

Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil

Rubén Celis Rodríguez

Profesor Titular

UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

I. De los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público

La Ley N° 19.638, de 14 de octubre de 1999, establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

En su artículo 3° el “Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas”.

En el artículo 8° se les reconoce el derecho a “crear personas jurídicas de conformidad con la legislación vigente”.

Y en el inciso final de la letra c) del artículo 10 se precisa que la entidad religiosa (término que comprende a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, de acuerdo con el artículo 5°) “gozará de personalidad jurídica de derecho público por el solo ministerio de la ley” desde que quede firme la inscripción de la escritura pública en que consten el acta de constitución y sus estatutos, la cual debe efectuarse en el Registro que lleva el Ministerio de Justicia.

En Chile son 250 las entidades religiosas que gozan de personalidad jurídica de derecho público, en virtud del procedimiento que se contempla en el artículo 10 de la Ley N° 19.638. Es del caso considerar, además, a las entidades que, por aplicación del artículo 20 de la misma ley, se les ha reconocido su personalidad de derecho público otorgada en el pasado, como es el caso de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, y la Iglesia Ortodoxa del Patriarcado de Antioquía, con lo cual su número se eleva a 252. Sólo se escapan las comunidades religiosas Adventistas del Séptimo Día y Testigos de Jehová.

En otros países, donde la vinculación entre la iglesia principal y el Estado es de suyo fuerte y vigorosa, se da a los contrayentes la opción de celebrar el matrimonio religioso o civil, con igual valor jurídico. Es el caso, por ejemplo, de Suecia y Dinamarca (Luterana), de Gran Bretaña (Anglicana), de Irlanda (Católica).

Hay otros países en que se ha secularizado el matrimonio como consecuencia de la formal separación entre la Iglesia y el Estado, donde ambas formas de matrimonio son igualmente eficaces. Es el caso de España, Portugal e Italia, cuya religión principal es la Católica, y en América podemos citar a Brasil, Costa Rica, Panamá, Puerto Rico, Perú, Colombia, República Dominicana y Guatemala.

En otros países, el matrimonio religioso no produce ninguna consecuencia jurídica y se considera un sacramento. Podemos citar, entre otros, a Francia, Holanda, Alemania y Austria. Y en América, a Cuba, Uruguay, Argentina, México, Nicaragua, Venezuela y Chile.

Es jurídica y técnicamente un error considerar que entre nosotros la unión religiosa sea un matrimonio que produzca los mismos efectos que el matrimonio civil, desde su inscripción ante un oficial del Registro Civil. (Art. 20, inc. 10 Ley de Matrimonio Civil).

Así lo confirma, de otra parte, el inciso final del citado artículo 20, el cual precisa que los efectos del matrimonio una vez inscrito ante cualquier oficial del Registro Civil, "se registrarán, en todo, por lo prescrito en esta ley y en los demás cuerpos legales que se refieren a la materia". Ergo, antes de dicha inscripción el mal llamado matrimonio religioso no produce ningún efecto, lo que nos lleva a concluir que sería inexistente si vence el plazo fatal de ocho días para cumplir con la indicada formalidad.

No estoy de acuerdo, pues, en calificar de matrimonio a las uniones civiles que se celebran ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público y rechazo, categóricamente, que "producirán los mismos efectos que el matrimonio civil" (art. 20).

Si fuera matrimonio, no sería requisito esencial la comentada inscripción que deben practicar personalmente los contrayentes, los cuales, además, deben "ratificar (ante el oficial del Registro Civil) el consentimiento prestado ante el ministerio de culto de su confesión" dentro del plazo de ocho días, que, a mi juicio, es un término fatal y en el cual se comprenden "aun los días feriados" (arts. 49 y 50 del Código Civil).

Y en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil se prescribe que de no practicarse dicha inscripción en el recordado plazo, "tal matrimonio no produciría efecto civil alguno". Dicho en otras palabras, el mal llamado matrimonio religioso sería inexistente. No sería nulo, porque el acto nulo (salvo los casos de nulidades declaradas por ley) puede convalidarse con el transcurso del tiempo. El acto inexistente es "la nada jurídica".

