



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNO: María Loreto Yud Elissetche

PROFESOR PATROCINANTE: Susan Turner Saelzer

VALDIVIA, 2005

Informe final de memoria de prueba
"La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil"

La memoria de prueba presentada por la Sita. María Loreto Yud Elissetche versa sobre la institución consagrada en la nueva Ley de Matrimonio Civil denominada compensación económica. Siendo ella una novedad en el ordenamiento jurídico matrimonial chileno, resulta del todo justificada una investigación que arroje criterios para su futura interpretación y aplicación.

El trabajo está estructurado sobre la base de dos capítulos. El primer capítulo está dedicado al análisis de la génesis de la compensación económica durante la tramitación parlamentaria del proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil y en él se estudian las modificaciones y discusiones producidas a propósito de la institución, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado. El capítulo segundo, y sobre la base de la historia de la ley y de derecho comparado español, aborda el tema de la naturaleza jurídica de la compensación económica y las consecuencias que su encasillamiento dogmático acarrea.

En el capítulo primero, la memorista estudia, en primer lugar, la moción parlamentaria presentada en noviembre de 1995 y, a continuación, los dos informes de la Comisión Unida de Constitución, Legislación y Justicia y Familia de la Cámara. Identifica en el segundo de los mencionados informes el primer antecedente de la preocupación especial del legislador por proteger al cónyuge económicamente más débil considerando la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral del cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común (art. 59 inc. 2º). En el análisis del segundo trámite constitucional, destaca lo referido a la Indicación del Ejecutivo presentada en septiembre de 2001 que trata de la "pensión compensatoria" (art. 38) y la discusión generada en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento sobre la protección del cónyuge económicamente más débil. De ella se desprende la falta de claridad en torno a la naturaleza de la institución que se estaba creando y la falta de previsión respecto de algunas de sus consecuencias. Las conclusiones parciales que la postulante incluye al terminarse las etapas de la tramitación ayudan a formarse una visión global de lo estudiado en detalle. No obstante, tanto en estas conclusiones como en las del primer capítulo, el trabajo muestra debilidades en cuanto a deducir a partir de aspectos normativos, ideas generales e inspiradoras de los mismos.

El capítulo segundo se inicia con la revisión de los presupuestos de la compensación económica, con apoyo de la escasa bibliografía nacional sobre el punto. El tratamiento dado al tema habría ganado en solidez en la medida que la postulante hubiese logrado tender nexos con la historia de la ley contenida en el primer capítulo. Este aspecto mejora en el análisis de la naturaleza jurídica de la compensación económica, si bien la complejidad de la tarea hacía necesaria una revisión bibliográfica extranjera mayor. Los paralelos con el derecho de alimentos y con la responsabilidad extracontractual constituyen un esfuerzo sistemático interesante para abordar la clasificación dogmática de la institución. Algunos aspectos, como por ejemplo, el hecho ilícito o la relación de causalidad entre este y el menoscabo económica habrían requerido de un estudio más profundo.

Las conclusiones del trabajo, a pesar de ser excesivamente descriptivas, dan cuenta de una investigación seria, acorde con los métodos y fines de una tesis de pregrado.

El mayor mérito de la presente memoria de grado radica, en opinión de la informante, en el trabajo acucioso y metódico del primer capítulo, que da cuenta de una historia de la compensación económica de la nueva Ley de Matrimonio Civil con muchas imprecisiones técnicas que auguran una difícil aplicación práctica de la misma. El análisis realizado es un aporte valioso para la futura discusión de la compensación económica que debiera ocupar a nuestra doctrina y jurisprudencia.

La estructura del trabajo es clara. A pesar de algunas deficiencias en la redacción, los temas están tratados ordenadamente, si bien no siempre con la necesaria profundidad. El manejo de las fuentes bibliográficas aparece como suficiente y el uso del lenguaje técnico es apropiado. El régimen de citas ha sido correctamente aplicado.

Por las consideraciones anteriores, informo la presente memoria de prueba Aprobada para Empaste y la califico con nota 6,0 (seis coma cero).


Susan Turner Saez
Profesora Derecho Civil

Índice

	Pág.
Introducción	1
Capítulo Primero: Evolución de la Nueva Ley de Matrimonio Civil durante su tramitación parlamentaria en relación con la compensación económica.	2
I. Primer trámite constitucional (Cámara de Diputados).	2
1. Contenido de la moción parlamentaria.	2
1.1 Diagnóstico de la realidad sociológica y normativa de la familia en Chile.	2
1.2. Análisis de la moción referida a los efectos patrimoniales de las rupturas matrimoniales.	3
2. Primer informe Comisión Unida de Constitución y Familia.	4
3. Discusión general del proyecto en la Cámara.	4
4. Segundo informe Comisión Unida de Constitución y Familia.	6
5. Discusión particular en la Cámara.	8
Conclusión parcial terminado el primer trámite constitucional.	8
II. Segundo trámite constitucional Senado.	9
1. Indicación del Ejecutivo al proyecto de ley que establece una Nueva Ley de Matrimonio civil.	9
2. Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.	12
2.1 Discusión General del proyecto aprobado por la Comisión y de sus indicaciones.	12
2.2 Discusión Particular del proyecto aprobado por la Comisión y de sus indicaciones.	12
a. Epígrafe tercero Capítulo V referido a los efectos del divorcio.	12
b. Artículo 61 propuesto por la Comisión de Constitución	12
c. Artículo 38 Ejecutivo y 48 inciso segundo indicación parlamentaria.	13
d. Artículo 62 propuesto por la Comisión de Constitución.	18
e. Artículo 63 propuesto por la Comisión de Constitución.	18
f. Artículo 64 propuesto por la Comisión de Constitución.	18
g. Artículo 65 propuesto por la Comisión de Constitución.	19
h. Artículo 66 y 67 propuesto por la Comisión de Constitución	19
3. Discusión General del Proyecto aprobado por la Comisión de Constitución en el Senado.	23
3.1 Aspectos favorables y destacados del proyecto aprobado por la Comisión de Constitución.	24
3.2 Aspectos desfavorables o negativos del proyecto.	25

	Pág.
4. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.	25
4.1 Capítulo VII, de las reglas comunes a ciertos casos de nulidad, separación y divorcio.	25
4.2 Compensación Económica.	26
a. Artículo 62 propuesto por la Comisión de Constitución	26
b. Artículo 63 propuesto por la Comisión de Constitución	29
c. Artículo 64 propuesto por la Comisión de Constitución	30
d. Artículo 65 propuesto por la Comisión de Constitución	31
e. Artículo 66 propuesto por la Comisión de Constitución	31
f. Artículo 67 propuesto por la Comisión de Constitución	32
5. Discusión particular del proyecto aprobado en general en el Senado.	33
a. Artículo 62	33
b. Artículo 63	34
c. Artículo 65	36
d. Artículo 67	36
Conclusión parcial terminado el segundo trámite constitucional	36
III. Tercer Trámite Constitucional Cámara de Origen.	37
Conclusiones del capítulo	37
Capítulo Segundo: Naturaleza Jurídica compensación económica.	38
1. Presupuestos básicos de la compensación económica	38
a. Sentencia de divorcio o nulidad.	39
b. Menoscabo económico.	39
2. Naturaleza jurídica de la compensación económica	42
2.1. Paralelo entre la compensación económica y el derecho de alimentos	43
2.2. Paralelo entre la compensación económica y la responsabilidad extracontractual	46
Conclusiones	52
Bibliografía	53

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil, significó la incorporación del divorcio vincular en nuestro ordenamiento de familia. La extinción del vínculo matrimonial acarrea, a su vez, la extinción de todos los derechos y obligaciones de carácter patrimonial que tenían su causa en la existencia del matrimonio.

Por otra parte, el divorcio o la nulidad del matrimonio puede dar lugar a una compensación económica entre los cónyuges, institución nueva en nuestro derecho, que viene en gran parte a suplir los alimentos que se pierden producto del divorcio o nulidad del matrimonio, siendo además novedosa en cuanto al fundamento de la misma enfocada principalmente al cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

La presente memoria pretende estudiar y comprender la denominada compensación económica y, por lo tanto, estudiar en qué consiste, cuándo y por qué se produce, como así también cuáles son sus presupuestos básicos de otorgamiento. Para ello me valdré de ciertos objetivos específicos consistentes en realizar un estudio de la historia de la ley y por ende del proceso legislativo del cual surgió la compensación económica, y en segundo lugar determinar la naturaleza jurídica que a esta institución quiso dar el legislador, sobre la base de lo que en derecho comparado se consagra y de lo que en nuestro derecho se ha regulado en materia matrimonial.

Capítulo Primero :

EVOLUCION DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL
DURANTE SU TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA EN RELACION CON
LA COMPENSACION ECONOMICA

La moción parlamentaria que dio origen a la nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante: NLMC), ingresó al parlamento con fecha 28 de noviembre del año 1995.

I. PRIMER TRAMITE CONSTITUCIONAL (CAMARA DE DIPUTADOS)

1. CONTENIDO DE LA MOCION PARLAMENTARIA

1.1. Diagnóstico de la realidad sociológica y normativa de la familia en Chile

La moción que pretendía establecer una nueva ley de matrimonio civil (en adelante: la moción), centra los fundamentos de la misma principalmente en dos aspectos que se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a) La deficiencia legislativa en nuestro país en materia de familia.
- b) La nueva realidad familiar y social existente en nuestra sociedad.

Respecto al primer criterio se señala lo siguiente:

i. Que ante los variados cambios de toda índole que nuestro país ha ido sufriendo, es necesario tener una legislación acorde con éstos, equilibrando la autonomía del individuo con la permanencia de los grupos primarios, y lograr de esta forma, o al menos propender, al bien común.

ii. Se añade que, de acuerdo a nuestra Constitución, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, ahondando en la importancia de su conservación y crecimiento. Así también en relación con este punto, respecto a la institución en análisis, se reconoce el papel actual de la mujer que, “desborda el ámbito de la vida doméstica y reclama una división equitativa de las responsabilidades familiares”, entre otros cambios que han transformado la noción de familia a la que antaño se concebía.¹

iii. Por lo tanto, el Derecho debe reconocer la nueva realidad y encauzarla, so pena de producirse un aislamiento o separación trágica entre realidad y Derecho, realidad que se invoca como motivo principal del proyecto de ley, para actualizar nuestra legislación.

iv. Respecto de nuestro derecho de familia, se reconoce claramente los “anacronismos, lagunas y problemas” que éste presenta, debiendo solucionarse aspectos tales como la disolución del vínculo matrimonial y la regulación de las relaciones personales y patrimoniales de las familias separadas. A su vez, se destaca la necesidad de abordar la regulación alimenticia entre

¹ Moción parlamentaria que establece una nueva ley de Matrimonio Civil. Noviembre 1995. Boletín 1759-18. (p. 4).

los cónyuges que evite el empobrecimiento de la mujer y los deberes que por el vínculo filiativo se producen, entre otros.²

En lo referido al segundo criterio, esto es, a la nueva realidad familiar existente se planteó lo siguiente:

i. Emanar como necesidad del proyecto, el reconocer las nuevas características sociales y familiares; y en especial en relación con el punto de interés de este trabajo, que se regulen los efectos de las diversas situaciones de rompimiento conyugal, velando por la permanencia de las relaciones familiares y el interés de los hijos.

ii. Consecuencia de ello, la moción plantea especial preocupación respecto de la situación de la mujer, que reconoce vive una situación más desfavorable en nuestra sociedad, y que mantener la legislación que se pretende reformar no iría sino en perjuicio directo de ella y de los hijos.

De manera que es importante reconocer y regular al menos la situación de los hijos y la del cónyuge que, luego de la ruptura, queda en desventaja.

iii. Por tanto y para cumplir con estos planteamientos se propone un estatuto diferenciado que regule la separación, la nulidad y el divorcio, con sus consecuentes efectos jurídicos.

Así las cosas, la moción en definitiva pretendía:

- a. Perfeccionar el contenido general de la ley de matrimonio civil, dictando una nueva ley, y
- b. Proveer a nuestro ordenamiento jurídico de un estatuto que, valorando y promoviendo la mantención del matrimonio, minimice los daños de las rupturas.
- c. Consagra el divorcio vincular, como forma de poner fin al matrimonio.

1.2. Análisis de las normas de la moción referidas a los efectos patrimoniales de las rupturas matrimoniales

A lo largo de la tramitación del proyecto de ley ingresado a la Cámara de Diputados, y tras su análisis, se puede observar que no se concibió la idea de una nueva institución, que finalmente resultó ser la compensación económica, sino que tan sólo se ven atisbos de criterios que pudieran inspirar las relaciones patrimoniales posteriores a la ruptura matrimonial, y que tiendan a una protección del cónyuge más débil económicamente.

De esta forma, se debe mencionar en primer lugar al artículo 61, referido a los efectos del divorcio y que planteaba en términos generales que el divorcio pone fin o hace cesar las obligaciones y derechos de carácter patrimonial para cuya titularidad y ejercicio se requiere la relación conyugal. Ello sin perjuicio de lo que los cónyuges o el juez decreta respecto de su vida futura.

² Cfr. *Ibíd.* (p. 4).

En segundo lugar, es importante destacar las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, contempladas en el título VI, que en su artículo 63 primera parte disponía que, “En los casos de ruptura de que tratan los párrafos precedentes, los cónyuges podrán convenir en un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y con respecto de los hijos para después que la nulidad se declare o el divorcio o la separación, en su caso, se decreten”.

A su vez, este acuerdo que se reglamenta ha de ser completo y suficiente, siendo interesante lo referido a la suficiencia de este acuerdo, que en su última parte señalaba: “Es suficiente cuando,...procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian, anulan o cuya separación se decreta”.

El artículo 64 por su parte, aludía a la facultad del juez para que, en caso de que este acuerdo no hubiese sido convenido por las partes, o habiéndose convenido, éste resultare incompleto o insuficiente, precise en la misma resolución que decreta este acuerdo, los efectos de la nulidad, separación o divorcio según corresponda.

Finalmente el artículo 65 aludía a que las partes que se anulan, divorcian o separan, deberán presentar un proyecto de regulación de su vida futura, que al igual que el acuerdo del artículo 63, ha de ser completo y suficiente; y sobre la base de éste el juez los llamará a conciliación o mediación, procediendo esta última, si no hubiere acuerdo en esta regulación de vida futura.

Por lo tanto, se puede apreciar, como se señaló al inicio de este punto que la moción no concibió la compensación económica como institución, sino tan sólo regulaba ciertas instituciones que tendrían a que, producida la ruptura de los cónyuges existan relaciones equitativas entre ellos hacia lo futuro.

2. PRIMER INFORME DE COMISION UNIDA DE CONSTITUCION Y FAMILIA

Ingresada la moción a la Comisión Unida de Constitución, Legislación y Justicia y Familia, ésta presenta su informe sobre el proyecto de ley que establece una nueva ley de matrimonio civil con fecha 15 de Enero de 1997.

