

Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, ha suscitado una serie de problemas interpretativos que deberán dilucidar los Tribunales de Justicia a través de su jurisprudencia. En un trabajo anterior sobre este tema,¹ señalábamos que dicha normativa se inspira en diez principios básicos: i) de trascendencia social; ii) de trascendencia individual; iii) de protección; iv) de preservación de la vida común; v) de continuidad en el ejercicio de los derechos y deberes que nacen de la filiación; vi) de solución integral; vii) de concentración; viii) de control de los acuerdos adoptados por los cónyuges; ix) de acuerdos completos y eficientes; y x) de degradación paulatina de la relación matrimonial. Desde esta perspectiva, se visualiza claramente una cierta propensión del legislador por conservar el vínculo matrimonial y preservarlo de las crisis que puedan producirse con el correr del tiempo, haciendo realidad la aspiración del “matrimonio para toda la vida”. Asimismo, en el evento de una ruptura, lo que se persigue es resolver, en las instancias judiciales pertinentes, todos los aspectos que envuelve la suspensión o disolución del vínculo, en el entendido de que, en cuanto menos focos de conflictos y tensiones subsistan, mejor será la calidad de vida de quienes se hallen envueltos en esta situación. En alguna medida, los principios enunciados contribuyen a dilucidar y solucionar los problemas que acarrea este nuevo estatuto. El llamado “principio de protección”, en virtud del cual las materias reguladas en la Ley de Matrimonio Civil deben ser resueltas **“cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”**, constituye un mandato excepcional que jerarquiza los intereses en juego, haciendo prevalecer, en caso de conflicto, el interés superior de los hijos y del cónyuges desfavorecido (“más débil”) en la relación matrimonial. A nuestro juicio, ello implica la intención explícita del legislador de que el matrimonio sea siempre una fuente de igualdad y equilibrio entre marido y mujer y nunca un medio que aprovechamiento o ventajas para ninguno de los involucrados. Asimismo, el “interés superior de los hijos” se privilegia porque comprende, como es obvio, el interés de ambos cónyuges en igual medida.

¹ “Ley de Matrimonio Civil”. Pablo Rodríguez Grez. Curso de Actualización Jurídica. “Nuevas tendencias en el derecho civil”. Páginas 9 a 59. Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Año 2004.

Es curioso constatar que según muchos comentaristas la Ley de Matrimonio Civil (LMC) no ha enmendado la definición del artículo 102 del Código Civil. No parece consecuente afirmar que se trata de un contrato "indisoluble", en circunstancias de que se ha introducido el divorcio con disolución del vínculo, incluso por voluntad unilateral de uno de los cónyuges. Sin embargo, nosotros no somos partidarios de introducir una modificación en este sentido. Lo anterior porque el ideal del legislador, sin la menor duda, es que efectivamente el matrimonio perdure durante toda la vida de los contrayentes. De aquí que se haya establecido, como se advirtió, una degradación progresiva del vínculo (exigiendo una infracción grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o la separación de cuerpos por un cierto lapso de tiempo). Por otra parte, el divorcio es una institución de excepción, que sólo puede operar por voluntad de una o ambas partes, cuando concurren condiciones específicas (tales como un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas entre los cónyuges y con respecto a sus hijos). Finalmente, es frecuente en nuestra legislación que un contrato que se celebra por un plazo determinado o por toda la vida de los contratantes cese con antelación, si concurre una causal legal. Así, por ejemplo, el artículo 2065 del Código Civil, según el cual el contrato de sociedad puede celebrarse sin expresar un plazo o condición para que tenga fin, caso en el cual "se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia". Lo propio puede decirse de lo previsto en el artículo 770 del Código Civil en lo que concierne al derecho de usufructo. Por consiguiente, no es necesario enmendar la redacción del artículo 102 del Código Civil, ello no tiene efecto práctico alguno.

No es efectivo, como más de alguien ha señalado, que se haya introducido en el matrimonio el llamado mutuo disenso, resciliación o anulación convencional de que trata el artículo 1567 inciso 1° del Código Civil. El divorcio de común acuerdo es la mejor forma de encarar una situación de ruptura irremediable, cumpliéndose las exigencias y requisitos legales, todos los cuales tienden a evitar daños al núcleo familiar y reordenar las relaciones entre quienes fundaron una familia y cohabitaron durante un determinado lapso. El matrimonio no es un mero contrato, es una **institución**. Si se define en el Código Civil como un contrato solemne, éste no puede asimilarse a los contratos patrimoniales, a lo más a una convención de familia y, en este último caso, sus caracteres le imprimen rasgos peculiares y específicos. El divorcio de común acuerdo, por ende, no constituye una resciliación ni se funda en el ejercicio de la autonomía privada.

I. La familia: reconocimiento y composición

Como cuestión primordial debemos comenzar por señalar que la característica más importante de esta institución –el matrimonio– reside en el hecho de que todas las disposiciones que lo regulan son de “orden público”. Ello implica reconocer que en la constitución, funcionamiento, suspensión y disolución del vínculo matrimonial está comprometido el interés general de la sociedad y no sólo el de los contrayentes y su descendencia. Por lo mismo, todas las normas que integran la Ley de Matrimonio Civil son irrenunciables e inmodificables por voluntad de las partes. Por lo mismo, debe destacarse que prima en él el interés común y no el interés individual.

Lo que advertimos en lo precedente tiene un fundamento constitucional, vale decir, de la máxima jerarquía jurídica. En efecto, el matrimonio es la forma ordinaria y normal de fundar una familia. Existe, por ende, una relación directa entre *matrimonio* y *familia*. Basta para ello invocar lo que sobre el particular establece el artículo 102 del Código Civil. Los objetivos del matrimonio son regularmente tres: **convivencia, procreación y auxilio recíproco**. Ahora bien, la Carta Política establece, en su artículo 1° inciso 2°, que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Se trata, en consecuencia, de un cuerpo social intermedio primordial, amparado por el inciso siguiente de la misma norma: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos”. La normativa constitucional agrega, finalmente, en el inciso 5° del mismo artículo 1°, que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Conforme lo señalado, no cabe duda alguna que la familia “matrimonial” (formada en virtud del vínculo conyugal reglamentado en la ley) está reconocida, amparada y protegida por mandato constitucional. No podría sostenerse otra cosa en presencia de la imposición de un “deber” al Estado, que consiste, precisamente, no sólo en proteger a la familia, sino en fortalecerla, lo cual implica, en medida nada despreciable, reforzar su estabilidad y consolidación. Lo anterior no puede lograrse sino admitiendo que es el matrimonio la institución que más aporta al propósito del constituyente.

La primera cuestión que se presenta, entonces, es resolver si este reconocimiento, amparo y protección se extiende a todos quienes, no estando unidos por matrimonio, forman de hecho el núcleo familiar. En otras palabras, si los convivientes, unidos al margen del vínculo matrimonial, pueden reclamar para

ellos los derechos que consagra la ley en favor de los cónyuges. No es difícil concluir que el matrimonio no es condición de existencia de la familia y que ella, por mandato legal, puede existir al margen del matrimonio. La cuestión, insistimos, es otra. Lo que debe resolverse es si los convivientes son titulares de los derechos que, como se explicará enseguida, se confieren a quienes están unidos por matrimonio, y si pueden invocar en su beneficio las garantías que la Constitución asegura a la familia. Más aún, debemos dilucidar si los convivientes forman parte de la familia legalmente reconocida como núcleo fundamental de la sociedad.

Para definir el alcance que debe darse jurídicamente a la familia y determinar las personas que la integran, se cita, muy a menudo, el artículo 815 inciso 2° del Código Civil, que define las "necesidades personales del usuario o del habitador". Esta norma declara expresamente que en ellas "se comprenden las de su familia", declarando que ésta, a su vez, "comprenderá al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución". Agregan los incisos siguientes que se comprende en ella (la familia) "el número de sirvientes necesarios" y "las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deban alimentos". Creemos nosotros que no es éste el concepto jurídico de familia y que la intención y espíritu de esta norma no busca tampoco definirla. Lo que este artículo intenta es precisar qué personas están habilitadas para gozar de un derecho real (uso y habitación) de titulares restringidos. De allí que se extienda el concepto de familia a personas que evidentemente no la integran, como las que viven a costa del titular del derecho, o aquellos a los cuales se debe alimentos e, incluso, a los "sirvientes" (trabajadores domésticos) necesarios para la familia. Por lo tanto, excluimos de plano la posibilidad de que hallemos en el artículo 815 del Código Civil un concepto de familia o la determinación de quienes la componen.

La otra disposición que permitiría determinar los componentes de la familia es el artículo 983 del Código Civil, que alude a las personas llamadas a la sucesión intestada del difunto. No puede perderse de vista que el legislador, ante un causante que muere sin haber dispuesto de sus bienes para después de sus días (testamento), entra a presumir a quiénes habría favorecido con su herencia y, a este respecto, alude a "los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, (y) el adoptado, en su caso...". Por consiguiente, la familia excluiría a quienes conviven de hecho, esto es, al margen del derecho o sin que se hallen unidas por vínculo matrimonial. La invocación que hacemos a esta norma se ve fortalecida por el elemento "sistemático" de interpretación formal contemplado en el artículo 22 del Código Civil. Para

ilustrar los pasajes oscuros de la ley puede recurrirse al contexto de la misma, de manera que haya entre cada una de sus partes la debida correspondencia y armonía. Más aún, los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. Es evidente que el legislador partió de la base que las personas que están más próximas afectiva y espiritualmente al causante, son aquellas que forman parte de su familia. Por lo mismo, llamó a estas personas para que lo sucedieran (fueran los continuadores de su personalidad), en ausencia de su voluntad expresa. De aquí que la enumeración contemplada en el artículo 983 del Código Civil da cuenta circunstanciada de las personas que integran el núcleo familiar. De lo anterior se sigue que la familia está formada por "parientes" (salvo tratándose de los cónyuges que, como se sabe, se discute sobre si son o no parientes). En este sentido cobra fuerza lo que estatuye el artículo 42 del Código Civil, según el cual: "En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número, serán oídos los afines". Las dos disposiciones invocadas (artículos 983 y 42 del Código Civil) nos parecen perfectamente coherentes y armónicas.

Por estas razones nosotros propiciamos esta segunda interpretación. La regla general, en consecuencia, consiste en que el reconocimiento, protección y amparo que dispensa la Constitución a la familia están referidos a las personas que, conforme a la ley, la componen, y no se extiende a quienes están ligados de hecho y no de derecho. Aclaremos que la cuestión práctica incide sobre los derechos que se reconocen a quienes componen la familia y, eventualmente, a quienes están llamados a recibir los beneficios que la ley acuerda a ella.

Existen, a nuestro juicio, tres instituciones que nacen de la circunstancia de integrar una familia y que, por lo tanto, nos permiten incluir o excluir a ciertas personas. Nos referimos al derecho de **alimentos**, a los derechos **sucesorios** y el llamado al ejercicio de una **tutela o curaduría**. Ninguno de estos derechos, que emanan del solo hecho de integrar un núcleo familiar, corresponde a los convivientes (uniones de hecho). Desde luego, **no se deben recíprocamente alimentos** (derecho asistencial fundado, en la mayor parte de los casos, en la relación de familia, conforme lo previenen los cuatro primeros números del artículo 321 del Código Civil); **tampoco son llamados a la sucesión del conviviente premuerto** (según lo examinado en el artículo 983 del Código Civil), **ni a la curaduría de su pareja**. Fuerza, entonces, reconocer que, jurídicamente, los convivientes no forman parte de la familia ni se hallan ligados entre sí por un vínculo de esta naturaleza.

Lo que señalamos no se opone a diversos beneficios que leyes especiales les acuerden (a los convivientes), y que hacen excepción a los principios generales a que aludimos. Lo propio podría sostenerse respecto de otras consecuencias jurídicas que pueden eventualmente seguirse de una relación de hecho (comunidad de bienes cuando ha habido trabajo compartido y adquisición subsecuente de bienes, acciones de reconocimiento de filiación, normas sobre violencia intrafamiliar, etcétera).

Si bien sociológicamente puede estimarse que la familia es un núcleo de personas, integrado no sólo por los parientes, sino por todos quienes comparten un vínculo afectivo y hacen una vida en cierto sentido común, ello no corresponde a lo que debe entenderse por "familia" desde una perspectiva jurídica. Quienes en derecho integran una familia se caracterizan porque tienen facultades y deberes consagrados en la ley, y ello no ocurre cuando dos personas están unidas sólo por lazos afectivos, al margen de la ley. Lo anterior debería ser un incentivo para que toda pareja "legalice" sus relaciones si aspira al reconocimiento, protección y amparo que el sistema legal dispensa a quienes constituyen una familia de derecho.

Aceptar que la familia está integrada por quienes conviven de hecho implica, paralelamente, aceptar, de la misma manera, la constitución de una familia tratándose de la unión de parejas homosexuales. Ni en uno ni en otro caso, puede sostenerse que la simple unión de hecho incorpore a la persona a la familia reconocida en la Constitución y la ley.

Conviene insistir en la cuestión que abordamos en este trabajo. Lo que debemos definir es si la persona que "convive de hecho", al margen de la institución matrimonial, forma parte de la familia para el efecto del goce de los derechos civiles que se derivan de esta relación y es titular del reconocimiento, protección y amparo que brindan la Carta Política y la ley a este núcleo fundamental.

Gonzalo Figueroa Yáñez, en su obra sobre este tema,² se plantea el problema de definir si la Constitución de 1980, al referirse a la familia, alude sólo a la *familia legítima* o si bien ella comprende, además, la *familia ilegítima*, vale decir, aquella que no procede del matrimonio. El autor citado se pronuncia abiertamente sobre que toda alusión a la familia debe entenderse en sentido amplio, esto es, comprensivo de aquella que se forma en virtud del matrimonio o de la mera convivencia entre personas de distinto sexo. Para llegar a esta conclusión, ofrece las siguientes razones, que pasamos a comentar:

² Gonzalo Figueroa Yáñez. *Persona, Pareja y Familia*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995.

a. La palabra "familia", al no estar definida en la ley, debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, según el uso de las mismas palabras (artículo 20 del Código Civil). Dice Figueroa a esta respecto: "En efecto, al utilizar el constituyente la palabra 'familia' el día en que sometió a plebiscito el texto constitucional, y al votarlo afirmativamente la ciudadanía, uno y otra no pudieron entender por 'familia' sino lo que se entendía entonces por tal, esto es, dieron a dicha palabra su sentido natural y obvio, según el uso general que tenía esa palabra en Chile en 1980".³

Nosotros discrepamos de este argumento. Para ello tenemos presente que: i) si bien es cierto que se trata de una expresión huidiza, no definida en términos formales en la ley, no es menos cierto que ella tiene una connotación jurídica cierta, como queda de manifiesto al tratar del matrimonio, la filiación, el derecho de alimentos, los deberes entre los cónyuges y para con los hijos comunes, etcétera; ii) lo que interesa es precisar, a la luz de las diversas disposiciones que configuran el estatuto jurídico de la familia, quiénes la componen y si los convivientes forman parte de ella; iii) de acuerdo a lo manifestado en lo precedente, el artículo 815 del Código Civil no da respuesta, puesto que se trata de determinar qué personas son llamadas al goce de un derecho real de uso y habitación, y iv) finalmente, creemos que es posible deducir de la ley qué personas componen la familia desde una perspectiva jurídica, lo que fundamos en el artículo 983 del Código Civil antes comentado a propósito de los llamados a la sucesión intestada del causante.

b. Sostiene Figueroa Yáñez, acudiendo a un adagio jurídico, que si la Constitución no distingue entre familia *legítima* y familia *ilegítima*, no es dable al intérprete distinguir.

Creemos que este argumento no prueba nada, porque: i) lo que el intérprete busca es precisar –como se dijo– quiénes forman parte de la familia, cualquiera que sea su condición o calidad, cuestión que no está resuelta en la Constitución; ii) no nos cabe duda que la familia se funda en un lazo natural (parentesco) que, al decir de algunos, sólo excluye al cónyuge, pero que lo integra en virtud de otro vínculo especial (matrimonio), y iii) no parece posible excluir la existencia de familias matrimoniales y de familias no matrimoniales, si atendemos a las muchas diferencias que de ello se siguen respecto del hombre y la mujer, del régimen de bienes durante la vida común, de los hijos, de los derechos sucesorios, etcétera.

³ Gonzalo Figueroa Yáñez. Obra citada. Pág. 71.

c. Se afirma que es perfectamente lícita la convivencia al margen del matrimonio e igualmente lícita la procreación. Más aún, se cita el artículo 18 de la Ley N° 14.908 sobre "Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias", que dice: *"Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quienes vivieron en concubinato con el padre, madre, o cónyuge del alimentante, y los que sin derecho para ello, dificulten o imposibiliten el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación"*. En otros términos, ello implicaría un reconocimiento legislativo de que el conviviente está integrado a la "familia".

Tampoco adherimos a este argumento por cuanto: i) la licitud de una conducta (convivencia) y de sus consecuencias (procreación) no implica que con ello se vaya a formar una familia jurídicamente reconocida e integrada por los convivientes; ii) la circunstancia de convivir no confiere derechos a ninguno de los participantes de esta unión, salvo que exista, por ejemplo, trabajo compartido y adquisición de bienes en común (cuasicontrato de comunidad); iii) los derechos y obligaciones que pueden generarse no emanan de la convivencia, sino de la procreación, y esta última no requiere ni está condicionada por la convivencia de los padres; iv) no cabe duda que el hijo común formará parte de la familia del padre y de la familia de la madre, pero no por ello incorporará a una misma familia a quienes conviven; v) la licitud de la convivencia y de la procreación no tienen otras consecuencias que aquellas previstas en la ley, y en parte alguna se ha estatuido la constitución de una nueva familia por el solo hecho de no contravenir la ley; y vi) por último, no está de más agregar que no siempre la convivencia puede calificarse de lícita, ya que si se trata de personas ligadas por vínculo matrimonial no disuelto, puede la convivencia no ser constitutiva de delito (como ocurría en el pasado), pero tampoco es dable calificarla de lícita, pudiendo ello dar lugar a una demanda de perjuicios con ocasión, por ejemplo, del divorcio.

d. Afirma Gonzalo Figueroa Yáñez que el estatuto legal de la familia no matrimonial estaría disperso en diversas normas (Constitución, Código Penal, Código Civil, leyes especiales) y que ha sido reconocido por la jurisprudencia.

A nuestro juicio, esta afirmación no es efectiva, ya que: i) la existencia de normas dispersas revela algo diverso de lo que se trata de probar, porque dichas disposiciones son especiales y no pueden interpretarse extensivamente o, bien, no son más que la aplicación de normas generales referidas a situaciones anexas a la convivencia (por ejemplo, existencia de una comunidad de bienes como consecuencia de un trabajo común); ii) la jurisprudencia, atendido el vacío legal, por la vía de integrar una "laguna legal", ha reconocido ciertos efectos de la convivencia, pero no como tales, sino en virtud de la concurrencia de elementos propios que no suponen la existencia de aquella (reconocimiento de paternidad o maternidad, sociedades de hecho, etcétera); y iii) la sola

circunstancia de que no exista un estatuto jurídico pleno revela que el legislador no ha dado a la convivencia un rango legal propio y, por lo mismo, un reconocimiento cabal.

e. Advierte el autor citado que la convivencia representa “una situación de hecho que se está haciendo cada vez más frecuente en nuestro país”, lo cual hace “urgente legislar sobre la propiedad y el destino de los bienes adquiridos por los convivientes en común, durante el tiempo de dicha convivencia”.

Este argumento cae por sí solo, puesto que: i) las situaciones de hecho, llamadas a transformarse en situaciones de derecho, sólo pueden estar reconocidas expresamente en la ley (prescripción y caducidad), pero no pueden alcanzar un reconocimiento jurídico por sí solas; ii) el hecho de urgir al legislador a regular uno de los efectos de la convivencia es la mejor demostración de que ella está ausente de reconocimiento jurídico; y iii) aun en el supuesto de que se regularan los efectos patrimoniales de la convivencia (lo cual no existe), ello no implicaría admitir que los convivientes se han integrado a una misma familia.

f. Se pone énfasis en el derecho de la pareja a tener descendencia, lo cual nadie podría desconocer o negar.

Sobre este particular cabe observar que: i) el derecho a tener descendencia o procrear no conduce necesariamente al reconocimiento de que sea la convivencia factor constitutivo de una familia; ii) este derecho fundamental no puede excusar cualquier forma de procrear (un violador procrea, pero comete delito); y iii) la descendencia no es un factor esencial en la constitución de una familia, malamente puede sostenerse, entonces, que por la sola circunstancia de tener derecho a procrear se legitima la unión de una pareja.

g. Finalmente, se afirma que es posible homologar los deberes y derechos al interior de la convivencia con los deberes y derechos entre los cónyuges.

El argumento indicado constituye un esfuerzo vano si se trata de alcanzar una identidad o semejanza que no existe, ya que: i) no es efectivo que exista un deber jurídico de fidelidad al interior de la convivencia; ii) los convivientes son absolutamente libres para suspender la vida en común o contraer otros compromisos ocasionales o permanentes, nada de lo cual es concebible en el matrimonio; iii) no existe, tampoco, deber de socorro entre quienes conviven y todo auxilio entre ellos es de carácter estrictamente voluntario y no obligatorio, como ocurre entre cónyuges; iv) los convivientes no están jurídicamente obligados a ayudarse mutuamente ni brindarse protección, lo que es básico en la unión matrimonial; y v) finalmente, la obligación de convivencia es propia de marido y mujer, pero absolutamente ajena a las personas ligadas por una

relación de hecho. En este contexto, puede sostenerse que existe un abismo entre matrimonio y convivencia, siendo de destacar que el primero (matrimonio) incorpora a los cónyuges a la familia, y la segunda (convivencia) mantiene al margen a los que cohabitan de hecho.

De lo manifestado puede deducirse que no existe razón alguna que permita sostener que la convivencia es fuente de la familia jurídicamente reconocida en nuestro sistema legal. La convivencia es una relación de hecho que liga a quienes la practican dentro de los límites del mundo fáctico, pero no en los límites del mundo del derecho.

A nuestro juicio, por ende, la familia reconocida en la Constitución y la ley, es aquella integrada por las personas indicadas en el artículo 983 del Código Civil (descendientes, ascendientes, colaterales, adoptado y cónyuge). En verdad se trata de personas ligadas por vínculo parentesco y, para quienes rechazan este tipo de relación entre los cónyuges, por vínculo matrimonial. La familia no es un núcleo incierto, que se configura al margen de la ley o cuyos integrantes no se hallan debidamente individualizados. La indefinición jurídica de la familia debilita esta institución fundamental al extenderla más allá del mandato legal. Sin embargo, como ya se destacó suficientemente, lo que señalamos no significa, bajo ninguna hipótesis, desconocer que ambos convivientes constituyen una familia distinta, integrada por quienes hemos indicado y no otros, la cual no puede hacerse extensiva a la persona de los convivientes. Esta cuestión, tan importante en nuestro régimen jurídico, debería ser esclarecida por el legislador. Sin embargo, ello es improbable, toda vez que su definición implica un cierto compromiso ideológico, lo cual, como es ya habitual, se elude por consideraciones de orden político. Baste, a este respecto, recordar cuánto tiempo demoró Chile en aprobar una ley sobre el divorcio con disolución del vínculo, a costa de una farsa que se prolongó largo tiempo y que condujo a abusos intolerables. Lo que se menciona da la pauta de lo que ocurre con el concepto jurídico de familia.

Para evitar malos entendidos, insistimos, aun cuando parezca majadero, que nuestros comentarios apuntan en el sentido de establecer un "concepto jurídico de la familia" para derivar de él la caracterización de los derechos que nacen de esta institución. No implica este análisis un reproche de ningún orden, sino la constatación de una realidad que está reconocida y que, a juicio nuestro, no es fuente de derechos y obligaciones civiles, al no hallarse legitimada en la ley, como queda de manifiesto en las páginas anteriores.

