el acceso y la calidad de los servicios de guarderías y jardines infantiles y otros servicios de esa naturaleza, de modo de asumir estatalmente funciones que tradicionalmente realiza la mujer sin contraprestación económica, y potenciar la educación y capacitación laboral de las mujeres, etc. Aquí el costo o parte de él lo asume el Estado; es decir, el sistema público.

El problema de descansar sólo en esta solución está en la llamada crisis del modelo de los Estados de bienestar. La crítica que se hace al Estado social apunta a que este tipo de soluciones, normalmente, no ayudan al desarrollo de la iniciativa particular que actuaría como motor del crecimiento. De otra parte, la crisis de este Estado deriva de su gran carga económica, difícil de sobrellevar enfrente de la enorme competencia actual.

d) En una perspectiva distributiva de los costos del divorcio entre los sujetos intervinientes, podría incentivarse una responsabilidad compartida a nivel individual de cada pareja. En este caso el costo lo asumen el marido y la mujer; es un sistema privado de soporte por parte del ex cónyuge.

Sin perjuicio de que los Estados, normalmente, mezclan soluciones inspiradas en lógicas distintas, la institución de la compensación económica, reconocida legalmente en distintos países, responde a la perspectiva de compartir, a nivel individual de cada pareja, esta discriminación de género. Y se sustenta, en cierto sentido, en una lógica de un Estado de bienestar en retirada.

## 5. Aspectos centrales de la institución en Chile

En vista de que la compensación no procede cada vez y en todos los asuntos en que se hubiere declarado el divorcio o nulidad, sino en algunos casos, resulta imprescindible reflexionar sobre los requisitos legales.

En una perspectiva comparada, se puede afirmar que si bien existen elementos comunes en los distintos países en que se acoge esta institución, y el problema a que atiende es el mismo, de manera que puede afirmarse que existe un sustrato común, los requisitos conceptuales son levemente distintos.

En Chile, el artículo clave que contempla la compensación es el 61, que dice:

*“Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.*

Se observa que la ley chilena contempla expresamente, como requisito, la causa de la disparidad económica, esto es, la dedicación al hogar. Y en este sentido parece más exigente que el derecho comparado, al menos en cuanto a su conceptualización y, eventualmente, a la prueba. Sin embargo, del análisis de la institución, de manera más global, se observa una gran similitud con el derecho extranjero. Con todo, hay diferencias. En España, Alemania, Suiza, y Francia se destaca básicamente la situación objetiva de disparidad entre los cónyuges, de desequilibrio económico, de dificultad para mantenerse de manera conveniente, u otra constatación de ese tipo, sin exigir que ello sea fruto de la realización de las tareas del hogar. Por lo demás, la institución misma las supone. Esta última circunstancia es, normalmente, la razón del desequilibrio. No obstante, no se exige prueba sobre ello. Lo que interesa es que objetivamente exista un desequilibrio patrimonial.

En efecto, en España el artículo clave prescribe:

*“El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...”* Art. 97 Código Civil.

En Suiza, la ley dispone:

*“Si no se puede razonablemente esperar que un cónyuge pueda por sí mismo mantenerse convenientemente, incluida la constitución de una previsión de vejez apropiada, su cónyuge le debe una contribución equitativa”.*<sup>7</sup> Art. 125 Código Civil.

El Código francés, en su nuevo texto vigente desde enero de 2005, prevé:

*“Uno de los cónyuges puede ser obligado a otorgar una prestación destinado a compensar, tanto como sea posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas”.*<sup>8</sup> Art. 270.

En Alemania, se prescriben dos instituciones: la prestación de alimentos al cónyuge divorciado y la pensión compensatoria. El precepto básico de la primera señala:

*“En caso de que el cónyuge divorciado no pudiera procurarse sustento tras el divorcio, tendrá una acción de prestación de alimentos contra el otro cónyuge según las disposiciones siguientes:...”. Art. 1569. Y en los artículos 1570 a 1576, se mencionan las causas posibles de la carencia, tales como: por cuidado de un hijo; por razón de la edad; por enfermedad o decrepitud; hasta la prosecución de una actividad comercial adecuada; por falta de una actividad comercial adecuada; para formación, educación superior ulterior y reeducación; y como clausura, se establece la prestación de alimentos por razones de equidad.*

En otro párrafo, se contempla la figura de la pensión compensatoria, en los siguientes términos:

*“Habrá una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubiere constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional de las mencionadas en el artículo 1587, apartado 2”.* 1587-1.

