

Procedencia de la compensación económica en juicio de divorcio por culpa y cese de convivencia por petición unilateral por más de tres años¹

Claudia Schmidt Hott

Profesora de Derecho Civil
Abogado

Resumen: La compensación económica, una institución que desnaturaliza la coparentalidad y la crianza de los hijos. Su errada causa y su injusticia en cuanto parte de un supuesto que no sigue a su modelo, cual fuera principalmente el Código Civil español.

I. Introducción

La compensación económica que introduce la Nueva Ley de Matrimonio Civil reconoce como fuente a otras legislaciones comparadas, especialmente en el caso chileno, a la legislación española. Por ello, se recurrirá a esta legislación para determinar algunos puntos necesarios de dilucidar para determinar su procedencia.

Por lo cual y como primera aproximación, puede señalarse que no es una cuestión inédita en el Derecho chileno, temática que se presenta en otras instituciones introducidas a la legislación nacional, como lo fuera en su época la introducción del Nuevo Estatuto Filiatorio vigente desde el 27 de octubre del año 1999.

Constituirá un elemento determinante un breve análisis del Código Civil español, para desentrañar la problemática que se enfrenta en este informe en Derecho, cual es la procedencia de la compensación económica a todo evento o si con esta institución se están realizando malas prácticas que deslindan en un enriquecimiento injusto, cuestión que ya el codificador chileno consideró

¹ Este artículo se basa en un Informe en Derecho, del cual se han borrado los nombres de las partes litigantes.

necesario evitar a través de una multiplicidad de instituciones, y a falta de ellas, con la procedencia de la *actio in rem verso*.

Si bien se ha discutido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente la naturaleza jurídica de la compensación económica a propósito del divorcio y de la nulidad matrimonial, ese no será el tema central de este informe, sino que éste se centrará en la interrogante si en la especie, ¿procede o no la compensación económica? Desde luego cabe descartar que la compensación económica sea una prolongación del deber alimentario, pues en este sentido la ley la asimila a él sólo para los efectos de garantizar su cumplimiento cuando su pago es en cuotas, según lo señala el artículo 66 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil.

Así también no puede calificársele como una renta vitalicia y menos aún como una indemnización de perjuicios. En este último aspecto, la doctrina con acierto ha señalado que “no puede considerarse daño el haberse dedicado preferentemente al cuidado y crianza de los hijos y la mantención del hogar común”, por lo cual “no cabe pensar que se trate de 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” (Véase sobre el particular al profesor Pablo Rodríguez Grez en “*Ley de Matrimonio Civil*”, Cursos de Actualización, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004). Es de agregar que se ha de descartar absolutamente su naturaleza jurídica indemnizatoria, pues son inaplicables las normas de la responsabilidad civil contractual, y menos las normas que reglamentan la responsabilidad civil extracontractual.

Es en este punto donde se centrará este informe fundamentalmente, pues a juicio de esta abogada informante la naturaleza indemnizatoria ha de descartarse completamente.

Si bien se reglamentara esta institución en dichos del Servicio Nacional de la Mujer, para equiparar un desequilibrio económico hacia el futuro en el supuesto de ruptura matrimonial, postura que parece adecuada, requiere como requisito esencial que exista tal desequilibrio; de no existir, es improcedente.

II. Algunas posturas jurisprudenciales que pretenden desentrañar su naturaleza jurídica

- a) La Excelentísima Corte Suprema, en fallo de 28 de noviembre del año 2007, estimó que “la ley no la ha señalado” (Cuarta Sala);

- b) La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 17 de noviembre de 2006, sentenció que “se trataba de una obligación legal para compensar una disparidad económica”;
- c) Reiteradamente la jurisprudencia de las Cortes Superiores ha fallado con acierto que en caso alguno estamos en presencia de una pensión alimenticia, o de una prolongación del mal llamado deber de socorro, pues el matrimonio ha terminado por divorcio o se ha anulado, en la especie de este informe, se decretó el divorcio vincular;
- d) Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema reiteradamente ha sentenciado que no se trata de una renta vitalicia, aunque se pague en cuotas.