II. Pacto de convivencia

Se nos plantea, a propósito de los comentarios anteriores, el problema de precisar qué sucede en el evento de que dos personas de diverso sexo celebren un "pacto de convivencia", especificando los deberes de fidelidad, socorro, ayuda mutua, protección y cohabitación, y regulando la participación en la propiedad de los bienes adquiridos durante la vida en común. En otros términos, qué alcance debe darse a un convenio sustitutivo del matrimonio, que apunta a los mismos fines. Una situación semejante, aun cuando no idéntica, se presentó cuando el entonces diputado radical Juan Agustín Palazuelos, en 1871, en un acto de rebeldía anticlerical, decidió casarse con su prima Clorinda Maturana, apersonándose, rodeado de sus partidarios, en una notaría de Santiago, y estipulando por escritura pública un contrato civil de matrimonio. Recordemos que el Código Civil entregaba a la Iglesia Católica la regulación del matrimonio, la cual aplicaba al respecto el derecho canónico. Este incidente histórico agudizó la "lucha teológica", que culmina en 1884 durante el Gobierno de don Domingo Santa María con la dictación de la Ley de Matrimonio Civil y Cementerios Laicos.

Pero volvamos al análisis del valor jurídico de este "convenio de convivencia". Prima facie, podría sostenerse que no existe prohibición alguna en la ley y que, por tanto, no estando prohibido, dicho pacto está permitido. Por otra parte, desde una perspectiva social, es preferible una regulación contractual de esta situación, antes que dejarla entregada al libre arbitrio de los participantes.

La cuestión, no obstante, no es simple. ¿Puede una persona válidamente comprometer su fidelidad al margen del contrato de matrimonio? ¿Puede obligarse a socorrer y ayudar a otra persona en todas las circunstancias de la vida a cambio de reciprocidad? ¿Pueden obligarse jurídicamente a cohabitar sin haber contraído matrimonio? Creemos que todas estas estipulaciones son **absolutamente nulas** por adolecer de causa y objeto ilícito. En efecto, en el campo contractual no pueden enajenarse, delimitarse, intercambiarse ni negociarse los derechos de la personalidad, representativos de atributos inherentes al ser humano. Sólo la ley puede imponer el deber de fidelidad o de cohabitación, porque ambos constituyen una restricción de la libertad en un aspecto esencial. Asumir la obligación de socorrer, ayudar o proteger a una persona en todas las circunstancias de la vida, es una obligación que carece de objeto, porque éste no está debidamente determinado (artículo 1461 del Código Civil), sin perjuicio de ser ello contrario al orden público por la extensión ilimitada de la obligación contraída. Por consiguiente, es obvio que el "pacto de convivencia" carece de toda validez, en lo que dice relación con la regulación de los derechos de la personalidad, cuya disposición sólo corresponde a la ley.

¿Qué ocurre con los derechos patrimoniales que pueden hallarse regulados en el "pacto de convivencia", tales como la manutención ordinaria de los convivientes o el destino y distribución de los bienes que se adquieren durante la vida en común? En este aspecto la cuestión es diametralmente diversa. Nada impide que dos personas convengan la forma y la participación que a cada una de ellas cabe en el financiamiento de la vida común o la manera en que se distribuirán los bienes que adquieran durante el período de convivencia, en el entendido que ha existido un esfuerzo compartido para su adquisición. Se trata de obligaciones civiles perfectas y relacionadas con derechos patrimoniales que se hallan en el comercio humano y son, por lo mismo, susceptibles de regularse contractualmente. Lo que no puede ocurrir es condicionar el ejercicio de estos derechos o causarlos en función de aquellos otros extrapatrimoniales o de la personalidad, porque entonces se incurre en causa ilícita (artículo 1467 del Código Civil). Las estipulaciones patrimoniales del "pacto de convivencia" son válidas y una ley para los contratantes, en tanto no sobrepasen su naturaleza estrictamente patrimonial. Por lo tanto, un pacto de esta naturaleza puede dar lugar a una acción resolutoria si no se cumple y la consiguiente indemnización de perjuicios. No obstante, insistimos en un hecho determinante, para atribuir validez jurídica a este tipo de estipulación es esencial que ella no esté condicionada por el ejercicio de derechos de la personalidad (extrapatrimoniales), ni sean éstos la causa de la existencia y reconocimiento de los derechos patrimoniales. Cualquier confusión entre ambos acarreará la nulidad absoluta del convenio, lo que ocurrirá por la sola circunstancia de que ambas clases de derechos estén contenidos en la convención. Se produce, en este supuesto, una inevitable contaminación que acarreará la descomposición de toda la convención, aun cuando puedan subsistir aquellas estipulaciones destinadas a regular la suerte que seguirán los bienes que se adquieran en conjunto. Lo que afirmamos porque, en tal caso, el ejercicio de los derechos patrimoniales aparecerá irremediabilmente ligado a la regulación convencional de derechos de la personalidad.

No existe tampoco, a juicio nuestro, impedimento en que una de las partes que intervienen en la celebración de un "pacto de convivencia" reclame de la otra una reparación indemnizatoria, si ha sido inducida dolosamente a su celebración. Puede este tipo de convenciones ser un instrumento para engañar y defraudar, sirviéndose, por ejemplo, de la impericia, ignorancia o inferioridad intelectual de la contraparte.

Queda, por lo tanto, perfectamente claro el hecho de que no es posible regular ni condicionar convencionalmente el ejercicio de los derechos de la personalidad, sustituyendo la institución del matrimonio por una mera convención civil. Ello atentaría contra el orden de la familia y lesionaría el orden público.

III. La ruptura matrimonial: compensación e indemnización de perjuicios

Nuestra Ley de Matrimonio Civil (19.947) se abocó derechamente a reglamentar la ruptura del matrimonio –realidad social insoslayable– y sus consecuencias patrimoniales. Para estos efectos, dejó subsistentes todas las normas generales relativas a la indemnización de perjuicios, pero introduciendo una nueva institución –la compensación económica– consagrada para el caso de que la ruptura ocurra en virtud de la nulidad del contrato de matrimonio o de la declaración de divorcio.

A. Compensación económica, nulidad, divorcio y separación judicial

De acuerdo al artículo 61 de la LMC, este derecho no se confiere en caso de separación judicial, puesto que, en este supuesto, subsisten “todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los derechos de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden” (artículo 33). Asimismo los cónyuges conservan su vocación sucesorial, aun cuando se exceptúa el caso de aquel que hubiere dado lugar a la separación por su culpa (causal de indignidad calificada), debiendo el juez en su sentencia dejar constancia de dicha inhabilidad (artículo 35).

Resulta llamativo el hecho de que la causal que autoriza esta separación (artículo 26) sea la misma que la causal que autoriza el divorcio sanción (artículo 54): “violación grave de los derechos y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.

Lo señalado nos induce a pensar que la separación judicial se concibió originalmente como un “estado civil” transitorio que, transcurrido cierto espacio de tiempo, devendría en la ruptura definitiva del vínculo matrimonial o en la reconciliación conyugal (artículo 38). Por lo mismo, esta situación nos resulta coherente con el hecho de negar la “compensación económica” a quienes se separan judicialmente. Podría sostenerse que la separación judicial pone fin a la sociedad conyugal o al régimen de participación en los gananciales, en su caso, lo cual implica una pérdida patrimonial para el cónyuge separado. Sin embargo, este perjuicio sería meramente eventual (puesto que la sociedad conyugal podría enriquecerse o empobrecerse en el futuro). Además, el régimen de bienes existente en el matrimonio, como se explicará más adelante, no tiene una relación directa con el derecho consagrado en los artículos 61 y siguientes de la LMC, aun cuando sí influencia en la determinación en su cuantía.

En suma, nos parece justificado no conceder el derecho de “compensación económica” a los cónyuges separados judicialmente. Creemos que la extinción del régimen de bienes (sociedad conyugal o participación en los gananciales) es suficiente como medida destinada a asegurar los derechos en conflicto.

Cabe recordar que se ha discutido sobre si la “separación judicial” a que se refiere la LMC conforma un “estado civil”. Nosotros, sobre la base de disposiciones expresas, pensamos que es indudable que sí existe el estado civil de “separado” cuando ello se ha declarado en sentencia judicial ejecutoriada. Basta, a este respecto, con recordar lo que señala el artículo 38 de la LMC. La referida disposición, aludiendo al restablecimiento de la vida en común de los cónyuges separados, dice: *“La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación o a la ya decretada, y, en este último caso restablece el estado civil de casados”*. Parece bien obvio que si se restablece el “estado civil de casados” es porque éste había cesado y, en tal supuesto, ha debido ser sustituido por otro que no puede ser sino el de “separado judicialmente”, ya que cualquier otro carece de toda justificación. Por otro lado, despejando toda discusión, el artículo 6° transitorio de la LMC agrega: *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados, y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”*. Dos cosas saltan a la vista. El antiguo divorcio consagrado en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 implicaba una “separación de cuerpos”, perfectamente asimilable a la actual “separación judicial”, de lo cual se sigue que “existiendo la misma razón debe existir la misma disposición”, brocardo jurídico ineludible. Además, nadie podría discutir que nuestra LMC no contempla el estado civil de “separado”, tanto más cuanto que dicho estatuto jurídico se asigna a las personas divorciadas bajo la Ley de Matrimonio Civil anterior.

B. Derecho a la compensación económica: naturaleza y características

1. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del derecho a compensación económica ha suscitado un nutrido debate. Fundamentalmente, se ha sostenido que se trata de un derecho alimenticio, de un derecho indemnizatorio, de la extensión del deber de socorro entre los cónyuges, de un derecho variable o de un derecho de naturaleza propia distinta de las anteriores.⁴ Todas estas posiciones han tenido

⁴ Ver a este respecto el trabajo de Gonzalo Francisco Severín Fuster, *“Lo mejor de tu vida me lo he llevado yo. Revisión y propuesta sobre el fundamento de la compensación económica en la ley de*

reconocimiento jurisprudencial, lo cual es claramente indicativo de que el tema es complejo y difícil de resolver. La cuestión planteada no es meramente académica. Ella tiene relación con la posibilidad de invocar otras normas supletorias de aquellas consagradas en la LMC. No puede perderse de vista, por ejemplo, que para los efectos de la interpretación es posible recurrir al elemento "sistemático" consagrado en el artículo 22 del Código Civil (al cual la jurisprudencia atribuye una importancia especial) y dar a una disposición legal el sentido y alcance que mejor se avenga con otras disposiciones, incluso incorporadas a otras leyes, especialmente si versan sobre la misma materia, "de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Por lo tanto, determinar la naturaleza jurídica de una institución no es un ejercicio baladí, sino la forma de ubicar a la respectiva institución en el marco de un estatuto más amplio y general.

El carácter "alimenticio" e "indemnizatorio" no requiere de mayores explicaciones, pero sí conviene precisar qué se ha entendido por naturaleza "variable" y naturaleza "propia". La jurisprudencia ha entendido que un derecho "variable" consiste en reconocer que "la compensación económica es funcional a las diversas realidades que siguen a la ruptura, y que en este caso estaríamos ante una sentencia de carácter asistencial, cercana a la pensión alimenticia reducida en el tiempo y en su entidad".⁵ Quienes afirman que esta compensación tiene una naturaleza *sui generis*, como lo recoge Gonzalo Francisco Severín, se fundan en tres razones: "a) sistema privado de soporte de las consecuencias negativas de la discriminación de género, b) el principio del enriquecimiento sin causa, y c) el desequilibrio económico y la protección de la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar".⁶

Comencemos nosotros por descartar que esta compensación económica tenga por objeto reparar un daño. No puede considerarse "daño" el haberse dedicado preferentemente al cuidado y crianza de los hijos y la mantención del hogar común. Tampoco ha habido por parte del otro cónyuge –el deudor de la compensación– ni incumplimiento de una obligación preexistente (requisito esencial de la responsabilidad), ni dolo ni culpa (factores de atribución). Lo que ha sucedido es una distribución de las cargas y deberes que impone la vida en común, tanto respecto de los hijos como de la situación doméstica. Por consiguiente, no cabe pensar en una indemnización, tanto más si se tiene en consideración la circunstancia de que ella corresponde a una sanción, destinada a restaurar un orden jurídico quebrantado. Nada de ello se presenta en

matrimonio civil". Revista de Derecho. Universidad de Viña del Mar. N° 1. Primer Semestre. 2008. Páginas 155 y ss.

⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1.161-05.3/5 2006.

⁶ Gonzalo Francisco Severín Fuster. Trabajo citado. Pág. 159.

el caso que se analiza. Es posible sostener que el artículo 62 de la LMC alude, sin embargo, al perjuicio económico que sufre uno de los cónyuges. En efecto, dicha disposición señala que "Para determinar la existencia del **menoscabo económico** y la cuantía de la compensación, se considerará especialmente...". En verdad esta alusión tiene otro contenido. Se trata de examinar comparativamente la fuerza de cada patrimonio, puesto que la "compensación" tiene como fundamento esta desigualdad patrimonial fruto de los diversos roles asumidos durante el matrimonio. No se refiere el legislador al daño emergente ni al lucro cesante, sino a un hecho que permite calcular un desequilibrio económico, base de la compensación.

Igualmente desechable nos parece asimilar la "compensación económica" al derecho de alimentos. Este último tiene otros fines y otro alcance. Se trata de un derecho "asistencial", destinado a proporcionar a su titular los medios necesarios para su modesta subsistencia cuando carece de recursos propios para solventar sus necesidades; "subsidiario", puesto que los alimentos se deben sólo en aquella parte en que los medios no alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, según reza el artículo 330 del Código Civil; y "condicionado" a la mantención de las circunstancias que legitiman la pretensión (artículo 332 del Código Civil). Ninguna de estas características concurre tratándose de la "compensación económica" de que tratan los artículos 61 y siguientes de la LMC. Para fundamentar el planteamiento de que se trataría de un derecho de naturaleza alimenticia se invoca lo prevenido en el artículo 66 de la LMC, según el cual "Si el deudor no tuviera bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable. La cuota correspondiente **se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento**, a menos que hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia". De la disposición transcrita resulta claro que la "compensación económica" no es un derecho de naturaleza alimenticia, ya que "cada cuota" se "considera alimentos", por lo tanto, la misma ley descarta la naturaleza alimenticia, y lo anterior con un objeto preciso, dotar al acreedor de los medios para obtener el cumplimiento forzado. En síntesis, ha sido la propia ley la que, correctamente interpretada, excluye una posible asimilación entre "pensión alimenticia" y "compensación económica". Si una cosa se considera otra distinta para un solo y determinado efecto, nadie puede sostener que con ello cambia su naturaleza.

Todavía menos adecuada nos resulta fundar la "compensación económica" en una supuesta funcionalidad con los modelos de familia y las distintas realidades que se siguen de la ruptura del vínculo matrimonial. No hemos hallado ninguna

justificación positiva que permita sustentar esta corriente, ya que el objeto que la ley persigue es resolver un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges cuando concluye la vida común, independientemente de los modelos familiares que puedan seguirse de la ruptura. Si se examinan los factores que debe considerar el juez para la determinación de la compensación, se observará que todos ellos están referidos a la situación personal del cónyuge acreedor, tanto en lo que dice relación con el pasado (duración de la vida común), el presente (edad y estado de salud del cónyuge beneficiario) y futuro (beneficios previsionales y de salud, posibilidad de acceso al mercado laboral). Es efectivo que la ley pone acento en la suerte que deberá enfrentar el cónyuge acreedor luego de la ruptura, pero ello en función del desequilibrio que se intenta reparar y no del modelo de familia o de la realidad que se sigue de la ruptura.

Forzoso resulta concluir, entonces, que la “compensación económica” instituida en la LMC es un derecho sui géneris que participa de varios institutos jurídicos. Esta fórmula suele criticarse porque, se dice, se acomoda a cualquier situación y deja a salvo un compromiso del intérprete con las demás instituciones jurídicas de aplicación general. Empero, en este caso, la calificación indicada nos parece correcta atendidas las especificidades de este derecho, los fines que persigue, la forma en que puede impetrarse y el conflicto en que se inserta.

¿Cuáles son los rasgos esenciales que singularizan este instituto?

A nuestro juicio, debemos comenzar por reconocer que tras el establecimiento de este beneficio subyace un hecho fundamental: un desequilibrio económico que tiene origen en el acuerdo de los cónyuges de asumir diversas funciones en la vida matrimonial: uno de ellos se dedica preferentemente al cuidado de la prole y las tareas del hogar, y el otro a sus actividades productivas habituales. Los beneficios que se siguen de la división de funciones son “compartidos”, ya que con ello se hacen posibles tres cosas que favorecen a ambos cónyuges por igual y hacen posible la formación de la familia: el **funcionamiento del hogar común**, el **desarrollo normal de los descendientes** (crecimiento, formación moral y educación), y la **producción de medios económicos indispensables para financiar la vida y progresar materialmente**. El matrimonio se contrae “para toda la vida”. Esta es la intención que presuntivamente anima al legislador y a quienes lo celebran, lo cual justifica su importancia como fuente principal de la constitución de la familia. Por consiguiente, todos los beneficios aludidos recaerán indistintamente en uno y otro cónyuge a través del tiempo. La satisfacción de una vida familiar plena y bien organizada, el adecuado y progresivo desarrollo de los descendientes comunes, y el disfrute de los bienes materiales que se logren obtener, incrementarán el bienestar de ambos cónyuges en igual medida. Ocurre, sin embargo, que a la hora de valorizar este activo, enfrentado a una ruptura matrimonial, nos hallaremos con una dificultad semejante al

cálculo de la indemnización del daño moral, porque no es fácil apreciar pecuniariamente bienes de diversa índole (patrimoniales y extrapatrimoniales).

De lo dicho se infiere que la “compensación económica” reconoce tres elementos que constituyen la esencia de su naturaleza:

a. Compensación de una expectativa frustrada. El matrimonio, que se había proyectado para toda la vida, presenta una fractura irremediable que pone fin a la convivencia.

b. Enriquecimiento por colaboración. Producida la ruptura matrimonial, el cónyuge dedicado de preferencia a la consecución de medios económicos, en el ámbito de la vida familiar organizada por el otro cónyuge, se ve materialmente favorecido en desmedro de aquel encargado de la crianza de los hijos y la organización doméstica del hogar.

c. Provecho derivado de la dedicación (cuidado y tiempo) a los hijos comunes. Todo cuanto se haga en beneficio de los hijos redundará en favor de ambos cónyuges, así se trate de actividades familiares (en el seno del hogar) o de inversión económica (gastos en educación y establecimiento).

A estos elementos, que hemos calificado como esenciales, deben agregarse dos principios que impregnan este derecho sui géneris: el llamado “*affectio maritales*” y la “*protección del cónyuge más débil*”. El primero de ellos sufrió una alteración sustancial con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, ya que, al introducirse el divorcio con disolución del vínculo por voluntad unilateral, se permite poner fin al “*affectio maritales*” por decisión de uno de los contrayentes y sin necesidad de justificar su determinación. Es indudable que esta institución (el matrimonio) experimentó con ello un debilitamiento significativo en todo cuanto dice relación con la estabilidad de la relación a través del tiempo. Uno de los antidotos que incorporó la ley parece ser la “compensación económica”, en cuanto ella procura, al menos, el restablecimiento del equilibrio económico entre los cónyuges desvinculados, sin perjuicio del encargo que la ley hace al juez en el sentido de que “procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada” (inciso 2° del artículo 3° de la LMC). El segundo principio –la protección del cónyuge más débil– está expresado también en el artículo 3° de la LMC con carácter general: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”. De estos principios, reconocidos en la legislación vigente, se sigue que el derecho a “compensación económica” debe apuntar en una clara dirección: restaurar el equilibrio económico entre los cónyuges cuando, a causa de una

distribución de roles en la vida matrimonial, uno de ellos ha experimentado un menoscabo patrimonial susceptible de corregirse.

En consecuencia, la “compensación económica” de que trata el artículo 61 y siguientes de la LMC es *la forma de remediar la pérdida de una expectativa de vida matrimonial, de sancionar un enriquecimiento por colaboración y de compartir el provecho derivado de la dedicación (cuidado y tiempo) a los descendientes comunes*. Por lo tanto, no tiene ella uno sino varios fundamentos que nos aproximan a muy diversas instituciones y principio jurídicos (indemnización de una expectativa cierta, enriquecimiento injusto, división de beneficios). Quizás si sean estas características las que han provocado la sostenida discusión sobre su naturaleza jurídica.

No cabe, entonces, invocar una sola institución para justificar la naturaleza jurídica de este derecho. Él está vinculado, como queda demostrado, a varios factores de muy diversa índole.

Abocándose a esta realidad, Javier Barrientos Grandon ha descrito el derecho a compensación económica calificándolo de “personal, de familia y de carácter patrimonial”, concluyendo que “el derecho de compensación económica aparece como un derecho situado en sede de derechos de familia y ello impone definirlo en este campo propio y no en el de los derechos típicos de los actos y negocios patrimoniales”.⁷ De esta manera, se trataría de un derecho –obligación de fisonomía propia– al que no puede vincularse con categorías propias de las relaciones contractuales. Otro autor, Ismael Verdugo Bravo, se inclina por dar a esta compensación el carácter de indemnización de perjuicios, examinando el daño, el criterio de imputación (al cual da carácter objetivo para descartar la culpa y el dolo), y la relación de causalidad (poniendo acento en el hecho de que la causa de la compensación sería “el desequilibrio económico que se ha producido y que nuestro legislador describe como menoscabo económico”). El mencionado autor concluye diciendo que “Con base a lo que hemos dicho en el numeral anterior, estamos en condiciones de formular un concepto de la compensación económica en nuestro sistema y así podemos decir que ésta es la indemnización a la cual tiene derecho un cónyuge en caso que sea declarada la nulidad o el divorcio de su matrimonio, fundada en el menoscabo o desequilibrio económico experimentado como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, sin

⁷ Javier Barrientos Grandon. “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”. Revista Chilena de Derecho Privado. Fernando Fueyo Laneri. Diciembre 2007. N° 9. Págs. 9 y ss.

haber podido por ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o en menos medida de lo que podía y quería”.⁸

2. Antídoto al divorcio precipitado e irreflexivo y “comunidad virtual de bienes” como sustrato de la compensación económica

Hemos sostenido en otro trabajo que la “compensación económica” debe considerarse un antídoto al divorcio precipitado e irreflexivo. No es extraño encontrar a sujetos apasionados y vehementes que sin pesar las circunstancias resuelven romper su vida matrimonial para fundar otra familia, con todo lo que ello implica. Enfrentados a la obligación de hacerse cargo de una “compensación económica”, destinada a reparar expectativas frustradas, distribuir un enriquecimiento por colaboración y la dedicación (inversión de tiempo y cuidado) a la descendencia común, la decisión deberá adoptarse ponderando con mayor cuidado la situación. Lo que decimos quedará condicionado al hecho de que los jueces tomen en serio su misión y fijen con realismo y estricto apego a los antecedentes las cantidades que correspondan. No son pocos los jueces que, inspirados en sus deberes de prudencia, rebajan indebidamente este beneficio, que, a juicio nuestro, juega un papel importantísimo en el estatuto aplicable a las rupturas matrimoniales.

Desde otra perspectiva, la LMC ha puesto énfasis en la continuidad de la familia cuando el vínculo matrimonial ha sufrido una ruptura irremediable, procurando el menor deterioro posible en las condiciones de vida de quienes forman parte de ella. El artículo 27, ubicado a propósito de la reglamentación de la separación judicial, pero al cual se remite el artículo 70, esta vez a propósito de la separación judicial, la nulidad y el divorcio, exige que entre los cónyuges exista un acuerdo integral (“que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos”). Entiende la ley que es “suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”. Nótese que la ley alude derechamente al “menoscabo (detrimento o deterioro) económico que pudo causar la ruptura” matrimonial. De lo dicho se sigue que no es procedente el divorcio en el evento de que no sea posible aminorar el perjuicio económico que se causa con la disolución del vínculo, lo cual constituye un verdadero principio sobre la materia. A la misma conclusión conduce el artículo 55 inciso 3° de la LMC, en el cual se niega la acción de divorcio por decisión unilateral

⁸ Ismael Eduardo Verdugo Bravo. “Algunas reflexiones con relación a la naturaleza jurídica de la compensación económica en Chile y de la pensión compensatoria en España”. Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Figueroa Yáñez. Editorial Jurídica de Chile. Fundación Fueyo. Año 2008. Pág. 503.

al cónyuge que “durante el cese de la convivencia (tres años) no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

En síntesis, la LMC impone condiciones mínimas para obtener la disolución del vínculo matrimonial y, entre ellas, la de “compensar” materialmente no sólo a aquel que destinó sus mayores esfuerzos a la crianza de los hijos comunes y la mantención del hogar común, sino a quienes resultarán menoscabados económicamente por efecto de la ruptura. Todo lo cual demuestra que la “compensación económica” fue concebida, en cierta medida, como un antídoto destinado a neutralizar decisiones precipitadas e irreflexivas cuyos efectos sufren todos los miembros de la familia. Se ha dicho, con cierta tosquedad en el lenguaje, que el divorcio está instituido en favor de “aquellos que son capaces de pagarlo” en referencia a las obligaciones que deben satisfacerse para tener acceso a él. En verdad esta sentencia recoge una finalidad legítima, cual es velar por la suerte de quienes, siendo los más débiles, pueden quedar desprotegidos del amparo que les debe la ley.