Tras analizar el proyecto y escuchar la opinión de técnicos y profesionales, la Comisión mencionada, en sesión de fecha 11 de Diciembre de 1996, acordó votar la idea de legislar sobre el proyecto. Dicha votación se efectuó el 15 de Enero de 1997 y, por mayoría de votos (sólo un voto de diferencia), se rechazó la idea de legislar sobre la materia.

3. DISCUSION GENERAL DEL PROYECTO EN LA CAMARA

En esta etapa constitucional le corresponde a la Cámara pronunciarse sobre la idea de legislar, idea que, como se revisó anteriormente, fue rechazada por mayoría absoluta por la Comisión Unida de Constitución, Legislación y Justicia y Familia.

De esta forma y en cuanto a la institución que interesa analizar, el diputado informante de la Comisión hizo hincapié en ciertos rasgos trascendentales del proyecto y en lo que nos atañe, cabe destacar la alusión que se hizo del acuerdo que deben presentar los cónyuges para su vida futura, acuerdo que debe ser completo y suficiente (artículos 63 y 64 moción). También se destaca el llamado a conciliación en torno al proyecto de vida futura (artículo 65 moción).

Por otro lado, en esta etapa de discusión general del proyecto, le corresponde intervenir a gran parte de los parlamentarios opinando sobre el proyecto. Así es interesante citar de modo general la intervención de la diputada María Antonieta Saa, coautora del proyecto, quien se refirió a la nulidad del matrimonio, utilizada como un medio fraudulento para que las parejas se separen, o como bien llaman algunos, un divorcio encubierto.

De esta manera, ella recalca el carácter injusto y fraudulento de la nulidad, ya que usualmente tras su declaración, son la mujer y los hijos quienes quedan en una posición desfavorable. En la práctica, la nulidad somete al cónyuge más débil al poder económico del otro; quedando obviamente el cónyuge más fuerte económicamente en una situación amenazante contra el otro, para por ejemplo no pagar pensión alimenticia, vivienda, salud, educación, etc. De modo que el cónyuge más débil se ve obligado a aceptar las condiciones de quien tiene el dinero.

Además se deja constancia que, “la realidad indica que la mayoría de los cónyuges más débiles son mujeres, porque el 65% de ellas no tiene trabajo remunerado y muchas han dedicado su vida a atender el hogar, a los hijos y al marido”³. Por tanto no tienen por sí mismas la solvencia económica para satisfacer sus necesidades básicas; en tanto que el marido sí percibe una remuneración que le permite una asistencia previsional, entre otras, quedando la mujer y los hijos sujetos a la razón de quien tiene la fuerza y el dinero.

En consecuencia se reafirma la idea de legislar, para proteger los derechos de ambos cónyuges y de los hijos, en igualdad de condiciones.

Retomando lo referido a los puntos destacados del proyecto, se expone sobre el acuerdo regulatorio al que se hizo referencia, de las relaciones mutuas entre los cónyuges y respecto de los hijos, y que el juez velará para que haya equivalencia entre éstos. De manera que aquel que ha quedado en desventaja en la vida laboral (casi en su mayoría mujeres), por haber dedicado su vida a la crianza de los hijos y a las tareas domésticas, no sufra injustas consecuencias por esta ruptura.⁴

Además, se señala la necesidad de legislar para de esa forma establecer procedimientos razonables y objetivos, que regulen las relaciones y derechos de cada uno, sobre la base de causales y procedimientos establecidos.⁵

De modo que puede concluirse que el legislador, en una primera etapa, concibió a esta regulación completa y suficiente de la vida futura de los ex cónyuges, como una forma de

³ Legislatura 334^a ordinaria. Discusión general. Cámara de Diputados. Sesión 44. Enero año 1997. Boletín 1759-18. (p. 21.)

⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 140.)

⁵ Cfr. *Ibíd.* (p. 163.)

proteger a aquel de ellos más débil económicamente, inspirado por cierto en el rol de la mujer que desempeña las labores de hogar.

La votación de la Cámara resultó favorable al proyecto (53 votos contra 40) No obstante, éste fue objeto de indicaciones por parte de algunos diputados y, en lo concerniente a las normas de nuestro interés antes citadas las indicaciones fueron las siguientes:

En primer lugar, el artículo 61 fue objeto de indicación de los diputados. Ferrada y Bombal, para suprimir este artículo; en segundo lugar, el epígrafe del título VI, referido a las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, fue objeto de indicación para eliminar la expresión “y el divorcio”; por lo que ante esta indicación dicho título VI, sólo sería común a la nulidad y la separación, dejando fuera al divorcio. Por otro lado, para el artículo 63, se propuso eliminar las expresiones “o el divorcio” y “se divorcian”; concordante con la idea anterior, ya que ésta norma se ubica en el mencionado epígrafe de las reglas comunes. Y finalmente respecto a los artículos 64 y 65 se propuso eliminar las locuciones referidas al divorcio, ello igualmente con relación a las otras indicaciones que proponían eliminar al divorcio del tratamiento de las reglas comunes del título VI.

4. SEGUNDO INFORME DE LA COMISION UNIDA DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA Y FAMILIA

Tras la aprobación de la idea de legislar en la Cámara, la Comisión emitió un segundo informe que tras las modificaciones introducidas a la moción, vía indicación parlamentaria y la discusión particular de sus normas, propone un nuevo texto a la Cámara para su aprobación en particular. De este proyecto destacan las normas siguientes:

a) En lo referido a los efectos del divorcio, regulados en el artículo 61 de la moción, pasó a ser el artículo 57 en el texto propuesto por la Comisión. Esta norma por su parte presentaba una redacción más simplificada e imperativa que la del texto de la moción, disponiendo lo siguiente: “El divorcio pone término al régimen de bienes que exista entre los cónyuges y hace cesar las obligaciones y derechos de carácter patrimonial para cuya titularidad y ejercicio se requiere la relación conyugal.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo que los cónyuges convengan o el juez decreta respecto de su vida futura, según lo dispuesto en el párrafo siguiente”.⁶

b) En segundo lugar, la Comisión propuso un Capítulo VI, “De las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio”. Dentro de este capítulo la Comisión propone el artículo 59 (artículo 63 moción) que se refiere al acuerdo regulatorio de las relaciones mutuas y con respecto a los hijos. La Comisión optó por agregar un nuevo inciso a esta norma, que se refiere a la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral del cónyuge que ha permanecido al

⁶ Segundo informe Comisión Unida de Constitución y Familia. Agosto año 1997. Boletín 1759-18. (p. 18).

cuidado de los hijos y del hogar común, como criterio a considerar por el juez para determinar el carácter equitativo de la relación futura de los cónyuges.

Por consiguiente, habida consideración de la inclusión anterior la norma quedó de la siguiente forma: “En los casos de ruptura de que tratan los párrafos precedentes, los cónyuges podrán convenir un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y con respecto de los hijos para después que la nulidad se declare el divorcio o la separación, en su caso, se decreten. Ese acuerdo constará por escrito y deberá ser completo y suficiente. Es completo cuando regula la tuición y visita de los hijos, contiene reglas explícitas acerca del régimen económico del matrimonio y respecto de los bienes familiares y precisa la situación alimentaria de los miembros de la familia constituida de resultas del matrimonio cuyas obligaciones se suspenden o cuyo término se decreta. Es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian, anulan o cuya separación se decreta.

Para determinar el carácter equitativo de dichas relaciones, el juez deberá considerar especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y el hogar común. Sólo podrá considerarse como suficiente el acuerdo que compense estas desventajas”.⁷

Respecto a la norma anteriormente transcrita, se puede señalar en opinión personal, que este artículo 59 constituye el antecedente más claro de surgimiento de la compensación económica, o al menos de un criterio especialmente enfocado hacia el cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos y el hogar común.

Así las cosas, resulta interesante destacar los términos con que se redactó la norma, ya que la Comisión puso especial interés en las dificultades de acceso al mercado laboral del cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos y el hogar común. Es decir, contempló a este acuerdo regulatorio como una medida preventiva del futuro profesional y laboral de este cónyuge, ello porque habla de la situación de desventaja de aquél y, por lo tanto, ante esa desventaja el acuerdo debe compensar el desequilibrio producido.

Por lo tanto, se puede concluir que la Comisión ya con este texto busca y pretende de alguna manera resarcir y compensar, basándose en un criterio equitativo e igualitario, al cónyuge económicamente más débil.

c) Por otro lado, está el artículo 60 (artículo 64 moción), que señala que a falta del acuerdo del artículo 59 antes mencionado, o cuando éste no ha sido completo ni suficiente, corresponderá al juez en la misma resolución que decrete la separación, el divorcio o la nulidad, precisar este acuerdo.

d) Finalmente se propuso el artículo 61 (artículo 65 moción), referido a la conciliación.

⁷ *Ibíd.* (p. 19).

5. DISCUSION PARTICULAR EN LA CAMARA

En esta segunda etapa de discusión, correspondió a la Cámara efectuar un análisis particular del proyecto, ello basándose en el segundo informe realizado por la Comisión Unida de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia.

Se destaca en la sala el carácter general del proyecto que alcanza todos los aspectos del matrimonio civil y su vinculación con las demás leyes de la materia; y destaca a su vez que se trata del proyecto más completo y complejo que se presenta en el congreso desde 1990 como moción parlamentaria.⁸

En esta etapa de discusión particular del proyecto, cabe destacar la intervención de la diputada María Antonieta Saa, en relación con el artículo 59, referido al acuerdo regulatorio de las relaciones mutuas y con respecto a los hijos, artículo que fuera finalmente aprobado en la Cámara. En ella, la diputada recalca especialmente la situación de desamparo en que quedará la mujer que se dedica a las labores de hogar, producto del divorcio. Por lo tanto, resulta necesario que el juez vele para que las relaciones futuras entre los cónyuges sean equitativas, teniendo a su vez especial preocupación en las posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge que queda en la situación de desventaja, sólo entendiéndose como suficiente el acuerdo que permita que estas condiciones de equidad se produzcan.⁹

Por otro lado, dentro de esta etapa no hubo más modificaciones al texto propuesto por la Comisión, por lo que este en definitiva fue el texto aprobado por la Cámara y enviado al Senado para el segundo trámite constitucional.

Conclusión parcial terminado el primer trámite constitucional

Finalizado el primer trámite constitucional se puede concluir tal como se revisó, que la compensación económica no surgió junto con la moción que pretendía establecer una NLMC, sino tan sólo podemos apreciar como antecedente más claro de surgimiento de ésta, el artículo 59 propuesto por la Comisión Unida de Constitución y Familia, el cual concentraba principalmente su preocupación a la situación de desventaja de acceso al mercado laboral que tuviere el cónyuge que tras la nulidad, separación o divorcio, no pudiera mantenerse por si mismo, y que se hubiere dedicado al cuidado de los hijos y el hogar común, debiendo por tanto el juez compensar estas desventajas.

⁸ Legislatura 335ª ordinaria. Sesión 39ª. Discusión particular proyecto en la Cámara. Septiembre año 1997. Boletín 1759-18. (p. 20).

⁹ Cfr. *Ibíd.* (p. 42).

II. SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL (SENADO)

Una vez finalizado el primer trámite constitucional en la Cámara, el proyecto ingresa a la Cámara alta con fecha 10 de Septiembre de 1997, específicamente, a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Se debe además señalar que esta segunda etapa se paralizó al menos cinco años, retomándose tan sólo el año 2003, período en el cual, el Ejecutivo formuló indicaciones al proyecto para ser considerados en este segundo trámite constitucional.

1. INDICACION DEL EJECUTIVO AL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UNA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

El Ejecutivo, con fecha 13 de Septiembre del año 2001, en uso de sus facultades constitucionales, formuló indicaciones al proyecto de ley al cual dio su aprobación la Cámara de Diputados (en adelante: la indicación), para ser considerados en el segundo trámite constitucional ante el Senado.

El Ejecutivo agrupó en diversas temáticas generales los fundamentos de la indicación, señalándose principalmente la adecuación que debe tener el gobierno frente a la nueva realidad familiar existente en nuestra sociedad, en aras de fortalecer el bien común y el régimen democrático, como función primordial del Estado.

La indicación recoge primordialmente las instituciones que el proyecto aprobado ya consagraba, agregando ciertas disposiciones con contenidos nuevos.

La indicación a su vez, propone conciliar los intereses de la institución familiar, tanto en su constitución como ante una situación de ruptura, regulando las consecuencias que con ello se producen, tanto en las relaciones paterno familiares como en las conyugales, a través de las siguientes medidas:

a) La indicación propone suprimir el epígrafe tercero del capítulo V, que se refiere a los efectos del divorcio, reemplazando los artículos 56 a 58, que fueron aprobados en la Cámara en primer trámite constitucional, por los nuevos artículos 36 a 38; pasando a ser el antiguo artículo 57 estudiado, el artículo 37 que señala lo siguiente: “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 artículo siguiente y de los acuerdos que a este respecto las partes pudieren pactar.”

De lo transcrito anteriormente, se puede observar que la indicación propone una nueva redacción, agregándose a modo de ejemplo, los derechos sucesorios y el de alimentos, para significar el efecto absoluto del divorcio en lo que a relaciones patrimoniales se refiere.

b) Sin duda la modificación más significativa que el Ejecutivo propone, en relación con el tema en estudio, es el nuevo artículo 38 que, en parte, reedita el artículo 59 del proyecto de la Cámara que, como se señaló anteriormente, constituye el antecedente más claro de surgimiento de la compensación económica. Así este nuevo artículo 38 señala: “Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen patrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.

Si el divorcio generare una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:

- a. Proceder a la declaración de bienes familiares.
- b. Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges.
- c. Determinar el pago de un monto o de una pensión compensatoria por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio.

Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenional en el mismo procedimiento. En ambos casos, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente:

- 1° La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;
- 2° La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges,
- 3° Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral;
- 4° La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar;
- 5° El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común;
- 6° La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio;
- 7° La existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.

Las medidas impuestas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo no procederán respecto del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable.

En todo caso podrá solicitarse su modificación o cese, si hubieren variado las circunstancias que motivaron su establecimiento”.

En la primera parte del artículo, se puede observar que la indicación concentra la situación de desventaja económica del cónyuge únicamente al divorcio, dejando fuera los casos de nulidad y de separación, a diferencia del artículo 59 del proyecto de la Cámara.

Así dentro de las medidas que el tribunal puede adoptar para mejorar la situación de desventaja, la letra c) de este artículo es muy iluminador en cuanto a la compensación económica, objeto de este estudio.