De lo expuesto a nivel jurisprudencial queda claro, después de prácticamente seis años de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, que no se trata de la prolongación del deber alimentario, ni de una renta vitalicia. Menos aún, por razones de criterio jurídico, puede estimársele una indemnización, toda vez que ésta repara un daño causado, es una sanción civil, y las sanciones civiles son de derecho estricto, y por lo mismo no admiten interpretación analógica ni extensiva.

Por ende y por vía de conclusión preliminar esta institución pretende equilibrar al cónyuge divorciado más débil, **pero sólo en la medida que exista aquel desequilibrio. De no existir, no se puede compensar lo que no existe.** Sostener lo contrario nos lleva a un absurdo jurídico del todo descartable, en consideración al aforismo jurídico conforme al cual toda interpretación en este caso judicial que lleve a un absurdo jurídico debe descartarse, sin perjuicio de que el juez de la causa debe desechar una aplicación “mecánica” y literalista de la ley y debe dar cumplimiento a las normas de hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil ubicados en su Título Preliminar. Dada su ubicación en el Código Civil, son de aplicación general y se les debe utilizar en forma conjunta.

III. El derecho, un todo coherente

Es sabido que el Ordenamiento Jurídico es un todo coherente, por lo cual no es dable interpretar una norma jurídica en forma aislada, pues si así fuere, se violentarían gravemente los elementos lógico y sistemático de interpretación y por sobre todo la equidad natural, que como señalara Ulpiano es “dar a cada uno lo suyo”, es la justicia aplicada al caso concreto y particular.

Por otro lado, más grave resulta aún desconocer el principio de la jerarquía normativa, esto es, que la ley en sentido ordinario se debe a la norma funda-

mental a todo evento. El Juez de la causa no puede prescindir del mandato constitucional, menos aún cuando éste versa sobre derechos y deberes fundamentales. A propósito de esta máxima jurídica, en reiterada jurisprudencia se ha fallado que lo que se indemniza en la compensación económica es el **“menoscabo económico cuya causa es “haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar por lo cual no se pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio”, en definitiva la causa directa del daño económico es la postergación cierta en el ámbito laboral en beneficio de los hijos y de la familia”** (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, fallo de 14 de octubre de 2008).

Esta jurisprudencia aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil en forma mecánica, olvidando que el derecho es un todo coherente, descartando el elemento sistemático y, lo que es más grave, desconociendo normas de jerarquía constitucional. Es éste el conflicto, la tensión más relevante, que se advierte en esta institución, máxime si esta normativa fue tomada del derecho español, cuyo artículo 97 (Código Civil español, Tecnos, Madrid 1997) la considera sólo una circunstancia que debe evaluarse en conjunto a otras, tales como la edad, el estado de salud, la duración del matrimonio, entre otras, en los mismos lineamientos que lo hace el art. 62 de la Ley de Matrimonio Civil.

Más allá de descartar absolutamente que se trate de una indemnización de perjuicios, debe analizarse si una aplicación literalista del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil conduce a una solución en los hechos equitativa, cuestión que paso a detallar exhaustivamente.

IV. La causa cierta del daño económico

Frente a los principios generales del Derecho que informan el NUEVO DERECHO DE FAMILIA, ¿puede considerarse como causa cierta de un daño económico el dedicarse al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar?