También hemos sostenido que la compensación económica tiene un sustrato que parece gravitar poderosamente en los propósitos del legislador y que se han transmitido a la ley. Este sustrato está representado por una especie de “comunidad virtual” respecto de los bienes adquiridos por el cónyuge que se dedica de preferencia al trabajo remunerado, adquisiciones o provecho que, de alguna manera, tienen como causa esta específica circunstancia. Para justificar lo que decimos, invocaremos al artículo 62 de la LMC, según el cual “para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación” debe considerarse, especialmente, entre otros factores: i) la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; ii) la situación patrimonial de ambos; y iii) la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Estos tres factores, eminentemente objetivos y susceptibles de precisarse con cierto rigor, inducen a pensar que, según el sentido y voluntad de la ley, concurren, en la mayor parte de los casos, componentes propios de un cuasicontrato de comunidad, respecto de aquello que fue adquirido por el cónyuge que, aprovechándose de las circunstancias, logró obtener mayores beneficios económicos en desmedro del que se dedicó al cuidado de los hijos y la mantención del hogar conyugal. Es indudable que la duración de la vida común pesará en la determinación de toda compensación económica, que ella condiciona la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges, y que la colaboración que se presta a la actividad lucrativa del que se aparta de la situación doméstica del hogar, justifican sobradamente la existencia de una comunidad sobre los bienes que se adquieren en este lapso. No afirmamos que exista una comunidad real, sino, insistimos, una especie de comunidad virtual que justifica, sobradamente a nuestro juicio, la participación que en ella

corresponde a cada cónyuge. Es curioso constatar que, por regla general, las personas que alcanzan la fortuna son casadas y, sólo por excepción, solteras. Sociológicamente lo indicado tiene (o debería tener) importancia para jueces y legisladores.

No queremos confundir sobre este punto, razón por la cual insistimos en que no se trata de una comunidad real, sino de aquello que subyace tras este instituto y que justifica que uno de los cónyuges (el más débil) pueda ser compensado del desequilibrio económico que se ha producido por efecto de la distribución de roles en el matrimonio.

3. Compensación económica e indemnización de perjuicios

La "compensación económica" es perfectamente compatible con las indemnizaciones que, conforme a las reglas generales, proceden en caso de un divorcio culpable o de una causal de nulidad imputable a uno de los contrayentes. Como creemos haber demostrado en lo precedente, no nos hallamos en el caso de la compensación económica, en situación de cubrir todos los perjuicios causados a uno de los cónyuges. Su pago, por lo mismo, no cubre los daños derivados de la celebración o la ruptura del vínculo matrimonial, cuando dichos daños son imputables a uno de los contrayentes. El derecho consagrado en el artículo 61 de la LMC está basado en supuestos bien específicos que no tienen relación, ni directa ni indirecta, con el deber de responder de los perjuicios causados por un obrar doloso o culpable. Por consiguiente, la circunstancia de pagar dicha compensación no exonera de responder de los demás perjuicios provocados.

Dos problemas surgen a este respecto. El primero consiste en determinar de qué grado de culpa responden los cónyuges en el contrato de matrimonio; el segundo, en precisar cuál es el estatuto jurídico a que debe someterse este tipo de responsabilidad.

En lo que dice relación con el primer punto (grado de culpa de que se responde en el contrato de matrimonio), las normas sobre indemnización son diferentes, según se trate de la nulidad del matrimonio o del divorcio.

a. Nulidad de matrimonio

Comencemos por señalar que las normas aplicables, en este caso, son las que regulan la responsabilidad extracontractual, porque, en razón de la nulidad, no hay ni ha habido vínculo contractual (matrimonial) entre las partes (artículo 50 de la LMC), sin perjuicio de los efectos excepcionales atribuidos por la ley (matrimonio putativo de los artículos 51 y 52 de la LMC).

El artículo 44 de la LMC precisa cuáles son las causales de nulidad. Examinaremos, a continuación, en cuál de ellas es posible demandar indemnización de perjuicios entre los contrayentes. Debemos recordar que la nulidad judicialmente declarada da derecho a las partes para reclamar la reparación de los daños que se hayan causado con ocasión del acto nulo, siempre que concurren los requisitos generales instituidos en la ley.⁹

i. Artículo 5° N° 1 de la LMC: Cuando exista vínculo matrimonial no disuelto y esta circunstancia haya sido desconocida por el otro contrayente. El fundamento de la indemnización de perjuicios es la conducta dolosa en que incurre quien oculta su estado civil verdadero. Si ambos contrayentes han obrado a sabiendas, no hay acción de perjuicios entre ellos, pero sí corresponde al cónyuge perjudicado (aquel cuyo matrimonio se ocultó), pudiendo, en este supuesto, obrarse en contra de ambos infractores, quienes responderán solidariamente de conformidad al artículo 2317 del Código Civil.

ii. Artículo 5° N° 2 de la LMC: Los menores de dieciséis años. Si uno de los menores, valiéndose de engaños (certificados falsos, documentos adulterados, uso de instrumentos de identidad ajenos, etcétera) ha inducido a error al otro contrayente, este tendrá acción de perjuicios, declarada que sea la nulidad. Recuérdese que a los dieciséis años se es plenamente capaz de delito y cuasidelito civil (artículo 2319 del Código Civil). Creemos que el engaño que induce a contraer matrimonio debe manifestarse en hechos objetivos y no en meras aserciones, principio que se desprende de lo establecido en la última parte del artículo 1685 del Código Civil.

iii. Artículo 5° N° 3 de la LMC: Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. Esta causal plantea algunas interrogantes. Desde luego, si una persona está privada de razón, es demente y, por lo tanto, incapaz de ilícitos civiles, razón por la cual no está legitimado pasivamente ni tiene responsabilidad. En los demás casos (trastorno o anomalía psíquica que determinen una inhabilidad para formar la comunidad de vida matrimonial), hay plena capacidad civil y quien sufre la anomalía o trastorno puede ser objeto de una acción indemnizatoria, si ha contraído matrimonio sabiendo o debiendo saber

⁹ A esta materia dedicamos el Capítulo XIII (Nulidad e indemnización de perjuicios) de nuestro libro "Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno", publicado por la Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. La materia ha sido comentada por Jorge Baraona González en un artículo sobre "Nulidad e indemnización de perjuicios", publicado en "Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo, Avelino León, Francisco Merino, Fernando Mujica y Hugo Rosende". Universidad del Desarrollo. Año 2007.

de la existencia de la misma. Si estas anormalidades se desencadenan durante el matrimonio y no obedecen a causas autoprovocadas (drogadicción, alcoholismo, disipación, etcétera), creemos nosotros que no existe responsabilidad, porque el hecho es jurídicamente fortuito.

iv. Artículo 5° N° 4 de la LMC: Los que carecen de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio. También estas personas pueden ser sujetos pasivos de una acción de indemnización de perjuicios, siempre que el contrayente que la interpone no haya conocido o debido conocer, por las circunstancias que le han rodeado, la insuficiencia intelectual que afectaba al otro contrayente.

v. Artículo 7° de la LMC: El cónyuge sobreviviente que contrae matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de este delito. La única hipótesis posible de una acción de perjuicios deriva del ocultamiento de la formalización o la condena, ya que, de otro modo, ambos habrían obrado de consuno y a sabiendas del vicio.

vi. Artículo 8° N° 1 de la LMC: Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente (error en la identidad física). Esta hipótesis supone, también, un obrar doloso de quien oculta o altera su identidad física para hacerse pasar por otro, debiendo reparar los perjuicios causados siempre que el otro contrayente no haya conocido o debido conocer su verdadera identidad.

vii. Artículo 8° N° 2 de LMC: Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de estimarse como determinante para otorgar el consentimiento. Creemos que también procede en este caso la indemnización de perjuicios, pero sólo si se trata de un error excusable, entendiéndose por tal aquel que afectivamente haya inducido al contrayente de buena fe a consentir por ignorar la ausencia de la cualidad personal.

viii. Artículo 8° N° 3 de LMC: Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer matrimonio. Esta es, a nuestro juicio, la causal más evidente de reparación indemnizatoria. Nótese que la LMC la extiende a la acción del contrayente, de un tercero o de una circunstancia externa que hubiere sido determinante para la celebración del matrimonio.

Creemos que son estas las únicas causales que dan derecho a uno de los contrayentes a demandar indemnización de perjuicios (quedan excluidas, por lo

tanto, la del artículo 5° N° 5, la del artículo 6° y la del artículo 17 de carácter formal).

Como se señaló en lo precedente, son aplicables en esta materia las normas de la responsabilidad extracontractual, toda vez que no existe entre las partes una relación jurídica anterior (la nulidad opera con efecto retroactivo) y se trata de la comisión de un ilícito que, con las particularidades ya mencionadas, da acción de perjuicio para reparar los daños provocados.

En el supuesto de que el matrimonio fuere putativo (artículos 51 y 52 de la LMC) no cabe indemnización alguna, ya que los contrayentes habrían obrado de buena fe y con justa causa de error, lo cual excluye la responsabilidad extracontractual. Finalmente, si sólo uno de los contrayentes hubiere obrado de buena fe y con justa causa de error (hipótesis prevista en el inciso 1° del artículo 51 de la LMC), procedería la indemnización de perjuicio, pero conforme a las normas generales de la responsabilidad, ya que el matrimonio produciría los mismos efectos que el matrimonio válido, pero sólo respecto de aquel de los contrayentes que obró de buena fe y con justa causa de error.

b. Divorcio

La primera cuestión que se nos plantea consiste en definir de qué nivel de culpa responden los cónyuges durante el matrimonio, exigencia que, a primera vista, parece necesaria para establecer la existencia de responsabilidad. A nuestro juicio, no hallándonos ante un contrato (aun cuando formalmente el matrimonio revista la apariencia de tal), no corresponde imponer a los cónyuges un determinado nivel de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones y deberes personales que emanan del matrimonio. Tratándose de la administración del marido en el régimen de sociedad conyugal (cuestión eminentemente patrimonial), éste responde de dolo y culpa grave (artículos 1748 y 1771 del Código Civil). Pero no cabe graduar ni fijar una pauta sobre esta materia cuando se trata de **obligaciones y deberes personales** (fidelidad, ayuda, respeto y protección). El matrimonio es una íntima asociación entre dos personas (*affectio maritales*), con el objeto de convivir, procrear, generar una familia y socorrerse en todas las circunstancias de la vida. Es en razón de ello que la ley consagra "deberes" que comprometen a la persona misma, en función de un proyecto común de vida que va mucho más allá de un grado determinado de diligencia y cuidado o de la consecución de una prestación. Dicho en otras palabras, el cumplimiento de los deberes personales entre los cónyuges no puede medirse ni por los niveles de diligencia que se exigen tratándose de obligaciones contractuales ni por los estándares predominantes en el ámbito extracontractual. Por consiguiente, creemos que la responsabilidad en el derecho de familia (en lo que concierne al incumplimiento de los deberes personales que son propios de esta institución) tiene rasgos y caracteres propios

que no pueden asimilarse en todo a la responsabilidad contractual o extracontractual. Quizás esto explique que los autores que propician aplicar los grados de culpa contractual a los deberes propios del matrimonio, vacilen sobre si los cónyuges responden de culpa grave y dolo o, bien, de culpa levísima (habría buenas razones en uno y otro sentido). A nuestro juicio, la culpabilidad (dolo o culpa), por ende, es sustituida por la **antijuridicidad material** (infracción a los deberes impuestos por el derecho), de lo cual se sigue que responde como dañador aquel que contraviene el derecho, así ello sea consecuencia de la falta de diligencia y cuidado o de la intención positiva de causar injuria a la persona o propiedad de otro.¹⁰ Lo que sostenemos queda en evidencia al examinarse las causas por las cuales procede la responsabilidad en materia de relaciones de familia. No es esta la oportunidad de desarrollar esta materia, pero nos parece de enorme utilidad fundar nuestra posición en el hecho de que responde, en el ámbito del derecho de familia, aquel que infringe la ley, incumpliendo el mandato normativo, al margen de si ello es consecuencia de culpa o dolo. La antijuridicidad, en este campo, desplaza el reproche subjetivo que implica el factor de imputabilidad.

Los autores han distinguido entre los daños producidos por el divorcio mismo y los daños producidos por la causal que provoca el divorcio. Sin entrar al examen de esta cuestión, digamos que nos parece de toda evidencia que el divorcio es una consecuencia de la causal que se acoge, razón por la cual no pueden reclamarse perjuicios derivados de la causal de divorcio y de su necesaria consecuencia. Por otra parte, la demanda de divorcio y la sentencia que lo declara no serán jamás un hecho antijurídico que legitime una pretensión reparatoria.

Excluimos de plano toda posible indemnización en caso que el divorcio sea solicitado de común acuerdo, porque ello implica un reconocimiento explícito de la existencia de culpas compartidas en el fracaso del proyecto de convivencia original. Es cierto que no existe en nuestra LMC una norma que sirva para compensar las culpas, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 2330 del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. Mas es igualmente cierto que quienes reclaman el fin del vínculo matrimonial obrando de consuno, reconocen implícitamente que la causa de la ruptura les es imputable a ambos en igual o distinta medida. Por lo tanto, no pueden pretender una reparación indemnizatoria quienes demandan de común acuerdo la extinción del vínculo matrimonial. Si la desvinculación se produce por voluntad de ambas partes, ella no es fuente de responsabilidad, porque el hecho del cual proviene habría

¹⁰ Ver sobre esta materia la "Responsabilidad Civil por Daños ocasionados en la Relaciones de Familia". Conferencia de Gabriel Hernández Paulsen en el Colegio de Abogados. Noviembre de 2008.

sido gestado por ambos cónyuges, y la ruptura definitiva de la relación obedece a la decisión de ambos cónyuges. Dicho de otro modo, quien demanda indemnización por divorcio habría contribuido a causar este efecto.

Forzoso resulta, entonces, reconocer que una indemnización de perjuicios sólo procede en dos casos: i) cuando el divorcio se decreta como "sanción", esto es, cuando uno de los cónyuges reclama una "falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común" (artículo 54 inciso 1° de la LMC); y ii) cuando se trata de un divorcio por decisión unilateral de uno de los cónyuges (artículo 55 inciso 3° de la LMC), puesto que la cesación de la vida en común por el término establecido en la ley puede ser imputable sólo a uno de los cónyuges.

En el primer caso propuesto, ejecutoriada que sea la sentencia que decreta el divorcio, se abre al cónyuge "inocente" el derecho a demandar la reparación de los perjuicios que tengan como causa cierta y necesaria (adecuada) la falta en que incurrió el cónyuge culpable, sin que sea dable sostener que no ha habido culpa de su parte. La fijación de la indemnización, en consecuencia, quedará entregada, única y exclusivamente, a la prueba de los daños provocados y la relación de causalidad que exista entre el hecho (falta) atribuido al cónyuge "culpable" y los daños que sean acreditados. La cuestión se relaciona conceptualmente con la responsabilidad objetiva, ya que, configurada la causal de divorcio, en los términos indicados, sólo cabe acreditar los daños y la relación causal que los vincula a la falta sancionada. Como principio general de derecho, es posible invocar lo que sucede con las sentencias dictadas en un proceso criminal en que se condena al procesado. El artículo 178 del Código de Procedimiento Civil permite hacer valer en un juicio civil la sentencia condenatoria, a lo que se agrega lo prevenido en el artículo 180 del mismo cuerpo legal, según el cual: "Siempre que la sentencia criminal produzca cosa juzgada en juicio civil, no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento". No olvidemos al brocardo jurídico que señala que "allí en donde hay una misma razón debe existir una misma disposición".

Creemos, además, que esta interpretación es correcta, ya que el cónyuge "culpable", de acuerdo a la sentencia de divorcio, ha violado gravemente los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, ya sea para con el otro cónyuge o para con los hijos, en términos tales que no sea posible tolerar la vida común, objetivo esencial del matrimonio (conducta antijurídica). Quien procede de esta manera no puede estar sino obligado a reparar los perjuicios que se siguen de su comportamiento, sin que sea necesario acreditar el reproche subjetivo propio de la responsabilidad contractual.

En el segundo caso (divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges), la reparación indemnizatoria se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual, con la salvedad de que no se requiere acreditar un grado determinado de culpa (factor de atribución), dejando al juez la facultad de establecer si la conducta de quien demanda el divorcio es antijurídica (cese efectivo de la convivencia). En consecuencia, podrá demandar indemnización de perjuicios aquel de los cónyuges a quien sea imputable el cese de la convivencia (lo cual constituye una infracción al deber de convivencia). Si esta circunstancia sobreviene por hechos imputables a ambos cónyuges, no cabe la reparación indemnizatoria. Así, por vía de ejemplo, si uno de los cónyuges abandona al otro sin causa justificada, vulnera uno de los deberes esenciales del matrimonio y queda obligado a reparar los daños que provoca su conducta. Claro está que no será fácil probar que el abandono obedece a una decisión unilateral e injustificada.

Parece necesario destacar que, en ambos casos, entre los daños de mayor envergadura habrá de encontrarse la lesión de intereses extrapatrimoniales (daño moral). No nos cabe duda, atendida la tendencia de nuestra jurisprudencia, que este rubro es procedente, tanto más si se considera que el matrimonio tiene un contenido, proyección y alcance que exceden en mucho lo meramente patrimonial.

Réstanos definir, con mayor precisión, qué estatuto jurídico es aplicable en estos casos, ya que no son pocos los problemas que se suscitan al respecto (naturaleza de los daños que comprende la indemnización, plazos de prescripción, compensación de culpas, etcétera). A nuestro juicio, decretado el divorcio, no puede sostenerse, como ocurre con la nulidad, que el matrimonio no haya existido o que los efectos de la disolución del vínculo operen con efecto retroactivo. El divorcio disuelve el vínculo hacia el futuro y el matrimonio produce plenos efectos mientras éste subsistió. Lo que decimos es indiscutible en presencia de lo prevenido en el artículo 60 de la LMC, según el cual "El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente". De lo señalado se sigue que, no obstante ser el matrimonio una institución que externamente toma forma de contrato, deben aplicarse al mismo las normas de la responsabilidad contractual en lo que dice relación con los perjuicios indemnizables (artículos 1556 y 1558 del Código Civil), los plazos de prescripción de la acción indemnizatoria (artículo 2515 del mismo cuerpo legal), etcétera. Estas disposiciones, sin embargo, deben interpretarse atendiendo a la naturaleza del vínculo extinguido, ya que nunca será lo mismo fijar los perjuicios que se siguen del incumplimiento culpable de un contrato cualquiera, por importante que sea, que fijar los daños que produce la ruptura definitiva del vínculo conyugal.

Resumiendo nuestra posición en lo que concierne a la indemnización de perjuicios que el cónyuge inocente puede intentar contra el cónyuge declarado culpable del divorcio, digamos que siempre procederá esta reparación, que para obtenerla sólo es necesario probar los perjuicios y la relación causal con el divorcio, que se someterá a las normas de la responsabilidad contractual, salvo en lo que dice relación al factor de imputación que se sustituye por el juicio de antijuridicidad, y que ellas deben aplicarse atendiendo a la naturaleza misma del matrimonio, habida consideración de sus especificidades. Ahora, tratándose de una indemnización derivada del divorcio unilateral, deberá imputarse responsabilidad a aquel de los cónyuges cuya decisión provocó el cese de la convivencia (si lo hubiere), sin imponerle un determinado grado de culpa contractual, pero sí un comportamiento "antijurídico" que calificará el juez prudencialmente atendiendo a la naturaleza del vínculo matrimonial. En ambos casos, es procedente la reparación indemnizatoria.

No faltará quien afirme que el cónyuge "inocente" y el cónyuge "abandonado" pueden haberse expuesto imprudentemente a las faltas en que incurre el cónyuge culpable. Suele decirse que la ruptura matrimonial es siempre imputable, aun cuando en diversa medida, tanto a la conducta del marido como de la mujer. Lo indicado puede ser cierto, pero la LMC no contiene disposición alguna que permita la compensación de culpas (como sucede en la responsabilidad extracontractual conforme el artículo 2330 del Código Civil). Sin embargo, para los efectos de determinar la indemnización que reclama el cónyuge inocente, el juez, en la práctica, deberá considerar este factor, no para exonerar de responsabilidad al culpable, sino para medir la cuantía de la reparación. No vemos ninguna otra posibilidad de atender al hecho cierto de que, en la mayoría de los casos, la ruptura es el resultado de conductas compartidas.

Conviene preguntarse qué incompatibilidad observamos entre la compensación económica de que trata el artículo 61 de la LMC y la indemnización de perjuicios. Sobre este particular hay que tener en consideración que no puede demandarse indemnización de perjuicios por la hipótesis descrita en referido artículo 61 de la LMC, esto es, por haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado preferente de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudiendo desarrollar actividades remuneradas o lucrativas durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que quería o podía. Este tipo de compensación especial no es indemnizatoria, está sometida a un estatuto jurídico de excepción, debe hacerse valer cuando corresponde, precluyendo (caducando) si así no ocurre, y tiene por objeto restaurar un equilibrio patrimonial que se supone debe existir entre los cónyuges. Puede afirmarse que, como regla general, la "compensación económica" no está condicionada a la ejecución de una conducta "antijurídica material", puesto que dicha conducta está descrita en la LMC (artículos 54 y 55 inciso 3°). Sin embargo, el artículo 62 inciso 2° de la LMC previene que "Si se decretare el divorcio en virtud del

artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto". Por lo tanto, de este derecho sólo gozan quienes tienen "mérito" para ello, lo cual consiste en no haber dado lugar a la causal que ha motivado la disolución del vínculo. Además, es destacable el hecho de que, al facultarse al juez para "disminuir prudencialmente el monto de la compensación", se está reconociendo que opera en este instituto la "compensación de culpas", puesto que la reducción del monto no puede hallarse basada sino en este propósito. Con todo, observamos un vacío en esta disposición (artículo 62 inciso 2°), susceptible de corregirse por vía interpretativa. Él consiste en no mencionar el artículo 55 inciso 3° (divorcio por decisión unilateral). Este "abandono" puede ser imputable a uno de los cónyuges y dar lugar a indemnización (el cese de la convivencia es una conducta "antijurídica formal"). Por ende, es perfectamente aplicable la extinción o reducción prudencial de la compensación si el cónyuge acreedor ha provocado el cese de la convivencia.

Lo indicado en el párrafo anterior, en cuanto a la extinción o reducción del derecho por la falta de mérito, no tiene aplicación tratándose de la nulidad del matrimonio, lo cual resulta lógico porque el vínculo se extingue, incluso con efecto retroactivo, sin perjuicio de las excepciones legales, y porque se ha incurrido en una infracción calificada expresamente en la ley como motivo de nulidad.

4. La compensación económica es un derecho sujeto a caducidad

La compensación económica del artículo 61 de la LMC es un derecho sujeto a caducidad (extinción por el solo ministerio de la ley al no cumplirse las exigencias impuestas a su titular para hacerla efectiva). Puede afirmarse que pesa sobre el titular de este derecho una "carga", que consiste en hacerlo valer en la oportunidad que corresponde. El artículo 64 de la LMC es claro en cuanto este derecho debe alegarse en la demanda de nulidad o divorcio o en la respectiva reconvencción o inmediatamente después de la audiencia de conciliación, luego de la advertencia que el juez está obligado a hacer en cuanto a la existencia de este derecho, y antes de que los autos pasen a la etapa siguiente. Creemos conveniente, en este último evento, que el juez fije un plazo breve para el ejercicio del derecho antes de dar curso progresivo a los autos de conformidad a los artículos 55 y siguientes de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia. De esta manera, desaparece la incertidumbre que se genera por el hecho de no haberse ejercido el derecho en la demanda de divorcio ni en la reconvencción.

El derecho, por consiguiente, caduca en dos casos:

a. Tratándose del divorcio mutuamente consentido y solicitado, si el acuerdo a que alude el artículo 55 inciso 2° de la LMC no lo establece ni lo regula. En el fondo esta omisión implica una especie de renuncia a la compensación económica, ya que ha de suponerse que los cónyuges entienden que no se dan los presupuestos antes mencionados para que tenga lugar; y

b. Cuando en los demás casos –divorcio sanción y ejercicio unilateral de la acción– este derecho no se reclame en la demanda ni en la reconvenición, ni con posterioridad en escrito complementario, debidamente informados por el Juez de la existencia del derecho en la audiencia de conciliación (artículo 64 incisos 1° y 2° de la LMC).