No obstante, donde se observa una gran similitud entre cada una de estas legislaciones es en las circunstancias particulares que debe tener en cuenta el juez para ordenar la compensación, que en el caso de Chile se contemplan en el art. 62. Como diremos, estos elementos ayudan también a configurar la institución, a regular si procede o no.

En efecto, estos aspectos tienen el propósito de limitar el derecho, circunscribirlo a los casos en que realmente corresponde y hacerlo razonable y proporcional. Ellos obligan al juez a ponderar y justificar su decisión.

<sup>7</sup> Traducción no oficial.

<sup>8</sup> Traducción no oficial.

Radical importancia tiene la afirmación que hemos hecho en cuanto a que esta compensación no procede siempre. En efecto, deben concurrir diversos requisitos, que anotaremos seguidamente.

- **Requisitos de la institución en Chile:**

De acuerdo a lo dispuesto en los arts. 61, 62, 27 y 55 inciso 2°, se puede concluir que el instituto exige:

1. Que haya existido, vigente el matrimonio, dedicación al cuidado de los hijos o al hogar común;
2. Que ello haya sido un obstáculo para el desarrollo de una actividad económica o lo hizo en menor medida;
3. Que ello haya generado un menoscabo por esta causa;
4. Que ello impide relaciones equitativas hacia el futuro.

- **Complementan los criterios establecidos en art. 62**

Sin embargo, los requisitos establecidos en el art. 61 referidos, deben complementarse con los criterios dispuestos en el artículo 62, dado el texto de esta norma: "Para determinar la **existencia** del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente..." Y seguidamente enumera:

"...la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge".

Puede observarse la impresionante similitud con los contemplados en el artículo 97 español, el 125 suizo y el 271 francés. Así como el artículo 113 del Código de Familia de El Salvador. De allí que puede afirmarse que finalmente la figura es muy similar a la contemplada en esas legislaciones.

En un intento por sistematizar, se puede concluir que algunos de estos criterios miran el *pasado*, más específicamente a la *causa del menoscabo*. Ellos son: la duración del matrimonio; de la vida en común; y la colaboración en la actividad lucrativa.

Otros se refieren al *presente*, esto es: la situación patrimonial de ambos cónyuges y sus facultades y necesidades económicas. En efecto, tales son: la situación patrimonial (además art. 66); la edad del cónyuge beneficiario (obviamente

también del cónyuge deudor); el estado de salud del cónyuge beneficiario (también del cónyuge deudor); y la materia de beneficios de previsión y salud. Puede agregarse la labor de educación y crianza de los hijos aún menores.

Por último, hay criterios que apuntan al *futuro* y conllevan el análisis de la probable inserción del cónyuge beneficiario en el mercado de trabajo y sus ingresos futuros. Nos referimos a: las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional y también la probable pensión de vejez.

Se señala, además, un aspecto moral: la buena o mala fe, que aunque es un principio general en el derecho, no resulta en este tema del todo pertinente, lo que es evidente en el derecho comparado, donde obviamente no se menciona.

En definitiva, estos criterios, no taxativos, sumándolos a los requisitos del art. 61, permiten comprender el sentido y los requisitos de la institución.

Y dada la similitud con el derecho extranjero, como hemos señalado, se concluye en que la figura tiene un sustrato común en los ordenamientos jurídicos mencionados.

## **6. El divorcio por culpa y la compensación**

Es importante destacar que en el derecho comparado más moderno, para tener derecho a la compensación el titular no requiere ser un cónyuge inocente. Es decir, para su otorgamiento no se consideran las culpas.

En Chile, así es en principio. Sin embargo, se faculta al juez para denegar la compensación o disminuir prudencialmente su monto si este derecho le hubiere correspondido al cónyuge acreedor. Art. 62.2.

Llama la atención que el legislador no hubiere observado que esta restricción, por regla general, sólo afectará a la mujer. En efecto, dado que normalmente el deudor de la compensación será el ex marido, sólo a él le interesará, a efectos de aplicar la sanción, que se declare el divorcio por culpa de su cónyuge. Y ello significará que, por ejemplo, generalmente se discutirá la causa de infidelidad cuando sólo lo sea la mujer. En ese caso tiene interés la discusión, ya que de probarse, permitiría restringir el eventual derecho de compensación. Cuando sea el hombre el infiel, dado que normalmente él es el acreedor de este derecho, probablemente no habrá mayor interés en que se discuta judicialmente su falta, ya que ésta, fuera del reproche moral, no tendrá sanción alguna.