Aquello es insostenible, toda vez que la familia, cédula fundamental de la sociedad, debe ser protegida por todos los órganos del Estado, y no es sano, no es recomendable entender que el cuidar, el criar a los hijos pueda causar un daño, toda vez que se trata de un deber ineludible de los progenitores, cuya fuente no es la ley, sino que la filiación misma, entendida ésta como un hecho biológico ante todo y que da paso al metaprincipio del Nuevo Estatuto Filiatorio, cual es el derecho a la identidad biológica, derecho esencial de todo ser humano, en este caso de los hijos, y del cual derivan subprincipios, como es el derecho de los hijos de ser criados por sus progenitores. No es posible que una madre alegue haber sufrido daño económico por haber criado a sus hijos, pues si así

lo hiciera, estaría desconociendo a su descendencia y eludiendo derechos de los hijos que para ella importan deberes fundamentales, y que asisten además al progenitor, en la especie al demandado, tema sobre el cual la sentencia que es objeto de este informe nada dice, pues sólo se limita a señalar el valor de sus bienes, entre otras circunstancias. Es más, se confunde en esta causa el divorcio de los progenitores con sus roles parentales, olvidando el sentenciador que el divorcio es entre los cónyuges, y no respecto de los hijos, pues el estado civil de hijo es simétrico del estado civil de padre y de madre. El sentenciador ha prescindido del elemento sistemático, ha hecho una aplicación literal de la norma, y ha olvidado el principio de la jerarquía normativa, según paso a exponer:

- a) La familia como núcleo fundamental de la sociedad, así lo prescribe el artículo 1° de la Carta Fundamental, agregando en su inciso final que es deber del Estado fortalecerla y promoverla. Tomando sólo esta disposición, que debió ser considerada por el juez sentenciador, no pudo estimar “el criar a los hijos” la causa de un daño, pues si así fuere, se estaría desprotegiendo a la familia;
- b) El artículo 5° inciso 2° del Código Político, reformado el año 1989, no sugiere, sino que ordena que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta reforma, introducida por la Ley N° 18.825 de 1989, constitucionaliza los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, cuyo respeto y efectivización importan un mandato para todos los órganos del Estado, en la especie para el Tribunal de Familia que dictara la sentencia que es objeto de este informe. Es decir, no pudo la señora jueza en caso alguno prescindir de este mandato constitucional que en materia de cuidado de los hijos establece normas de aplicación directa ya recogidas por el Código Civil, en cuanto implican deberes ineludibles de los progenitores. Cumplirlos no puede ser causa de daño, pues criar a los hijos es la tarea más noble que se le ha encomendado al ser humano, ya sea hombre o mujer. Por lo tanto, se echa de menos en la sentencia en análisis esta interpretación armónica y sistemática del Ordenamiento Jurídico, sobre todo cuando nos enfrentamos a deberes y derechos esenciales. De los pactos internacionales aludidos citaremos los siguientes:
 - b.1.) Convención de los Derechos del Niño, ya vigente hace 20 años en el país y que en la materia que nos ocupa establece el deber de cuidado de los hijos no como un daño para sus progenitores, sino que como una consecuencia de la filiación biológica determinada. En efecto, el artículo 3 apartado primero de la mencionada Convención establece el “interés

superior del niño”, que ya la doctrina entiende como descodificarlo y darle el reconocimiento de su personalidad jurídica y de su capacidad de goce para ser titular tanto de derechos patrimoniales como de derechos extrapatrimoniales (en este aspecto véase X Congreso Internacional de Derecho de Familia, “La Familia y los Nuevos Paradigmas”, Mendoza, Argentina, 1998). Dentro de sus derechos extrapatrimoniales, no disponibles, no susceptibles de causar daño, está el derecho de ser criado y cuidado por sus progenitores en todas las esferas de su vida hacia su autodeterminación, subprincipio recogido en el inciso 2° del artículo 222 del Código Civil. Dispone el artículo 7 de la Convención aludida que el niño, en la especie dos, hoy mayores de edad, tienen el derecho fundamental de ser cuidados por sus progenitores. Ese cuidado no importa necesariamente presencia física, pues el cuidado o crianza, en las palabras del gran jurista Fernando Fueyo Laneri, es el deber genérico de los progenitores e importa no sólo la presencia física, sino que la transmisión de valores, la dirección de la educación, el asistirlos, es decir, alimentarlos en el más amplio sentido: educación, seguridad social, esparcimiento, vestimenta y alimentación propiamente tal. A este deber se le llama “corresponsabilidad” o “coparentalidad” y se debe a todo evento. Lo que es importante de destacar es que no requiere presencia física constante, pues aquello sería imposible, pues el sustento de la familia debe proporcionarlo el progenitor, la progenitora o ambos. En el caso en informe, y en atención a lo prescrito por los artículos 134 y 1750 N° 4 del Código Civil, corresponde, dadas las características de la sociedad conyugal, al progenitor en el llamado pasivo absoluto, por lo cual es imposible desvincular la temática con los regímenes patrimoniales del matrimonio.