¿Cuál fue, entonces, el sentido de incorporar el matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público? Creo que quien lo explicó y en breves términos fue el senador Nelson Avila, que calificó al actual artículo 20 como "mala moneda de cambio... para que la Iglesia otorgara su bendición a este proyecto" (sesión 27, de 13 de enero de 2004).

La Iglesia Católica siempre se opuso al divorcio vincular en Chile, con el argumento de que esa forma de disolución del matrimonio acarrearía la desgracia para los cónyuges y haría infelices a los hijos. Como consecuencia de esa impresentable tesis, Chile era el único país del mundo donde todos los cónyuges y los hijos eran felices. En todo el resto del mundo, donde se acepta el divorcio vincular, las mencionadas personas habían perdido definitivamente la felicidad.

La Iglesia Católica olvida que ya están por cumplirse 81 años en que el Estado de Chile se separó de ella y por razones que es prudente que esa entidad religiosa no dé a conocer.

De otra parte, la Iglesia se olvida que las leyes no tienen religión y el derecho menos.

No se percataron en la Iglesia que en la misma sesión 27, el Senado eliminó en el actual artículo 20 el inciso quinto, que precisaba que "realizada la inscripción dentro del plazo señalado en el inciso segundo (ocho días para inscribir el acto del matrimonio religioso ante cualquier oficial del Registro Civil) para todos los efectos legales la fecha del matrimonio será la de su celebración ante la entidad religiosa". Se confirmó así lo que he dicho. En Chile el matrimonio religioso es sólo un sacramento y no produce ningún efecto civil.

II. De la compensación económica

De partida señalemos que la Ley de Matrimonio Civil, su Capítulo VII, lo encabeza con el epígrafe “De las reglas comunes a ciertos casos de reparación, nulidad y divorcio”, y el párrafo 1° lo destina a la compensación económica.

Hay un error, evidentemente, en el titular pretranscrito, porque la compensación económica tiene sólo cabida en los casos de divorcio y de nulidad matrimonial, pero nunca en las separaciones de hecho y judiciales, donde se mantiene el deber de socorro mutuo en razón de continuar casados.

De acuerdo con el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, “si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos y 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 y 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”.

En el artículo 63 se precisa que la compensación económica “y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidas por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”.

En el artículo siguiente se dice que “a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto”.

En este precepto queda en claro que el cónyuge que se considera acreedor de esta prestación tiene tres oportunidades procesales para solicitarla al juez que conoce del divorcio o de la nulidad del matrimonio: en la demanda, en un escrito complementario o en la reconvencción.

Si no solicita la compensación en cualquiera de estas tres oportunidades, a mi modo de ver, precluye su derecho.

El artículo 62 enunció algunos factores que el juez debe considerar para determinar la existencia del menoscabo económico que habría sufrido el cónyuge más débil y para fijar la cuantía de la compensación económica.

El citado precepto dice que deberán considerarse “especialmente 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”.

La disposición pretranscrita me merece los siguientes comentarios. Como el artículo 62 señala algunos factores a los cuales les atribuye una especial relevancia, no excluye otros que el juez, en su prudencia, puede también considerar, lo que, en mi sentir, no parece ser una buena técnica jurídica, ya que puede llevarnos al arbitrio judicial. Circunstancias que para un juez pueden ser irrelevantes para otro pueden ser acreedoras de una especial consideración.

De otra parte, varias de las circunstancias que señala por vía ejemplar el artículo 62, amén de su vaguedad, se fundan en meras hipótesis de los provechos pecuniarios que habría conquistado el cónyuge acreedor de la compensación económica, con lo cual se desconoce el principio básico de que el daño, para ser reparable, debe ser cierto y no el resultante de simples conjeturas.

Como el artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil dice que todas las materias por ella reguladas deben ser resueltas cuidando proteger siempre al cónyuge más débil, esta última calidad va a ser determinante para que el juez acuerde la procedencia de la compensación económica y fije su cuantía.