Por lo tanto, se puede desprender que por primera vez se le da una denominación a la medida que se adopte ante la situación de desventaja de uno de los cónyuges, hablando de esta forma el Ejecutivo de *pensión compensatoria*, denominación que más tarde y con otras modificaciones a la institución, llega a ser definitivamente la compensación económica.

Cabe también destacar que la norma, establece en la letra c) un plazo máximo de cinco años para el pago de esta pensión compensatoria, pensión o medida que tal como lo señala el artículo, sólo se decretará a petición de parte. La indicación denota a su vez, el carácter temporal de la misma, concluyéndose así que se trata de una institución distinta a una pensión de alimentos, por cuanto ésta se mantiene mientras duren las circunstancias y requisitos legales que la originaron.

El artículo señala que para dar lugar a estas medidas, el tribunal debe considerar especialmente ciertas circunstancias, ligadas a la vida matrimonial que le permitan fijar el monto de la compensación. Es decir, estas circunstancias constituyen criterios cuantificadores para fijar la medida solicitada por la parte que alega estar imposibilitado para mantenerse por sí solo.

Finalmente, en cuanto a estas medidas, señala el artículo que no procederán respecto del cónyuge que dio lugar al divorcio por falta imputable.

c) Otra modificación que propone la indicación, es la de sustituir el epígrafe del capítulo VI, referido a las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, por el “Capítulo V. De los acuerdos de las partes relativos al derecho de alimentos, cuidado personal y de relación directa y personal de los padres con los hijos”. Introduciendo por esta vía modificaciones al artículo 59 del texto de la Cámara, referido al acuerdo regulatorio, respecto a las materias que no recogió en el artículo 38 propuesto que pasa a ser 57, que en términos generales establece una nueva redacción para éste artículo, aludiéndose de manera general a los casos de separación y no de ruptura como lo hacía el artículo 59, eliminándose igualmente la enunciación expresa a la nulidad, separación y divorcio, por una redacción de carácter general, donde se habla de las reglas generales aplicables a dichas materias. También éste nuevo artículo 57 sustituye la segunda parte del inciso primero y el segundo, por un nuevo inciso segundo que alude a los requisitos o elementos que debe contener el acuerdo regulatorio de las relaciones mutuas y respecto los hijos, una vez producido el quiebre conyugal.

d) Por último la indicación sustituye los artículos 60 a 65 referidos a la conciliación y mediación, por los nuevos artículos 59,60 y 61, aludiendo este último artículo a la facultad del

juez para pronunciarse de oficio, cuando el acuerdo no ha sido completo y suficiente, en lo referido a las materias omitidas por este acuerdo.

Así esta indicación fue llevada a discusión en este segundo trámite ante el Senado, no siendo acogida por éste.

2. PRIMER INFORME DE LA COMISION DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACION, JUSTICIA Y REGLAMENTO

Este primer informe de la Comisión se dividió, tal como se acordó en la sala con fecha 7 de Septiembre de 1999 en dos partes: en una discusión general y otra particular del proyecto. El informe por su parte fue presentado con fecha 9 de julio del año 2003.

2.1 Discusión general: En esta discusión general se revisa en primer lugar en términos amplios la evolución que el proyecto ha sufrido a lo largo de su tramitación, desde su ingreso y de las indicaciones de las que fue objeto (la indicación del Ejecutivo, indicación sustitutiva de los senadores Chadwick, Romero y Diez, e indicación parcialmente sustitutiva de los senadores Zaldívar y Hamilton).

Por otro lado, en la votación en general del proyecto de la Cámara en la Comisión, este fue aprobado por unanimidad de votos.

2.2 Discusión particular: En esta segunda fase, la Comisión analiza por separado cada artículo del proyecto aprobado en la Cámara y de sus indicaciones, tanto del Ejecutivo como parlamentarias, y por último realiza una evaluación y comentario a éstas.

En lo referido a las normas de nuestro interés y que se han venido revisando, la Comisión discutió y estableció lo siguiente:

a) Respecto al epígrafe tercero del capítulo V, relativo a los efectos del divorcio, la Comisión opta por mantenerlo, eliminando tan sólo la frase “del divorcio”. La indicación del Ejecutivo proponía suprimir completamente dicho epígrafe.

b) En segundo lugar, es de gran importancia destacar la lógica seguida por la Comisión y las modificaciones que planteó. Así, la Comisión propuso un nuevo artículo 61, que en parte recoge el artículo 57 del proyecto de la Cámara y el 37 de la indicación.

Así este nuevo artículo 61 que la comisión propuso señala: “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 la compensación económica prevista en el párrafo 1 del capítulo siguiente”.

Sin duda que este artículo 61 propuesto por la Comisión, indica de manera clara la intención de ésta de crear una nueva institución, en un párrafo y capítulo separado, y que se denomina *compensación económica*. Por tanto, surge por primera vez la idea de crear una nueva institución en reemplazo de la pensión compensatoria propuesta por la indicación en su artículo 38.

c) Por otro lado, la Comisión acordó a raíz de este tema, tratar separadamente la temática planteada por el artículo 38 de la indicación, con el artículo 48 inciso segundo de la indicación de los Sres. Chadwick y Romero, relativas a la protección legal que se otorgue al cónyuge más débil económicamente, en caso de término del matrimonio. Este último señalaba: “No obstante la declaración de nulidad, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no exceda de cinco años, contados desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”.

Por su parte como anteriormente se analizó, el artículo 38 de la indicación del Ejecutivo, específicamente en su letra c), aludía a una pensión compensatoria como medida a adoptar por el juez una vez producido el divorcio, y por un plazo máximo de cinco años.

Discusión de la Comisión respecto a la protección del cónyuge más débil económicamente

Así las cosas, lo que se discutió y acordó en la Comisión, con relación a lo señalado anteriormente, se puede resumir en los párrafos siguientes:

i. El senador Alberto Espina, consideró que ante esta situación de desventaja económica, el cónyuge inocente, además podría demandar del cónyuge culpable, indemnización por los perjuicios que le haya causado el divorcio.

Y de esta forma, formuló una indicación en los términos siguientes: “en el caso del divorcio por mutuo consentimiento y en el divorcio unilateral por transcurso del tiempo, siempre los cónyuges podrán acordar voluntariamente el establecimiento de derechos y obligaciones de carácter económico, destinados a paliar los efectos del divorcio, los que deberán ser aprobados por el juez.

Si no hubiere acuerdo y se acredita que como consecuencia del divorcio uno de los cónyuges quedará privado de los medios necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, el tribunal podrá constituir derechos de usufructo, uso o habitación en su favor o decretar que el otro cónyuge le pague en una o varias cuotas una suma única de dinero o le pague una renta periódica. Estos beneficios se reputarán alimentos para todos los efectos legales.

El cónyuge obligado podrá eximirse de esta carga si acredita que, al cesar la convivencia, existieron situaciones o faltas imputables al cónyuge que solicita, que le habrían bastado para pedir el divorcio por culpa o la separación judicial.

Las medidas deberán ser solicitadas a petición de parte y el beneficiado deberá optar entre estas medidas y la indemnización de perjuicios. Para acceder a la solicitud el tribunal deberá ponderar prudencialmente el equilibrio de fuerzas existente entre los cónyuges en consideración a su edad, estado de salud, capacidad económica, acceso al mercado laboral y otros parámetros.

Estas medidas terminan también si el cónyuge a quien beneficiaban contrae nuevo matrimonio o hace vida marital, también terminan si el beneficiario comete injuria grave en contra de quien soporta la carga. En todo caso siempre este último podrá solicitar el término, rebaja o modificación, si han variado las circunstancias que motivaron su establecimiento.”¹⁰

De esta indicación pueden destacarse importantes elementos en cuanto a la procedencia de estos derechos y obligaciones de carácter económico. Así, se puede apreciar en primer lugar que procede sólo ante el caso de divorcio por mutuo consentimiento o unilateral por transcurso del tiempo, excluyéndose tácitamente los casos de separación, nulidad y divorcio por falta imputable, en este último caso del cónyuge solicitante. Se trata también de un acuerdo voluntario de los cónyuges para establecer derechos y obligaciones de carácter patrimonial, acuerdo que de no existir sería suplido por resolución judicial, acreditándose previamente el desmedro económico del cónyuge beneficiario, de acuerdo a su posición social.

Por lo tanto tras ésta comprobación, el juez podría constituir derechos de usufructo, uso o habitación a favor de éste cónyuge, o como se señala el pago de una suma única de dinero y en su defecto de rentas periódicas; que se entenderán alimentos para todos los efectos legales. De modo que al asimilárseles a éstos, el cónyuge obligado podría incluso ser castigado con prisión ante su incumplimiento.

Es destacable también, la alusión a la culpa del cónyuge beneficiario como una forma de eximir del pago de estas sumas o derechos al cónyuge obligado a ellas, ya que se trataría de una especie de sanción para aquel cónyuge que, no obstante haber quedado en una situación de desventaja económica, una vez cesada la convivencia, se acreditan faltas imputables a éste que hubiesen sido suficientes para solicitar el divorcio por culpa o la separación judicial.

De la misma forma, como se recordará, razonaba la indicación en el artículo 38 cuando se señalaba que las medidas que la mencionada norma disponía, no procederían respecto del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable.

Además, éstas medidas al igual que las del artículo 38 de la indicación, eran a solicitud de parte, con la salvedad de que se establecía un derecho de opción para las propuestas por el senador Espina a diferencia de la indicación, y es que se podía optar entre éstas o la indemnización de perjuicios, procediendo ésta última sólo a favor del cónyuge inocente.

Finalmente cabe hacer notar que ésta indicación es bastante ecuaníme en lo referido a los requisitos para su procedencia, ya que se considera la equivalencia de fuerzas de los cónyuges para poder decretarlas. No obstante, en mi opinión, algunas de las causales establecidas para su término son demasiado amplias, como por ejemplo cuando se alude a la “vida marital”, ya que esta causal por la generalidad que presenta la misma, haciendo expresa alusión a la situación de convivencia y no necesariamente de un nuevo vínculo, de manera tal que resultaría fácil para quien solicita estos derechos, negar y desvirtuar tal situación.

¹⁰ Legislatura 346ª extraordinaria. Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; en segundo Trámite Constitucional ante el Senado. Julio año 2003. Boletín 1759-18. (pp. 183 y 184).

Se puede señalar también que ésta indicación fue criticada parcialmente, porque se consideró que razonaba en torno al derecho de alimentos y no en relación con las compensaciones que se deben los cónyuges por el desequilibrio económico a causa de la ruptura matrimonial.¹¹

ii. Por su parte, la ministra directora del Servicio Nacional de la Mujer, Sra. Adriana Delpiano propuso la siguiente redacción: “el juez deberá evitar que, como consecuencia del divorcio, se produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges, el que se entiende no sólo por la falta de equiparidad patrimonial al momento de la disolución del matrimonio sino también por las perspectivas económicas de uno y otro.

A falta de acuerdo, el juez deberá fijar una prestación compensatoria a favor del cónyuge afectado, que puede concretarse con la entrega de una suma de dinero, acciones o bienes. Tratándose de dineros, deberán ser enterados en un plazo de cinco años, salvo que, por motivos fundados, se establezca un plazo superior. Pueden también constituirse derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge obligado.

El tribunal deberá considerar diversas circunstancias, como la duración del matrimonio y de la vida en común, la edad y estado de salud de los cónyuges, la calificación profesional, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo a las actividades lucrativas del otro cónyuge, los medios económicos y las necesidades de ambos cónyuges, la eventual pérdida de beneficios previsionales, que deriven del divorcio y la existencia previa al divorcio de una pensión alimenticia.

Excepcionalmente, el juez podrá fijar la modalidad de renta vitalicia. Siempre puede solicitarse la modificación o cese de la prestación, si cambian las condiciones que motivaron su fijación. Las medidas se decretarán de oficio o a petición de parte”.¹²

Respecto a esta propuesta de la ministra, se puede señalar que, si bien no fue sustancialmente distinta a la propuesta por el senador Espina, ésta recalca y denota el carácter compensatorio de la medida, producto de las desventajas económicas producidas por el quiebre matrimonial, las que serán decretadas por un plazo máximo de cinco años y que por circunstancias excepcionales podrían prorrogarse.

Se recalca además que se trata de comparar los patrimonios de ambos cónyuges una vez finalizado el matrimonio, y que se habla de prestación compensatoria porque, siempre habrá un cónyuge más débil económicamente producto de su dedicación al hogar y a los hijos.

Por último, cabe hacer notar una diferencia de esta propuesta, con la indicación, que habla en su artículo 38 de manera impersonal, al señalar “deberá evitarse”, en tanto que la propuesta de la ministra entrega esta cautela específicamente al juez, al señalar “el juez deberá evitar”.

iii. Se acotó a estas propuestas que deberían igualmente aplicarse a los casos de nulidad, para de esta forma no evadir las compensaciones económicas, prefiriendo a la nulidad en lugar de

¹¹ Cfr. *Ibíd.* (p. 184).

¹² Cfr. *Ibíd.* (pp. 184 y 185).

acudir al divorcio como medio de poner fin al matrimonio.¹³

También se agrega que, en el caso del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trata deben considerarse como una compensación por el lucro cesante, por lo que significó no poder trabajar por un largo período. De manera entonces que debe dejarse claro a su vez de que se trata de una pensión compensatoria y no pensión por alimentos, a favor de aquel cónyuge que puede ver perjudicada sus expectativas económicas, por dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar.¹⁴

iv. Otro aspecto que se discutió en la Comisión respecto a esta prestación a favor del cónyuge más débil económicamente, fue lo referido a si es posible que esta prestación, respecto al obligado a ella, pueda ser transmitida por causa de muerte a sus herederos. Se opina que ello no es posible, porque se trata de una obligación personal y no una baja general de la herencia, que no es dable transmitir por causa de muerte.¹⁵

v. Respecto a su ámbito de aplicación, como se señaló anteriormente, se propuso ampliarla a la nulidad, agregándose posteriormente que estas normas han de ser aplicables a todos los casos de ruptura y no sólo divorcio.¹⁶

vi. Luego se discutió respecto a la trascendencia o no del régimen de bienes existente en el matrimonio, señalándose por una parte de que lo que se busca no es una equivalencia de patrimonios, sino que una compensación del menoscabo sufrido a raíz del matrimonio, y que por tanto ante esta situación el régimen de bienes resulta intrascendente.¹⁷

vii. En lo referido a las causales de procedencia de esta prestación o compensación, hubo mayor discusión, ya que se planteó en primer término que el menoscabo o detrimento patrimonial, ha de ser demostrado fehacientemente por el beneficiario, es decir se debe corroborar el detrimento o perjuicio significativo que ha sufrido éste cónyuge solicitante, para que pueda ser compensado y no equilibrar o igualar patrimonios como se señaló anteriormente.