Debo aclarar que no adscribo al divorcio por culpa. En otros escritos hemos explicado latamente los efectos nocivos de tal tipo de divorcio.

Se suma a lo allí expuesto lo que acabamos de destacar, esto es, que la sanción del art. 62.2 es discriminatoria en sus efectos, y por consiguiente resulta discutible su constitucionalidad, lo que es un argumento más para una aplicación restringida de tal precepto.

## **7. Condiciones de procedencia de la compensación. Se debe tener en cuenta el criterio de razonabilidad y proporcionalidad**

Resulta fundamental entender, como ya hemos afirmado, que la compensación económica no es una consecuencia necesaria del divorcio. Procede sólo si concurren los requisitos. Dicho de otra manera, no corresponde siempre.

En los países en que se contempla la institución es frecuente que el tribunal respectivo lo estime improcedente, negando el derecho, cuando el matrimonio, o la vida en común, en su caso, hubieran sido breves.

O cuando se observa que la mujer está debidamente integrada al mercado laboral y no existan diferencias patrimoniales importantes entre los cónyuges.

También cuando el patrimonio de uno y otro cónyuge es bastante para solventar cómodamente la vida de cada uno y no aparezca necesario compensar el menoscabo, si hubiere.

Es necesario subrayar que no se trata de una sanción por el divorcio, y, en ningún caso, por la iniciativa del divorcio.

Estimamos, por su parte, que en el evento que el patrimonio del cónyuge deudor sea muy escaso, consistente sólo en el ingreso remuneracional o en una pensión de vejez o invalidez, tampoco procedería este derecho, salvo circunstancias muy excepcionales, como la vejez o una enfermedad grave del cónyuge acreedor y el largo tiempo de vida común. Sólo en tales casos podría justificarse que, incluso con un patrimonio escaso del deudor, se ordene otorgar este beneficio. De allí los términos del artículo 66 nuestro.

Se recuerda a este respecto que, además, si hubiere hijos menores, habría derecho de alimentos para ellos. Y, en ningún caso, procedería traspasar el límite del 50% de los ingresos del cónyuge deudor.

La razón para estimar que en el evento de patrimonio escaso no se justificaría el otorgamiento de la compensación radica, además del texto legal, en que

de otra manera ello podría limitar severamente la libertad personal del deudor, lo que resulta contrario a principios generales de derecho. Ciertamente es que la escasez de recursos también constituye una limitación a la libertad del cónyuge acreedor. Ello obliga a ponderar adecuadamente.

Cabe a este respecto tener en cuenta que en Chile (no es así en diversas legislaciones extranjeras) no es posible modificar el monto de la pensión, no obstante que se alteraren las condiciones de vida de cada cual. No se puede modificar aunque el acreedor se enriquezca fruto de un golpe de suerte o de un nuevo matrimonio o de una convivencia. Por ello, si los cónyuges son relativamente jóvenes, se debe ser muy estricto a la hora de evaluar los criterios y determinar si hay o no derecho a la compensación.

Lo cierto es que los criterios contemplados en el art. 62, ya referidos, indican claramente que el derecho debe ser razonable y proporcional a las indicadas circunstancias.

En efecto, si bien la ley no establece expresamente la limitación contemplada en materia de obligación de alimentos (hasta el 50% del ingreso mensual), es obvio que el legislador pretende que sea proporcional al ingreso, al patrimonio, y al menoscabo.

Ni siquiera si se considerara que se trata de una sanción al deudor, puede el sentenciador abstraerse de la necesidad de que sea razonable y proporcional.

En esta idea de razonabilidad debe tenerse en cuenta que muy probablemente los cónyuges querrán iniciar una nueva familia; de manera que la compensación no puede ser de tal envergadura que impida de manera total esas posibilidades al deudor.