¿Qué debe entenderse por “cónyuge más débil”? La tarea de precisar esa calidad no hay dudas que le va a corresponder al juez, aunque no es aventurado asegurar que en la mayoría de los casos –por no decir en todos–, el cónyuge más débil será la mujer. A ella, en efecto, le corresponde dedicarse al cuidado de los hijos y a desarrollar, o, a lo menos, supervigilar las labores propias del hogar común (art. 61), razón por la cual la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Adriana Delpiano, en una sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que se celebró el 9 de julio del año 2003, aseguró que “hoy en día el 80% de las mujeres más pobres del país, que tienen hijos, no trabajan por una remuneración”.

La señora Delpiano, en la señalada sesión, acotó que, “aunque la fuerza de trabajo femenina ha ido creciendo en nuestro país, en la actualidad alcanza solamente al 35%, lo que significa que el 65% de las mujeres está dedicado al trabajo doméstico no remunerado. Por otro lado, agregó, en el caso de las mujeres que trabajan, existe una brecha salarial del 68% respecto de los hombres”.

Cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la compensación económica. S.E. el Presidente de la República hizo llegar una indicación a la ya nombrada Comisión del Senado, proponiendo que si a consecuencias del divorcio “alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención”, el tribunal,

entre otras medidas que podrá adoptar en su favor, propone la determinación del "pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio".

En la indicación presidencial se hace presente que el tribunal, para acceder a la solicitud del cónyuge, debe "considerar especialmente" las circunstancias, que son prácticamente todas las que se reproducen en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil.

El senador Espina fue de opinión que el pago que se le hiciera al cónyuge para su modesta subsistencia podía consistir en una suma única de dinero o en una renta periódica, beneficio que debía reputarse "alimentos para todos los efectos legales". Era de opinión, también, que el cónyuge inocente podía demandar indemnización por los perjuicios que le causare el divorcio, de acuerdo a las reglas generales.

La renta periódica, en razón de ser considerada alimentos, cesaba de pagarse si el cónyuge beneficiario contraía nuevo matrimonio o hacía vida marital y, también, si variaban las circunstancias que motivaron su establecimiento.

Hizo presente el senador Espina que esta prestación económica al ser considerada alimentos no estaría afecta a impuesto.

El Ministro de Justicia de la época, señor José Antonio Gómez, para no perpetuar el conflicto familiar que se presenta en los alimentos cuando se solicitan aumentos o rebajas, era de opinión que la compensación debía considerarse una indemnización.

Esta opinión no fue compartida por la Ministra señora Delpiano, porque para la indemnización habría que alegar que el cese de la convivencia es imputable a culpa de uno de los cónyuges y las rupturas "tienen causas subjetivas y es muy difícil determinar culpabilidades".

"Si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trate deben considerarse una compensación por el lucro cesante que le significó no poder trabajar por muchos años".

La señora Ministra sugirió "precisar que no se trataría de una pensión de alimentos, sino de una pensión compensatoria, a favor de aquel cónyuge que ha dedicado parte importante de su vida al cuidado de sus hijos, y que por esta razón se puede ver perjudicado en sus oportunidades económicas futuras".

La Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer de la época, señora Cecilia Pérez, informó que en España y en Francia se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica de la compensación calificándola de "figura híbrida". "Pero, sostuvo, a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarlo a los alimentos, no sólo por la posibilidad de solicitar el arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza".

El ex Ministro de Justicia, señor Luis Bates Hidalgo, frente a las opiniones vertidas sobre este tema, sostuvo que con ellas se "incrementarían las dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta institución. Ello, agregó, porque las consecuencias de llegar a la conclusión de que es indemnización o alimentos, son diferentes. Atendidos los hechos que la originan, podría sostenerse que no es una indemnización de perjuicios, por cuanto esta requiere de un ilícito previo, que en el caso no se produce, y que tampoco sería una pensión alimenticia, aunque los hechos podrían estimarse causa de alimentos".

La profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile señora Paulina Veloso indicó en la Comisión del Senado, donde se debatió este tema, que la compensación es una figura "nueva en el derecho comparado". "Se contempló en la legislación española del año 1981 y en la suiza del año 1999, que tienen similar regulación. La jurisprudencia de esos países ha invocado el enriquecimiento sin causa. La misma razón ha sido aceptada por los tribunales chilenos para acoger los derechos de los convivientes. Ello, porque se estima que la mujer no se pudo incorporar plenamente al mercado laboral y el divorcio le generó un empobrecimiento respecto de las expectativas que tenía de casada. Es un enriquecimiento sin causa, porque uno de los cónyuges se desarrolló económicamente a costa del sacrificio del otro, que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos comunes".