En ambos casos, se produce, decíamos, la caducidad del derecho por las siguientes razones: i) la naturaleza de la compensación económica es sui géneris, excepcional y de derecho estricto, por ende no puede interpretarse extensivamente; ii) decretado el divorcio, no subsisten más que las obligaciones contenidas en la sentencia en lo que concierne a las relaciones patrimoniales de los involucrados; iii) una acción indemnizatoria posterior al divorcio no comprende la reparación de un desequilibrio fundado en la distribución de roles en la vida en común, asignación perfectamente legítima, que no puede considerarse infracción de una obligación preexistente que sirva de antecedente a una acción reparatoria; iv) lo que representa la compensación económica no constituye un daño indemnizable (ni daño emergente, ni lucro cesante, ni daño moral), sino la intención del legislador de resguardar un equilibrio patrimonial que no tiene otro antecedente que las referidas asignaciones de roles en el matrimonio; v) la ley impone “una carga procesal” al titular de este derecho, si ésta no se satisface sobreviene la caducidad; vi) la ley señala que la compensación económica debe ser convenida por las partes, tanto en su monto como en la forma de pago, y sólo a falta de este acuerdo corresponde al Juez determinar ambas cosas en la oportunidad contemplada en la ley; vii) si este derecho subsistiera después de decretado el divorcio, su ejercicio posterior infringiría el artículo 60 de la LMC, que dispone que “El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”, y el artículo 50 de la misma, que preceptúa que “La nulidad produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la declara, retrotrayéndose las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial...”; viii) en el caso que analizamos confluyen las dos fuentes de la caducidad, esto es, la consunción del plazo y el incumplimiento de una carga, lo anterior porque el derecho debe ejercerse y ello ocurrir en un cierto plazo que está dado por la interposición de la demanda, la reconvenición o el escrito complementario de que trata el artículo 64 de la LMC; y ix) la caducidad, en este caso, está integrada, además, por la información que el juez está obligado a proporcionar a los interesados sobre la

existencia de este derecho en el comparendo de conciliación de que trata el Capítulo VII, Párrafo 2° de la LMC.

Conviene preguntarse: ¿Qué ocurre si el Juez, desatendiendo lo ordenado perentoriamente en la ley, no advierte a las partes sobre el derecho a la “compensación económica” y éste no es ejercido? Podría pensarse que se trata de un trámite esencial que acarrea la nulidad del comparendo de conciliación y, por lo tanto, de la sentencia de divorcio. No es esta nuestra opinión. Creemos nosotros que si las partes no son informadas de la existencia del derecho, simplemente no opera la caducidad y el derecho subsiste pudiendo ejercerse ante el mismo Tribunal y debiendo dictarse una sentencia complementaria. Recordemos que la caducidad o preclusión de un derecho sólo se produce cuando concurren todos los presupuestos consagrados en la ley y que, como se dijo, nos hallamos ante una institución de derecho estricto, excepcional y que debe interpretarse restrictivamente. Por lo tanto, forzoso resultar reconocer que el derecho subsiste y que puede ejercerse mientras no haya prescrito.

Por último, cabe también formularse otra pregunta: ¿Qué ocurre si el juez en su sentencia, a falta de acuerdo entre las partes, acoge el derecho a “compensación económica”, pero no determina la forma de pago de la misma, como lo ordena el artículo 65 de la LMC? Creemos que en este supuesto puede también solicitarse la complementación de la sentencia o, ante la ejecución forzosa pedida por el acreedor, alegarse por parte del deudor alguna de las modalidades de pago a que se refieren los artículos 65 y 66 de la LMC.

5. Compensación económica y régimen patrimonial en el matrimonio

Discutible resulta precisar qué relación existe entre el régimen de bienes en el matrimonio y la “compensación económica” de que trata la LMC. A primera vista se trata de dos instituciones diversas que no se contradicen ni condicionan. Pero, en verdad, la cuestión no es tan simple.

Comencemos por definir qué importancia debe asignarse al patrimonio de cada uno de los cónyuges y qué es lo que debe compensarse mediante esta institución.

La situación patrimonial de las partes está mencionada ligeramente al especificarse cuáles son los parámetros que el juez debe considerar “especialmente” para fijar el monto de la compensación (“existencia del menoscabo económico y cuantía de la compensación”). Nuestra ley alude, simplemente, “a la situación patrimonial de ambos” cónyuges. De lo señalado se desprende que la fuerza del patrimonio no es más que un antecedente a considerar, entre varios otros, para medir el menoscabo económico experimentado por el cónyuge que se

dedicó a las tareas propias del hogar y al cuidado de los hijos. No se trata, entonces, de compartir un patrimonio ni de participar en el éxito económico que pudo obtener el otro cónyuge.

Por otro lado, debemos precisar qué se compensa. El equilibrio que se procura alcanzar con la aplicación del artículo 61 de la LMC no tiene directa relación con aquello que obtuvo el cónyuge deudor con su actividad productiva, sino con lo que dejó de ganar aquel otro dedicado a tareas familiares y domésticas. Por lo tanto, pueden ocurrir dos cosas: que uno de los cónyuges se haya enriquecido y deba pagar una parte menor de su fortuna porque la productividad del otro cónyuge era presumiblemente mínima en relación al deudor; o, bien, que el cónyuge que dedicó su esfuerzo al trabajo haya obtenido escasos beneficios y deba compensar al otro lo que dejó de recibir al verse privado total o parcialmente de realizar una actividad remunerada. De aquí que la ley contemple la posibilidad de que “el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación...” (artículo 66 de la LMC). Esto demuestra que la compensación no reviste la forma de participación o de comunidad de utilidades en el matrimonio, sino, como su nombre lo indica, la forma de equilibrar lo que cada cual pudo rendir en el evento de haberse dedicado al trabajo productivo. Lo que señalamos nos resulta de la mayor importancia, porque existe la tendencia natural de relacionar la compensación con el éxito económico que uno de los cónyuges tuvo en el matrimonio. Lo dicho no implica negar lo que se sostuvo en las páginas precedentes, en orden a que tras este derecho gravita, como sustrato de la ley, la presencia de una “comunidad virtual”, pero restringida a la capacidad productiva de cada uno de los cónyuges.

Sobre la base de lo manifestado, corresponde examinar qué relación tiene este derecho con el régimen de bienes del matrimonio.

Desde luego, hay que reconocer que la cuestión se plantea respecto de dos regímenes de bienes en el matrimonio: sociedad conyugal y participación en los gananciales. Si los cónyuges se hallan totalmente separados de bienes, no se genera cuestión alguna y prevalecerán las disposiciones del Capítulo VII de la LMC.

a. Principio general

Si el régimen de bienes que regula los intereses de los cónyuges en el matrimonio implica, en alguna medida, cualquiera que ella sea, compartir los bienes que se adquieren durante la vida común, la diferencia (desequilibrio) que la ley procura corregir será menor o desaparecerá y, por ende, lo mismo ocurrirá con el monto o la existencia de la compensación. Es indudable que si todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio inciden equilibradamente

en la situación patrimonial de los cónyuges, aquel que se ha dedicado a las tareas de hogar y el cuidado de los hijos se verá escasamente perjudicado por la pérdida patrimonial que ello le acarrea. Sin embargo, no puede rechazarse de plano la posibilidad de que, no obstante la comunidad de bienes o el derecho a un crédito de participación, exista un desequilibrio que deba compensarse en caso de nulidad de matrimonio o divorcio. En conclusión, el régimen de bienes en el matrimonio no sirve de fundamento para reclamar o excluir el derecho a compensación, pero tiene incidencia en “la situación patrimonial” de los cónyuges, que es uno de los elementos que debe considerar el Tribunal para la determinación del monto de la compensación.

b. Factores que deben considerarse para la determinación de la compensación

El artículo 62 de la LMC se encarga de precisar qué factores deben considerarse para los efectos de determinar la “existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación”. Se trata de una norma imperativa de la cual el juez no puede prescindir. La ley no fijó un orden de prelación entre estos elementos, razón por la cual será el sentenciador el llamado a invocarlos y asignarles la importancia que corresponde en cada caso. La enumeración de estos factores no es taxativa, sino meramente referencial, puesto que la norma señala “se considerará, especialmente...”, lo cual revela que puede atenderse a otras circunstancias no señaladas en la ley.

El primer elemento alude a “**la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges**”. Esta disposición plantea una cuestión adicional: ¿debe considerarse la convivencia de hecho previa al matrimonio, si la hubo, o sólo la duración de la vida en común mientras estaba vigente el vínculo conyugal? A nuestro juicio, la ley autoriza al juez para calificar la vida en común anterior al matrimonio, puesto que durante ese período se configuran los mismos presupuestos de hecho que dan lugar a reclamar esta compensación. Así, por ejemplo, si los cónyuges han convivido durante diez años, contraen posteriormente matrimonio y éste se disuelve al cabo de cinco años, sería injusto y contradictorio atender sólo a este último lapso para compensar a aquel que se hizo cargo de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. Desde otra perspectiva, la letra de la ley permite sostener esta interpretación, si se atiende al principio enunciado en el artículo 3° de la LMC, que ordena resolver esta cuestión cuidando “proteger siempre el interés del cónyuge más débil”. Podría pensarse que el tenor literal de la norma conduce a una conclusión distinta, ya que ella invoca “la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges”. Empero la alusión a la “vida en común” comprende, creemos nosotros, todo el tiempo durante el cual ha habido convivencia, unión de cuerpos y desempeño de roles que se implican. Reafirma lo que señalamos el hecho de que la

compensación, sin duda alguna, comprende el período en que los cónyuges separados siguen ligados por el vínculo matrimonial, lo cual revela que este factor comprende dos situaciones independientes: la extensión del matrimonio y la vida en común. Si hay derecho a compensación durante el matrimonio sin vida en común, no existe razón alguna para negarlo cuando hay vida en común sin matrimonio. En suma, para los efectos que analizamos, debe el juez considerar la duración del matrimonio y de la vida en común anterior (cuando la hubo) y posterior al matrimonio.

El segundo elemento consiste en ponderar **“la situación patrimonial de ambos”**. Esta referencia conduce a dar a la compensación económica un cierto carácter asistencial, puesto que si existe una diferencia sustancial en la fuerza de cada patrimonio, la compensación se incrementará en favor del cónyuge (débil) titular de este derecho. No puede omitirse la circunstancia de que con el divorcio se extingue el derecho de alimentos y los derechos sucesorios recíprocos que corresponden a cada cónyuge (hoy herederos legitimarios). Por lo tanto, corresponderá al juez resarcir al más débil mediante la determinación de la compensación ordenada en el artículo 61 de la LMC. Sostenemos, en consecuencia, que en el evento de que exista una desproporción considerable entre el patrimonio de uno y otro, el juez debe compensar la pérdida de los derechos patrimoniales que se extinguen por causa de la nulidad del matrimonio o el divorcio, incrementando la compensación, porque la actividad del cónyuge dedicado a las tareas del hogar y cuidado de los hijos ha contribuido, en cierta proporción, al incremento o conservación de los bienes del cónyuge dedicado a tareas lucrativas. En alguna medida el artículo 60 de la LMC recoge esta idea. Según señala esta disposición, *“El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”*. Como puede constatarse, en cierta medida, la ley asocia la pérdida de los derechos sucesorios y de alimentos a la compensación económica. Por lo mismo, asignamos un alcance amplio al factor que se analiza, ya que denota la intención de la ley y la manera de hacer efectiva la protección del cónyuge más débil.

El tercer elemento consiste en la **“la buena o mala fe”**. Como parece obvio, este elemento no está referido a la conducta de uno u otro cónyuge, sino que a ambos. Así, por ejemplo, el juez deberá analizar si, tratándose de la nulidad del matrimonio, ha habido dolo por parte de alguno de los contrayentes (como el ocultamiento de un impedimento) o, tratándose del divorcio, ha habido infracción a los deberes que impone el matrimonio por parte de uno de ellos. Se trata, entonces, de otro factor que amplía considerablemente las facultades jurisdiccionales para determinar el **“menoscabo económico”** que justifica esta compensación. Interesa destacar que no se advierte una relación

causal entre el fundamento de la compensación (perjuicio experimentado por uno de los cónyuges como consecuencia de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería) y la buena o mala fe de cualquiera de ellos. La falta de una aparente relación causal (entre la buena o mala fe y el menoscabo económico que se trata de compensar), revela que este derecho es muchísimo más amplio de lo que se piensa y que, al determinarse su existencia y cuantía, puede sancionarse la mala fe y premiarse la buena fe, todo ello elevando o disminuyendo el monto de la compensación. Dicho de otro modo, puede afirmarse que la ley puso en manos del juez un instrumento para mejorar la situación del cónyuge perjudicado cuando ha sido víctima de la mala fe del otro cónyuge, aun cuando ello no haya tenido efecto en el desequilibrio patrimonial que se trata de resolver. Constatamos, nuevamente, que la naturaleza jurídica de la compensación económica es compleja, por cuanto influyen en ella una serie de factores que no se avienen con los elementos constitutivos de este derecho excepcional.

El cuarto elemento es **“la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario”**, Vuelve a aparecer otro factor, aparentemente desvinculado del “menoscabo económico” en que se funda el derecho a compensación económica. Por lo mismo, se trata de un nuevo antecedente para extender la aplicación de este derecho y compensar al cónyuge más débil cuando se halla desvalido por efecto de la salud y de la edad.

El quinto elemento es **“la situación (del cónyuge beneficiario) en materia de beneficios previsionales y de salud”**. Queda patente la voluntad de la ley en lo que dice relación con la suerte del cónyuge perjudicado por la distinta asignación de roles. Indudablemente, ninguno de estos elementos determina el menoscabo económico que se sigue de no haber desarrollado una actividad remunerada por el hecho de haberse dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. ¿Por qué, entonces, deben considerarse los beneficios previsionales y de salud del cónyuge más débil? La respuesta nos parece evidente: porque la compensación económica de que trata el artículo 61 de la LMC es el medio a través del cual es posible reparar los efectos de la disolución del vínculo matrimonial respecto del cónyuge más débil.

El sexto elemento es la **“cualificación profesional y las posibilidades de acceso al mercado laboral”** del cónyuge beneficiario. Esta vez la ley se ocupa del futuro productivo del titular de este derecho, cuestión ajena a la causa que justifica la compensación económica, salvo que se circunscriba a un antecedente histórico que sirva para determinar el menoscabo económico y la cuantía del mismo. A nuestro juicio, ambas cosas quedan comprendidas en el factor mencionado, reforzando, todavía más, lo anotado en los párrafos anteriores.

El séptimo y último elemento consiste en **“la colaboración que (el cónyuge beneficiario) hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”**. Este antecedente sí que se halla referido al menoscabo efectivo que se trata de compensar, extendiéndose el beneficio más allá del presupuesto descrito en el artículo 61 de la LMC, puesto que se busca reparar un enriquecimiento injusto derivado del trabajo colaborativo del cónyuge titular de este derecho.

Llama poderosamente la atención que para los efectos de determinar el “menoscabo económico y la cuantía de la compensación”, como reza el artículo 62 de la LMC, se recurra a una serie de elementos que no buscan precisar el menoscabo efectivo sufrido por el cónyuge perjudicado con la distinta asignación de roles en el matrimonio, sino más bien mejorar la situación del cónyuge más débil. A primera vista podría pensarse que la compensación exige un cálculo objetivo encaminado a fijar la existencia y cuantía de un cierto menoscabo sobre la base de parámetros bien definidos. Sin embargo, ello no es así, porque la misma ley considera elementos que parecen apuntar en una dirección bien distinta, como queda de manifiesto en lo comentado, lo cual compromete la naturaleza de esta institución.

Nuestra ley, en el inciso 2° del artículo 62, faculta al juez para **denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal de divorcio o disminuir prudencialmente su monto**. ¿Qué relación tiene esta disposición con el hecho de que durante el matrimonio uno de los cónyuges no pudiera desarrollar una actividad remunerada por haberse dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos? En estricta lógica: ninguna. Lo indicado refuerza, entonces, la afirmación anterior en orden a que la compensación económica es un instrumento que permite al juez amparar al cónyuge “más débil” y reparar, en alguna medida, la situación de menoscabo a que puede ser arrastrado. Asimismo, impedir que este derecho beneficie a quien provocó la ruptura definitiva del vínculo matrimonial.

6. ¿Puede el derecho a compensación económica renunciarse anticipadamente?

No cabe duda que el derecho a compensación económica es renunciable una vez demandado el divorcio o la nulidad de matrimonio, puesto que basta para ello no ejercerlo en la oportunidad establecida en la ley para que éste precluya, como quedó dicho. Tiene en esta materia plena aplicación el artículo 12 del Código Civil, ya que la renuncia no está prohibida en la ley y el derecho mira el interés individual del renunciante. Sin embargo, la renuncia anticipada (por ejemplo en una estipulación de las capitulaciones matrimoniales) plantea varios problemas.

Desde luego, se trata de una materia de "orden público", ya que integra el estatuto matrimonial que organiza y regula el funcionamiento de la familia. Por lo mismo, si la ley no autoriza la renuncia, ella carecerá de validez. Abona lo que se señala el hecho de que todos los acuerdos patrimoniales entre los cónyuges, tratándose del régimen de sociedad conyugal de bienes (régimen de derecho en nuestra ley en cuanto se entiende pactado en el silencio de los contrayentes), deben adoptarse mediante capitulaciones o convenciones matrimoniales. El artículo 1717 del Código Civil se refiere al contenido de estas capitulaciones en los siguientes términos: "Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a la buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes".

De la norma trascrita deducimos que si ambos cónyuges o uno de ellos renunciara anticipadamente (al momento de contraer matrimonio) al derecho de reclamar, en caso de nulidad o de divorcio, compensación económica, se infringiría el inciso 2° del artículo 1717 del Código Civil, por cuanto se lesionaría un derecho que la ley concede a uno de los cónyuges respecto del otro. Si ello ocurre en el régimen de sociedad conyugal, no podría sostenerse que no sucede lo mismo en los demás regímenes de bienes del matrimonio. Insistimos en el adagio jurídico de "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". Excluimos nosotros la idea de que nuestra LMC permite la celebración de convenciones matrimoniales llamadas a regular los derechos que las leyes conceden a los cónyuges en caso de divorcio o nulidad. El campo de la "autonomía privada" está muy restringido en materia de familia, precisamente porque se trata de normas de orden público en que prima el interés social por sobre el interés individual.

7. Verdadero alcance de la compensación económica de que trata el artículo 61 de la LMC

Todas las reflexiones anteriores nos llevan a sostener que la compensación económica de que trata el Capítulo VII Párrafo 1° de la LMC, no se halla limitada ni tiene por objeto exclusivamente permitir que el cónyuge impedido de desarrollar actividades remuneradas o lucrativas durante el matrimonio consiga una reparación que restaure el equilibrio roto por la asignación de distintos roles durante la vida en común. Ella, atendido los factores analizados precedentemente y las facultades excepcionales que se confieren al juez para denegarla o reducirla prudencialmente, está llamada a proteger al cónyuge más débil e impedir que la pérdida del derecho de alimentos y de sus expectativas sucesorias lo condenen a la miseria y la marginalidad luego de su vida matrimonial.

Hemos sostenido repetidamente que la ley tiene una intención y una voluntad propias y que ella se independiza de su autor. La voluntad de la ley no es la voluntad de quienes le dieron vida, cuestión que está ultrademostrada en la teoría de la hermenéutica legal. Puede sostenerse, por ende, que no fue el alcance interpretativo que proponemos el que motivó la aprobación de la LMC. Pero nos parece evidente, atendidas las razones expuestas, que ella representa su verdadera intención y espíritu. No olvidemos que el elemento histórico de interpretación está restringido sólo a alumbrar el elemento lógico, no así el elemento sistemático, ni muchos menos el espíritu general de la legislación (principios generales de derecho), o la equidad natural (elementos de clausura en la fase de interpretación formal).

Desde otra perspectiva, no puede prescindirse del medio social regulado por el derecho, especialmente en materia tan sensible como es todo lo relacionado con la familia y el matrimonio. La realidad sociológica en nuestro país, sin necesidad de invocar estudios, estadísticas o investigaciones especializadas, induce a reconocer que es la mujer la encargada tradicionalmente de atender las tareas domésticas del hogar y que, por razones incluso naturales, es ella también la llamada a atender la crianza y cuidado de los hijos. Por lo mismo, el derecho a compensación económica, en caso de nulidad del matrimonio o divorcio, accede en favor de la mujer, casi sin excepción. Lo señalado, unido a las desventajas que todavía hoy día afectan a la mujer en el mercado laboral, lleva a concluir que será ella, casi siempre, el "cónyuge más débil" y el que menos posibilidad tiene de forjarse una situación económica sólida y estable durante la vida matrimonial.

Por lo tanto, es intolerable –creemos nosotros– que luego de decenas de años de vida común, un cónyuge rico (en términos relativos), pueda desentenderse absolutamente de la suerte y destino del otro cónyuge, con quien, incluso, formó una familia, abandonándolo a su suerte. No nos parece admisible afirmar que la ley no da solución a este problema, como consecuencia de que no dejó subsistente ni el derecho de alimentos ni la vocación sucesoria. Lo anterior puede ser efectivo (como por lo demás lo señala el artículo 54 de la LMC), pero el derecho a reclamar la "compensación económica" es el llamado a paliar esta injusticia atroz. No puede perderse de vista, además, que las deficiencias que acusan las leyes deben superarse mediante la interpretación, siempre que ella, como ocurre en este caso, no contravenga, sino más bien confirme, el sentido y la voluntad de la ley. Agreguemos, aún, el hecho de que determinar con precisión el perjuicio que uno de los cónyuges experimentó por efecto de no haber desarrollado una actividad económica remunerada, es extremadamente difícil. Basta remitirse, por ejemplo, a la depresión que naturalmente provoca no haberse podido realizar como profesional, empresario, funcionario público o privado, seguido de una ruptura matrimonial, la mayor parte de las

veces traumática. ¿Es dable considerar estos aspectos para tasar el menoscabo económico frente a la hipótesis descrita en el artículo 61 de LMC? A la luz de los factores precedentemente analizados, nadie podría negar el hecho de que éstos constituyen antecedentes valiosos para la determinación y cuantía de la compensación económica. Nosotros, además, estimamos que con los instrumentos de que dispone, el juez está en situación de salvar lo que aparentemente podría considerarse un vacío de la LMC, esto es, la desprotección y abandono en que puede quedar uno de los cónyuges como consecuencia de la ruptura matrimonial. De ser otra la interpretación que nuestros tribunales den a estas disposiciones (Capítulo VII Párrafo 1° de la LMC), se consolidaría una aberración en el estatuto que rige el matrimonio en desmedro de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, porque tampoco puede negarse que es ella (la mujer) la que, por regla general, una vez producida la ruptura, mantiene los lazos que unen a sus integrantes.

En suma, sostenemos que el derecho a “compensación económica” es un recurso que permite al juez reparar, no sólo el perjuicio experimentado por el cónyuge impedido de desarrollar actividades remuneradas como consecuencia de la asignación de roles en la vida común, sino el medio puesto a su disposición para amparar al más débil ante la disolución del vínculo matrimonial.

Una futura reforma de nuestra legislación debería ampliar el derecho que comentamos o, bien, conceder al “cónyuge más débil” una asignación alimenticia o derechos sucesorios, especialmente cuando el matrimonio ha perdurado durante muchos años.