De esta forma se debe procurar establecer criterios más o menos uniformes que permitan evitar errores o injusticias, ya que se trata de proteger o cautelar las posibilidades futuras del cónyuge que no ha laborado o ha estado al cuidado de los hijos.¹⁸

viii. Por otro lado y también con relación a estas causales, se plantean inquietudes respecto al vocablo “dedicarse preferentemente”, ya que se sostiene que este es impreciso, por cuanto no se sabe, si se trata de una dedicación exclusiva o admite que la mujer también pueda trabajar, ya que si bien no se ha señalado expresamente, como se enunció en párrafos anteriores, se trata de una medida a favor de la mujer, por ser ella quien tradicionalmente se dedica a estas funciones.

Se cuestiona la imprecisión de esta frase por cuanto resultaría dificultoso comprobar o

¹³ Cfr. *Ibíd.* (p. 186).

¹⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 186).

¹⁵ Cfr. *Ibíd.* (p. 186).

¹⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 187).

¹⁷ Cfr. *Ibíd.* (p. 187).

¹⁸ Cfr. *Ibíd.* (pp. 187 y 188).

acreditar dicha dedicación, o en qué términos ha de entenderse ella. A este respecto se opina que para su precisión ha de dársele mayor flexibilidad al tribunal para su determinación en atención a los hechos presentados, esto es a las circunstancias que se tienen en consideración para decretar esta pensión y que se acrediten por el interesado.

Como contrapartida a lo anterior se señala, que cualquier intento que se haga para simplificar esta fórmula, dejaría entregado a la discrecionalidad no sólo del juez, sino también de las partes su determinación, complicando mucho más las posibilidades de acuerdo.¹⁹

ix. Finalmente con relación a las causales de procedencia de la institución, se planteó la posibilidad de separar lo concerniente al cuidado de los hijos con las labores propias del hogar, sobre todo pensando en aquellos matrimonios sin hijos o en los cuales la mujer trabaja, para de esta forma evitar injusticias con respecto a esta última que igualmente se ha dedicado al hogar y que por esta razón también tenga derecho a percibir esta compensación.²⁰

x. Como otra acotación a esta institución, se plantea redactarla u ordenarla sistemáticamente, de modo que primero se señalen todos los casos ante los cuales procede, para luego ver sus modalidades, posibles acuerdos y la intervención del tribunal.²¹

xi. Con relación a quién corresponde regular esta compensación, se señala que esta debe de todas maneras precisarla y establecerla definitivamente el juez.²²

xii. En lo relativo a la variación posterior de las circunstancias, se señala por un lado que no es apropiado variar el monto de la compensación, si por ejemplo la situación de la mujer ha cambiado, porque para determinar el monto de esta pensión se ha considerado la situación económica inmediata tras la ruptura; y por ende se perjudicaría a la mujer que con su trabajo ha mejorado su situación económica.²³

xiii. Como otro factor a analizar en esta Comisión fue lo referido a la confusión a la que se puede llegar con el término “compensación”, ya que esta está tratada en el Código Civil como un modo de extinguir obligaciones, de manera que una prestación equilibra a otra prestación recibida. En tanto que para los efectos de la ley de Matrimonio Civil se entiende esta prestación como una forma de equilibrar un perjuicio económico sufrido por uno de los cónyuges.²⁴

xiv. Finalmente se discute en cuanto al plazo de esta compensación, que originalmente se planteó que fuera de cinco años máximo. Visto lo anterior, se plantea ampliarlo para de esta manera no perder el cónyuge ciertos beneficios, como los previsionales u otros que había adquirido como causa del matrimonio.²⁵

La Comisión finalmente tras evaluar todos estos antecedentes y discusiones, resolvió crear un párrafo especial, denominado “De la Compensación Económica”, en el capítulo VII, y que se

¹⁹ Cfr. *Ibíd.* (pp. 188, 189 y 191).

²⁰ Cfr. *Ibíd.* (p. 189).

²¹ Cfr. *Ibíd.* (p. 189).

²² Cfr. *Ibíd.* (p. 189).

²³ Cfr. *Ibíd.* (pp.190 y 192).

²⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 191).

²⁵ Cfr. *Ibíd.* (p. 193).

refiere a “Las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”.

d) Continuando el análisis de las modificaciones propuestas por la Comisión, enseguida del artículo 61 antes señalado que aludía los efectos del divorcio, la Comisión propuso un nuevo artículo 62 que señalaba: “Si uno de los cónyuges no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido”.

En lo referido a este artículo, la Comisión estimó que tal como en la norma se señala, esta compensación proceda tanto ante el divorcio como la nulidad. Así, respecto al divorcio no se distingue si hubo o no culpa, por lo tanto, se señala, mal podría exigirse buena fe en el caso de la nulidad, sobre todo porque tanto en uno y en otro caso el juez para determinar la procedencia y monto de la compensación, ha de analizar o ponderar otras circunstancias particulares.²⁶

También se agrega que si bien en el caso de la nulidad no existió en estricto rigor matrimonio, “sí hubo una comunidad de vida”, por tanto no debe entenderse como excepcional la inclusión de la nulidad como requisito para exigir o para que proceda la compensación económica.²⁷

En segundo lugar, la Comisión determinó que esta institución no se aplicará a los casos de separación judicial, por cuanto en este aún existe matrimonio y por ende se mantienen algunos efectos de orden económico del mismo, como lo son el derecho de alimentos y los derechos sucesorios, que no se dan en el divorcio ni en la nulidad, ya que ante estos casos se han perdido estos beneficios y otros como los previsionales o de salud.

e) Por otro lado, la Comisión propuso un nuevo artículo 63 que señalaba: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; las fuerzas patrimoniales de ambos; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”.

Este artículo 63, alude a las circunstancias a tener en consideración para determinar la existencia del menoscabo económico, es decir, del requisito esencial para la procedencia de la compensación económica y para determinar a su vez su cuantía.

f) Otro artículo propuesto por la Comisión, fue el artículo 64 que permitía “que la compensación económica sea convenida por ambos cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará por escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal.”

²⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 194).

²⁷ Cfr. *Ibíd.* (p. 194).

g) A continuación la Comisión propuso un nuevo artículo 65 que establecía “a falta de acuerdo, corresponderá al juez fijar la compensación económica.

Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación.

Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvenición, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad”.

En cuanto a estos artículos (62, 63, 64 y 65), fueron aprobados por unanimidad en la Comisión.

h) Por último, la Comisión propuso los artículos 66 y 67, los cuales se analizarán conjuntamente, por presentar mayor discusión y discrepancia en la Comisión, sobre todo en lo atinente a la naturaleza jurídica de la compensación económica y respecto a su cumplimiento.

Los referidos artículos señalaban:

Artículo 66: “En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

1. - entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago.

2. - constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo”.

Artículo 67: “Si el deudor no tuviere 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 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.”

Respecto a estos artículos la Comisión distinguió dos situaciones que se refieren a la forma de pago de la compensación, cuyo monto ha sido fijado por el juez en virtud del artículo 65, cuando no ha habido acuerdo entre los cónyuges.

La primera de ellas alude al eventual pago en cuotas reajustables de cierta cantidad de dinero, que se regula en el artículo 66 número 1. Esta situación supone que se trate de un número reducido de cuotas, bastando que el propio tribunal adopte medidas para la seguridad de su pago.

La segunda hipótesis regulada en el artículo 67, se refiere a la falta de capacidad económica suficiente por parte del cónyuge deudor, que permite al tribunal dividir el pago de esta

compensación en cuantas cuotas estime necesarias. Ello supone a su vez, y a diferencia de la situación anterior, que se trate de un período mayor de tiempo; y para este efecto cada cuota se considera alimentos para efectos de su cumplimiento, salvo que se establezcan otras garantías, sobre las cuales deberá pronunciarse el juez.

Con relación a estas hipótesis que plantea la Comisión, y sobre todo el considerar que ambos tipos de pago en cuotas (la del artículo 66 número 1 y 67), se consideren alimentos para efectos de su cumplimiento, porque se trata de un pago diferido, generó controversia al interior de la Comisión.

Dicha controversia puede resumirse de la siguiente manera:

i. Respecto de la naturaleza jurídica de la compensación económica:

El ministro de Justicia Sr. Bates, planteó que esta fórmula de asimilarse a los alimentos, aumentaría las dudas respecto de la naturaleza jurídica de la compensación económica, cuestión que es relevante pues las consecuencias de determinar si se trata de indemnización de perjuicios o alimentos son distintas. Por lo tanto, si se consideran los hechos que dan lugar a la compensación económica, podría sostenerse que no se trata de indemnización de perjuicios, porque ésta requiere de un ilícito, que acá no se produce, y que tampoco sería pensión alimenticia, aunque los hechos que la originan podrían estimarse causa de alimentos,²⁸ sin darse mayores fundamentos al respecto.

Por otro lado se opina que, en derecho comparado (Francia y España), se le consideran alimentos para efectos de su cobro. Se estima se trata de una figura “híbrida”, porque a veces la pureza jurídica debe ceder ante la realidad social de la institución, y por ello conviene asimilarla a los alimentos.²⁹

Por su parte la profesora Sra. Paulina Veloso, sostuvo que se trata de una figura nueva en el derecho comparado citando de esta forma el derecho español y suizo, de 1981 y 1999 respectivamente, que regulan la institución de manera similar. Así, la jurisprudencia de estos países ha invocado el enriquecimiento sin causa como fundamento de esta figura, de igual manera que nuestros tribunales lo hacen para reconocer derechos a los convivientes. Se estima que se trata de un enriquecimiento sin causa, porque la mujer no se pudo incorporar al mundo laboral, y por tanto el divorcio le genera un empobrecimiento, en comparación a las expectativas que tenía de casada, y sí lo hizo otro cónyuge que se desarrolló económicamente a costa del sacrificio de aquel que se quedó en el hogar.³⁰

El senador Romero por su parte, agregó que esta institución es poco clara no sólo respecto de su naturaleza jurídica, sino también respecto de los efectos que tendrá en la práctica, y se estima que en cuanto su naturaleza se trata de indemnización de perjuicios.³¹

²⁸ Cfr. *Ibíd.* (pp. 196 y 197).

²⁹ Cfr. *Ibíd.* (p. 197).

³⁰ Cfr. *Ibíd.* (p. 197).

³¹ Cfr. *Ibíd.* (p. 197).

Por último en cuanto su naturaleza se acotó por un lado que esta compensación económica se decidió crear a raíz del divorcio unilateral, y que por tanto ante tal decisión se debe compensar al otro cónyuge que se dedicó al cuidado de la familia. También que considerarla alimentos parece conveniente para así quedar exenta del pago de impuestos.

Y por el otro, se estima que no se trata de alimentos, por cuanto estos están concebidos para permitir una subsistencia digna acorde con la posición social, en cambio esta institución busca compensar una expectativa económica que no se logró por dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar común.³²

La Comisión por otra parte, rechazó la posibilidad de hacer transmisible por causa de muerte, la obligación del deudor de la compensación económica a sus herederos, aun cuando estos últimos hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario.

Se adoptó esta medida ya que, al no ser la compensación económica pensión alimenticia, no constituye una baja general de la herencia, sino que debe ser tratada como cualquier deuda hereditaria.³³

Igualmente la Comisión desechó la idea de hacer procedente la compensación económica aún cuando no se cumplan todos los requisitos para su procedencia, siempre que el cónyuge beneficiario carezca de bienes o adolezca de una grave incapacidad que le impida tener una modesta subsistencia.

Se opinó que con esta norma se obligaría por ejemplo a la ex mujer de un alcohólico y sin recursos, a tener que darle subsistencia cuando el matrimonio termine. De manera que con esta disposición se daría lugar a diversas injusticias, que a larga sólo servirían para desnaturalizar o desacreditar la institución. Por otro lado, si el cónyuge se encuentra ante esta situación, puede recurrir a medios asistenciales.

Fluye del análisis anteriormente realizado que existieron dudas al momento de determinar la naturaleza jurídica de la compensación económica y que por ende, no existió un pronunciamiento claro al respecto.

ii. En lo referido a su cumplimiento:

En cuanto medidas para el cumplimiento forzado de la compensación económica hubo discrepancias sobre la conveniencia de establecer apremios para asegurar su pago. Así las cosas, discutieron lo siguiente:

Para algunos miembros de la Comisión se consideró errado o innecesario tener que llegar a la cárcel para asegurar el pago de la compensación económica, porque así sólo se desincentivará el querer contraer matrimonio. Se propone que sería mejor reducir esta medida sólo para aquellos casos en que no existan otras seguridades o garantías para su pago.³⁴

³² Cfr. *Ibíd.* (p. 198).

³³ Cfr. *Ibíd.* (p. 199).

³⁴ Cfr. *Ibíd.* (pp. 197 y 198).

Otros comisionados, si bien no estaban absolutamente de acuerdo con estos apremios, creían que podía ser la forma más efectiva para asegurarlo. Ello, porque existe un valor jurídico superior al de una relación comercial común, se trata de una persona que sacrificó su vida o profesión para dedicarse al hogar, de manera que si no se protege nadie querrá dedicarse a ellas para no sufrir un desmedro económico en el futuro.³⁵

Como otro punto, se recordó que el Pacto de San José de Costa Rica, acepta como excepción a la prisión por deudas, el caso de los alimentos.³⁶

Asimismo, se rechazó la posibilidad que el deudor solicite el cese del pago del saldo insoluto, o de su reducción, ante la variación de su condición económica o del beneficiario, o por la circunstancia que su ex cónyuge contraiga nuevo matrimonio o conviva.

Se acordó rechazar esta posibilidad, porque se consideró injusto que el cambio de circunstancias habilite para solicitar su cese o reducción, sobre todo porque al concederse esta compensación, se hizo en atención a la situación inmediata al divorcio o nulidad, y no a lo que ocurra con posterioridad. Además, si se considera por ejemplo, que el deudor pagó todo el monto de una vez, no tendría derecho en este caso a devolución.

Por otra parte se coincidió en que la compensación económica no constituye pensión alimenticia, sino sólo para efectos de su cumplimiento en las situaciones antes señaladas, por lo que la modalidad de pago que se adopte resulta irrelevante respecto del monto fijado.³⁷

De la misma forma, la Comisión también rechazó la idea que el deudor renuncie al plazo (cuando se trata de un pago diferido) y solicite del juez autorización para enterar el saldo insoluto de la deuda, debidamente reajustado.

Se acordó esta solución, ya que el hecho de que la compensación económica se pague en cuotas y por tanto se trate de un pago diferido, cede en absoluto beneficio del deudor, porque se trata de cuotas reajustables que no generan intereses. Si los generaren se requeriría acuerdo del acreedor, ya que de esta forma el plazo sería en beneficio de ambos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2204 del Código Civil.