"Respecto del arresto por incumplimiento", recordó la profesora Veloso que "el Pacto de San José de Costa Rica aceptó como excepción a la prohibición de prisión por deudas el caso de los alimentos".

Comparto plenamente la opinión de la profesora Veloso.

El legislador no precisó cuál es la naturaleza jurídica de la compensación económica, pero considerando las causas que justifican su pago, no vaciló en concluir que es una forma de reparación del enriquecimiento que recibe un cónyuge a expensas del sacrificio del otro, sacrificio que además de ser injusto, tiene un innegable contenido pecuniario.

El artículo 66, inciso 2°, de la Ley de Matrimonio Civil señala que si su monto se va a pagar en cuotas, ellos se considerarán *“alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago”*.

Con la comentada asimilación no ha querido la ley decidir que la compensación económica tenga el carácter de alimentos.

La compensación económica tiene un carácter inmutable y los alimentos son esencialmente revisables si cambian las circunstancias, o las necesidades del alimentario o sufre deterioros la fortuna del alimentante.

La comentada asimilación la hizo el legislador para que proceda aplicar al cónyuge incumplidor los apremios previstos en la Ley N°14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, entre los cuales se consulta el arresto.

Esta asimilación no tiene que sorprendernos. Don Andrés Bello recurrió a ella para dar solución jurídica a un caso que, en rigor, no lo habría tenido o por razones de equidad. Ejemplo del primer caso lo encontramos en el ya derogado artículo 1180 del Código Civil. Don Andrés Bello nunca decidió si el cónyuge sobreviviente era heredero o no tenía tal calidad cuando le correspondía recibir, como asignatario, la porción conyugal íntegra o la complementaria. Entonces dijo que *“el cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado heredero”*. No dijo que fuera heredero. Lo prueba el hecho de que en el mismo artículo se precisaba que por lo que percibiera a título de porción conyugal, *“sólo tendría la responsabilidad subsidiaria de los legatarios”*. La anotada asimilación la hizo don Andrés Bello para que el cónyuge, como asignatario de la porción conyugal, pasara a integrar la comunidad hereditaria.

Ejemplo del caso en que se recurre a la equidad lo encontramos en el artículo 1522, inciso 2°, según el cual si son los codeudores solidarios no interesados los que pagan la deuda, *“serán considerados como fiadores”*.

De aplicarse a dichos codeudores la misma regla que juega en el caso de efectuar el pago el codeudor solidario interesado, aquél tendría que cobrarle a cada uno de estos últimos sólo su parte o cuota en la deuda. Como el codeudor solidario no interesado resulta ser decisivo para que el acreedor le preste dinero a los deudores interesados, es de equidad que reciba un trato distinto. Y así lo decide el legislador, ya que al considerarlo como fiador, se aplica el artículo 2372, que le va a permitir al codeudor no interesado demandar a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de la deuda. Y como en este caso se aplica el artículo 2370, el fiador tendría acción de reembolso para cobrar lo

pagado por intereses y gastos y también derecho de demandar indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

La compensación económica, a mi modo de ver, no debe pagársele a la mujer que tuvo patrimonio reservado y renunció a los gananciales. Esa decisión revela que la administración de su patrimonio reservado fue más exitosa que la que tuvo el marido con los bienes de la sociedad conyugal.

Como ante esta renuncia el marido debe asumir el pago de las deudas sociales, y éstas pueden ser de un monto elevado, pasaría el marido a convertirse en el cónyuge más débil.

Considero, también apoyado en razones de equidad, que la compensación hay que compatibilizarla con los gananciales, con el crédito de participación y aun con los bienes que cada cónyuge ha logrado incorporar a su patrimonio en el régimen de separación.