8. Modalidades de pago de la compensación económica

La ley ha reglamentado la forma de pago de la compensación económica, lo cual nos parece acertado, ya que se trata de un efecto práctico importante.

a. Regla principal

La forma de pago queda entregada a la voluntad de las partes. Son ellas las llamadas a establecer su procedencia y su cuantía. Nuestra ley exige, sin embargo, la concurrencia de algunos requisitos para dar validez a este acuerdo.

i. Los cónyuges deben ser mayores de edad, esto es, mayores de 18 años (recuérdese que para contraer matrimonio se requiere tener a lo menos 16 años). ¿Qué ocurre si los cónyuges son menores de edad? A nuestro juicio, en este caso, no cabe la representación legal, porque por efecto del matrimonio –si fueren menores de 18 años– habría operado la emancipación legal (artículo 270 N° 3 del Código Civil). En consecuencia, necesariamente, la procedencia

y cuantía de la compensación debe ser decidida por el juez competente a requerimiento de un curador ad litem en los términos previstos en el artículo 494 del Código Civil. Obtenida que sea una compensación económica en favor del menor, será necesario designarle un curador, de acuerdo a lo ordenado en los artículos 435 y siguientes del Código Civil, hasta que alcance su mayor edad.

ii. Se trata de un acuerdo solemne que debe constar por escritura pública o acta de avenimiento ante el Tribunal.

iii. Debe ser aprobado por el juez en uno y otro caso en términos formales y explícitos.

iv. El acuerdo debe versar necesariamente sobre la procedencia del derecho, pudiendo omitirse la determinación de la cuantía y la forma de pago. Si nada se dice sobre la cuantía, ella será decidida por el juez, y si nada se dice acerca de la forma de pago, se entenderá que será de contado.

v. Este acto, como se señaló, es puro y simple, pero sólo respecto del derecho a ser titular de compensación económica. Creemos que no puede quedar condicionada la existencia del derecho a modalidad alguna porque, en tal caso, no hay acuerdo. Lo que señalamos se desprende de lo prevenido en el artículo 63 de la LMC, que trata derechamente de un acuerdo sobre la procedencia y la cuantía de la compensación. Sin embargo, no descartamos la posibilidad de que el acuerdo sólo se extienda a la procedencia del derecho (acuerdo parcial), quedando pendiente, como se dijo, la cuantía y la forma de pago.

b. Regla accesoria

En el supuesto de que no exista acuerdo entre las partes sobre forma de pago de la compensación, será el juez el llamado a decidir. La forma de pago debe estar contenida en la sentencia de divorcio o nulidad de matrimonio. Nuestra ley, en el artículo 65 de la LMC, facultó al Tribunal para adoptar diversas modalidades de pago con amplias prerrogativas al efecto.

i. Puede el juez ordenar la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de una cantidad de dinero, puede ordenar su pago en una o varias cuotas reajustables, adoptándose las medidas para asegurar su pago.

ii. Puede también el juez disponer la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. Agrega la ley que estos derechos “no perjudicarán a los acreedores que el propietario hubiera tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo”. De

lo señalado se sigue que los derechos aludidos (usufructo, uso y habitación) son inoponibles a los acreedores del cónyuge deudor, siempre que hayan tenido tal calidad a la fecha de constituirse el respectivo derecho, e inembargables respecto de los acreedores del cónyuge beneficiario. Lo anterior es un claro testimonio de que este beneficio es extraordinario y excepcional.

iii. La ley se pone en la hipótesis de que el cónyuge deudor no tuviera bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante alguna de las modalidades anteriores. En tal caso, dice el artículo 66 de la LMC, podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario, tomando en consideración la capacidad económica del deudor y expresando cada cuota en alguna unidad reajustables. En el inciso 2° de esta disposición añade que: *“La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”*.

Esta última regla sugiere varios comentarios. Desde luego, la ley se pone en el supuesto de que deudor no “tuviera bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación”, a pesar de haber obtenido alguna de las facilidades de que trata el artículo 65. De ello se sigue que la compensación no implica una distribución de bienes ni un ajuste entre patrimonios. Lo que el cónyuge obligado a pagar compensa es la barrera que generó la asignación de roles en el matrimonio, a consecuencia de lo cual uno de ellos no pudo realizar tareas remuneradas o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería (interpretación restrictiva conforme lo sostenido en los párrafos anteriores). Este aspecto, entonces, permite descartar la posibilidad de que se atribuya a la compensación económica el carácter de medio para distribuir una acumulación de riqueza producida durante el matrimonio.

La norma que examinamos acota, además, que las cuotas en que se divide la deuda, cuando se conceden facilidades para el efecto de su pago, deben expresarse en alguna unidad reajutable. Lo indicado no es más que la reiteración de numerosas otras disposiciones que forman parte de nuestra “cultura inflacionaria”, habituados, como estamos, a sufrir bruscas fluctuaciones en el valor del dinero. Lo propio ocurre en el artículo 1734 del Código Civil, que se refiere a las recompensas que deben pagarse cuando se liquida la sociedad conyugal, y en el artículo 1792-21 del mismo Código, que reglamenta el pago del “crédito de participación” en los gananciales en este régimen.

Finalmente, la disposición agrega que dividida la deuda que se origina con la “compensación económica” en cuotas, cada una de ellas *“se considerará alimentos para los efectos de su cumplimiento, a menos que se hubiere ofrecido otra garantía para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”*.

Conforme a lo expresado, la naturaleza jurídica de este derecho no es alimentaria. Ello queda descartado por el solo hecho de que la ley "considere alimentos" cada cuota, pero para el solo efecto de su cumplimiento. En otros términos, se trata de aplicar al deudor los apremios que contempla la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. De aquí que el autor nos diga: "La circunstancia de que la ley indique se considerará también es de importancia, toda vez que aquello que es considerado por la ley como algo, es porque intrínsecamente no lo es, y sólo mediante el mecanismo de una ficción jurídica se varía su naturaleza para lograr ciertos propósitos de orden jurídico, como ocurre en la especie, que se busca dar una mayor efectividad al cobro de la compensación económica".¹¹

Como conclusión podemos afirmar que si bien el artículo 66 de LMC no sirve para desentrañar la naturaleza jurídica de la compensación, al menos permite descartar la tesis de que se trataría de un derecho de naturaleza alimenticia.

9. La compensación en el derecho comparado

Parece útil referirse al derecho comparado en lo relativo a la compensación económica que, por diversos conceptos, reciben los cónyuges divorciados. Creemos que en esta materia nuestra ley desprotege exageradamente al cónyuge más débil, dejándolo en muchas ocasiones, como se señaló en lo precedente, en estado de abandono.

En **Francia**, hasta el año 1975, se asignaba al cónyuge divorciado, cuyos recursos eran insuficientes para subsistir, una pensión de alimentos. De esta manera, se extendía el deber de socorro que asiste a los cónyuges más allá del matrimonio. En 1975 se modificó el Código Civil francés, eliminándose toda referencia al carácter alimenticio de la asistencia económica que se dispensaba al contraente que carecía de lo necesario para subsistir. Sin embargo, se mantuvo una asistencia económica al cónyuge que carecía de lo necesario para subsistir, pero destinada a compensar el desequilibrio en las condiciones de vida provocado por la ruptura matrimonial.¹² **Como puede comprobarse, no se deja al cónyuge más débil (aquel que carece de lo necesario para asegurar su subsistencia) en la más absoluta orfandad, como ocurre entre nosotros.**

En **Italia** ocurre otro tanto. Los juristas han hallado la forma de dotar al cónyuge más desvalido de una asignación por el divorcio. "En 1987 se contempla una referencia al estado de necesidad del cónyuge acreedor de la asignación,

¹¹ Ismael Eduardo Verdugo Bravo. Trabajo citado. Pág. 498.

¹² Ismael Eduardo Verdugo Bravo. Analiza la reforma del artículo 301 del Código francés y sus características. Trabajo citado. Pág. 486.

como elemento determinante de la asignación de divorcio, a lo cual se debe agregar que se elimina el divorcio en su aspecto sancionador, motivo por el cual se termina el fundamento indemnizatorio. Es decir, es el desequilibrio económico, en nuestro parecer, el fundamento de la asignación, no obstante lo cual algunos autores insisten en una especie de 'solidaridad familiar', muy similar al fin asistencial, como fundamento de la asignación".¹³ **Nuevamente queda en evidencia que el cónyuge más débil no es abandonado a su suerte luego de decretado el divorcio.**

En **Alemania** sucede lo mismo. Si uno de los cónyuges divorciados, no obstante no mantenerse el deber de socorro, no puede subsistir con sus propios recursos, está habilitado para demandar alimentos al otro. Incluso se señalan los presupuestos para que tal ocurra: la imposibilidad de ejercer una actividad remunerada; que el beneficiado no encuentra una actividad relacionada con su calidad profesional; que éste se vea obligado a reanudar una determinada instrucción educacional interrumpida por el matrimonio; que razones de equidad justifiquen el beneficio. **También en el derecho alemán la ley sale en defensa del cónyuge indefenso económicamente por causa del divorcio.**

En **España** la situación es semejante. Como se transcribirá más adelante, el artículo 97 del Código Civil, fundado en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, y siempre que ello implique un empeoramiento de su situación anterior al matrimonio, el perjudicado tiene derecho a impetrar una pensión, sea temporal o indefinida. **La tendencia es la misma que la que se observa en las legislaciones anteriores.**

En **Argentina** ocurre lo propio. El artículo 217 del Código Civil se remite, en cuanto a los efectos del divorcio, a los artículos 206, 207, 208, 209, 210, 211 y 217, ubicados a propósito de la separación de cuerpos. El artículo 209 expresa lo que sigue: "Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación persona (divorcio), si no tuviere recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro, si tuviere medios, le provea lo necesario para su subsistencia". A su vez, los artículos 210 y 218 establecen las causales de extinción de este derecho. **Insistimos en que los principios son los mismos.**

En **Perú** se sigue similar criterio. El artículo 350 del Código Civil, conforme la modificación introducida el año 2001, expresa lo siguiente: "Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir

¹³ Ismael Eduardo Bravo. Trabajo citado. Pág. 486.

sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor a la tercera parte de la renta de aquél. El ex cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex cónyuge aunque hubiese dado motivo al divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar las exoneraciones y, en su caso, el reembolso". El artículo 351 del mismo Código dice que: "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral". **Vuelve el legislador peruano sobre el mismo punto, brindando un resguardo justo al cónyuge más débil.**

Como puede apreciarse, la tendencia de todas estas legislaciones apunta en la misma dirección. El matrimonio genera una comunidad de vida que, al extenderse por algún tiempo, impone un deber moral mínimo a cada uno de los ex cónyuges, deber que no puede ser ignorado por el legislador. Es, por lo mismo, lamentable que nuestra ley no haya recogido esta tendencia. Desde este punto de vista, nuestra ley de matrimonio adolece de un vacío inaceptable que debe ser corregido por nuestros tribunales en ejercicio de su tarea interpretativa al amparo del llamado derecho a "compensación económica". Son, creemos nosotros, muchos los casos de personas que quedan desamparadas de toda asistencia por causa del divorcio, especialmente cuando este último se produce después de largos años de convivencia matrimonial. Sería de desear, por lo tanto, que el legislador revisara esta situación y le diera una solución más ecuánime y en armonía con la realidad social. Finalmente, en ciertos casos calificados, sea por la causa del divorcio, los años de matrimonio, la dedicación preferente de uno de los cónyuges al cuidado de la prole, la contribución del cónyuge débil a la hacienda familiar, etcétera, debería subsistir una asignación alimenticia hereditaria forzosa, como ocurría, por ejemplo, con nuestra antigua "porción conyugal" hoy derogada. De esta manera, se extendería el deber de socorro a través de la sucesión del cónyuge premuerto.

10. Comentario de jurisprudencia sobre la compensación económica

Comentaremos, a continuación, algunos fallos recientes sobre la materia.

i. En sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 23 de agosto de 2007,¹⁴ se reconoce que no debe atribuirse a la compensación económica carácter alimenticio o indemnizatorio y que lo que se pretende reparar es una

¹⁴ Rol N° 664-07, MJJ15574.

pérdida patrimonial y no moral. Se agrega que este costo podría asemejarse a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto. El considerando 8° de la sentencia expresa: "Que no debe atribuirse a la compensación económica consagrada en la ley, un carácter alimenticio o indemnizatorio, no obstante que presente algunos rasgos comunes o semejantes y lo que se pretende reparar es, en todo caso, una pérdida patrimonial y no moral. Se ha dicho y resuelto que se pretende cubrir, por un lado, el desequilibrio económico entre los cónyuges que impide a uno enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro, el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este costo podría semejar a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener, que es distinto".

Como puede observarse, esta sentencia vincula la compensación, en cierta medida, al lucro cesante y la indemnización de la "chance", materia especialmente tratada en el derecho francés. Este enfoque resulta novedoso, porque pone acento en la posibilidad que perdió el cónyuge acreedor de realizar tareas lucrativas en su beneficio (costo de oportunidad), como consecuencia de dedicarse a las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. A juicio del Tribunal, no se trata de un derecho de alimentos ni de una indemnización de perjuicios, pero se repara un daño patrimonial y no moral. No es un lucro cesante, pero apunta a reparar la pérdida de una oportunidad. Creemos que este fallo refuerza nuestra apreciación en el sentido que se trata de un derecho sui generis, porque no puede asimilarse a ninguna de las instituciones que aparecen externamente vinculadas.

ii. En sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Corte de Apelaciones de Rancagua,¹⁵ se señala que con la compensación económica el legislador buscó reparar el desequilibrio económico que se puede originar luego del quiebre del matrimonio, al cesar la obligación de socorro que tenían los cónyuges entre sí, protegiendo, de este modo, al cónyuge más débil. Esta vez el Tribunal pone el énfasis en la desigualdad patrimonial (desequilibrio) y en el hecho de que este desequilibrio económico se agrava por la cesación del deber de socorro impuesto en la ley. El considerando 4° de la sentencia señala: "*Que, el artículo 61 de la ley de matrimonio civil consagra el instituto de la compensación económica, que consiste en la compensación del menoscabo económico que se haya producido como consecuencia de haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado de los hijos*

¹⁵ Rol N° 247-07, MJJ16197.

o a las labores propias del hogar común, no pudiendo en razón de ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o en menor medida de lo que podía o quería. Se ha buscado con ésta reparar el desequilibrio económico que se puede originar luego del quiebre matrimonial, al cesar la obligación de socorro que tenían los cónyuges entre sí, protegiendo así al cónyuge más débil. En efecto, es común que uno de los cónyuges logre una situación económica más expectante que el otro, debido justamente al apoyo que recibió del cónyuge más débil, por lo que este último deberá ser compensado”.

Al parecer los jueces, junto con destacar el desequilibrio económico y la terminación del deber de socorro, enfatizan que ello es consecuencia de la cooperación que recibió el cónyuge favorecido del cónyuge más débil. Elevan así uno de los factores que se mencionan en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, a condición determinante y justificatoria de esta institución.

iii. En sentencia de 28 de noviembre de 2007 de la Corte Suprema,¹⁶ recaída en recurso de casación en el fondo, se resuelve que el presupuesto de la acción es la existencia del menoscabo económico, que éste no se halla definido en la ley, que la compensación económica no se corresponde con exactitud al perjuicio experimentado por el cónyuge acreedor, y que los jueces deben establecerla discrecionalmente, pero considerando los parámetros fijados por el legislador. Conviene revisar algunas de las consideraciones contenidas en esta sentencia.

El considerando 11° expresa: *“Que otro requisito esencial para la procedencia de la compensación económica lo constituye la existencia de menoscabo económico en el cónyuge que la solicita y bien puede decirse que este es el presupuesto de la acción. La ley no define el concepto, pero la interpretación armónica de los artículos de la Ley 19.947, que reglamentan la institución, permite concluir que se trata de efectos patrimoniales que se producen en el cónyuge que no pudo trabajar o que lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Este menoscabo debe ser probado por quien lo invoca en su favor y para ello el legislador se encargó de señalar las circunstancias que permiten determinar que ha existido tal menoscabo”.* Es efectivo lo que se señala, en orden a que la ley no define el menoscabo, pero lo conceptualiza claramente. No se trata, como parece entenderlo el fallo, de un menoscabo económico genéricamente considerado, sino de un “perjuicio eventual” que corresponde a lo que el cónyuge acreedor habría podido obtener si, en lugar de dedicarse a las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, hubiere podido realizar actividades remuneradas. Se trata, entonces, de un daño eventual que pudo o no producirse.

¹⁶ Rol N° 1787-07, MJJ16228.

El considerando 12°, por su parte, agrega: *“Que a falta de acuerdo entre las partes corresponde al juez de la causa establecer si se dan los requisitos que la institución exige y fijar su monto. Al relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la ley 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar un monto determinado invariable en el tiempo, cualesquiera que sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados –deudor y acreedor– posteriores a la sentencia que la regula. Si bien en esta materia el juez tiene discrecionalidad para fijar la cuantía de la compensación económica, se debe también considerar que el legislador estableció ciertos parámetros para ello, señalando criterios que dicen relación con el matrimonio, con el cónyuge deudor y con la situación personal del beneficiario”*. No participamos de lo manifestado, en esta parte, por la Corte Suprema, ya que el juez no fija la compensación económica “discrecionalmente”. Él debe atenerse a los padrones fijados en la ley, puesto que ella ordena, para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, *considerar, especialmente*, los factores ya analizados. Por consiguiente, si el juez vulnera las normas reguladoras de la prueba al establecerlos o, establecidos que sean, no son considerados, puede el fallo revisarse en sede de casación.

Finalmente, el considerando 14° expresa: *“Que, sobre el particular, es del caso hacer presente que la compensación económica no corresponde al valor exacto de lo que habría podido obtener el cónyuge beneficiario de haber trabajado o de haberlo hecho en mayor medida. En efecto, mediante esta institución no se trata de indemnizar la pérdida de una ganancia probable, es decir, su objetivo no es restituir lo perdido por su equivalente exacto y sólo se busca mitigar la situación económica desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ello. Es el juez de la causa quien debe apreciar, en cada caso particular, las circunstancias precisas del pasado de los cónyuges y las situaciones del futuro que el legislador indica para determinar su existencia y monto. En fin, verificado el cumplimiento de los presupuestos que la hacen procedente, esto es, acreditado en autos que se ha producido una situación injusta desde el punto de vista patrimonial para el cónyuge más débil de la relación matrimonial que termina, producida por la legítima opción de haberse dedicado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, compete a los jueces de la instancia fijar prudencialmente su monto”*. En esta reflexión advertimos una contradicción, ya que siendo efectivo que no se puede determinar el valor exacto de lo que el cónyuge beneficiario dejó de obtener, no lo es menos que este derecho se funda en la “probabilidad de una ganancia” que se dejó injustamente de percibir y que, por lo mismo, debe calificarse como el resarcimiento de un daño eventual, hipotético o conjetural. Y es aquí, precisamente, en donde reside la excepcionalidad de este instituto, porque sin una expresa disposición de la ley, este tipo de daño no da lugar a reclamar derecho alguno. ¿Cómo podría asegurarse con certeza que el cónyuge beneficiario habría obtenido un determinado beneficio económico al realizar tareas productivas? ¿Qué alcance económico puede tener para él la circunstancia de haberse de-

dicado al cuidado de los hijos y del hogar común? De aquí que sostengamos que la base de este derecho excepcional se centra en el resarcimiento de una ganancia probable, pero incierta o meramente eventual. Por lo tanto, la compensación económica es mucho más que la manera de mitigar una situación desmedrada que afecta a quien tiene derecho a ella, como lo indica el fallo. Se trata de restaurar un equilibrio que nace del desempeño de diferentes roles en el matrimonio, sobre la base de la asunción, por parte de cada cónyuge, de funciones diferentes, pero complementarias, en lo que dice relación con los deberes que impone la familia.

De este y otros fallos se advierte la multiplicidad de aspectos que presenta este derecho y lo difícil que resulta encasillarlo en una determinada institución.

iv. En sentencia de 4 de enero de 2008 de la Corte de Apelaciones de Valdivia,¹⁷ este Tribunal se pronuncia sobre los parámetros a que alude el artículo 62 de la LMC, fijando algunos criterio que parecen discutibles.

El considerando 3° de la sentencia, remitiéndose a lo manifestado en el fallo de primera instancia, expresa que: *“Esta Corte comparte dicha afirmación por cuanto resulta evidente que a menor calificación profesional la compensación económica debe ser mayor, por las reducidas posibilidades de acceso laboral, toda vez que en estas condiciones tardíamente se podrá incorporar a una fuente laboral que le permita contar con ingresos para cubrir los gastos de su hogar y que es precisamente la situación de autos”*. Creemos que esta reflexión es errada. El presupuesto en que se funda el artículo 61 de la LMC es claro y consiste en compensar el desequilibrio que se produce entre los cónyuges como consecuencia de haber asumido uno de ellos un rol patrimonialmente desventajoso durante a vida matrimonial. Sostener, que a menor calificación profesional debe la compensación ser mayor, implica desatender aquellos factores dispuestos en la ley y entrar de lleno a extender la compensación sobre la base de otras consideraciones ajenas a las premisas fijadas por el legislador. A la inversa de lo que señalan los jueces, uno de los factores a los que debieron atender para fijar la cuantía de la compensación es *“la cualificación profesional y posibilidad de acceso al mercado laboral”*. Por lo tanto, la cualificación profesional estará en directa relación con la cuantía de la compensación y no a la inversa.

El considerando 5° se refiere, esta vez, a las cotizaciones previsionales que la demandante dejó de pagar al desvincularse de tareas remuneradas, señalando al respecto: *“Que no obstante que la ley ha establecido los parámetros que deben considerarse para fijar el monto de la compensación, la Juez de primer grado tomó*

¹⁷ Rol N° 1036-07, MJJ16482.

como base de calculo para fijar la suma que el demandado debe pagar por concepto de compensación económica 'las cotizaciones previsionales' que la demandante reconventional no pudo cotizar durante la época de convivencia y que al momento de jubilar (sic) le va a significar un menoscabo y las 'cotizaciones de salud' que deberá pagar desde que la sentencia quede ejecutoriada por un período discrecional de diez años, este tribunal mantendrá este razonamiento del sentenciador, toda vez que en el ámbito laboral es distinta la situación de una persona que registra cotizaciones en el sistema previsional de aquella que en forma esporádica se le han efectuado imposiciones para los efectos de futuros beneficios de esta índole, ya sea para los efectos de una pensión de jubilación o de vejez". Nuevamente los jueces alteran al alcance de los parámetros que invocan, porque la ley alude, para la fijación de la cuantía de la compensación, a la "situación en materia de beneficios previsionales y de salud", pero no a la recuperación de dichos beneficios, materia absolutamente ajena al factor indicado. Cabe preguntarse si, atendidos los términos de este fallo, el cónyuge beneficiario estará obligado a enterar estas cotizaciones para recuperar los beneficios indicados o, como resulta evidente, puede disponer libremente de dichos recursos para otros fines. En esta última hipótesis, no advertimos una relación directa entre el beneficio de que fue privado el cónyuge acreedor y el monto de las cotizaciones.

v. En sentencia de 15 de enero de 2008, la Corte de Apelaciones de Concepción,¹⁸ luego de un breve análisis de la doctrina, determina que para la fijación de la compensación debe apreciarse la situación del cónyuge beneficiario hacia atrás (pasado) y hacia adelante (futuro). Sobre este particular, el considerando 5° expresa: "El profesor René Ramos Pazos en su obra "Derecho de Familia", Tomo 1°, página 111, 5ª Edición, ha dicho que la compensación económica consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges, normalmente la mujer, cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, sufrirá por esta causa. También se ha sostenido que aunque la compensación económica mire hacia atrás, para determinar si habrá derecho a ella, se debe considerar el propósito de compensar el efecto del menoscabo futuro (Paulina Veloso V., "Reflexiones sobre la compensación económica". Revista Actualidad Jurídica N° 13, enero 2006, página 171; Carmen Domínguez Hidalgo, "Compensación Económica". Colegio de Abogados). Dicho de otro modo, los aspectos del menoscabo deben considerar la situación de la mujer hacia atrás y el futuro, ideas que se han aplicado en el presente juicio". Creemos que lo resuelto es lo que corresponde. Para una adecuada estimación de la compensación debe considerarse la situación del cónyuge beneficiario antes

¹⁸ Rol N° 1987-07, MJJ16506

del matrimonio, con ocasión de la nulidad o el divorcio, y lo que ocurrirá después de la disolución del vínculo. Sólo así es posible, a nuestro juicio, fijar con equidad el menoscabo efectivo que ha sufrido el cónyuge que asumió un rol no productivo durante la vida en común.