Por último la Comisión, tomó en consideración la acotación del Servicio Nacional de la Mujer, SENAME, para estudiar la posibilidad de que la compensación económica no se considere renta para los efectos tributarios, en virtud del artículo 17 de la Ley de la Renta, materia que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Finalmente, la Comisión acordó por mayoría de votos que, en caso de haberse acordado el pago en cuotas de la compensación, en la situación del artículo 67, esto es por falta de capacidad económica del deudor, las cuotas pendientes se considerarán alimentos para los efectos de su cumplimiento, salvo que se hayan aceptado otras garantías que aseguren el pago.

³⁵ Cfr. *Ibíd.* (p. 198).

³⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 197).

³⁷ Cfr. *Ibíd.* (p. 199).

Los artículos 66 y 67, fueron aprobados en sus otros aspectos por unanimidad en la Comisión.

Finalmente, la Comisión volviendo a las normas del texto aprobado en la Cámara y las indicaciones de las que fue objeto, acordó lo siguiente:

a) Respecto al capítulo VI, referido a las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio: este epígrafe fue objeto de indicación por el Ejecutivo con el objeto de eliminarlo y sustituirlo por uno nuevo que aludía al derecho de alimentos, cuidado personal y de relación directa y personal de los padres con los hijos. La Comisión rechazó en este punto la indicación y, en cambio, reguló estas materias a propósito de la separación. No obstante, se precisó que estas reglas comunes se aplican a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, ya que en otros no proceden.³⁸

Por tanto, tras todas las evaluaciones, discusiones y propuestas hechas por la Comisión, ésta presenta como proyecto a aprobar en el Senado, en lo referido a la institución en estudio, el siguiente: Capítulo VII, “Reglas comunes a ciertos casos de nulidad, separación y divorcio”, que en su párrafo 1 regula a la “Compensación Económica”.

b) En relación con el acuerdo regulatorio de las relaciones mutuas y respecto de los hijos (artículo 59 texto aprobado en la Cámara y 22 indicación), la Comisión acordó recoger estos contenidos a propósito de la separación en los artículos 22 y siguientes.³⁹

c) Finalmente, con respecto a la conciliación y mediación (artículos 60 a 65 texto aprobado en la Cámara), y 59, 60, y 61 de la indicación, quedaron recogidos al igual que la normativa anterior, en los artículos 22 y siguientes referidos a la separación, del texto propuesto por la Comisión.

3. DISCUSION GENERAL DEL PROYECTO EN EL SENADO

La discusión general del proyecto que establecía una Nueva Ley de Matrimonio Civil, en su segundo trámite constitucional, comienza con fecha 15 de Julio del año 2003. Esta etapa tiene por objeto, realizar una discusión y análisis del proyecto en lo referido a sus principios generales, esto es, a los aspectos fundamentales del proyecto considerados al momento de acordar la idea de legislar sobre el tema.

Luego de un análisis general del informe y proyecto aprobado por la Comisión, se retomó la idea de proponer una nueva legislación familiar fundada principalmente en la necesidad de una adecuación del derecho de familia a la nueva realidad de nuestro país. Se planteó como uno de los principios generales e inspiradores del proyecto y del trabajo presentado por la Comisión, y que sirvió para dar nacimiento a la institución en estudio, el “defender y fortalecer la familia”. La familia como núcleo central de la sociedad debe resguardarse, sobre todo cuando se produzcan

³⁸ Cfr. *Ibíd.* (p. 201).

³⁹ Cfr. *Ibíd.* (p. 202).

crisis al interior de ésta, de modo de proteger al cónyuge que cuida a los hijos, y que como se señaló anteriormente, es en su gran mayoría la mujer.

El contenido de esta discusión general, se puede resumir de la siguiente manera:

3.1 Aspectos favorables y destacados del proyecto:

En primer lugar, fluye del principio de protección de la familia, que se trata de crear instancias para ayudar a resguardar y recomponer los matrimonios en crisis, y aún más cuando ésta se ha hecho inevitable, garantizar los derechos del cónyuge más débil y de los hijos, estableciendo fórmulas o instituciones que permitan protegerlos al menos parcialmente.

De manera que por estas razones el Senado decide mantener esta nueva figura que es la compensación económica, para amparar y proteger al cónyuge que postergó su vida laboral o profesional, beneficios previsionales y de salud, por dedicarse preferentemente al hogar común y los hijos.⁴⁰

Se agregó, que esta institución debe aplicarse con prudencia, para así evitar abusos y extorsiones, que es lo que actualmente ocurre con el derecho de alimentos mayores, en donde esta institución se presta para que los cónyuges soliciten grandes sumas de dinero.⁴¹

La gran mayoría de los senadores estuvo conteste en lo novedoso de la institución de la compensación económica y en la conveniencia de su aplicación en nuestro país al igual que en derecho comparado, derecho del cual fue recogida la institución. Es interesante destacar la calificación jurídica asignada a la compensación económica, señalándose que se trata de una especie de indemnización de perjuicios, para compensar el menoscabo económico sufrido por el cónyuge a causa de la dedicación preferente al hogar y los hijos, y que no ha podido tener ahorros, de manera que el juez deberá ser prudente y sensato al decretar la compensación económica, tomando en cuenta estos y otros factores.

A mayor abundamiento, en relación con la idea anterior, se alaba la inserción de la compensación económica en el proyecto para la protección del cónyuge más débil económicamente o en desigualdad de condiciones tras la ruptura. Así, respecto a esta protección del cónyuge se agrega, que no debería hablarse de la cónyuge perjudicada o en términos más claros de la mujer, ya que si bien en su mayoría son éstas la que pudieran verse más perjudicadas económicamente por la situación que describe la compensación, no es menos cierto que puede haber hombres que queden afectados económicamente tras la ruptura. Ello, se señaló, porque hoy en día hay mujeres profesionales que pueden percibir mayores ingresos que sus maridos, o porque el marido al tener que entregar la mayor parte de sus ingresos a su ex cónyuge y a los hijos, no queda en la mejor situación económica para enfrentar su vida futura. De manera entonces, se estima más apropiado hablar del “cónyuge en situación de mayor debilidad”.⁴²

⁴⁰ Legislatura 349ª ordinaria. Sesión 16ª. Discusión general Senado. 30 de Julio 2003. Boletín 1759-18. (p. 25).

⁴¹ Legislatura 349ª ordinaria. Sesión 18ª. Discusión general Senado. 5 de Agosto 2003. Boletín 1759-18. (p. 30).

⁴² Legislatura 349ª ordinaria. Sesión 25ª. Discusión general Senado. 13 de Agosto 2003. Boletín 1759-18. (p. 36).

3.2 Aspectos desfavorables o negativos del proyecto:

En primer lugar, se sostuvo que la compensación económica sería un “calmante legislativo” frente a la miseria y pobreza a la cual se verán enfrentadas las mujeres que han dedicado sus años de matrimonio al hogar y a los hijos, y después son repudiadas por su marido.⁴³

Así, dentro de esta perspectiva se agrega, que se rechaza el proyecto porque con el divorcio se produce una “feminización de la pobreza”, ello porque las mujeres empobrecen proporcionalmente más que los hombres, en razón de un 6 a 73% luego de producida la ruptura, añadiéndose además a ello las dificultades de ingreso de la mujer al mundo laboral.⁴⁴

Como otro elemento a agregar en esta discusión general, es el cuestionamiento respecto de si esta indemnización realmente protegerá o ayudará económicamente a la mujer tras el divorcio, ya que tras éste, como se señaló, se extinguen todos los derechos y obligaciones de carácter patrimonial que tenían su causa en el matrimonio, como lo es el de alimentos y hereditarios. De manera entonces, que se pone en duda la real eficacia o carácter asistencial que pudiere tener la compensación económica, ya que de no haber acuerdo es el juez quien la determinará, discutiéndose si esta determinación judicial será realmente adecuada o suficiente; o en el caso de que el cónyuge deudor de la compensación económica forme otra familia, cuestiona aún más la duración de esta compensación, porque naturalmente en una economía como la nuestra, y sobre todo la del sector medio y medio-bajo, no podría solventar tamaños desembolsos.⁴⁵

Por último, finalizada la discusión general del proyecto, al corresponder la votación sobre la idea de legislar sobre la misma, ésta fue aprobada en general por el Senado por 33 votos contra 13.

4. SEGUNDO INFORME DE LA COMISION DE CONSTITUCION, LEGISLACION, JUSTICIA Y REGLAMENTO

Este segundo informe presentado por la Comisión al Senado con fecha 16 de Diciembre del año 2003, tuvo por objeto realizar un análisis particular del proyecto aprobado en general por el Senado. De manera entonces que consiste en una discusión particularizada de este texto y de las indicaciones de las que fue objeto y que fueron presentadas una vez finalizada la discusión particular, con fecha 7 de Octubre del año 2003.

El contenido del informe presentado por la Comisión se puede sistematizar de la siguiente manera:

4.1 En el capítulo VII, “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”, se propuso por un grupo de senadores suprimir del epígrafe de este capítulo al divorcio, indicación que fue rechazada por la Comisión, sin señalar fundamentos para este rechazo.

⁴³ Legislatura 349ª ordinaria. Sesión 17ª. Discusión general Senado. 30 de Julio 2003. Boletín 1759-18. (p. 75).

⁴⁴ Cfr. *Ibid.* (p. 76).

⁴⁵ Legislatura 349ª ordinaria Sesión 19ª. Discusión general Senado. 5 de Agosto 2003. Boletín 1759-18. (p. 81).

4.2 En segundo lugar, como se revisó anteriormente, la Comisión dentro de este capítulo propuso como párrafo 1 del mencionado Capítulo VII, la compensación económica, regulada en los artículos 62 a 67. En lo referido a cada uno de estos artículos, sobre la compensación económica, se discutió lo siguiente:

a) Artículo 62:

i. Esta norma fue objeto de dos indicaciones sustitutivas, presentadas en forma conjunta, que planteaban que la compensación económica tuviera lugar cuando el aporte de uno de los cónyuges que tuvo mayor dedicación al hogar y a los hijos, no se vea reflejado en forma equitativa en la liquidación del régimen de bienes del matrimonio y que no procediera en caso de divorcio.⁴⁶

Se invoca como fundamento de estas indicaciones, que no se podría acordar una indemnización al cónyuge por el aporte al matrimonio de haberse dedicado al hogar, si existen gananciales o crédito de participación en los gananciales, que buscan precisamente compensar estos esfuerzos. De manera entonces, se sostiene que habría un “enriquecimiento injusto”, si el cónyuge además de obtener la mitad de las adquisiciones del otro cónyuge, exija también compensación económica. Ella sería justa y por ende procedente, cuando en el matrimonio exista régimen de separación de bienes o cuando la distribución de los gananciales no sea un real reflejo del aporte del cónyuge más débil económicamente. Por ello proponen, realizar primero la liquidación del régimen patrimonial y posteriormente de acuerdo a este, determinar si procede o no la compensación económica.

Se agrega además, que el hecho que uno de los cónyuges se dedique al hogar común, está considerado en el régimen de sociedad conyugal, porque todo lo que gana el marido ingresa a la sociedad, salvo lo que provenga del oficio o actividad de la mujer separada del marido, que constituye su patrimonio reservado. De manera que al liquidarse la sociedad conyugal, la mujer se queda con su patrimonio reservado renunciando a los gananciales, y así no quedarían incluidos en la sociedad conyugal.⁴⁷

Por otro lado, se discrepa y discute este criterio de los autores de la indicación, señalándose que el régimen de bienes del matrimonio y la compensación económica son dos materias distintas. Ello porque el menoscabo económico sufrido por dedicarse al hogar y los hijos, se proyectará en el futuro, porque este cónyuge no tendrá régimen de salud, jubilación, como así también dificultades de acceso al mercado laboral

A su vez, se señala, que los gananciales no constituyen un premio o regalo, sino que el resultado de la liquidación de la comunidad de bienes que existió en el matrimonio, y por tanto corresponde a la entrega de lo que a cada socio corresponde por legítimo derecho. En tanto que, como se señaló en párrafos anteriores, la compensación económica no pretende equilibrar

⁴⁶ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 175 y 176. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 70).

⁴⁷ Cfr. *Ibid.* (p. 70).

patrimonios, sino indemnizar a uno de los cónyuges por las pérdidas de su propio patrimonio ante la situación que la institución describe, y sólo el juez por ende, podrá determinar su procedencia.⁴⁸

Igualmente la Ministra Directora del SERNAM, acotó que la compensación económica deberá proceder independientemente del régimen de bienes y por ende de la partición de la misma, ya que ella busca o tiende a resarcir lo que el cónyuge dejó de percibir por dedicarse a los hijos y el hogar, de manera de compensarle esa pérdida si no hubiere mediado tal dedicación.⁴⁹

Agregándose a lo anterior, se señala que precisamente el artículo 63 determina cuándo procede la compensación económica y la forma de determinación de su monto, y entre estas reglas se consideró precisamente las fuerzas patrimoniales de ambos, atendida consideración a la eventual liquidación del régimen de bienes existente en el matrimonio.

Finalmente estas indicaciones (nº 175 y 176 recién expuestas), se rechazaron por unanimidad en la Comisión.

ii. Otra indicación que se propone al artículo 62, es la de agregar un nuevo inciso con el objeto de excluir como beneficiario de la compensación económica al cónyuge que por culpa dio lugar al divorcio. No obstante, se plantea como excepción que éste podría tener derecho a compensación, cuando considerando la duración del matrimonio y la colaboración que hubiere prestado a la actividad lucrativa del otro cónyuge, resulte claramente arbitrario e injusto negársele toda posibilidad de acceder a una compensación.⁵⁰

También se agrega a esto, que en ciertos casos cuando se produce el cese de la convivencia, quien dio lugar a ella, no lo ha hecho dolosamente, sino producto de una enfermedad como alcoholismo y drogadicción, y por tanto no resultaría justo privársele de medios para subsistir.⁵¹

Finalmente se señaló, que mantener este artículo con la redacción que ella tiene, se prestaría fácilmente para cometer abusos, por ejemplo, en caso de adulterio cuando quien lo cometió exija compensación económica del otro cónyuge que tiene mayor capacidad económica.⁵²

La Comisión, respecto a esta indicación razonó sobre la base del principio de que el cónyuge no pueda aprovecharse de su propio dolo o culpa, dejando eso sí abierta la posibilidad excepcional para que en ciertos casos el juez pueda otorgar la compensación, a pesar de que hubiere culpa en la declaración de nulidad o divorcio.

En lo referido a la culpa, se puede hacer notar que ella es considerada dos veces, esto es como motivo o causa para denegar la compensación económica al cónyuge que dio lugar a ella, y a su vez para excepcionalmente ante esta misma situación otorgarla habida consideración a circunstancias especiales como la duración del matrimonio y la colaboración a las actividades

⁴⁸ Cfr. *Ibíd.* (p. 71).

⁴⁹ Cfr. *Ibíd.* (p. 71).