Los senadores señores Bombal, Chadwick, Novoa, Coloma y Larraín consideraron que “no sería prudente acordar una indemnización por el aporte al matrimonio del cónyuge que se ha dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación, que tienen por objeto precisamente compensar sus esfuerzos. Podría sostenerse que habría un enriquecimiento injusto si se consintiera que el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar tenga derecho a la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge y, además, a una compensación económica. La compensación sería justa, en cambio, cuando los cónyuges sean separados de bienes o, en general, cuando la distribución de los gananciales no refleje convenientemente la aportación del cónyuge económicamente más débil. Por eso, lo que se propone es efectuar primero la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, y, de acuerdo al resultado, hacer procedente la compensación económica, o denegarla”.

El senador Espina discrepó de tales apreciaciones “por estimar que son dos materias distintas la liquidación del régimen de bienes que exista entre los cónyuges y el menoscabo económico que sufrió uno de ellos por haberse dedicado al cuidado del hogar. Ese perjuicio se proyectará a futuro, porque no tendría régimen de salud, ni jubilación, y tendría que empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que no conseguiría un trabajo bien remunerado”.

“Destacó que la repartición de los gananciales no es un regalo, sino que el resultado de la liquidación de la sociedad que existió entre los cónyuges; se entrega lo que corresponde a uno de los socios por derecho propio. En cambio, la compensación no persigue equilibrar patrimonios, sino que indemnizar a uno

de los cónyuges por el menor incremento de su propio patrimonio, con vistas sobre todo a su subsistencia futura, en una evaluación que no corresponde a la compensación, porque no se dan los supuestos legales”.

La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señora Cecilia Pérez indicó “que, efectivamente, la compensación procederá en forma independiente a la partición de bienes, porque propende a que, considerando lo que dejó de ganar el cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar, tenga, al producirse la terminación del matrimonio, un punto de partida que equivalga a aquel en que se encontraría de no haber mediado esa dedicación preferente”.

A mi modo de ver, la llamada compensación económica es una renta para el cónyuge que la percibe.

Es un crédito que hace valer sobre el cónyuge que tuvo la posibilidad de lograr un mayor éxito económico.

Coincide con la definición que da de la voz renta el Decreto Ley N° 824, de 31 de diciembre de 1974, sobre Impuesto a la Renta, que dice que se entenderá por tal “los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinde una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, *cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación*”.

Esta renta está gravada con impuesto de primera categoría, ya que el número 5° del artículo 20 del D. L. N° 824 dice que dicho tributo se “determinará, recaudará y pagará sobre *todas las rentas, cualquiera que fuere su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas*”.

La renta en comentario tributará, además, en el Global Complementario. Considerando que el impuesto de Primera Categoría puede ser imputado al Global Complementario, el tributo que gravaría a la compensación económica podría llegar al 40%.

Es del caso tener presente que la compensación económica, cuando se pague en dinero, va a representar una cantidad que le permita al cónyuge acreedor continuar su vida en las mismas condiciones que, según su posición social, mantenía en su matrimonio.

Cuando se dictó la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que creo el régimen de participación en los gananciales, y que, salvo un par de excepciones, entró en vigencia el 24 de diciembre del mismo año, comentamos que el

crédito de participación en los gananciales era renta y debía tributar en Primera Categoría y en el Global Complementario.

Dicho crédito debía pagarlo el cónyuge que había logrado un mayor éxito económico por las mismas razones que sirven de causa al pago de la compensación económica.

El Presidente de la República de la época, que era don Eduardo Frei Ruiz Tagle, haciendo uso de la exclusiva facultad que le acuerda el numeral 1° del artículo 62 de la Constitución Política de la República, envió un Mensaje al Congreso para declarar que el crédito de participación en los gananciales no constituía renta.

El 17 de noviembre del mismo año se publicó la Ley N° 19.347, cuyo artículo 1°, N° 1° agregó como número 30 al artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que contiene la enumeración de los ingresos que no constituyen renta, el siguiente texto: "30. La parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios, perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios, como consecuencia del término del régimen patrimonial de participación en los gananciales".

En el artículo 2° la misma ley dispuso que entraría en vigencia junto con la Ley N° 19.335, que estableció el citado régimen patrimonial.

Como en mi concepto tanto el crédito de participación en los gananciales como la compensación económica comparten la misma causa, la rápida precisión que hizo la Ley N° 19.347 confirma mi opinión de que este último ingreso es renta y debe tributar según ya se explicó.