## **8. En Chile, la compensación es compatible con cualquier régimen de bienes, sin perjuicio de que es necesario medir el patrimonio de cada uno**

Durante la discusión parlamentaria hubo una opinión en el sentido de que si hubiere entre los cónyuges el régimen de sociedad conyugal (sistema legal), que es un régimen de comunidad, no procedería la compensación, toda vez que en la distribución de los gananciales por mitades, éste ya considera la compensación por el trabajo no remunerado en el hogar. En la respuesta se dijo que la distribución de los gananciales cumple el propósito de compartir los ingresos generados en el pasado. En cambio, la compensación económica, sin perjuicio de que mira para atrás, para determinar si habrá derecho a ella, tiene el propósito de compensar el efecto del menoscabo en el futuro. Como

dice la ley, pretende relaciones equitativas entre los cónyuges, en el futuro. Esa es la diferencia. Arts. 27 y 55 de la ley.

No obstante, para la determinación de la existencia y la cuantía de la compensación resulta fundamental considerar el patrimonio de cada cónyuge, según lo expresa el art. 62. De modo que habrá que considerar el patrimonio que como resultas de la liquidación del régimen de bienes, pertenezca a uno y otro cónyuge. Y sabemos que la ley no establece que el juez deba liquidar el régimen de bienes en el procedimiento del divorcio, siendo dicho asunto competencia de un juez árbitro, por lo que sólo deberán estimarse provisoriamente y a título ilustrativo las fuerzas del patrimonio de cada uno.

Será en cambio muy importante si, fruto del régimen de separación total de bienes, el marido hubiere amasado un patrimonio relevante y su cónyuge, en cambio, nada tuviere.

Con todo, el sentenciador deberá tener en cuenta que la compensación económica no pretende servir al propósito de transformar en irrelevante o inocuo la elección de un régimen de bienes entre las distintas posibilidades y las consecuencias pecuniarias que se derivan de dicha elección tanto para las partes como para los terceros.

## **9. En cuanto a la determinación, es fundamental la voluntad de los cónyuges**

La ley que establece el divorcio está impregnada de la idea de que son los cónyuges los que están en mejor situación de resolver sus conflictos conyugales y los efectos de la ruptura. En consecuencia, permite el divorcio por mutuo acuerdo, y en tal caso obliga a que los cónyuges presenten junto a la demanda los acuerdos sobre los efectos, entre ellos sobre la compensación económica. Y, en el evento de que el divorcio sea unilateral, incentiva los acuerdos en las instancias de conciliación y mediación.

De allí que en el artículo 63 se estipula la primera regla, consistente en que: "La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán *convenidos por los cónyuges...*". Agregando, en el art. 64: "A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia... y fijar su monto...". Es nítido, entonces, que el juez actúa en este punto de manera supletoria, a falta de acuerdo, concordando en ello con la lógica del nuevo texto legal sobre matrimonio civil.

Si bien el juez debe homologar estos acuerdos, en conformidad al criterio de "suficiente y completo" que contempla el art. 27, estimamos que respecto

de la compensación económica, el acuerdo a que se hubiere llegado se debe aprobar sin más, teniendo presente que este derecho es esencialmente renunciabile.

Se tiene especialmente en consideración que, en conformidad a la experiencia comparada, en materias de familia, la mejor solución es la libremente acordada por las partes. Nadie está en mejor situación para saber qué es lo conveniente para ellos que los propios cónyuges, más aún tratándose de un asunto patrimonial como la compensación.

Y, desde luego, respetar el acuerdo de las partes supone también la vigencia del principio de la autonomía de los cónyuges. Ello está además presente en los principios del procedimiento de los nuevos tribunales de familia, llamado allí, en el artículo 14, "principio de colaboración".

Se agrega que las soluciones cooperativas tienen como consecuencia que se cumplan más espontánea y fácilmente, aspecto que mira a la eficiencia del derecho.

## 10. Modalidades

Se puede pedir en la demanda, en un escrito complementario, o en la reconvencción. En definitiva, de acuerdo a la lógica del juicio, parece razonable que se permita solicitarlo en todo momento y hasta la audiencia preparatoria. No es formal, recogiendo así la idea de desformalización, también principio de los nuevos tribunales.

El juez tiene la obligación de informar sobre la existencia de este beneficio, en caso que no se hubiere solicitado, pero no puede declararlo de oficio, porque es renunciabile.

La ley contempla diversas posibilidades para su entero y pago. Con todo, puede sostenerse que la idea principal es pagarlo *de una sola vez*; de esta manera se evitan los inconvenientes del pago periódico, circunstancia potencialmente conflictiva a la luz de la experiencia comparada. Nótese que en Chile no se le denomina pensión, como en otros países, terminología que puede conllevar la idea de periodicidad.