vi. En sentencia de 24 de Julio de 2008 la Corte Suprema,¹⁹ en recurso de casación en el fondo, esboza las principales características del derecho a compensación económica. En el considerando 8° consigna lo siguiente: *“Que la interpretación armónica de los artículos de la Ley N° 19.947, que reglamenta la institución, permite concluir que ella trata de compensar el menoscabo patrimonial que se produce en el cónyuge que se ha visto empobrecido en atención a que no ha podido desarrollarse en la medida de que podía y quería, debido a que ha tenido que abocarse a la atención preferente de las necesidades de la familia habida durante el matrimonio. El objeto de la acción es el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo padecido y la cosa pedida, la suma en que se lo cuantifica. La causa de pedir radica en la calidad de cónyuge más débil, impedido de desarrollar una actividad remunerada o limitado en razón de lo que se podía o quería, al haberse dedicado al cuidado de los hijos durante la vida marital. Por consiguiente, no basta sostener que se realizó actividad remunerada durante el matrimonio para enervar la acción que se ha deducido, como lo pretende el recurrente, sino que es necesario atender a los demás parámetros entregados por el legislador y que han sido adecuadamente ponderados en autos por los sentenciadores de la instancia”*. La reflexión trascrita nos parece útil desde varios puntos de vista. Desde luego, la compensación tiene por objeto resarcir el menoscabo económico que se produce con la asignación de roles complementarios en el matrimonio. De ello se sigue que uno de los cónyuges experimenta un empobrecimiento cuya razón no es otra que su dedicación preferente al cuidado de los hijos comunes y las tareas del hogar. La Corte Suprema ha definido cada uno de los elementos consignados en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la identidad legal de personas, la cosa pedida y la causa de pedir (presupuestos de la cosa juzgada). El “objeto de la acción” sería el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo que se sufre y que deriva, como se dijo, de la distinta asignación de roles en la vida matrimonial. La “cosa pedida” sería la suma en que se cuantifica dicho menoscabo patrimonial. La causa de pedir (definida en la ley como “fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”) sería la calidad de cónyuge más débil, lo que debe entenderse como cónyuge menoscabado patrimonialmente como consecuencia de las tantas veces referidas asignaciones de roles en la vida matrimonial. Finalmente, también nos parece importante descartar como excepción, para enervar la acción, la circunstancia de que el cónyuge beneficiario haya realizado tareas remuneradas

¹⁹ Rol N° 3159-08, MJJ 17755.

durante el matrimonio, porque la ley previene dos situaciones distintas: que no se haya ejecutado actividad remunerada alguna, o que se hayan ejecutado en menor medida de lo que se podía y quería. Esta cuestión se refiere, por cierto, a la calificación de los hechos de la causa.

vii. En sentencia de 21 de octubre de 2008, la Corte Suprema²⁰ se refiere a las facultades de los jueces del fondo para fijar la cuantía de la compensación. Esta materia es especialmente importante para los efectos de determinar cuándo es procedente el recurso de casación para calificar la aplicación del artículo 62 de la LMC. El considerando 4° del fallo señala, en este aspecto, que el recurso que se resuelve se orienta a cuestionar la cuantía de la compensación económica fijada en favor del cónyuge beneficiario, la que éste estima insuficiente, atendidas las circunstancias y situación en que se encontraría el cónyuge demandante, alegándose la falta de consideración de elementos que la ley contempla. El considerando 4° dice: *Que, sin embargo, tal planteamiento desconoce que la regulación del monto de la referida compensación constituye una cuestión prudencial, como facultad entregada a la apreciación de los jueces de la instancia, la que en general, no es revisable por esta vía (casación en el fondo). Al respecto cabe señalar que los jueces del fondo han determinado conforme a los antecedentes del proceso, la suma en la que, en definitiva, se fija dicha reparación y para ello han tenido en consideración los elementos que la recurrente estima omitidos, tal como se consigna en los motivos décimo cuarto y décimo quinto del fallo de primer grado, reproducidos por el de segundo, y que corresponden a los indicados en el artículo 62 de la Ley N° 19.947; disposición que por lo demás no fue denunciada como conculcada*". Esta reflexión nos plantea el problema de precisar en qué caso es susceptible de recurso de casación en el fondo la infracción del artículo 62 de la LMC de la cual arranca la facultad de los jueces del mérito. La cuestión es sutil y discutible. A nuestro juicio, la única causal que podría esgrimirse sería la infracción de la primera parte del mencionado artículo 62 cuando dice: *"Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente..."*. Si el tribunal del fondo no considera ninguno de estos factores, al momento de hacer lugar o rechazar la demanda, no obstante el hecho de haberse invocado en el juicio y darse por acreditados en la sentencia todos o parte de ellos, se estaría infringiendo la ley e incurriendo en un error de derecho. El mandato del artículo 62 es categórico. La ley ordena, tanto para determinar la existencia del menoscabo económico –fundamento de la acción– como la cuantía de la compensación, **considerar especialmente**, vale decir, atender de manera preferente los factores allí enumerados. Por otra parte, el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, en su artículo 32, relativo a la "Valoración de la

²⁰ Rol N° 5261-08, MJJ8690.

prueba”, expresa que *“Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados”*. Esta disposición puede, también, ser objeto del recurso de casación en el fondo, por cuanto constituye una norma reguladora de la prueba. En sentencia de 29 de diciembre de 2008²¹ la Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de que se infrinja este mandato al señalar: *“Que en cuanto a la vulneración de las normas reguladoras de prueba, lo cierto es que los planteamientos de la recurrente no constituyen, como la misma afirma, atentados contra la lógica o las máximas de la experiencia, apareciendo como meros cuestionamientos de la valoración efectuada por los sentenciadores, quienes han consignado en el fallo en análisis las razones y consideraciones conforme a las cuales han resuelto la controversia, en términos tales que aparece cumplido el mandato impuesto en la ley”*. En el mismo sentido puede citarse otra sentencia de la Corte Suprema, de 27 de octubre de 2008,²² recaída en recurso de casación en la forma desestimado.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia ha ido paulatinamente fijando la naturaleza jurídica de la compensación y sus principales rasgos, aun cuando reiterando algunos conceptos y sin entrar a profundizar sus aspectos más controversiales. Esperemos que en el futuro se vayan afinando los argumentos y precisando su calificación. Con todo, como una cuestión muy general y sin contar con antecedentes empíricos que nos permitan demostrar irrefutablemente lo que sigue, tenemos la impresión de que el juez de familia parece no haber dado a este derecho la trascendencia que nosotros le asignamos, atendida la cuantía de las compensaciones que se conocen. De aquí nuestra observación en el sentido de que en ello (los efectos postmatrimoniales) reside uno de aspectos más criticable de la LMC.

11. Enjuiciamiento crítico de la “compensación económica”.

La introducción de este instituto en nuestro derecho de familia, con limitados alcances y una confusa naturaleza jurídica (a nuestro juicio, sui géneris), constituye uno de los defectos fundamentales de esta legislación. No cabe duda que ella se inspiró en la legislación española que, en el artículo 97 del Código Civil, expresa:

“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 al matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en

²¹ Rol N° 7006-08, MJJ19142.

²² Rol N° 5160-08, MJJ18553.

una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

"A falta de acuerdo de los cónyuge, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- "1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- "2. La edad y el estado de salud.*
- "3. La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo.*
- "4. La dedicación pasada y futura a la familia.*
- "5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- "6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- "7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- "8. El caudal de los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- "9. Cualquier otra circunstancia relevante".*

Como puede comprobarse, existe una similitud indiscutible entre el artículo 62 de la LMC y el artículo 97 del Código Civil español. Con todo, la base sustancial del derecho es diferente. En un caso (Chile) se trata de compensar el menoscabo económico que tiene origen en la imposibilidad de haberse dedicado uno de los cónyuges a una actividad remunerada por el hecho de hacerse cargo de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos; en el otro caso (España) se trata de compensar un desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, cuando se produce un empeoramiento respecto de la situación anterior al matrimonio. Asimismo, en un caso (Chile) se fija por los cónyuges o por el Juez una cantidad de dinero, que puede pagarse en cuotas cuando el deudor no tiene bienes suficientes para su solución; en el otro caso (España) se trata de una pensión temporal o indefinida o, bien, de una prestación única fijada por los cónyuges o el Juez en subsidio. En ambos casos, los factores que debe considerar el Juez son perfectamente semejantes en ambas legislaciones.

En consecuencia, en Chile, injustificadamente, se delimitó este derecho a una situación que, si bien puede ser hoy día de muy frecuente ocurrencia, atendida nuestra realidad social y laboral, esquivada la cuestión principal: asegurar la suerte del cónyuge más débil y evitar que uno de ellos resulte menoscabado económicamente. Por otra parte, lo que se intentó remediar en Chile es una cuestión difícil de evaluar, que se presta para apreciaciones muy poco objetivas, y que se funda en un perjuicio hipotético. De aquí que sea difícil establecer la naturaleza jurídica del derecho y, en el futuro, todavía más difícil, uniformar algunos criterios jurisprudenciales, como queda demostrado en el precedente análisis.

Creemos que fue un error legislativo grave el haber eliminado de raíz el derecho de alimentos entre los cónyuges divorciados. Atendiendo a la duración de la vida en común, debió subsistir este derecho, porque, insistimos, luego de una larga convivencia, no se justifica que la disolución del vínculo permita a uno de ellos abandonar al otro a su suerte, mucho menos respecto del cónyuge inocente, cuando se ha decretado el divorcio por una falta grave de las obligaciones y deberes que impone la vida conyugal o por abandono unilateral. De la misma manera, a lo menos, el derecho de alimentos asegura la posibilidad de hacer al cónyuge más desamparado asignatario forzoso en la sucesión del premuerto (artículos 1167 a 1171 del Código Civil), sin perjuicio de las indignidades o desheredamientos que pueden alegarse.

Desde esta perspectiva, somos partidarios de una revisión de este instituto y su sustitución por el derecho a una pensión de alimentos, temporal o indefinida, considerando la duración de la convivencia, la edad de los divorciados y su situación patrimonial. De la misma manera, en ciertos casos especiales, cuando la ruptura sobreviene después de muchos años de matrimonio, debería asegurarse al cónyuge sobreviviente divorciado una asignación hereditaria semejante a la antigua porción conyugal, de carácter alimenticio y destinada a proporcionarle lo necesario para su modesta subsistencia. Es cierto que el deber de socorro impuesto a los cónyuges durante el matrimonio termina con la nulidad o el divorcio, pero, atendido el carácter asistencial del derecho de alimentos, éste debe subsistir cuando la disolución del vínculo sobreviene al cabo de un largo período de tiempo y cuando existen descendientes comunes.

Las indicadas obligaciones, por otra parte, constituirían un desincentivo para recurrir al divorcio, sin antes realizar un esfuerzo serio y efectivo para la preservación del vínculo, propósito que se evidencia como intención de la actual LMC. No cabe duda que las dificultades económicas, por otra parte, afectan al núcleo familiar, cualquiera que sea la edad de la descendencia común.

Tengo la impresión de que la modalidad adoptada en Chile para la consagración del derecho a compensación económica se funda en una apreciación sociológica que, como se señaló en páginas anteriores, parte de la base de que en la actual estructura de los hogares en Chile predomina el modelo de la mujer encargada de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos y del marido como proveedor económico. Si así fuere, hay que tener en consideración que esta realidad está cambiando aceleradamente y que en los últimos años la mujer se ha incorporado de lleno al proceso productor. En otros términos, el rol tradicional de los cónyuges, al cabo de pocos años más, no será el mismo que inspiró el establecimiento de esta institución. No obstante lo anterior, hay que recalcar que, atendidos nuestros estándares culturales, la mujer, a pesar de incorporarse a funciones laborales, seguirá siendo el soporte fundamental

de la familia, entre otras cosas porque es ella la encargada de organizar la vida doméstica y quien más esfuerzo pone en el cuidado de los hijos. Frente a este panorama, propiciamos, a corto plazo, una modernización de las disposiciones legales comentadas para corregir injusticias o disfunciones que no deben mantenerse.

Tampoco parece ecuánime dar al llamado divorcio sanción (por grave incumplimiento de las obligaciones y deberes que impone el vínculo matrimonial) el mismo trato que se dispensa al divorcio de común acuerdo. En el primero, como quiera que se considere, hay un responsable de la ruptura; en el segundo, un mutuo reconocimiento de incompatibilidades insuperables que tornan intolerable la vida en común. No cabe, entonces, un tratamiento semejante. No es esta la tendencia actual, pero la que, a juicio nuestro, debería prevalecer.

Puede constatar, entonces, que hay un margen amplio para ir perfeccionando esta legislación, tan importante para la fundación y subsistencia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. El divorcio debe considerarse un recurso extremo, al cual se llega cuando han caído todos los resguardos de que dispone la pareja para salvar su matrimonio. Entre estos medios resulta de esencial importancia imponer responsabilidades económicas a los cónyuges, destinadas valorizar el vínculo e impedir su destrucción.

IV. Matrimonio y filiación

Cuestión relevante es la relación que existe entre matrimonio y filiación. Como es sabido se eliminó entre nosotros la vieja distinción entre **hijos legítimos** (aquellos concebidos durante el matrimonio de sus padres), **legitimados** (aquellos nacidos durante el matrimonio de sus padres y aquellos legitimados por matrimonio posterior de sus padres), **naturales** (reconocidos con tal carácter por su padre o madre o por sentencia judicial), **ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos** (aquellos que eran objeto de reconocimiento de sus padres o de sentencia judicial como ilegítimos, pero titulares del derecho de alimentos) y **simplemente ilegítimos** (aquellos que no eran reconocidos y, por ende, de padres desconocidos). Recordemos, a este respecto, que sólo eran titulares de derechos hereditarios los hijos legítimos, legitimados y naturales. A estos últimos correspondía la mitad de lo que se asignaba al hijo legítimo o legitimado. Además, entre todos los hijos naturales no podían llevar más de la cuarta parte de la herencia. Agréguese, aun, que la "patria potestad" (derecho de goce legal sobre los bienes del hijo, representación y administración de los mismos) sólo cabía en relación a los hijos legítimos y legitimados (sometidos a mismo estatuto jurídico). Por lo tanto, a los hijos naturales era necesario darles un curador de bienes. Los derechos conferidos a los hijos naturales, en todo

caso, fueron muy posteriores a la entrada en vigencia de nuestro Código Civil y datan fundamentalmente de la Ley N° 10.271, de 1952.

Es fácil comprender que, en este contexto jurídico, el matrimonio era importante, porque determinaba la situación jurídica de los hijos, sus derechos hereditarios y la administración de sus bienes. Probablemente por ello, los hijos ilegítimos fueron socialmente menospreciados, quedando relegados, en el marco familiar, a un plano muy secundario (la infamante bastardía).

Esta regulación es un caso típico de lo que en Filosofía del Derecho se denomina "aberración axiológica" y que consiste en sacrificar (destruyendo) un valor con el fin de conseguir la realización de otro valor, al cual se asigna mayor trascendencia y mérito. En estas normas se confronta, por una parte, el fortalecimiento de la familia matrimonial y, por la otra, la situación del hijo gestado fuera del matrimonio. El legislador, entonces, opta por lo primero, sobreponiendo la familia a la descendencia procreada al margen del vínculo matrimonial. Como es obvio, las preferencias las determinan las potestades normativas (constituyente, legislativa y reglamentaria) y, por lo mismo, pueden ellas evolucionar a través del tiempo. Así ha ocurrido en esta materia, como queda de manifiesto en lo ocurrido en Chile desde la década del ochenta. En suma, lo que antes giraba sobre el eje de la familia, ahora lo hace sobre el eje del individuo que se ha sobrepuesto a aquélla.

Al promulgarse la Constitución de 1980, el artículo 1° estableció, como base fundamental de la institucionalidad, que "**Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos**". Por consiguiente, las diferencias introducidas por el Código Civil (que, como se dijo, ya habían sido morigeradas en 1952 mediante la Ley N° 10.271), quedaron tácitamente derogadas o en abierta contradicción con el texto constitucional. Curiosamente, nadie hizo valer ni la derogación ni la inaplicabilidad de lo previsto en el Código Civil, eliminándose estas diferencias sólo en virtud de la Ley N° 19.585, de 1998. A partir de entonces, la ley civil asimila, bajo el concepto de **hijos matrimoniales**, a todos los concebidos y nacidos durante el matrimonio de sus padres; y a los hijos cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad o maternidad haya estado previamente determinada por los medios que establece el Código Civil, o bien se determine por el reconocimiento realizado por ambos padres en el acto de matrimonio o durante su vigencia en la forma que prescribe el artículo 187 del mismo Código (artículo 180 del Código Civil).

Los hijos matrimoniales gozan de los mismos derechos que corresponden a los **hijos no matrimoniales** reconocidos por sus padres o por sentencia judicial. En el día de hoy no existe diferencia jurídica entre hijos matrimoniales o no

matrimoniales respecto de sus derechos hereditarios, del ejercicio de la patria potestad ni de los demás deberes relacionados con la filiación.

La finalidad que perseguía la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos era, indudablemente, atribuir efectos importantes al matrimonio, ya que la sola circunstancia de que la descendencia naciera al margen de éste menoscababa considerablemente la situación jurídica y social de los hijos. Al desaparecer esta distinción –lo cual en todo caso nos parece justo y necesario– ciertamente se debilita el vínculo que genera el matrimonio como institución. En la medida que se asimilen los efectos que se siguen del matrimonio y el concubinato, aquél pierde trascendencia para quienes aspiran a formar una familia. Probablemente esto explique, en este momento, que más del 50% de los nacimientos se produzcan al margen del matrimonio y aumenten progresivamente las parejas que conviven sin casarse. No existen, tampoco, políticas públicas destinadas a incentivar el matrimonio. Por el contrario, muchas medidas operan en sentido inverso. Un ejemplo puede aclarar lo que señalamos. La política habitacional (subsidio habitacional) diseñada por los órganos públicos no considera la evaluación del matrimonio como un requisito especial que mejore las expectativas de quienes se hallen ligados por este vínculo.

Desde otro punto de vista, nuestro Código Civil cuidaba, cuando se reclamaba la filiación natural por la vía judicial, no alterar la estabilidad de los matrimonios y su continuidad. Así, por ejemplo, la demanda de reconocimiento de paternidad o maternidad debía fundarse en un instrumento público o privado emanado del supuesto padre o madre del cual se desprendía una confesión manifiesta de paternidad o maternidad, o en la posesión notoria de hijo por un plazo no menor de 15 años, o en la circunstancia precisa de haberse establecido con testimonios fidedignos el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 271 N^{os} 2^o, 3^o y 4^o del Código Civil, hoy derogado). Más todavía, ni aun así podía intentarse esta acción “en contra de persona casada no divorciada perpetuamente, a menos que el hijo, atribuyéndose a la vez la calidad de hijo natural de la mujer y del marido, demandare a ambos a un tiempo” (artículo 272 inciso 2.º hoy derogado). Como puede observarse, el legislador sobreponía la importancia del matrimonio al derecho de establecer la verdadera filiación, como forma de amparar y proteger la “familia matrimonial” (única que entonces se concebía).

Siempre magnificando la importancia del matrimonio, la causal de divorcio perpetuo (separación de cuerpos y subsistencia del vínculo) más severamente tratada era el adulterio y, particularmente, el adulterio de la mujer. La razón de ello no era una concepción “machista” de la vida conyugal, sino la circunstancia de que la infidelidad de la mujer llevaba al seno de la familia un hijo bastardo, lo que no ocurría con el adulterio del marido. De allí que el artículo

171 del Código Civil estableciera: "Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho a los gananciales, y el marido tendrá la administración y usufructo de los bienes de ella; excepto aquellos que la mujer administre como separada de bienes, y los que adquiera a cualquier título después del divorcio". Agréguese, todavía, el hecho de que el adulterio de la mujer estaba sancionado penalmente en el artículo 375 del Código Penal, que rezaba como sigue: "El adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". El adulterio del marido estaba tipificado en el artículo 381 del mismo Código en los siguientes términos: "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, y perderá el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento". Recordemos, para medir en toda la magnitud la diferencia en el trato legislativo de esta situación, lo que prescribe nuestra LMC, luego de derogadas todas las disposiciones antes comentadas. El artículo 54 consagra una causal única del divorcio sanción: "falta imputable al otro (cónyuge), siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, o los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común". Nuestra ley, ejemplarizando los casos en que debe el Tribunal considerar que concurre esta causal, expresa, en el mismo artículo 54, incisos 2° y 3°, que "Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: ...2°. Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio...". De lo señalado se sigue que el adulterio (falta al deber de fidelidad), para que autorice el divorcio, debe ser "grave" y "reiterado" y no ocasional. ¿Puede concebirse una razón más radical para despotenciar la importancia y trascendencia del matrimonio como institución?

Como puede comprobarse, ha existido una política –ignoramos si casual o deliberada– destinada a minimizar los efectos e importancia del matrimonio como institución. De aquí que nada de extraño tenga que las parejas, en lugar de casarse y organizar su familia sobre bases jurídicas sólidas, opten por convivir, al margen de la regulación que corresponde. Tampoco podría ignorarse que tras esta realidad se manifiesta una "subversión" de aquellos valores que predominaban en nuestra legislación hasta hace muy poco tiempo. Son innumerables las innovaciones legales que acusan un cambio en las preferencias morales de los imperados. El derecho ha ido gradualmente cambiando sus ejes valóricos, fruto de las nuevas tendencias que se divulgan con fluidez a través de los medios tecnológicos de que se dispone en el día de hoy, todos los cuales han introducido distintos parámetros de convivencia. Este fenómeno ha redundado en otro hecho significativo: no todas las generaciones participan de las

mismas ideas, gestándose, con frecuencia, un abismo entre unas y otras. No se trata de una pugna ideológica que tenga proyecciones políticas y sociales. Más bien, nos hallamos ante un enfoque práctico que divide las opiniones, provocando el asombro de unos y la satisfacción de otros. Lo que señalamos tiene efectos importantísimos en el sistema normativo. La ausencia de homogeneidad valórica redundaría en la pérdida de adhesión al derecho como el medio más idóneo para organizar la vida social, y en el deterioro subsecuente de la realización espontánea del derecho (cumplimiento voluntario). Ambas cosas socavan los pilares del ordenamiento jurídico e incrementan los factores que inducen a una crisis.

Creemos nosotros que está aún por estudiarse de qué manera los valores en que se sustentaba hasta hace medio siglo la familia como institución fundamental de la sociedad, han evolucionado y dejado de ser el eje sobre el cual ella giraba. De aquí que lo meramente jurídico (expresión externa y formal) no permita hallar una explicación válida para comprender las razones en que se sustenta esta nueva realidad. Pero, a los ojos de especialistas y de legos, es incuestionable el hecho de que ha habido cambios profundos en las preferencias sociales y éticas de la población, y que aquello ha incidido en las reformas legislativas y los hábitos de vida hoy imperantes. No cabe duda, entonces, que es efectivo aquello de que las normas jurídicas son hijas de su tiempo y expresión de las preferencias valóricas que predominan en la sociedad, las que se transfieren al ejercicio de las potestades normativas.

V. Matrimonios celebrados fuera de Chile y reconocimiento de las sentencias extranjeras

A. Matrimonios celebrados en el extranjero

Comienza nuestra LMC por declarar que “los requisitos de fondo y forma del matrimonio, serán los que establezca la ley del lugar de su celebración”. Por consiguiente, los requisitos que deben cumplirse son aquellos a que se refiere la legislación vigente en el territorio en que el matrimonio se celebra. ¿Qué debe entenderse por “lugar de su celebración”? Sin duda, se trata del territorio en que se produce y expresa el consentimiento de la manera instituida en la ley respectiva. Así, por ejemplo, si ambos contrayentes otorgan mandato para contraer matrimonio en Chile, estando uno de ellos en Francia y el otro en Gran Bretaña, el matrimonio se entiende celebrado en Chile y no en el país extranjero en que se otorgaron los mandatos.

De acuerdo al artículo 80 de la LMC, “el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate

de la unión entre un hombre y una mujer". En otros términos, en Chile está excluido el matrimonio entre personas del mismo sexo. La asimilación analizada (identidad de efectos entre el matrimonio celebrado en el extranjero y el matrimonio celebrado en Chile) está limitada por lo dispuesto en el inciso 2° del mismo artículo 80, que hace aplicables los artículos 5°, 6° y 7° de la LMC, pudiendo ser declarada la nulidad del matrimonio "de conformidad a la ley chilena". Finalmente, el artículo 80 inciso 3° agrega que "Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes". Como puede apreciarse, los efectos en Chile del matrimonio celebrado en país extranjero están, en parte, subordinados a la ley interna, tanto en lo relativo a la diversidad de sexo de los contrayentes como a los impedimentos instituidos en el derecho interno.