El Señor Director del Servicio de Impuestos Internos, en ejercicio de la facultad que le acuerda la letra b) del artículo 7° de su Ley Orgánica (DFL N° 7, de 15 de octubre de 1980) en sendos oficios números 4.605 y 4.606, ambos del 18 de noviembre del año 2005, llega a la conclusión de que la compensación económica no es renta, sino que "tiene la calidad de daño moral", razón por la cual la favorece la exención del impuesto que grava ese ingreso, conforme lo dispone el numeral I del artículo 17 del Decreto Ley N° 824, de 31 de diciembre de 1974.

No comparto ninguno de los argumentos que apoyan esta interpretación. De partida la compensación económica no tiene nada que ver con este modo de extinguir las obligaciones que el Código Civil llama compensación (artículos 1655 a 1664), toda vez que los cónyuges que se divorcian o que anulan su matrimonio no son recíprocamente deudores. No participo en absoluto de la

conclusión de que la compensación económica “no importa un incremento patrimonial”, ya que constituye “una mera expectativa, por lo que no se estima que sea devengada y, menos aún, percibida”. Cómo va a ser una mera expectativa si el artículo 61 de la Ley N° 19.947 dice que el cónyuge que se halla en la situación descrita en dicho precepto “tendrá derecho” y luego el artículo 64, en su inciso 2°, precisa que “si no se solicitare en la demanda (la compensación económica) el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho”.

El Señor Director incurre reiteradamente en el error de afirmar que uno de los cónyuges “sufrir un menoscabo económico como consecuencia del divorcio o declaración de nulidad del matrimonio”.

La filosofía, el principio valórico, el objetivo que sirve de fundamento a la compensación económica aparece con meridiana claridad en la Ley N° 19.947, particularmente en los artículos 61 y 62 inciso 1° de ella.

¿Puede concluirse, racionalmente, que el cónyuge que se dedica al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común sacrificando para ello sus expectativas económicas, que en muchos casos serán hipotéticos o eventuales, cree que está sufriendo un daño moral?

Bástenos, para dar una acertada e indiscutible respuesta, que esa actividad, regularmente, es desempeñada por la mujer.

El Señor Director tiene otra opinión. Dice que con “la compensación analizada es claro que se pretenda compensar el sufrimiento o daño ocasionado en la esfera de los efectos o sentimientos del cónyuge que ha debido renunciar o postergar un proyecto personal de desarrollo profesional o laboral, daño que se manifiesta con ocasión del divorcio o nulidad de matrimonio.

El artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, repitiendo lo que dice el numeral 1 del precepto anterior, dispone que si el cónyuge no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación... el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuera necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable”.

Este inciso 1° del artículo 66 me merece los siguientes comentarios: 1° Si el deudor no tiene bienes, entonces estamos ante un cónyuge débil y no se explica por qué va a tener que pagar la compensación; 2° ¿En cuántas cuotas dividirá el Juez el pago de la compensación?; “En cuantas cuotas fueren necesarias”, dice la ley. Entonces éstas podrían ser eternas. Para el pago del crédito de par-

ticipación en los gananciales el juez puede conceder plazo sólo hasta un año, el cual concederá siempre que se den seguridades que el cónyuge acreedor quedará indemne; y 3° Habría sido recomendable que se fijara en qué unidad reajutable se van a expresar las cuotas, porque al entregar al arbitrio del juez esta determinación, los cónyuges deudores pueden ser tratados de distinta manera.

Un juez a un deudor le puede expresar sus cuotas en UF y a otro en UTM. En el régimen de participación en los gananciales el crédito debe expresarse en unidades tributarias mensuales.

Pensamos que también es conveniente precisar si la compensación económica es o no una deuda hereditaria.

Interesa tener claridad sobre este punto, porque si lo fuera, que es lo que yo creo, la parte de la compensación que el cónyuge deudor no pagó en vida se transmitiría a los herederos y habría que deducirla del acervo ilíquido como baja general.

Este saldo insoluto es una deuda del causante, la cual, como todas las demás, no se extingue por la muerte.