Sin embargo, y por excepción, según lo dispuesto en el art. 66, se permite el pago en cuotas. En este evento, se debe ser especialmente cuidadoso en los requisitos de procedencia, por los inconvenientes que ello supone, particularmente en cuanto a las facultades económicas del cónyuge deudor.

Se recuerda que el propósito legislativo es apuntar a la autonomía de la mujer. Obviamente ello no puede perseguirse más allá del punto en que se vulnere la autonomía del deudor.

## 11. Naturaleza jurídica

Una cuestión frecuentemente discutida en el derecho comparado es la naturaleza jurídica de esta institución.

En el caso de Chile hay razones para estimar que tiene algunas características de los alimentos; otras, de la indemnización de perjuicios, y ciertos elementos comunes con el enriquecimiento sin causa.

En efecto, se puede considerar como alimentos en cuanto para su determinación se tiene en cuenta, en cierta medida, las necesidades del acreedor y las facultades del deudor; de otra parte, en el evento que se establezca el pago en cuotas periódicas, para los efectos del cumplimiento, se le asimila a los alimentos, según expresa disposición legal. Art. 66.

Pero no constituye alimentos, en cuanto la causa de la figura radica en las circunstancias del artículo 61 y no en el estado de necesidad. Los alimentos se justifican derivados de la obligación de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone la ruptura del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso que varíen las circunstancias. En los países cuya legislación se ha citado, en cambio, es modificable; y termina con las nuevas nupcias o convivencia estable del cónyuge beneficiario. No así en la legislación nacional. Se agrega que en Chile excepcionalmente constituye una pensión periódica; no así en el derecho comparado, en que es frecuente que se considere como pensión, con la periodicidad de los alimentos.

De otra parte, se asemeja a la *indemnización de perjuicios* en la medida que se define como una compensación por el menoscabo, esto es, en otras palabras, una indemnización por el daño. A su vez, el hecho generador del daño es un elemento normalmente voluntario de la pareja, consistente en la decisión de ambos (o de uno con el acuerdo tácito del otro) de asumir las tareas del hogar y no incorporarse al mercado de trabajo o hacerlo en menor medida, decisión que genera daño en el futuro.

Obsta, en cambio, a la idea de responsabilidad la circunstancia de que no supone culpa.

Ahora bien, asumiendo que la dedicación a las tareas del hogar genera en quien lo hace un empobrecimiento en el futuro, porque tendrá una mayor dificultad

ocupacional, y, de otra parte, un enriquecimiento por parte del cónyuge beneficiado con esas tareas, se acerca, en cuanto a su naturaleza, a la restitución por enriquecimiento sin causa. Se discute, sin embargo, si es sin causa. En nuestro concepto, puede estimarse que es incausado. La habría si subsistiere el matrimonio; dejaría de haberla en el evento de ruptura.

En definitiva, se trata de una institución sui generis que presenta sólo cierta cercanía con instituciones conocidas en el derecho civil, como los alimentos o la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa.

## **12. Conclusión**

La compensación económica es una institución nueva, incluso en el derecho comparado. Tiene fisonomía propia y responde a una mirada de género de las relaciones entre los cónyuges. Se instala así como una figura del nuevo paradigma del derecho de familia que se desarrolla, por todas partes, desde hace ya algunas décadas.

Para su procedencia el legislador ha adoptado la técnica de establecer una serie de criterios, otorgando un amplio margen decisorio al tribunal. Con todo, el juez debe resolver ponderando los distintos elementos. Aquí no hay margen a la arbitrariedad.

Precisamente el prestigio de la judicatura se produce cuando en el evento que el legislador le entrega al juez diversos elementos o criterios más o menos abiertos, el juzgador asume su tarea con responsabilidad, resolviendo de manera razonable y proporcional, de tal manera que un espectador imparcial pueda apreciar la justicia de la decisión.

Pero no sólo el juez tiene tareas precisas frente a una figura jurídica nueva y de cierta dificultad en su aplicación. En conjunto, los abogados, los profesores, y la academia tienen una enorme responsabilidad.

De todos ellos depende que la institución sirva al propósito de una mayor autonomía de las mujeres. Y no como un instrumento para restringir el divorcio y de esa manera convertirse en el nuevo instrumento del discurso y política conservadores.