La sanción civil derivada del incumplimiento de las normas de la LMC sobre matrimonios celebrados en país extranjero no es siempre la misma. En efecto, la infracción de lo señalado en la parte final del inciso 1° del artículo 80 de la LMC (diversidad de sexos) acarrea la **inexistencia**, en tanto los requisitos definidos en los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la LMC acarrean **nulidad**. Lo que sostenemos está consagrado en el artículo 44 de la misma ley, que alude a las únicas causales de nulidad, enumerando las señaladas en los artículos 5°, 6°, 7° y 8°, sin referencia alguna a la última parte del inciso 1° del artículo 80. En consecuencia, el legislador ha debido entender que la sanción que corresponde al matrimonio entre personas del mismo sexo es la inexistencia, conclusión tradicional en la doctrina.

De esta disposición –artículo 80 de la LMC– se sigue, entonces, que en todo matrimonio celebrado en el extranjero, para tener efecto en Chile, deben respetarse los artículos 102 del Código Civil (se trata de un contrato entre un hombre y una mujer), los artículos 5°, 6° y 7° de la LMC (que establecen los impedimentos que acarrean la nulidad), y las exigencias impuestas en el artículo 8° de la misma ley, que precisa cuándo el consentimiento es libre y espontáneo. La declaración del inciso 1° del artículo 80 –según la cual los requisitos de forma y de fondo son aquellos que se establecen en la ley del lugar de su celebración– no es efectiva ni pasa de ser un postulado sin arraigo real en el contenido de la ley. Podrá sostenerse que la nulidad debe ser judicialmente declarada, razón por la cual el matrimonio será válido mientras no sea declarado nulo. Sin embargo, esta aseveración carece de consistencia, porque se trata de un acto sujeto a ser declarado ineficaz de acuerdo a la ley chilena, no obstante estar referido a un matrimonio celebrado en país extranjero.

Tampoco creemos nosotros que deba respetarse en Chile un matrimonio celebrado en el extranjero de acuerdo a ritos o ceremoniales que vulneren principios de orden público en lo tocante a su forma. A nuestro juicio, constituye un principio de orden público que el matrimonio en Chile es un acto jurídico

solemne con intervención de autoridad estatal. Para llegar a esta conclusión debe considerarse el artículo 102 del Código Civil, que alude directamente a un **contrato solemne**, pasando por el Capítulo II de la LMC, que en sus párrafos 2°, 3° y 4° pone acento en los requisitos formales, sea bajo el epígrafe “De las diligencias para la celebración del matrimonio”, “De la celebración del matrimonio” y “De los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público”. Por lo mismo, no es posible invocar en nuestro país un matrimonio meramente consensual o perfeccionado por medio de manifestaciones que impiden constatar si ha habido consentimiento libre y espontáneo, y que éste se ha exteriorizado dando suficiente garantía de veracidad a lo obrado. A este fundamento debemos agregar que todo matrimonio celebrado en país extranjero puede inscribirse en Chile, cuestión de especial importancia para los efectos del régimen de bienes que corresponde de acuerdo al derecho interno. El inciso 2° del artículo 135 del Código Civil expresa que: “Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”. Esta inscripción está reglamentada en la Ley N° 4.808 Sobre Registro Civil, cuyo texto refundido fue fijado por el D.F.L. N° 1 publicado en el Diario Oficial del 30 de mayo de 2000. El artículo 4° del mencionado estatuto señala que: “En el libro de matrimonios se inscribirán:... 3°. Los matrimonios celebrados fuera del país por un chileno con un extranjero o entre dos chilenos, se inscribirán en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago. Para efectuar esta inscripción, cualquiera de los contrayentes remitirá, debidamente legalizados, los antecedentes que correspondan, al Ministerio de Relaciones Exteriores. Este Departamento verificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil, quien dispondrá la inscripción en el Registro correspondiente”. Por su parte, el artículo 8° inciso 2° del mismo texto legal, agrega: “Los nacimientos, los matrimonios y defunciones ocurridos en el extranjero y cuya inscripción no esté autorizada por los artículos anteriores, serán inscritos en los respectivos libros del Registro Civil Nacional cuando ello sea necesario para efectuar alguna inscripción o anotación prescrita en la ley. Estas inscripciones se efectuarán en el Registro de la Primera Circunscripción de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al Oficial del Registro Civil que corresponda el certificado de nacimiento, matrimonio o defunción legalizado”. De todas estas disposiciones se infiere que el matrimonio celebrado en el extranjero –el cual siempre podrá ser inscrito en Chile– requiere de una constancia escrita que excluye toda posibilidad de aceptar rituales o manifestaciones informales. Quien pretenda hacer valer en Chile un matrimonio “consensual” o celebrado por medio de rituales informales tropezará con las disposiciones invocadas, todo lo cual revela que constituye principio de orden público que en nuestro país el matrimonio es un acto solemne que atestigua una autoridad estatal o una institución reconocida por el Estado.

B. Matrimonios entre extranjeros celebrados en Chile

El artículo 81 de la LMC señala que “Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile”. Se trata de la aplicación del territorialismo impuesto en el artículo 14 del Código Civil. Como es lógico, este mandato tiene plena vigencia en Chile, pero no alcanza a los extranjeros fuera de nuestro territorio.

Consecuencia de lo anterior es el artículo 82 de la LMC, conforme al cual “El cónyuge domiciliado en Chile podrá exigir alimentos del otro cónyuge ante los tribunales chilenos y de conformidad con la ley chilena. Del mismo modo, el cónyuge residente en el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile”. Creemos que se trata de una disposición perfectamente inútil, ya que en su primera parte no es más que la aplicación del principio general consagrado en el artículo 14 del Código Civil. Su segunda parte tampoco es novedosa, si se atiende a lo prevenido en el artículo 57 del Código Civil, de acuerdo al cual “La ley no reconoce diferencias entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”. De manera que si un extranjero no domiciliado en Chile ejerce un derecho respecto de un extranjero que reside en Chile, dicha pretensión quedará sometida a la ley chilena y a la jurisdicción de sus tribunales de justicia. No se visualiza, tampoco, por qué se alude sólo al derecho de alimentos, en circunstancias de que la ley chilena debe aplicarse en todo lo concerniente a las relaciones de familia, respecto del extranjero domiciliado o residente en Chile.

C. Divorcio decretado por tribunales extranjeros

El **primer principio** sobre esta materia está contenido en artículo 83 inciso 1° de la LMC: “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”. Por consiguiente, si los nacionales o los extranjeros han contraído matrimonio en Chile, la relación matrimonial en lo relativo al divorcio se regirá por la ley chilena, si éstos se hallan en nuestro territorio al deducirse la acción. A la inversa, si han contraído matrimonio en el extranjero, la relación matrimonial en lo relativo al divorcio se regirá por la ley extranjera, si se encuentran fuera de Chile al deducirse la acción, sin perjuicio de las salvedades previstas en el artículo 80 de la LMC antes comentado. En ambos casos debe atenderse a la interposición de la acción de divorcio.

El **segundo principio** está expresado en el siguiente inciso del artículo 83: “Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil”. Por lo tanto, la LMC se remite al Párrafo 2° del Título XIX del Libro I del Código de Enjuiciamiento Civil, denominado “De las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros”. Las normas a

este respecto son las siguientes: i) el valor de estas resoluciones está dado por lo que dispongan los tratados internacionales respectivos, debiendo seguirse los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados (artículo 242 del Código de Procedimiento Civil); ii) en el supuesto de que no exista tratado internacional con la nación de que proceda la resolución, se dará "la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile" (principio de la "reciprocidad" consagrado en el artículo 243 del mencionado cuerpo legal); iii) en el evento de que resolución proceda de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile (artículo 244 del Código de Procedimiento Civil); iv) en caso que no pueda aplicarse ninguna de estas disposiciones, "las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por los tribunales chilenos, con tal que reúnan las siguientes circunstancias: 1°. Que no contenga nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2°. Que tampoco se oponga a la jurisdicción nacional; 3°. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; 4°. Que esté ejecutoriada en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas" (artículo 245 del señalado Código). Finalmente, el artículo 247 impone un requisito general, prescribiendo que "la resolución que se trate de ejecutar se presentará a la Corte Suprema en copia legalizada". Como puede observarse, se trata de una cuestión de competencia del máximo tribunal (exequátur).

El **tercer principio** está contenido en el inciso 3° del artículo 83 de la LMC, conforme al cual "En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno". Por lo tanto, hay dos obstáculos que impiden admitir en Chile el divorcio decretado en el extranjero: que ello provenga de una decisión administrativa, religiosa o convencional ajena al ejercicio de la jurisdicción; y que, en cualquier forma, dicha determinación infrinja las normas jurídicas consideradas esenciales para la organización y funcionamiento de la sociedad (orden público). Este último concepto amplía considerablemente las facultades de la Corte Suprema, ya que será ella la llamada a precisar qué normas conforman este marco fundamental.

El **cuarto principio** excluye el valor de las sentencias pronunciadas en el extranjero cuando ellas han sido "obtenidas en fraude a la ley", según reza el artículo 83 inciso 4° de la LMC. El concepto indicado está definido para esta materia en la misma disposición. Se entiende que se ha actuado en fraude a la ley "cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta de la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile

durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia". En verdad el propósito del legislador parece claro. Se trata de evitar que los cónyuges eludan los plazos de separación que permiten demandar el divorcio, señalados en el artículo 55 de la LMC (más de un año tratándose del divorcio de común acuerdo y más de tres años cuando se demanda por decisión unilateral). Asimismo, el espíritu de la ley indica que la prueba del cese de la convivencia debería ceñirse a los tres casos establecidos en el artículo 22 de la LMC o a la notificación de la demanda de separación (artículos 23 y 25 de la misma ley). Por disposición transitoria (artículo 2°), tratándose de matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, no rigen los artículos 22 y 25 "para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho". De aquí que el alcance que ha de darse al concepto de "fraude a la ley" que emplea el artículo 83 de la LMC deba relacionarse con los plazos indicados. No cabe duda que si se obtiene una sentencia de divorcio en país extranjero, eludiendo la prueba exigida en los artículos 22, 25 y 2° transitorio de la LMC, se burlan sus preceptos. Juan Andrés Orrego, refiriéndose al "fraude a la ley" dice: "Debemos entender que el espíritu de la norma, dice relación a impedir que se obtenga una sentencia de divorcio decretada por un tribunal extranjero, cuando los cónyuges no estaban en condiciones de probar ante los tribunales chilenos el cese de la convivencia o cuando se elude el pago de la compensación económica, de acuerdo a las norma de la ley chilena. Por ello recurren a un tribunal extranjero, alegando ante él el cese de la convivencia, pero sin la obligación de probarla por los medios restrictivos que contempla nuestra Ley de Matrimonio Civil, o pretendiendo obtener el divorcio sin asumir la obligación de pagar al cónyuge más débil la compensación económica prevista en nuestra ley. Así, por ejemplo, hay fraude a la ley si la sentencia dictada en el extranjero declara que los cónyuges –de acuerdo en el proceso– dicen haber estado separados hace al menos tres años, en circunstancias que en ese lapso tenían domicilio en Chile. Si las partes discrepan acerca del plazo del cese de convivencia, el plazo de amplía a cinco años".²³ Cabe señalar, aún, que la última parte del artículo 83 de la LMC dispone que "El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur". Surge, finalmente, a propósito de este concepto, una cuestión importante. ¿Pueden los interesados probar que no han obrado con el propósito de burlar el contenido de las normas de derecho interno? La respuesta es negativa. Concurriendo los presupuestos consagrados en la ley (inciso 4° del

²³ "Juan Andrés Orrego Acuña. "Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil". Editorial Metropolitana. Año 2004. Pág.161.

artículo 83) existe “fraude a la ley”, presunción que no es susceptible destruir. Así resulta de evaluar los términos que utiliza esta norma.

El **quinto principio** está señalado en el artículo 84 de la LMC, según el cual “La ley que rija el divorcio y la nulidad de matrimonio se aplicará también a sus efectos”. Por consiguiente, si el divorcio o la nulidad ha sido decretado por un tribunal extranjero de acuerdo a su legislación, será ésta la que regule los efectos que se siguen de dicha sentencia. Lo indicado resulta de aplicar el artículo 84 en armonía con el inciso 1° del artículo 80 de la LMC. En todo caso, como se explicó, si los efectos vulneran principios de orden público recogidos por la legislación interna, dichos efectos no tendrán aplicación en Chile, cuestión que se deberá resolver al concederse o denegarse el exequátur.

Estos son, nuestro juicio, los cinco principios a que están sometidas las sentencias dictadas en el extranjero cuando en ellas se decreta el divorcio o la nulidad del matrimonio.

VI. Sobre el matrimonio putativo

El respeto a la “buena fe” ha sido preocupación especial del legislador en materia matrimonial. Las consecuencias que de él se siguen son, en muchos casos, irremediables, especialmente en lo que dice relación con la descendencia y los bienes. Por lo mismo, la ruptura afecta situaciones e intereses de enorme importancia para los implicados. La aplicación del artículo 1687 del Código Civil (efecto retroactivo de la nulidad), como es obvio, no se aviene con este tipo de relaciones, fundadas en otros principios.

Para encarar los efectos que se siguen de la disolución del vínculo matrimonial, sea por efecto del divorcio o de la nulidad, se ha instituido el llamado “matrimonio putativo” o aparente. En el texto original del Código Civil, su regulación se hallaba en el artículo 122, que decía lo siguiente: “El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la lei requiere, produce los mismo efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, i con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges” (inciso 1°). “Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio” (inciso 2°). Conviene agregar el texto del artículo 123, que, sobre la extinción del vínculo, decía: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges. Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, i la disolución pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte”.

El citado artículo 122 inciso 1° del texto original del Código Civil sufrió modificaciones importantes con ocasión de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, sustituyéndose, desde luego, la frase “si ha sido celebrado con las solemnidades que la lei requiere”, por la oración “si ha sido celebrado ante Oficial del Registro Civil”. Pero fue la Ley N° 10.271, de 1952, la que incorporó en esta disposición un nuevo inciso 2°, cuyo texto era el siguiente: “Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error”. A partir de esta reforma se habló de “**matrimonio putativo simple**” y de “**matrimonio putativo calificado**”, aludiendo, en este último caso, sólo a la legitimidad de los hijos concebidos en él. La explicación de lo descrito es simple. Ante la indisolubilidad del matrimonio, lo cual importaba un vacío legal grave al dejarse sin solución las rupturas matrimoniales, como ocurre siempre en el derecho, se buscó la manera de descomprimir las presiones sociales que aquello generaba. Fue a partir de 1923, que interpretando el artículo 308 del Código Civil sobre prueba del estado civil, se admitió por la jurisprudencia que era posible acreditar, contra lo consignado en las partidas del Registro Civil, que el Oficial que autorizó el matrimonio era incompetente, porque no correspondía al domicilio o residencia de ninguno de los contrayentes (artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, que contemplaba la incompetencia del Oficial del Registro Civil como causal de nulidad del matrimonio). Se dejaba, de esta manera, en situación precaria la legitimidad de la descendencia, ya que el matrimonio podía no ser putativo, razón por la cual se optó por amparar a los hijos concebidos en él, introduciendo el “matrimonio putativo calificado” (recuérdese la importancia que entonces tenía la legitimidad de la descendencia). A lo anterior hay que agregar el hecho de que no estaba claro si era el juez quien debía declarar la putatividad del matrimonio, siendo previo acreditar la buena fe y la justa causa de error, o si ello no era necesario y se derivaba tácitamente de la sentencia de nulidad. Así las cosas, se llega a la Ley N° 19.947, de 2004.

El artículo 51 de la nueva LMC redefine el matrimonio putativo en los siguientes términos: “El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”. Hasta aquí no hay diferencia alguna, salvo la referencia que se hace al matrimonio religioso cuando éste es ratificado, en el plazo legal, ante el Oficial Civil. El inciso 2° del artículo 51 agrega: “Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad”. Esta norma merece varios comentarios.

Desde luego, si el matrimonio putativo supone la declaración de nulidad, no tiene sentido aludir a “reclamar la disolución del régimen de bienes”, porque dicha disolución se produce ipso jure, por el solo hecho de declararse la nulidad del matrimonio. Por otra parte, la facultad que se confiere al cónyuge que ha obrado de buena fe y con justa causa de error, es arbitraria, ya que el matrimonio putativo produce los mismos efectos que el matrimonio válido, por lo cual debe entenderse que el régimen de bienes existente (sociedad conyugal o participación en los gananciales) se ha extinguido y deberá procederse a la liquidación respectiva. ¿Qué sentido tiene permitir que el cónyuge favorecido pueda invocar “las reglas generales de la comunidad”, si entre ellos, como ocurre en el régimen de participación en los gananciales, no ha existido comunidad de bienes? Pero la recta interpretación de esta norma plantea otro alcance. ¿Implica ella un reconocimiento de que, cualquiera que sea el régimen de bienes habido durante el matrimonio putativo, existió entre los cónyuges comunidad de bienes? La norma es confusa en este orden de cosas.

Por último, conviene preguntarse, en relación a este inciso 2° del artículo 51 de la LMC, si el legislador entendió que por el solo hecho de existir matrimonio putativo se ha formado entre los cónyuges comunidad de bienes, incluso cuando en capitulaciones matrimoniales los contrayentes escogieron el régimen de separación total de bienes. Atendido lo previsto en el artículo 3° de la LMC, nosotros nos inclinamos por esta última interpretación. Por lo tanto, si se declara la nulidad del matrimonio y este tiene carácter de matrimonio putativo, cualquiera que sea el régimen de bienes habido en el matrimonio, incluso separación total de bienes, puede sostenerse la existencia de una comunidad respecto de los bienes adquiridos durante su vigencia.

Para fundamentar nuestra posición debe considerarse el hecho de que la situación descrita en la ley constituye una **sanción** al cónyuge que obró de mala fe y sin justa causa de error al momento de contraer el matrimonio que luego es declarado nulo. Asimismo, que habiendo habido convivencia derivada de un matrimonio aparente, se presume un esfuerzo común en todo cuanto dice relación con las necesidades de subsistencia y requerimientos patrimoniales de la familia. Por último, en el régimen de participación en los gananciales (que indudablemente está incluido en la norma), no existe comunidad de bienes, sin embargo de lo cual el cónyuge puede optar por ella, prescindiendo de la liquidación dispuesta en la ley. Nada tiene de extraño, entonces, que el legislador haya sancionado al contrayente que obró de mala fe y sin justa causa de error, derivando, de una convivencia autorizada en la ley, la existencia de una comunidad de bienes.²⁴

²⁴ En nuestro trabajo sobre la Ley de Matrimonio Civil, publicado en el Curso de Actualización Jurídica “Nuevas tendencias en el Derecho Civil”, Universidad del Desarrollo, Año 2004, Páginas 38 y 39, no nos planteamos este problema y señalamos que no cabía sostener la existencia de una comunidad cuando no había sociedad conyugal o participación en los gananciales. Con mayor estudio hemos optado por dar a esta norma el alcance que se describe en este trabajo.

Como puede observarse, la disposición analizada (artículo 51 inciso 2° de la LMC) plantea dudas muy radicales y admite interpretaciones encontradas.

El inciso 3° de la norma en comento reproduce en idénticos términos el inciso 2° del texto original del artículo 122 del Código Civil (sobre donaciones o promesas que se hayan hecho al cónyuge que se casó de buena fe). Por último, el inciso 4° dispone que “Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges”. Como puede comprobarse, el legislador protege la filiación de los hijos del matrimonio declarado nulo, en términos semejantes a los contenidos en la Ley N° 10.271, de 1952.

El artículo 52 de la LMC contiene, a propósito de esta institución, la norma más importante y novedosa. Ella pone fin a la duda que existía sobre si la putatividad del matrimonio debía ser declarada por el juez o se desprendía tácitamente de la sentencia sin que fuera necesaria declaración alguna. Su texto es el siguiente: “Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia”. Se trata, entonces, de una presunción simplemente legal, puesto que puede acreditarse que no han concurrido los requisitos indicados. Asimismo, el silencio de la sentencia sobre esta cuestión importa un reconocimiento tácito de la putatividad del matrimonio y la procedencia de sus efectos. Se resuelve, de esta manera, una de las dudas que suscitó esta institución por muchos años.

Íntimamente relacionado con esta materia, conviene invocar lo prevenido en el artículo 2° transitorio de la LMC. Dicha norma dispone que los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LMC se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio. De lo señalado se sigue que estos matrimonios pueden ser objeto de separación judicial, nulidad y divorcio, de acuerdo a la Ley N° 19.947. El mismo artículo, en el inciso 2°, contempla una excepción calificada al mandato anterior, al decir: “Sin perjuicio de lo anterior, las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión originan, se regirán por la ley vigente al tiempo de contraerlo; pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil, prevista en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884”. La primera parte de la excepción nos parece lógica, ya que no puede exigirse al matrimonio celebrado con antelación a la vigencia de la nueva LMC, que cumpla con los requisitos impuestos en dicho estatuto matrimonial. La segunda parte es más dudosa. ¿Puede una ley sanear un vicio de nulidad y privar a las partes de la titularidad de la acción destinada a dejarlo sin efecto? ¿Qué ocurre con los juicios de nulidad iniciados y en tramitación al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley? Respecto de la extinción de una causal de nulidad

con efecto retroactivo, no nos cabe duda que puede la ley sanear el acto o contrato, privando a las partes de la acción de nulidad. Mientras ella no se ejerce, existe, a su respecto, una mera expectativa (sin perjuicio de que siempre un juicio es una contingencia incierta de ganar o perder). En relación a las acciones en actual tramitación al entrar en vigencia la nueva LMC, la cuestión está resuelta en el artículo 3° transitorio, que dispone: "Los juicios de nulidad de matrimonio ya iniciados al momento de entrar en vigencia la presente ley continuarán sustanciándose conforme al procedimiento vigente al momento de deducirse la demanda respectiva, salvo que las partes soliciten al juez continuar la tramitación de acuerdo a las norma que prevé esta ley (inciso 1°). En dicho caso, se aplicará a la nulidad del matrimonio la legislación vigente al momento de contraerse el vínculo" (inciso 2°).

De la manera indicada resolvió el legislador el ardoroso conflicto que desencadenó la jurisprudencia al admitir la nulidad del matrimonio por incompetencia del oficial del Registro Civil, por no corresponder al domicilio o residencia de ninguno de los contrayentes, pudiendo probarse este hecho, contra el mérito de las partidas, mediante testigos (artículo 308 del Código Civil). Al amparo de esta interpretación, la nulidad de matrimonio fue por largos años un sustituto irregular del divorcio con disolución del vínculo.

Para concluir, digamos que el matrimonio putativo –que tiene origen en el Código Civil de Bello– ha sido una institución fundamental, ya que ha evitado injusticias y despojos, privilegiado la buena fe y la diligencia de los contrayentes y resguardado la filiación de los hijos nacidos de estos enlaces.

VII. Debilitamiento de la relación conyugal

Antes de concluir este trabajo, estimamos oportuno referirnos a lo que bien podría llamarse debilitamiento de la relación conyugal, la cual se manifiesta, no en la disolubilidad del vínculo, como lo plantean algunos comentaristas, sino en la amplitud, vaguedad e imprecisión de algunas causales de nulidad y de la ejemplarización de la causal genérica de divorcio.

A. Sobre causales de nulidad

Si se comparan las causales de nulidad de matrimonio contempladas en la antigua Ley de Matrimonio Civil con las contenidas en la Ley N° 19.947, se advierten diferencias importantes, todas las cuales relativizan la validez del contrato.

Comencemos por analizar los N°s 3 y 4 del artículo 5° de la LMC. El primero de ellos declara que "No podrán contraer matrimonio: ...3° Los que se hallaren privados del uso de razón (se trata de personas dementes); y los que por un

trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio". En esta última parte, se crea una ineptitud especial de carácter mental, señalándose que ella impide de "modo absoluto", o sea, irremediadamente, para formar "la comunidad de vida que implica el matrimonio" y que dicho trastorno o anomalía debe diagnosticarse fehacientemente. Todos los elementos de la figura son relativos, imprecisos, vagos y admiten muy diversas lecturas. ¿Qué significa y qué comprende la "comunidad de vida que implica el matrimonio"? Los proyectos de vida que se procuran alcanzar a través del matrimonio por los contrayentes pueden ser muy distintos y no necesariamente coincidentes. ¿De qué manera deben enfocarse estas diferencias? ¿Cómo debe manifestarse una "anomalía" y un "trastorno" psíquicos? No puede afirmarse que ambos términos sean sinónimos, ya que "anomalía" da la idea de una irregularidad permanente, estable en el tiempo; en tanto "trastorno", a la inversa, parece referirse a una irregularidad temporal, transitoria o pasajera. ¿Basta una diferencia transitoria que altere la "comunidad de vida que implica el matrimonio", para que éste sea considerado nulo? Como puede observarse, la causal es confusa, cabe en ella una infinidad de situaciones de la más diversa índole, todo lo cual debilita considerablemente el vínculo matrimonial. Javier Barrientos Grandón y Aránzazu Novales Alquézar señalan, a propósito de esta causal, que "Es esta una nueva hipótesis de limitación a la universalidad de *ius conubii* en relación con las que establecía la ley de 1884, cuya historia, redacción y posición sistemática la rodean las diversas dificultades dogmáticas y, con seguridad, generarán una serie de problemas que la jurisprudencia habrá de resolver en su día".²⁵ Los autores citados recuerdan que esta restricción encuentra su antecedente en el canon 1095.3 del *Codex Iuris Canonici de 1983*. La incorporación de disposiciones de derecho canónico a nuestra ley, como se comentará más adelante, constituye uno de los errores fundamentales de la nueva LMC.