- b.2.) En este mismo sentido, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional por aplicación del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, dedica el artículo 17 a la “Protección de la Familia” reiterando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. No se trata de una recomendación, sino que de un mandato directo, imperativo, que debe considerarse por el sentenciador. En la especie se trata de una familia matrimonial nuclear que por mandato constitucional debe proteger a sus hijos, así lo ordena el artículo 19 del Pacto referido. La forma de protección dice relación con el cuidado, con la crianza de los hijos que incumbe a ambos progenitores, que en cada caso se deberá llevar a cabo según las circunstancias de cada familia. En este caso, el demandado proveyendo, educando, transmitiendo valores; la demandante asistiendo a los hijos hacia la autodeterminación.
- c) La norma constitucional, ya contenida en la misma Carta Fundamental o en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales vigentes en Chile,

ha sido receptada por el legislador en forma clara, precisa y congruente no sólo en el Código Civil chileno, sino que en otros cuerpos legales:

- c.1.) El Código Civil recoge el interés superior del niño, es decir su calidad de sujeto de derecho, titular del derecho esencial de ser criado por sus progenitores, tarea en que ambos contribuyen de diferente manera. Ese interés es superior a cualquier otro, el cuidar, el criar a los hijos, ya sea en asistencia presencial o asistencia alimentaria, comunicacional, no puede ser causa esencial de un daño que produzca un menoscabo económico, como lo ha señalado la sentenciadora. Basta la lectura de los artículos 222 y siguientes del Código Civil para constatarlo. Relevante en este sentido es el artículo 234, que refiriéndose al deber de corrección, deber específico de alto contenido ético, llama al sentenciador a interpretar la normativa legal a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, por lo cual, la sentenciadora prescindió completamente de este mandato legal, que no le sugiere, sino que le impone. Sin embargo, le atribuye a la crianza de los hijos, que se realiza de diferentes formas, el ser causa directa de un daño económico de la demandante, lo que es insostenible, sólo por dar aplicación literalista del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, olvidando nuevamente que el Ordenamiento Jurídico es un todo coherente y prescindiendo completamente de los elementos lógico y sistemático de interpretación, y, más aún, contribuye con su sentencia a sentar la premisa inaceptable que el cuidar, el criar, es una labor peyorativa, en circunstancias que es la tarea más noble y además importa un deber jurídico específico de alto contenido ético.
- c.2.) Un juez de familia, un operador jurídico en el campo familiar, no puede desconocer jamás el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, que consagra y, es más, define el interés superior del niño, y que es absolutamente desconocido en la sentencia que se informa. Si bien la madre permaneció físicamente con los hijos, ya sea absoluta o parcialmente en determinadas ocasiones, el padre también crió, pues la crianza es además asistencia, y no requiere la presencia física las 24 horas del día. Si ello se aceptase, tendríamos que concluir que el Estado debería siempre alimentar a los hijos. Se recuerda que el cuidado, la crianza de los hijos subsume los otros deberes parentales.
- c.3.) La Ley de Matrimonio Civil en todo momento hace un llamado al interés superior, así a propósito de los acuerdos regulatorios, éstos deben ser suficientes y no pueden importar renuncia de los derechos esenciales de los hijos, que en la especie se cumplieron por ambos progenitores, pues sus problemas interpersonales no pueden confundirse con la coparentalidad. Véanse, entre otros, artículos 21 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil.