⁵⁰ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación nº 178. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 72).

⁵¹ Cfr. *Ibíd.* (p. 72).

⁵² Cfr. *Ibíd.* (p. 72).

lucrativas del otro cónyuge. Por lo tanto, podría llegar a pensarse que a la culpa en esta indicación se le está dando un doble rol, esto es como sanción y a su vez beneficio excepcional para el cónyuge culpable.

No obstante haber adoptado este acuerdo, y a petición de la Ministra Secretaria del SERNAM, la Comisión reabrió la discusión.

Las observaciones de la Ministra del SERNAM, aludían al divorcio por culpa y sus consecuencias para la mujer. Así, señala en primer lugar que como en su mayoría serán mujeres las que perciban esta compensación económica, con la inclusión de este nuevo inciso que propone la indicación, se transformaría en una sanción hacia ellas.

Agregó que el artículo 55 que regula el divorcio por culpa, señala de manera ilustradora diversos casos o circunstancias en los cuales se entiende que hay falta imputable, los que en su mayoría son de una gravedad manifiesta. Así, el número 2 de este artículo alude a la transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, sin señalar específicamente qué gravedad deben tener estas transgresiones, como tampoco los motivos que pueden dar lugar para abandonar el hogar común, que en muchos casos es producto de maltrato hacia el cónyuge. De manera entonces, que con el inciso que se pretende agregar, se estaría estableciendo una sanción en contra de la mujer que infrinja alguno de estos deberes matrimoniales, no así respecto del marido que pudo haber hecho lo mismo.

Agrega además, que la compensación económica no puede ser algo aleatorio que se otorgue o deniegue por un buen o mal comportamiento, sino que debe ser el resultado y reconocimiento “de que el matrimonio implica un proyecto de vida común”. A su vez, según la indicación, se permite excepcionalmente ante el caso de divorcio por culpa, que proceda la compensación, pero esta es muy limitada y restringida en los factores a considerar, que sólo es la duración del matrimonio y la colaboración a las actividades lucrativas del otro cónyuge, de las muchas que considera el artículo 63.⁵³

Como contrapartida a las reflexiones hechas por la ministra, hubo desacuerdo, señalándose que el objeto de esta institución es compensar al cónyuge que se dedicó preferentemente al hogar y la familia; y si se hace una excepción con el divorcio por culpa, es para que precisamente la decisión la adopte el juez, evitándose así situaciones de injusticia en las que se provoquen rupturas para solicitar la compensación económica.

Por otro lado, se señaló, el abandono del hogar común, y por lo tanto el cese de la convivencia, no implica necesariamente la culpabilidad del cónyuge que se ausenta, de manera que el juez será quien deba determinar las circunstancias concurrentes del caso concreto, por lo que por ejemplo, no podría atribuírsele responsabilidad a la mujer que abandona el hogar como producto de violencia familiar en su contra o de sus hijos. Así también se opinó, respecto al deber de fidelidad que impone el matrimonio, que dentro de la idea o concepto del matrimonio que

⁵³ Cfr. *Ibíd.* (pp. 72 y 73).

convive es donde cabe guardarse fidelidad, ya que si viven separados de hecho, la ley no puede además hacerse cargo de esta circunstancia.⁵⁴

Se agregó la preocupación de no trastocar y desvirtuar un concepto de infidelidad que vaya más allá del adulterio, como así también la de no incentivar la invocación de falsas causales de culpa, como resquicio legal para el no pago de la compensación.⁵⁵

Por otro lado, se acota a favor de los argumentos de la ministra, que la decisión se le debe entregar al juez, sin tener que señalar sólo dos circunstancias excepcionales ante las cuales proceda la compensación en el caso del divorcio por culpa.⁵⁶

La Comisión, concluida la discusión antes señalada, decidió trasladar la figura que planteaba la indicación al artículo 63 como una más de las circunstancias a considerar por el juez al momento de decidir la procedencia o cuantía de la compensación económica.

Para ello incorporó al artículo 63 un inciso segundo que señala: “Si se decreta el divorcio por culpa, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”.⁵⁷

De esta forma la indicación fue acogida por unanimidad con la modificación propuesta por la Comisión.

b) Artículo 63:

i. La primera indicación a este artículo, propone agregar entre los elementos a considerar por el juez para dar lugar o no a la compensación y determinar su cuantía, la buena o mala fe de los cónyuges.⁵⁸

Se explicó respecto a esta indicación, que si bien no es necesario tener que llegar a negar la compensación a quien contrajo matrimonio nulo estando de mala fe, es sin embargo, un factor interesante y prudente a considerar por el juez para fijar su procedencia y monto.⁵⁹

La Comisión, estuvo de acuerdo en incorporar este elemento de juicio; y a su vez añadió como otra modificación el reemplazar la frase “fuerzas patrimoniales”, por el de “situación patrimonial”, que precisó era más adecuada.

ii. Otra indicación propuesta a esta norma, consistió en agregar dos nuevos incisos a este artículo, en virtud de los cuales, para determinar las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, éstos deberían informar por escrito al tribunal sobre el régimen de bienes del matrimonio y su eventual liquidación, como así también las necesidades económicas de ambos y todos los ingresos que a cualquier título perciban. A su vez, para calcular el monto de la compensación económica,

⁵⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 73).

⁵⁵ Cfr. *Ibíd.* (p. 73).

⁵⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 73).

⁵⁷ *Ibíd.* (p. 73).

⁵⁸ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 180. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 74).

⁵⁹ Cfr. *Ibíd.* (p. 74).

deberán deducirse las cantidades que correspondan a título de gananciales, al beneficiario de la compensación.⁶⁰

A este respecto, es interesante este deber de información que plantea la indicación, que no obstante su rechazo por la Comisión, se planteaba como una forma de hacer más transparente la determinación de la Compensación Económica, ello para así tener mejor claridad de la situación económica o patrimonial de los cónyuges y evitar por este medio un posible ocultamiento de bienes por parte del beneficiario de la misma, para así poder obtener un mayor monto de la compensación.

Esta indicación fue rechazada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, teniendo en cuenta los argumentos dados para la primera indicación al artículo 62, esto es que se trata de dos materias distintas en donde el régimen de bienes y la dedicación al hogar, no son materias que estén supeditadas una a la otra.

iii. La última indicación propuesta a este artículo, le añade dos incisos nuevos, en los cuales se señala que una vez determinada la Compensación Económica, de acuerdo con los criterios descritos en la norma, el juez deberá incrementarla en un 50% si el divorcio fue solicitado unilateralmente por el cónyuge deudor, de acuerdo a lo que establece el artículo 56 inciso tercero, contra la oposición del otro cónyuge.

Por otro lado, si una vez demandado el divorcio por uno de los cónyuges, el otro demanda por vía el divorcio o separación por hechos imputables al cónyuge, el juez si acoge la reconvencción aumentará la compensación en un 80%.⁶¹

La Comisión no estimó conveniente esta modalidad para incrementar el monto de la compensación económica, basándose para estos efectos en la causal invocada por uno de ellos, o el sujeto que ejerce la acción, sin señalar mayores fundamentos al respecto. Desechando esta indicación en forma unánime.

c) Artículo 64:

i. La indicación propuesta a este artículo pretende sustituirlo por el siguiente: “La determinación de la procedencia de la Compensación Económica y el monto y forma de pago de ella, en su caso, será convenida por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”.⁶²

Se fundamentó por uno de los autores de la indicación, que con la actual redacción de la norma se podría llegar a la interpretación de que la compensación económica siempre procede, cuando en el hecho puede que ello no sea así.⁶³

⁶⁰ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 181. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 74).

⁶¹ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 182. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 75).

⁶² Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 183. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p.75).

⁶³Cfr. *Ibid.* (p. 75).

Por otro lado, se observó respecto de esta indicación, que entregar al acuerdo de los cónyuges la determinación de la procedencia de la compensación económica, como propone la indicación, daría lugar para que ella sea renunciable. Por lo tanto, se estima que la renuncia, sólo podría aceptarse cuando los cónyuges negocian en un pie de igualdad, pero como en esta situación se supone que hay un cónyuge más débil, éste podría verse presionado a renunciar a la compensación.

Agregándose, que bien se podría estimar que se trata de normas de orden público y por lo tanto irrenunciables.⁶⁴

La Comisión razonó que el objeto de la indicación no es establecer que la compensación económica sea renunciable, sino que dejar constancia que ella no podría proceder cuando por ejemplo los cónyuges han desarrollado actividades similares o estuvieron en igualdad de condiciones durante el matrimonio.

Visto lo anterior, la Comisión optó por acoger la indicación, suprimiendo la referencia a la determinación de su procedencia; y realizó otros cambios formales. Aprobándose por tanto con enmiendas por la unanimidad de la Comisión.⁶⁵

Respecto a esta posibilidad de renuncia de la Compensación Económica, da lugar para determinar si se trata de normas de orden público o simplemente son dispositivas. Sin querer ahondar aún en este punto se puede pensar que, si bien se deja cierta cabida a la autonomía de la voluntad, al permitírsele a los cónyuges su determinación de común acuerdo, se puede pensar que son normas dispositivas, pero luego al tenor de la norma, cuando falta este acuerdo, es el juez quien la determina, por lo tanto, y teniendo en cuenta además lo señalado en este punto por la Comisión, podemos sostener que son normas de orden público y por tanto irrenunciables, tal como en este sentido se dejó establecido respecto a la acción de divorcio.

d) Artículo 65:

i. Respecto a este artículo, tan solo fue objeto de una indicación que propone reemplazar el inciso primero, para entregar al juez, a falta de acuerdo, la determinación de la procedencia y monto de la Compensación Económica.⁶⁶

La Comisión, si bien consideró que a tal conclusión se llega igualmente por el tenor de los artículos 63 y 65 e interpretación sistemática de los mismos, la indicación aclara aún más este punto. De manera entonces, que esta indicación fue aprobada por mayoría de votos.⁶⁷

e) Artículo 66:

En cuanto a este artículo sólo se le formuló indicación al número 1 del mismo, para que en caso de incumplimiento de esta obligación, se sancione de la misma forma que en materia de alimentos el no pago de los mismos.⁶⁸

⁶⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 76).

⁶⁵ Cfr. *Ibíd.* (p. 76).

⁶⁶ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 184. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 76).

⁶⁷ Cfr. *Ibíd.* (p. 77).

La Comisión señaló que este apremio ya se encuentra contemplado en el artículo 67 inciso segundo, por lo que resulta innecesario volver a incorporarlo, sin dar más argumentos al respecto. Así por tanto, la indicación fue rechazada en forma unánime.

f) Artículo 67:

i. Este artículo fue objeto en primer lugar de dos indicaciones en forma conjunta que proponen agregar tres incisos nuevos, que señalan lo siguiente:

“Si una persona divorciada o cuyo vínculo matrimonial ha sido declarado nulo intenta contraer nuevo matrimonio, deberá acreditar ante el Oficial del Registro Civil respectivo, por medio de un certificado otorgado por el secretario del tribunal que declaró la nulidad o decretó el divorcio, que no ha sido obligada a pagar compensación económica o que, habiéndolo sido, ha satisfecho completamente su deuda.

Si quien intenta contraer nuevo matrimonio se encuentra en el caso del inciso primero de este artículo y existen aún cuotas no devengadas, deberá solicitar para ello autorización al juez que declaró la nulidad o decretó el divorcio, el que la concederá sólo si el deudor se encuentra al día en el pago de las cuotas devengadas y constituye una garantía real o fianza que garantice el pago de las faltantes. El juez actuará con conocimiento de causa y citación del cónyuge acreedor.

El incumplimiento de lo señalado en los incisos anteriores no determinará la nulidad del matrimonio, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan en contra del Oficial del Registro Civil, pero la persona con la cual el deudor se case se hará solidariamente responsable del pago de la compensación económica no satisfecha”.⁶⁹

El fundamento de esta indicación estaría, en el gran problema práctico que la falta de cumplimiento por parte de los deudores de la compensación económica trae consigo, situación que se agravará si éstos contraen nuevas obligaciones alimentarias. Para evitar esto, los autores de la indicación estimaron razonable exigir que para que el cónyuge deudor que se anuló o divorció, pueda contraer nuevo vínculo, haya satisfecho el monto de la compensación económica. Ello porque al contraer nuevo matrimonio, obviamente la acarreará más y mayores obligaciones económicas.

Con relación a lo dicho, proponen que si existen cuotas pendientes, podrá contraerse nuevo matrimonio si el juez así lo autoriza y se constituya caución para su pago. Finalmente, la infracción a esta obligación, no acarrea la nulidad del matrimonio, pero se obliga solidariamente al nuevo cónyuge.⁷⁰

Respecto a esta indicación, no puede más que criticarse por el sustancial hecho que no puede condicionarse el estado civil de una persona al pago de la compensación, ya que claramente se está sancionando al cónyuge deudor que quiere rehacer su vida, a un hecho de

⁶⁸ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 186. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 77).

⁶⁹ Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Indicación n° 187 y 188. Diciembre año 2003. Boletín 1759-18. (p. 78).

⁷⁰ Cfr. *Ibid.* (p. 78).

carácter económico como lo es el pago de la compensación, por lo tanto no me parece el medio más idóneo de asegurar su cumplimiento, sobre todo porque obedecen a momentos distintos, y porque además no se puede también ligar al nuevo cónyuge a una obligación de la cual no ha sido parte, ni tampoco ha consentido en asumir.

La Comisión, estimó que no era conveniente condicionar el cambio de estado civil de una persona, o establecer impedimentos para contraer matrimonio, si no se ha solucionado la compensación económica. Sobre todo, porque el inciso segundo de este artículo considera precisamente alimentos para los efectos de su cumplimiento a las cuotas pendientes, y las demás obligaciones tienen mérito ejecutivo, por constar en escritura pública o acta de avenimiento aprobada por el tribunal.⁷¹

Por lo tanto, se desechó la indicación por mayoría de votos.

ii. Finalmente se propuso agregar un nuevo inciso, donde se señala que no se aplicará la forma de pago que contempla este artículo 67, a los casos en que el cónyuge obligado a él, haya solicitado unilateralmente el divorcio, en virtud del artículo 56 inciso tercero.⁷²

La Comisión señaló que la procedencia de la compensación económica no puede sujetarse a esta circunstancia, sino al cumplimiento de los supuestos que la institución contempla y que deberá apreciar el juez, sin dar mayores argumentos al respecto. Así, fue rechazada por unanimidad en la Comisión.

5. DISCUSIÓN PARTICULAR DEL PROYECTO EN EL SENADO

Esta etapa tuvo por objeto efectuar una discusión particularizada del proyecto propuesto por la Comisión y aprobado en general por el Senado, agregándose a ello las indicaciones que fueron aprobadas por la Comisión en su segundo informe. Por lo tanto, en esta etapa, el Senado debió resolver si acogía o no los artículos propuestos por la Comisión con las modificaciones hechas a los mismos.