Lo propio ocurre respecto de la causal de que trata el artículo 5° N° 4 de la LMC, que declara inhábiles para contraer matrimonio "A los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio". Se trata, esta vez, de una especie de incapacidad absoluta, fundada en la incomprensión y, por consiguiente, falta de compromiso con los deberes y derechos "esenciales" del matrimonio. Volvemos a la influencia del derecho canónico, ya que esta causal de nulidad se inspira en el mismo antecedente citado en el párrafo precedente.

Probablemente la norma que mayor precariedad da al contrato de matrimonio sea el artículo 8° de la LMC, que se refiere al consentimiento libre y espontáneo. Nuestra ley entiende que dicho consentimiento no existe en tres casos

²⁵ Javier Barrientos Grandón y Aránzazu Novales Alquézar. "Nuevo derecho matrimonial chileno". LexisNexis. Año 2004. Pág. 222.

concretos: cuando ha habido error en la identidad de la persona del otro contrayente; cuando ha habido error en alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento; y cuando ha habido fuerza, en los términos del artículo 1456 y 1457 del Código Civil, sea que haya sido ocasionada por una persona o una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo. Nuestra atención se centra en la ausencia de las "cualidades personales" que han resultado determinantes para contraer matrimonio, atendiendo a la naturaleza y fines del mismo. Esta disposición, como lo recuerdan Barrientos y Novales, se inspiró en el derecho canónico y en el Código Civil español. Nuevamente nos enfrentamos a una figura abierta, compuesta por elementos que admiten muy variadas interpretaciones y que, por lo tanto, relativizan la validez del consentimiento. ¿Qué cualidades personales han de ser determinantes para consentir en el matrimonio? Creemos que ello depende de lo que el contrayente defraudado haya incorporado a su proyecto de vida, de la importancia y solidez de sus concepciones religiosas, de las convicciones políticas y sociales a que adhiere, de los valores y preferencias que aspire realizar, etcétera. Es muy poco lo que un juez puede ponderar a este respecto, ya que él no está habilitado para calificar ni los proyectos de vida, ni las concepciones religiosas, ni las convicciones políticas y sociales del contrayente. Entonces, en estricta lógica, ello debería quedar entregado al arbitrio de quien demanda la nulidad, puesto que sólo él está en condiciones de definir las cualidades personales, atendida la naturaleza y fines que atribuye al matrimonio, que lo indujeron a casarse. Por lo mismo, esta causal de nulidad es una manifestación elocuente de un arbitrio personal que, sin embargo, se deposita en manos de un juez.

El error básico de nuestra LMC es haberse basado, para establecer estas causales de nulidad, en el derecho canónico. Si los contrayentes son católicos practicantes, todas estas disposiciones tienen fundamento y es posible aplicarlas con certeza y regularidad. Quienes profesan la fe católica tienen una concepción bien definida del matrimonio, de su naturaleza, de sus fines, de los deberes que impone, de su indisolubilidad, etcétera. Pero no ocurre lo mismo respecto de toda la población. Saltan a la vista las diferencias que surgen respecto de problemas valóricos en la contingencia legislativa o política (píldora del día después, aborto, eutanasia, cultivo de células madres, etcétera). Dicho de otro modo, a una comunidad laica se le imponen normas de una comunidad religiosa que, por respetable que sea, no puede aspirar a hacer primar sus concepciones. Es aquí en donde se confronta la sociedad laica con la sociedad confesional, generándose un abismo que los jueces no pueden llenar. Paradójicamente, es esta, a nuestro juicio, la fuente más prolifera de la inestabilidad jurídica del vínculo, lo que opera en contra de lo que predica la fe católica.

B. Sobre causal de divorcio

Nuestro enjuiciamiento crítico se hace extensivo a la causal de “divorcio sanción” configurada en el artículo 54 de la LMC. Como es sabido, existe una causal genérica de divorcio (idéntica a la causal de separación judicial, lo cual demuestra la efectividad del principio de degradación progresiva del vínculo matrimonial), la cual consiste en “falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”. La ley, en la misma disposición, dándole un alcance interpretativo, ha señalado una serie de hechos, entre otros, que configuran la causal de divorcio sanción. El N° 2 del inciso 3° del indicado artículo de la LMC, expresa que se incurre en la causal en caso de “Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio”. De esta norma interpretativa se sigue que la infracción al deber de fidelidad se ha atenuado a tal extremo que el adulterio, por sí solo, no es una causal suficiente para decretar el divorcio. Para que tal ocurra es necesario que el adulterio sea “reiterado”, esto es, haya ocurrido varias veces. La norma citada se halla en abierta oposición a lo indicado en el artículo 132 del Código Civil, según el cual “El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé”. A la luz de lo prevenido en el artículo 54 inciso 3° de la LMC, parece no ser el adulterio una infracción tan grave como lo manifiesta el Código Civil.

Así las cosas, si se compara la legislación matrimonial que regía no hace más de 30 años, se llegará a la conclusión de que el menoscabo que sufre, en este momento, el matrimonio como institución y núcleo natural de la familia no se debe sólo a un fenómeno sociológico irrefrenable, sino también a los cambios legislativos que han operado, todos los cuales apuntan en la misma dirección: restar importancia al matrimonio. De aquí, creemos nosotros, se sigue la reticencia que experimentan hombres y mujeres de constituir una familia sobre las bases consagradas en la LMC. Insistamos en que es indispensable fortalecer las bases en que se sustenta la familia y ello pasa, necesariamente, por promover la legislación que regula la unión entre un hombre y una mujer que aspiran a vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, como reza el artículo 102 del Código Civil. Cada día se cree más firmemente que el matrimonio es un compromiso privado, entregado por entero a la voluntad de los contrayentes y que, por lo mismo, la autoridad debe limitarse a intervenir lo menos posible, dejando en manos de los cónyuges las decisiones más importantes en lo concerniente a sus efectos y su proyección en el tiempo. Es aquí, pensamos nosotros, en donde radica la diferencia fundamental. El matrimonio debe analizarse y valorizarse en función de la familia. Por lo mismo, no puede eludirse el hecho de que la estabilidad, protección y seguridad de sus integrantes (particularmente los descendientes) es tarea esencial del Estado. Así está consagrado, por lo demás,

en el mandato constitucional del artículo 1° de la Carta Política. No nos asiste la menor duda sobre la trascendencia que para la comunidad chilena tendrá la circunstancia de que sean cada día más numerosas las parejas que optan por una convivencia convencional en sustitución del contrato de matrimonio. Este tipo de uniones, atendido su carácter informal e inestabilidad, deteriora el núcleo familiar y proyecta una imagen negativa hacia los descendientes. Lamentablemente, parece no existir conciencia sobre lo que este fenómeno representa y sus consecuencias ulteriores.

VIII. Influencia de la sociedad conyugal como régimen patrimonial del matrimonio en Chile

Como es sabido, la sociedad conyugal en nuestro país es el régimen patrimonial de derecho en el matrimonio (artículos 135 y 1718 del Código Civil). Este se contrae por el solo hecho de que los cónyuges no opten expresamente por el régimen de participación en los gananciales o por la separación total de bienes. Creemos nosotros que este régimen no sólo ha sido exitoso (al ajustarse a nuestra realidad socioeconómica), sino que ha servido para dar estabilidad económica a la familia.

Desde luego, parece justo que existiendo una plena comunidad de vida entre los cónyuges, todo aquello que adquieran durante el matrimonio a título oneroso sea compartido igualmente. Como quiera que sea la mancomunidad existente entre marido y mujer, ambos cooperan del mismo modo a superar las necesidades materiales de la convivencia.

Es igualmente innegable que la mujer, atendida una larga tradición que comienza a cambiar recién en las postrimerías del siglo pasado, es quien mayores quebrantos debe enfrentar en el matrimonio. Sobre ella ha recaído preferentemente el cuidado del hogar común, la crianza de los hijos, la organización de la vida doméstica, sin perjuicio de su incorporación al proceso productor. Hoy día, son cada vez más numerosas las mujeres que compatibilizan sus tareas conyugales con el desempeño de una actividad remunerada.

La sociedad conyugal, a lo largo de los años, ha ido evolucionando, especialmente por las modificaciones introducidas en las leyes N°s 5.521, 10.271, 18.802, 19.585 y 19.947. Se ha ido generando, gradualmente, un régimen especial que, indudablemente, favorece los intereses de la mujer por sobre los intereses del marido. Existen tres aspectos indiscutibles que deben destacarse. **En primer lugar**, la administración de la sociedad conyugal se ejerce por el marido, pero con tal cantidad de trabas y restricciones que no es exagerado sostener que estamos frente a una "coadministración". Ningún negocio importante, que comprometa los intereses de la sociedad conyugal, puede ejecutarse por el

marido sin la anuencia de su mujer, la cual, en todo caso, está habilitada para demandar la separación de bienes e, incluso, una reparación indemnizatoria. **En segundo lugar**, con la sociedad conyugal coexisten regímenes anexos a la misma, que permiten a la mujer administrar, incluso con mayores facultades que el marido, parte importante de los bienes comprometidos en la comunidad de bienes (artículos 150, 166, 167, 1724 del Código Civil). **En tercer lugar**, al disolverse la sociedad conyugal, la mujer goza de numerosos beneficios adicionales, pudiendo renunciar a los gananciales y conservar su “patrimonio reservado”, ejercer su derecho de emolumentos y hacerse pagar con preferencia sus gananciales, mantener los bienes que administraba por separado, reclamar una reparación indemnizatoria si el marido ha administrado con culpa grave o dolo, etcétera. Prueba práctica de lo que se señala es el hecho de que en numerosos casos la compensación económica a que da lugar el divorcio, se paga asignando, en la liquidación de la sociedad conyugal, los bienes más valiosos a la mujer (generalmente el inmueble o casa habitación).

No vacilamos en calificar este régimen como una “discriminación positiva” en favor de la mujer, lo cual favorece, creemos nosotros, a la familia y particularmente a los descendientes de la unión matrimonial. Por lo mismo, sería un error alterar este régimen con el propósito de mantener una supuesta igualdad de géneros, todo lo cual irá en desmedro de la mujer y desestabilizará, todavía más, la unión conyugal. Lo que señalamos no se opone, por cierto, a corregir ciertos errores y vacíos, como ocurre, por ejemplo, con la administración por parte del marido de los bienes propios de la mujer (artículos 1754 y 1755). Pero estas deficiencias no justifican una alteración radical del régimen de bienes de derecho en el matrimonio. Tampoco rechazamos la posibilidad de simplificar algunas de las disposiciones que componen el Título XXII del Libro IV del Código Civil, denominado “De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal”, para hacerlo más accesible al conocimiento y comprensión de los imperados.

No puede analizarse, a nuestro juicio, esta materia sin tener una visión global de la situación jurídica de los cónyuges como consecuencia del matrimonio. Así, por ejemplo, la circunstancia de que el cónyuge sobreviviente sea, en el día de hoy, un “legitimario privilegiado” (artículos 1182 y 988 del Código Civil), permite evitar que éste quede en una menesterosa situación a la muerte de su marido o de su mujer. Estadísticamente está demostrado que en Chile las mujeres viven varios años más que los hombres. De ello se infiere que esta modificación a la sucesión por causa de muerte redundará más en provecho de la mujer que del marido. Lo propio podría decirse del derecho especial que se le concede en el artículo 1337 N° 10 del mismo Código Civil, respecto del inmueble en que reside y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia así como el mobiliario que lo guarnece.

Las leyes no pueden desentenderse de la realidad socioeconómica que regulan. Las condiciones de la mujer en Chile, habiendo mejorado considerablemente en los últimos años, son aun desmedradas en relación al hombre. Por lo mismo, debe subsistir un estatuto que favorezca a la mujer para compensar de algún modo esta insuficiencia.

No exageramos si decimos que ha sido la sociedad conyugal el instituto jurídico que más ha contribuido a la estabilidad del vínculo matrimonial, al extender la comunidad de cuerpos al campo patrimonial y generar en los cónyuges intereses compartidos. Es probable que en un futuro no lejano, ignorando estos efectos, nuestros legisladores propinen otro golpe al vínculo matrimonial, modificando, esta vez, el régimen de bienes de derecho a que están sujetos los cónyuges.

IX. Matrimonios entre personas del mismo sexo

Conviene abordar este tema, habida consideración de una cierta presión pública desencadenada por grupos minoritarios, que exigen incorporar a nuestra legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta cuestión se ha acentuado a propósito de la tuición de los hijos menores reclamada por parejas homosexuales.

Comencemos por señalar que toda persona es soberana para escoger sus opciones sexuales, siempre que ello no vulnere el derecho ajeno ni las prohibiciones consagradas en la ley. No cabe, entonces, inmiscuirse en ello, invocando principios éticos o mandatos de otro orden. Pero, de aquí a aceptar que el matrimonio, fuente esencial de la familia y de la procreación, pueda darse entre personas del mismo sexo, hay un abismo imposible de salvar. El matrimonio, protegido en función de sus fines en la Constitución Política de la República, sólo es concebible entre un hombre y una mujer. La Carta Política es clara a este respecto. La familia es un "cuerpo social intermedio" a través de la cual se organiza y estructura la sociedad. La protección que se le brinda en el artículo 1° inciso 2° de dicho estatuto fundamental, tiene por objeto "cumplir sus fines específicos". La señalada disposición no deja lugar a equívocos: *"El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"*. Ahora bien, nadie podría desconocer que dichos fines específicos están señalados en el artículo 102 del Código Civil, desde hace 150 años, constituyendo, más que un enunciado, un principio permanente. El matrimonio tiene tres fines esenciales; comunidad de vida entre marido y mujer (vivir juntos), procreación y auxilio mutuo. Si por naturaleza es imposible que la unión entre dos personas pueda cumplir con estos fines, no hay matrimonio ni reconocimiento ni protección constitucional ni legal.

Son numerosas las normas que revelan el espíritu del legislador en esta materia y que excluyen toda posibilidad de que pueda admitirse un matrimonio entre sujetos del mismo sexo. Así, por ejemplo, el artículo 80 de la LMC (antes comentado), según el cual el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a la ley del mismo país, produce en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, *"siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer"*. La definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, que se mantuvo intocada luego de la aprobación de la Ley N° 19.947. La extensión de la causal única de divorcio consagrada en el artículo 54 de la LMC, que sanciona como violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio la *"conducta homosexual"*. La antes comentada protección que la Constitución brinda a los grupos intermedios para el cumplimiento de sus propios fines específicos. En general, podríamos decir que toda la reglamentación jurídica del matrimonio gira en torno a la unión entre un hombre y una mujer, cuestión que en su momento llevó, incluso, a formular la teoría de la inexistencia jurídica, precisamente al tratarse del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La discusión, en consecuencia, debería girar sobre otro eje. ¿Cabe reglamentar legalmente las uniones homosexuales? ¿Es esta una materia que requiere de regulación jurídica? ¿Debe instituirse un estatuto especial para quienes se comprometan a compartir su vida?

Nosotros creemos que ello no es necesario por dos razones. En primer lugar, porque existe una serie de instituciones que permiten resolver los problemas que puede generar este tipo de convivencia, respetando la voluntad de las personas involucradas en ella. Así ocurre, tratándose de los bienes adquiridos durante la convivencia, con el cuasicontrato de comunidad, pudiendo los interesados, incluso, reglamentar la administración de los bienes, la disolución de la comunidad, el porcentaje que corresponde a cada uno de los comuneros, etcétera. Otra posibilidad es la celebración de un contrato de sociedad en el supuesto que los partícipes realicen una actividad lucrativa común. En el campo de la sucesión por causa de muerte, por medio del testamento cada uno de los convivientes puede disponer de todo o parte de sus bienes (según concurren parientes con derecho a asignaciones forzosas). Pueden también recurrir a un seguro de vida o una renta vitalicia u otro tipo de prestación previsional. Como puede comprobarse, son numerosas las instituciones que sirven el propósito indicado sin que sea necesario consagrar una forma especial de unión semejante al matrimonio. En segundo lugar, la tendencia que hemos analizado en los capítulos precedentes apunta en el sentido contrario de aquel que reclaman los partidarios de introducir vínculos legales estables entre parejas del mismo sexo. Podría sostenerse que la aspiración que predomina consiste en *"desformalizar"* las relaciones personales heterosexuales. Esto explica que se recurra cada día

menos al matrimonio y se opte por la convivencia al margen de toda regulación legal. ¿Cómo conciliar esta tendencia con el afán de introducir nuevas formas de vinculación jurídica en las relaciones personalísimas? Creemos que tras el intento de lograr este fin se oculta una especie de desafío –hoy enteramente innecesario– para legitimar este tipo de uniones de hecho. Por lo tanto, estimamos que introducir una reforma legal es enteramente innecesario.

En el supuesto de que se impusiera la tendencia a legislar en esta materia, adoptando un estatuto legal que regulara la unión de personas del mismo sexo (proyecto que se encuentra presentado al Congreso Nacional), ello sólo podría referirse a la situación de los bienes, su administración, los derechos sucesorios y los deberes de socorro (derecho de alimentos). ¿Qué se ganaría con ello que no pueda conseguirse por los medios jurídicos de que se dispone en la actualidad? Una especie de “submatrimonio” no haría más que atizar el ambiente de resistencia social que subsiste en amplios sectores de la población respecto de esta clase de uniones, empeorando el clima de convivencia.

Dos problemas se suscitan frecuentemente en la discusión acerca de esta conducta. Uno dice relación con la tuición de los menores por parte de parejas homosexuales, y otra la posibilidad de que se autorice la adopción como si se tratara de una pareja heterosexual. El debate sobre esta cuestión elude, a nuestro juicio, lo fundamental. La cultura predominante en nuestra sociedad impone como modelo de familia aquella integrada por el padre y por la madre. Ambos proyectan una imagen necesaria, porque se funden dos roles diferentes, pero complementarios. Si en la pareja dichos roles se mezclan y distorsionan, este fenómeno opera en perjuicio de los menores, sea porque el de sexo femenino no tiene modelo de “mujer-madre”, sea porque el de sexo masculino no tiene modelo de “hombre-padre”. Pero el conflicto es aun peor, porque los modelos se confunden, proyectando una relación que carece de los parámetros culturales prevalecientes. De aquí que no se trate de descalificar a ciertas personas para ejercer el cuidado de sus hijos menores o la adopción como consecuencia de sus inclinaciones y preferencias sexuales, sino de evitar la destrucción de modelos que son propios de nuestra cultura, convivencia y valoración social.

Hasta aquí las reflexiones que nos merece la proposición de introducir entre nosotros el llamado “matrimonio homosexual”. Es cierto que otras naciones lo han introducido (incluso España, tan afín a Chile por razones históricas), pero están pendientes los resultados de aquella experiencia. Todo hace suponer que esta medida minará todavía más la estabilidad y la solidez de la familia. Presumimos que nadie puede aspirar a ello.

X. Sobre algunas normas transitorias

Para concluir este trabajo, creemos útil referirnos brevemente a algunas disposiciones transitorias contenidas en la LMC. Se trata de regular la situación de algunos juicios en tramitación y de mandatos pendientes que suponen el transcurso de un cierto lapso de tiempo.

a. Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LMC se registrarán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio. Tanto las formalidades y los requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión origina, se rigen por la ley vigente al momento de contraerlo. Sin embargo, como se comentó en lo precedente, se priva a los cónyuges de la causal de nulidad consagrada en el artículo 31 de la ley anterior, esto es, la incompetencia del Oficial Civil ante quien se celebró el matrimonio y la ausencia o inhabilidad de los testigos que intervinieron en él. Como es lógico, si la demanda de nulidad, basada en esta causal se había notificado y existía juicio pendiente al momento de entrar en vigencia la nueva LMC, ella es perfectamente procedente y deberá aplicarse el indicado artículo 31.

b. Los juicios de nulidad de matrimonio que se hubieren iniciado al momento de entrar en vigencia la Ley N° 19.947 se siguen substanciendo conforme al procedimiento vigente al momento de deducirse la demanda respectiva, salvo que las partes acuerden someterse a la nueva ley. La nulidad se rige, en este caso, por la legislación vigente al momento de contraerse el vínculo (artículo 3° transitorio).

c. "Los juicios de divorcio perpetuo o temporal ya iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley continuarán tramitándose como juicios de separación judicial bajo el procedimiento regulado al momento de deducirse la demanda respectiva" (artículo 4° transitorio). La referencia que hace esta disposición a la "separación judicial" debe entenderse como una remisión al Párrafo 2° de la LMC, denominado "De la separación judicial" (artículos 26 y siguientes). El mismo artículo faculta a las partes para "solicitar al juez que prosiga el juicio comenzado, o que se aplique lo dispuesto en la disposición Segunda del artículo 1° transitorio".

d. El artículo 5° transitorio contiene un mandato importante. Los juicios de nulidad de matrimonio o de divorcio perpetuo que se hallaban iniciados al momento de entrar en vigencia la nueva LMC, una vez concluidos por sentencia judicial ejecutoriada, no impiden que puedan ejercerse las acciones previstas en esta ley, sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada que, en este caso, pudiere corresponder. O sea, se faculta a los cónyuges para ejercer la acción de separación judicial, de nulidad y de divorcio, debiendo respetar la cosa juzgada que resulte de la sentencia ya pronunciada.

e. El artículo 6° transitorio señala que *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley, se hayan divorciado temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”*. Como puede observarse, hay dos efectos especiales. Se crea un nuevo estado civil de “separado”, que corresponde a quienes se encuentran divorciados temporal o perpetuamente de acuerdo a la Ley de Matrimonio Civil de 1884; asimismo los efectos de este estado civil pasan a estar reglamentados por la nueva LMC. Así las cosas, en Chile, respecto del matrimonio existen, en este momento, cuatro estados civiles: casado, soltero, separado y divorciado, rigiéndose todos ellos por lo previsto en la Ley N° 19.947. Como es obvio, la nulidad de matrimonio, atendido a que ella opera con efecto retroactivo, devuelve la calidad de soltero a quien obtiene sentencia favorable.

f. Finalmente, como se consigna en el artículo 55 de la LMC, para demandar el divorcio, sea de común acuerdo o por decisión unilateral de uno de los cónyuges, el legislador exige que la convivencia haya cesado por el plazo de un año, en el primer caso, o de tres años, en el segundo. Tal como hemos explicado con antelación, estos plazos tienen por objeto llegar a la extinción del vínculo mediante un proceso gradual de la convivencia, a fin de hacer más madura y mediata la decisión. En el mismo sentido debe considerarse la conciliación y la mediación. Interesa al legislador, por otra parte, la existencia de una prueba irrefutable de que la separación de cuerpos ha perdurado por el plazo antes mencionado. Para estos efectos, dicho plazo debe computarse de acuerdo a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la LMC. Vale decir, se prueba el cese de la convivencia por el acuerdo de los cónyuges mediante escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público; acta extendida ante Oficial del Registro Civil; o transacción aprobada judicialmente. Además, puede acreditarse por la notificación de la demanda sobre aquellas materias especificadas en el artículo 23 (regulación de las relaciones mutuas, alimentos que se deban, bienes familiares o régimen de bienes en el matrimonio, relaciones con los hijos, como alimentos, cuidado personal, o relaciones directas y regulares). El artículo 2° transitorio, inciso 2° de la LMC suspende la aplicación de los artículos 22 y 25, pero dispone, como se analizó en lo precedente, que el *“juez podrá estimar que no se ha acreditado (la suspensión de la convivencia) si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre este hecho”*.

Estas son las normas fundamentales que rigen el tránsito entre una y otra Ley de Matrimonio Civil.