V. El régimen de bienes en la cuestión debatida

Para la procedencia de la compensación económica no es indiferente el sistema económico matrimonial, por el contrario, es determinante. En la especie las partes se encontraban casadas bajo el régimen de sociedad conyugal regulado principalmente en el Título XXII del Libro IV del Código Civil a partir de su artículo 1715. Estas disposiciones, dadas las características de este sistema en nuestro país, hacen recaer el deber alimentario respecto de los hijos en el marido, así resulta en forma perentoria de la necesaria correspondencia entre los artículos 134 y 1740 N° 5 del Código Civil, que contiene una partida del llamado pasivo absoluto de la sociedad conyugal, es decir, que no genera derecho a recompensa. En la especie, el demandado, padre de dos hijos, asumió su manutención, siendo éstos en la actualidad mayores de edad y profesionales. El mantener, el asistir alimentariamente en el más amplio sentido, importa también cuidar y criar, pues el criar es el deber genérico que subsume a los demás.

El fallo que se me ha pedido comente e informe para los fines pertinentes declara disuelta la sociedad conyugal, por lo cual su liquidación importará un aporte económico significativo para la demandante, cuestión que no es considerada para nada por la sentenciadora, lo que llama la atención si consideramos que demandó una compensación económica por cien millones de pesos, lo que hubiera dado por resultado que el económicamente débil habría resultado ser el marido, hoy de estado civil divorciado. Independientemente de la tipología de divorcio, ya sea causado culpable o causado remedio, la acción de la demandante denota una suerte de encubrimiento de enriquecimiento injusto. Si bien la sentenciadora rebajó la pretensión de la demandante a la suma de veinte millones de pesos, no ha tomado en consideración que la demandante no ha renunciado a los gananciales, al menos ello no consta de la prueba rendida, y ésta debe apreciarse de acuerdo a la sana crítica, esto es, de acuerdo a las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, en este caso de las ciencias matemáticas, por lo cual, mientras no se liquide la sociedad conyugal, no se podrá saber cuál de los ex cónyuges es el débil jurídico, y por lo tanto en materia de cuantía no se tiene un parámetro claro para cuantificar la compensación económica, de proceder ésta, pero ya con cifras claras.

VI. La sentencia en informe y su cumplimiento frente a la normativa que crea los tribunales de familia

El artículo 66 de la Ley de Tribunales de Familia señala el contenido de la sentencia definitiva. En su numeral 5 establece, prescribe, ordena y no sugiere que: "LA SENTENCIA DEFINITIVA DEBERÁ CONTENER: LAS RAZONES LEGALES Y **DOCTRINARIAS** QUE SIRVIEREN PARA FUNDAR EL FALLO".

La sentenciadora, operadora jurídica, especializada en el fuero de familia, actuando en la especie como juez de familia subrogante, no señala NINGÚN RAZONAMIENTO DOCTRINARIO, desconociendo la autoridad de la ley, principio plasmado, entre otros, en el artículo 8° del Código Civil, desobedeciendo un imperativo legal que fuera introducido por la Ley 19.968, que le diera el carácter de fuente formal del derecho en el fuero de familia a la doctrina. Aquello tuvo su explicación, dada la sensibilidad de los temas familiares de alta especialización, y que obligan al juez a señalar no sólo las leyes aplicables al caso –en este caso en forma aislada–, sino que además los comentarios y doctrinas de los juristas doctos en la temática. Ello es especialmente grave, pues ha ordenado el pago de una compensación económica sin entender que el Derecho es un sistema armónico, y que no admite en caso alguno aplicación literalista de una norma legal, en este supuesto del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.