Tengamos presente que entre las modalidades de pago que acepta la ley está la constitución de usufructo, uso o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor, derechos que no son transmisibles y se extinguen con su muerte.

III.

El artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil, en su inciso 3°, dice que en la sentencia “el juez, además, *liquidará el régimen matrimonial* que hubiese existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado”.

En el artículo 8° se introducen algunas modificaciones en el Código Orgánico de Tribunales y una de ellas dice que se agrega al artículo 227 el siguiente inciso final: “Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre *la separación judicial, la declaración de nulidad o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de separación judicial* que hubo entre los cónyuges”.

El artículo 32, por su parte, dice que una vez que la sentencia que declare la separación judicial se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matri-

monial, *los cónyuges adquirirán la calidad de separados*" y termina el inciso 2° precisando que esa calidad "*no los habilita para contraer matrimonio*".

Y el artículo 34 dice que por "la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges.

Ha quedado en claro que el juez que declaró la separación judicial, el divorcio o la nulidad del matrimonio, puede, a solicitud de los cónyuges, convertirse en árbitro y liquidar la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, lo cual contraría la prohibición contenida en el artículo 317 del Código Orgánico de Tribunales y reiterada en el artículo 318, que no habilita a los jueces de letras "*aceptar compromisos*" y el artículo 227 del mismo Código, en su N° 1, que dice que "*la liquidación de una sociedad conyugal*" debe resolverse por árbitro.

De otra parte, el artículo 1323 del Código Civil dice que "*sólo pueden ser partidores los abogados habilitados para ejercer la profesión*" y el artículo 316 del Código Orgánico de Tribunales dispone que "*Es prohibido a los jueces ejercer la abogacía*". Los jueces, además, no están habilitados para ejercer la profesión, porque no se encuentran obligados a pagar la patente municipal que les impone el D.L. N° 3637, de 10 de marzo de 1981.

De ahí que don Fernando Alessandri R. haya sostenido, categóricamente, que la partición es "*materia de arbitraje forzoso; su conocimiento jamás puede llevarse a los tribunales de justicia*". (*Partición de Bienes*, Edit. Lexis Nexis-Chile, 2002, pág. 5).

En el mismo sentido opinan don Manuel Somarriva U. (*Indivisión y Partición*, Edit. Jurídica de Chile, 1987, pág. 274) y don Patricio Aylwin A. (*El Juicio Arbitral*, Santiago, 1953, página 172, número 105).

Y lo que a mi modo de ver resulta más grave es que vulnera el artículo 73 de la Constitución Política de la República de Chile, que proclamó que "*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*". En otras palabras, el juez está llamado a resolver una contienda, un conflicto jurídico, calidad que no tiene la liquidación de un régimen patrimonial del matrimonio.

Para el profesor Somarriva la liquidación de la sociedad conyugal "*consiste en el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales y, en caso afirmativo, partarlos por mitades entre los cónyuges,*

reintegrar las recompensas que la sociedad adeuda a los cónyuges o que estos adeudan a la sociedad, y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal. (*Derecho de Familia*, Adiar Editores Ltda., T. I., 1983, pág. 306).

Y lo que es particularmente grave es que como el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley, la Excma. Corte Suprema no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia (Art. 83, inc. final, Constitución Política de la República de Chile).

Es un error del artículo 32 crear un estado civil nuevo, que sería el de “*separados*”, toda vez que los cónyuges separados judicialmente conservan la calidad de “*casados*” y nadie puede tener más de un estado civil que provenga de una misma situación jurídica. Este error vuelve a repetirse, y con mayor claridad, en el artículo 6° transitorio.

En el mismo artículo 32 resulta innecesario decir que los separados judicialmente no están habilitados para contraer matrimonio y que mantienen su condición de casados.

Y si, como dice el artículo 34, la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales terminan, cabe preguntarse bajo qué régimen patrimonial continúa el matrimonio. No podría ser el de separación de bienes, porque no lo presume la ley: hay que elegirlo. Como no se dice nada sobre esta materia, Chile sería el único país del mundo en que el matrimonio no estaría regido por un estatuto patrimonial, conclusión, que para ser suave, habría que calificarla de impresentable.