De esta manera como se indicó esta etapa consistió en una discusión particular de las normas, no obstante no todos los artículos fueron objeto de discusión, por tanto los que no se discutieron se dieron por aprobados tal como los aprobó y presentó la Comisión en su segundo informe. Respecto a las normas de la compensación económica que se han venido analizando, se discutió y resolvió lo siguiente:

a) Artículo 62: Respecto a esta norma, se formuló indicación para agregarle un nuevo inciso que señala: “En ningún caso tendrá derecho a esta compensación el cónyuge que demanda el divorcio fundado en el inciso tercero del artículo 56, o contra el cual se obtiene el divorcio por alguna de las causales previstas en el artículo 55”.⁷³

⁷¹ Cfr. *Ibid.* (pp. 78 y 79).

⁷² *Ibid.* Indicación n° 189. Diciembre año 2003. (p. 79).

⁷³ Legislatura 350ª extraordinaria. Sesión 29ª. Discusión particular Senado. 15 de Enero año 2004. Boletín 1759-18. (p. 69).

Al respecto se planteó en primer lugar, qué ocurriría en el caso que se trate de una mujer que tras muchos años de matrimonio abandona el hogar, porque se le ha hecho imposible proseguir en el hogar por diversas razones, acarreándole ello una importante pérdida económica. Por lo tanto, si es ella quien demanda la nulidad o el divorcio, no tendrá derecho a pedir la compensación económica, lo cual se consideró absurdo.

Se agregó además, que no se puede mezclar las causales de nulidad o divorcio, con la compensación económica. Ello porque se creó la institución precisamente para amparar a la mujer que por dedicarse al hogar, se ha postergado laboral o profesionalmente, y que al declararse la nulidad o el divorcio, pierde el beneficio de los alimentos. Por lo tanto, mezclando ambas situaciones se perjudica especialmente a la mujer.⁷⁴

Finalmente esta indicación fue retirada por sus autores, por lo cual se desechó y no se llevó a discusión.

b) Artículo 63: Respecto a este artículo, como se señaló en el segundo informe de la Comisión, se aprobó como indicación el agregar la buena o mala fe de los cónyuges como factor a considerar por el juez para determinar la procedencia y monto de la compensación económica. La inclusión de este factor subjetivo generó una nueva discusión, en la que se adujeron los siguientes argumentos:

i. En contra de mantener esta expresión:

En primer lugar se señala que es una expresión que confunde, porque no señala de quién es la buena o mala fe, ni cómo ha de apreciarse ésta.⁷⁵

En concordancia con lo anterior, se agrega que el fondo de la cuestión es cómo determinar la compensación económica a que hay lugar cuando uno de los cónyuges ha sufrido un menoscabo económico por su dedicación al hogar y los hijos, menoscabo que se hace patente producida la nulidad o el divorcio, de manera que esta buena o mala fe a la que alude la indicación, no debe interferir en esa determinación, sino que por el contrario puede llevar a la apreciación de hechos de otra naturaleza.⁷⁶

Por otra parte, también se señala como razón para eliminar esta expresión del 63, el que esta norma contempla situaciones de hecho, en tanto que la buena o mala fe, obedece a una apreciación subjetiva, que no concuerda con los elementos objetivos que la norma en cuestión contempla.⁷⁷

Es también interesante destacar la observación de la Ministra directora del SERNAM, quien señala y recalca cuál es el sentido de esta nueva institución. Se trataría de establecer una cierta equivalencia de condiciones entre los cónyuges una vez producido el quiebre matrimonial. Para ello aclara qué debe entenderse por menoscabo económico –aclaración que nos ilustra aún más sobre el sentido de la norma en comento; y su relación con la causal genérica del artículo 62-

⁷⁴ Cfr. *Ibíd.* (pp. 69 y 70).

⁷⁵ Legislatura 350ª extraordinaria. Sesión 33ª. 21 de Enero año 2004. boletín 1759-18. (p. 56).

⁷⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 56).

⁷⁷ Cfr. *Ibíd.* (p. 57).

señalando que se entiende por tal el “hecho que uno de los cónyuges haya asumido en virtud de un acuerdo, opción o cualquier otro motivo, la función prioritaria del cuidado del hogar común y de los hijos”.⁷⁸ En consecuencia, el artículo 63 establece causales objetivas que el juez deberá evaluar para determinar si hay o no menoscabo económico. Por lo tanto, estima complejo e inadecuado relacionar esta nueva institución y las causales objetivas del artículo 63, con situaciones subjetivas atribuibles a un eventual comportamiento de las partes.⁷⁹

Otro argumento esgrimido se refiere al valor jurídico de la “buena o mala fe de los cónyuges”. Así, se expone que se trata de un concepto presente en el derecho desde antaño, concepto vinculado esencialmente a la materia contractual, donde el principio fundamental es que la buena fe se presume y la mala fe ha de probarse. Por ende se explica, trasladar esta materia a un contrato, que no es tal en su esencia, sino una institución, significa subjetivar una institución lo cual acarreará dificultades para su resolución.⁸⁰

ii. A favor de mantener esta expresión:

Como primer argumento a favor, se señaló que según el debate en la Comisión, la intención fue incorporar esta expresión a propósito del divorcio por culpa, en que el cónyuge que dio lugar a él, posteriormente solicita compensación económica. La Comisión estimó que esta situación puede ser antinatural y por ello prefirió encomendar al juez la ponderación de estos hechos, de manera que en ese contexto se aplica la buena o mala fe.⁸¹

A su vez en relación con la idea anterior, se estima que no hay confusión con este término, ni con la determinación del cónyuge en quien debe concurrir, pues ello deberá ser establecido por el juez. Así también se agrega, que parece lógico que quien dio lugar al divorcio por culpa no pueda después esperar y solicitar una compensación económica.⁸²

Igualmente se insistió en recalcar que es el juez quien debe ponderar esta buena o mala fe, e incluso, por excepción podría decretar la procedencia de la compensación económica para quien dio lugar al divorcio, cuando estime que quedará en la indefensión.⁸³

Se dejó en claro también que la norma se refiere a criterios que el juez debe considerar para determinar la procedencia y cuantía de la compensación económica, entre los cuales se considera la buena o mala fe. Se agregó, a su vez, que esta causal se estableció e incluyó para el caso que una evidente mala fe provoque la situación con que se ha actuado.⁸⁴

Como otro argumento a favor de mantener el criterio de la buena fe, consistió en observar que, esta expresión es tan subjetiva como otras que el artículo contempla, como por ejemplo, la cualificación personal y posibilidades de acceso al mercado laboral de los cónyuges.

⁷⁸ *Ibíd.* (p. 61).

⁷⁹ Cfr. *Ibíd.* (p. 61).

⁸⁰ Cfr. *Ibíd.* (pp. 62 y 63).

⁸¹ Cfr. *Ibíd.* (p. 58).

⁸² Cfr. *Ibíd.* (p. 58).

⁸³ Cfr. *Ibíd.* (p. 59).

⁸⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 60).

De manera que como el objetivo de la norma es determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, con esta expresión tan sólo se adicionan elementos de juicio al juez para su determinación, aspecto que no es menos importante que los otros, sino que se entiende como el más importante, el poder determinar la buena o mala fe de quien pretende percibir esta compensación.⁸⁵

Por último se señaló que este elemento es esencial para aquellos casos en que la mujer “abusó económicamente del marido”, en circunstancias que podía trabajar y esa era la voluntad del marido, por lo que sería injusto además darle compensación económica una vez terminada la relación conyugal. Por lo tanto, se estima esencial la consideración de la buena o mala fe.⁸⁶

Finalizada la discusión, la indicación tendiente a eliminar la expresión fue desechada (14 votos contra 10).

Como otro punto a agregar respecto a este artículo, tenemos que se renovó la indicación (nº 182), que propone agregar a éste dos incisos nuevos, que se referían principalmente a modalidades para incrementar en un 50% u 80% el monto de la compensación, indicación que fue rechazada por la Comisión, como se revisó anteriormente. Así las cosas, ésta indicación fue retirada por sus autores y por tanto no se llevó a discusión.

c) Artículo 65: este artículo fue aprobado en su inciso primero de la misma forma que lo hiciera la Comisión.

d) Artículo 67: respecto a este artículo se renovaron las indicaciones nº 187 y 188, que proponían agregar a este tres incisos nuevos. Pero finalmente al igual que en el caso anterior, fueron retiradas por sus autores.

Del análisis anterior puede concluirse que el proyecto aprobado por el Senado en la discusión particular, sólo sufrió modificaciones menores con respecto al acordado por la Comisión en su segundo informe.

De esta manera finalizada esta segunda etapa constitucional, el Senado envió un oficio con el texto aprobado a la Cámara de origen, para evaluar el tercer trámite constitucional.

Conclusión parcial terminado el segundo trámite constitucional

Finalizado este segundo trámite constitucional, se puede concluir que fue precisamente en esta etapa donde surgió la compensación económica como institución, concretamente en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en su primer informe. No obstante, anterior a éste la indicación propuesta por el Ejecutivo (artículo 38 letra c), ya hablaba de una pensión compensatoria enfocada especialmente a la protección del cónyuge más débil económicamente y que tras el divorcio quedase imposibilitado de mantenerse por sí misma. Este objetivo también está presente en la indicación parlamentaria de los senadores Chadwick y

⁸⁵ Cfr. *Ibíd.* (pp. 65 y 66).

⁸⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 66).

Romero, que otorgaban alimentos ante los casos de nulidad del matrimonio, al cónyuge que se hubiere dedicado al cuidado cotidiano del hogar y los hijos.

Por lo tanto, sobre la base de lo anterior, la Comisión creó la compensación económica, enfocada en un primer momento a aquel de los cónyuges que se dedicó más que el otro al cuidado de los hijos y del hogar común, para que por esta causa se le compense el menoscabo económico sufrido. Tal redacción se modificó en el segundo informe de esta Comisión, por términos enfocados principalmente a la opción o acuerdo personal entre los cónyuges de no desarrollar una actividad lucrativa o remunerada o hacerlo en menor medida de lo que se podía y quería.

III. TERCER TRAMITE CONSTITUCIONAL (CAMARA DE DIPUTADOS)

Esta etapa tuvo por objeto llevar a discusión, en sesión única de la Cámara, el proyecto aprobado con modificaciones por el Senado.

La Cámara dio su aprobación al proyecto despachado por el Senado, con fecha 11 de Marzo del año 2003.

Conclusiones del capítulo

Al finalizar el presente capítulo, hay diversos puntos que se pueden concluir.

1) Como ya adelantara anteriormente, el primer antecedente de surgimiento de la compensación económica se produjo en el artículo 59 del texto aprobado por la Cámara, el cual se concentraba en establecer relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges, procurando especialmente compensar la situación de desventaja del cónyuge respecto de sus posibilidades de acceso al mercado laboral.

2) La indicación del Ejecutivo propuso establecer una pensión compensatoria, como medida para proteger al cónyuge que queda en una situación de desventaja económica, una vez producido el divorcio, sin tener éste medios necesarios para subsistir por si mismo. Otro antecedente se encuentra en la indicación parlamentaria de los Senadores Chadwick y Romero, quienes por el contrario establecían alimentos para el cónyuge en desventaja económica, pero circunscrito al ámbito de la nulidad del matrimonio.

3) La Comisión de Constitución del Senado es la que propuso la creación de la compensación económica, la cual tiene como fundamento la protección del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, señalando en un principio que se aplicaba a aquel de los cónyuges que se hubiese dedicado más que el otro a estas funciones. No obstante, esta redacción cambió, siendo sustituida por la nueva redacción que propone la Comisión en su segundo informe, redacción que es la que se mantuvo definitivamente.

4) Así, a la luz de las normas vigentes, en los artículos 61 y 62 se concentran los presupuestos y fundamentos de la institución, siendo los demás artículos complementarios a

aquellos. De esta forma el fundamento de la institución consiste en compensar el menoscabo económico sufrido como causa del matrimonio respecto del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos y del hogar común, presupuestos que se concentran en los dos artículos referidos, no siendo por tanto excluyentes el uno del otro, o que cada uno de ellos establezca requisitos diferentes, sino que creo que el artículo 61 establece el criterio general para la procedencia de la compensación económica y el artículo 62 contempla elementos de juicio que colaboran para su determinación.

Capítulo Segundo:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONOMICA

Tras haber estudiado en el capítulo anterior el proceso legislativo del cual surgió la compensación económica, corresponde realizar un análisis de fondo de la institución. La determinación de su naturaleza jurídica se hará sobre la base de lo estudiado anteriormente y de lo que en Derecho comparado se señala, específicamente en el Derecho español, fuente importante considerada por el legislador al consagrar la compensación económica en nuestro Derecho.⁸⁷

La naturaleza jurídica de la compensación económica, es controvertida. La discusión se centra principalmente en determinar si la compensación económica es simple derecho de alimentos, de naturaleza alimenticia, si se trata de un desequilibrio económico, o finalmente si es una indemnización o compensación por daños patrimoniales. Discusión que se suscitó principalmente en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y en las sesiones del Senado.⁸⁸

1. PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA COMPENSACIÓN ECONOMICA

Como punto de partida para este estudio se debe tener presente los presupuestos o requisitos básicos sobre los cuales la institución se concibe o se entiende se pueda otorgar.⁸⁹

El primer antecedente de procedencia de la compensación económica, es que ella puede ser convenida por los propios cónyuges, si estos fueren mayores de edad, respecto de su monto y forma de pago, en virtud de lo que dispone el artículo 63 de la NLMC. Por otro lado, y donde se concentrará el estudio de sus presupuestos tenemos que a falta del acuerdo que regula el artículo

⁸⁷ Legislatura 346ª extraordinaria. Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional ante el Senado. Julio año 2003. Boletín 1759-18. (p. 197).

⁸⁸ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu. *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2004. (pp. 415-418).

⁸⁹ Al respecto. Campuzano Tomé, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1994; Lalana del Castillo, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1993; Sánchez Pedrero, Adolfo. *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*. Editorial tirant lo blanch. Valencia, 2003.

63 antes señalado, la procedencia de la compensación económica, su monto y forma de pago, le corresponderá fijarla al juez, en virtud de los artículos 64, 65 y 66.⁹⁰

a) Para dar inicio al estudio de los presupuestos de la compensación económica, se debe señalar que se requiere *una sentencia que decrete el divorcio o declare la nulidad del matrimonio*.

Esto a la luz del artículo 61, del cual se desprende que la compensación económica sólo procede ante éstas y no lo es posible ante el caso de separación judicial, como bien se acordó y señaló durante su tramitación.⁹¹ Ello porque en esta última aún subsiste el vínculo y ciertos derechos y deberes que tienen su causa en la existencia del matrimonio como lo es el derecho de alimentos, de manera que no se estimó compatible otorgar además una compensación económica, ya que una de sus razones de ser y por la que se incluyó en la NLMC, es para suplir el derecho de alimentos que se pierde ante un caso de divorcio o nulidad.⁹²

No ocurre así en el derecho español, donde la pensión compensatoria o por desequilibrio procede ante los casos de divorcio y separación (artículo 97 Código Civil español). Y para el caso de la nulidad se contempla una indemnización de perjuicios (artículo 98 Código Civil español).

b) Como segundo elemento para la procedencia de la compensación económica y quizás el más importante es el *menoscabo económico* sufrido por uno de los cónyuges por haberse dedicado al cuidado del hogar y de los hijos.

Así en lo referido a este menoscabo económico, ni el artículo 61 ni 62 dan en algún momento un concepto de qué ha de entenderse por éste, sino por el contrario cabe desprenderlo del conjunto de las disposiciones de la compensación económica.

A este respecto siguiendo la doctrina española, se han elaborado dos teorías principalmente en lo referido al sentido y alcance que se la da al concepto desequilibrio económico, y que para nuestro estudio sirve de apoyo para aclarar la idea del menoscabo económico. Así se ha entendido lo siguiente:

1º Una interpretación *objetiva* entiende el desequilibrio económico, como el mero hecho objetivo de la disminución patrimonial experimentada por uno de los cónyuges con posterioridad al divorcio o nulidad, siempre que esta disminución lo sea en relación con el otro cónyuge y con la situación gozada durante el matrimonio.⁹³

Trasladada esta noción objetiva al concepto de menoscabo económico, el juez tan sólo realizará una comparación objetiva de los patrimonios de los cónyuges, sin otro tipo de consideración, de modo que al haber diferencia entre ambos y uno sea inferior a otro, habrá menoscabo y, por lo tanto, derecho a compensación.

⁹⁰ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu. *Nuevo derecho matrimonial...*(pp. 424 y 425).

⁹¹ Legislatura 346ª extraordinaria. Primer informe de Comisión de...(p. 194).

⁹² Cfr. *Ibíd.* (p. 194).

⁹³ Cfr. Campuzano Tomé, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. José María Bosch Editor, S:A. Barcelona, 1994. (p. 64).

2º Por otro lado, una interpretación *subjetiva* del desequilibrio económico, entiende esta expresión en términos más amplios, englobando no sólo el hecho objetivo de que haya un patrimonio inferior al otro, sino que otras circunstancias como, por ejemplo, la duración del matrimonio, la vida en común de ambos cónyuges, estado de salud, situación en materia previsional o de salud, etc. situaciones todas que comprende el artículo 97 del Código Civil español, de manera que la situación de desventaja económica de uno de los cónyuges, unida a otros factores dan derecho para acceder a la pensión compensatoria.⁹⁴

Aplicada a la compensación económica la noción subjetiva implica que existiría menoscabo cuando dada la circunstancia general del artículo 61, es decir un cónyuge que se ha dedicado al cuidado del hogar común y los hijos, además ha sufrido una pérdida de expectativas económicas por esta causa y que encuentran su fundamento en el matrimonio. Ello relacionado a su vez con los elementos de juicio que contempla el artículo 62 y que deberán ser considerados por el juez para su determinación. De esta forma, se puede observar que la interpretación que concuerda más con la establecida en nuestro Derecho es la subjetiva, ya que no sólo cabe comparar patrimonios para determinar el menoscabo, sino también atender a otras circunstancias, que como se recordará fueron anotadas a propósito del alcance que sobre el sentido del menoscabo económico hizo la Ministra Secretaria del SERNAM, entendiéndolo que se producía por el hecho de que uno de los cónyuges haya asumido en virtud de un acuerdo, opción o cualquier motivo, la función prioritaria del cuidado de los hijos y del hogar común.

Visto lo anterior, ello significa que tenemos en primer lugar un menoscabo sufrido como causa del matrimonio y que se traduce como ya señalé, en una pérdida de las expectativas económicas que se tenía al momento del matrimonio, y se traduce en el hecho objetivo de que uno de los cónyuges tiene un patrimonio inferior al del otro. Elemento que también se debe relacionar con los criterios que contempla el artículo 62, criterios que como se puede observar al revisar la norma agrupa tanto elementos de juicio objetivos como subjetivos.

Por lo tanto, y para precisar lo anterior, se puede señalar que el menoscabo económico comprende dos aspectos principalmente, cuales son:

- i. Aquello que uno de los cónyuges dejó de percibir, por no haber podido desarrollar una actividad lucrativa o remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería.⁹⁵
- ii. El perjuicio que se traduce en el coste de oportunidad laboral, por no haber podido desarrollarse profesionalmente o mejorar su cualificación profesional, acorde con las condiciones de mercado.⁹⁶

Establecido este alcance respecto al menoscabo económico, es importante también determinar el momento en que ha de ser apreciado o determinado este menoscabo.

⁹⁴ Cfr. *Ibíd.* (p. 64).

⁹⁵ Cfr. Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, A. *Nuevo derecho matrimonial...*(p. 425).

⁹⁶ Cfr. *Ibíd.* (p. 425).

Al respecto como ya se señaló, la compensación económica procede tanto para el caso de la nulidad como del divorcio. Así respecto al divorcio podrían suscitarse dudas respecto al momento de determinación del menoscabo económico, ya que la NLMC, consagra tres tipos o causas de divorcio, que en la doctrina tradicional se conocen como divorcio-sanción, esto es el divorcio por culpa o falta imputable del artículo 54, el divorcio remedio del artículo 55 inciso tercero, es decir por cese efectivo de la convivencia conyugal, y por último el divorcio por mutuo consentimiento, también regulado en el artículo 55 en su inciso primero.

En relación con el momento en que se aprecia el menoscabo económico, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento fue previsoramente y señaló que la ponderación de este menoscabo se hará a la situación inmediata o coetánea a la nulidad o el divorcio, y no en atención a circunstancias posteriores o sobrevinientes, ya que estas no son las conducentes a la determinación de la compensación económica, porque la situación del cónyuge beneficiario puede haber mejorado o disminuido en el ínter tanto.⁹⁷ Por lo tanto debe atenderse al momento de decretarse la nulidad o divorcio. A este respecto entonces, surge una nueva interrogante cual es si esta situación inmediata a la ruptura significa en el caso específico del divorcio, por ejemplo en el caso del divorcio remedio del artículo 55 inciso tercero, que esta determinación se hará cuando efectivamente se produzca el cese de la convivencia o cuando se declare el divorcio. En este sentido, en opinión personal y adhiriendo a un sector doctrinal de Derecho comparado⁹⁸, estimo que al igual que en las otras situaciones debería considerarse el momento en que se produjo el quiebre conyugal y consecuentemente el cese de la convivencia, ya que la sentencia que declara el divorcio es tan sólo la confirmación de una situación de hecho producida con anterioridad a ésta y que, por tanto, da mayor certeza a una situación que se ha producido con antelación y que por cierto es la que efectivamente denotará el hecho del menoscabo por ser reciente la ruptura y no a los tres años siguientes que es cuando se declare el divorcio. Por lo tanto, ha de estarse a la época en la cual se dio origen a cualquiera de estas situaciones, es decir a la situación inmediatamente posterior a la ruptura de la convivencia matrimonial.

Por el contrario, no ocurre así en el derecho alemán donde la prestación para paliar los efectos del divorcio no es una institución a propósito de los efectos del mismo, sino que se trata de derecho de alimentos que sólo son exigibles después de ejecutoriada la sentencia que declara el divorcio, institución criticada por no contar con uno de los elementos fundamentales de la misma, cual es la existencia del matrimonio.⁹⁹

Respecto a los otros tipos de divorcio, esto es al divorcio por culpa y por mutuo consentimiento, podríamos igualmente cuestionarnos cuándo se debe apreciar el menoscabo económico. Así por ejemplo en el caso del divorcio por culpa se podría apreciar cuando uno de los cónyuges cometió la falta imputable que trae consigo la violación grave de los deberes y

⁹⁷ Legislatura extraordinaria 346ª. Primer informe de Comisión de... (pp. 190 192).

⁹⁸ Cfr. *Ibid.* (p. 77 y 78).

⁹⁹ Turner Saelzer, Susan. "Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil". *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. Volumen XVI, 2004. (p. 86).

obligaciones del matrimonio o bien cuando se declare el divorcio. Creo que esta situación igualmente acarrea inconvenientes, ya que por una parte y el ideal debería serlo así, es que por certeza jurídica se esté al momento de la declaración del divorcio, pero al igual que en el caso del divorcio remedio, la realidad indica que el menoscabo se hace latente y perceptible al momento de la ruptura.

Respecto al divorcio por mutuo consentimiento, pienso deberían darse menos problemas porque se parte de la base de que hay un acuerdo entre los cónyuges (acuerdo regulatorio artículo 55), y mayor claridad respecto al momento del cese de la convivencia, cese que han debido demostrar los cónyuges para que se decrete el divorcio y por lo tanto mayor exactitud para apreciar el menoscabo.

Como última apreciación al menoscabo económico, es lo referido a las circunstancias complementarias para su determinación y que son las señaladas en el artículo 62, elementos de juicio que concuerdan con la noción subjetiva que se señaló ha de tenerse de este menoscabo, y sobre todo porque en la discusión del proyecto se observó que el artículo 62 no sólo está dotado de elementos objetivos como lo son la duración del matrimonio, la edad o situación en materia previsional o de salud, sino que de otros tan subjetivos como las posibilidades de acceso al mercado laboral y la buena o mala fe de los cónyuges.

Por lo tanto, los presupuestos básicos de la compensación económica analizados anteriormente, se concentran principalmente en los artículos 61 y 62, normas que no han de entenderse como excluyentes una de la otra, o como señalé al final del capítulo anterior como requisitos adicionales, sino que como un todo armónico conducente a dotar de suficientes criterios para determinar la procedencia y cuantía de la compensación económica, para aquel que cumple con los presupuestos de la institución.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONOMICA

Como ya se anticipara al iniciar este capítulo, la discusión básica sobre la cual se concentra la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación económica es determinar si la compensación económica en cuanto naturaleza jurídica es alimentos, se trata de un desequilibrio económico, o si bien tiene un carácter meramente resarcitorio o compensatorio. No obstante, hay también una tercera alternativa intermedia, y que sostiene que esta institución sería una figura híbrida que participa en parte de los alimentos y por el otro de caracteres reparatorios y compensatorios.

Con relación a lo anterior, como paso previo para adherir a alguna postura, se debe también abordar el fundamento de esta institución, esto es por qué uno de los cónyuges debe compensar al otro una vez producido el divorcio o la nulidad del matrimonio.

A este respecto, los fundamentos obedecen más bien a criterios de orden moral que a planteamientos netamente jurídicos, pero que unidos se complementan, lo que se traduce en la

estrecha relación entre el fundamento o ultima ratio de la compensación económica y su naturaleza jurídica.¹⁰⁰

Visto lo anterior, tomando como referencia la doctrina española, se ha entendido por algunos como fundamento de esta institución y que para este estudio se puede equiparar a la compensación económica, uno de tipo asistencial, basado en el principio de solidaridad postconyugal, con lo que se justificaría el pago de una pensión al otro cónyuge.¹⁰¹

Por otro lado, para otros autores tendría un fundamento de reparación o indemnización del daño que haya podido causar a los cónyuges el cambio de estado civil.¹⁰² Es decir, se centra principalmente en el daño producido por la nulidad o el divorcio en nuestro caso.

Algunos estiman que la responsabilidad tiene un fundamento de carácter objetivo, es decir, surge con prescindencia del comportamiento de los cónyuges. Otros ven claramente un fundamento compensatorio, por la pérdida del nivel de vida o beneficios de los que se gozaba producto del matrimonio.¹⁰³

En nuestro Derecho y a la luz de lo señalado anteriormente, el fundamento de la compensación económica sería la unión de los elementos señalados anteriormente, ya que por una parte tendría un fundamento moral de “socorrer” al cónyuge que quedó en desventaja tras el matrimonio como una prolongación del deber de ayuda del artículo 131 del Código Civil, como al mismo tiempo y producto de lo anterior compensarlo por el menoscabo económico sufrido por esta causa, con consideración de la culpa del cónyuge beneficiario como elemento para denegar o disminuir prudencialmente el monto de la compensación económica. Lo que me lleva a señalar de antemano que la naturaleza jurídica de la compensación económica, como alguna doctrina señala, sería híbrida o especial, participando tanto de caracteres alimenticios como reparatorios.¹⁰⁴

Así las cosas, para tratar de demostrar esta hipótesis, se realizará un paralelo de la compensación económica con el derecho de alimentos y la responsabilidad extracontractual respectivamente, para de esta forma apreciar tanto las semejanzas como diferencias entre ambas instituciones.

2.1. Paralelo entre la compensación económica y el derecho de alimentos

Para tratar de determinar la naturaleza jurídica que a la compensación económica quiso dar el legislador, se comenzará realizando un paralelo de la compensación económica con el derecho de alimentos, de manera de apreciar tanto sus diferencias como las posibles semejanzas entre ambas instituciones.^{105 106 107}

¹⁰⁰ Lalana del Castillo, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1993. (p. 23).

¹⁰¹ Cfr. *Ibíd.* (p. 24).

¹⁰² Cfr. *Ibíd.* (p. 25).

¹⁰³ Cfr. *Ibíd.* (p. 26 y 27).

¹⁰⁴ Cfr. Marín García de Leonardo, Teresa. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. (p. 35).

¹⁰⁵ Cfr. Campuzano Tomé, Herminia. *La pensión por desequilibrio...*(p. 16-18).

1) En primer lugar, me referiré a los sujetos beneficiarios de ambas instituciones, es decir al *título legal* para su exigibilidad. En los alimentos, en virtud del artículo 321 del Código Civil, pueden serlo no sólo los cónyuges, sino que también otras personas como lo son los ascendientes, descendientes e incluso quien ha hecho una donación cuantiosa a favor del alimentante. En tanto que en la compensación económica sólo puede ser beneficiario de ésta uno de los cónyuges o más precisamente uno de los ex cónyuges que ha dejado de serlo en virtud de una sentencia que decreta el divorcio o declara la nulidad.

2) Para que proceda el derecho de alimentos se requiere un *estado de necesidad* en el alimentario¹⁰⁸, de manera que los medios de subsistencia de los cuales este dispone, no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social (artículos 323 y 330 Código Civil). En tanto que en la compensación económica no se requiere de esta necesidad del alimentario, sino que se haya producido un menoscabo económico producto de la disolución del matrimonio por divorcio o nulidad y que se traduce en una pérdida de expectativas económicas del cónyuge para enfrentar su vida futura.

3) Otro aspecto importante es la *capacidad económica*. En el derecho de alimentos, uno de los requisitos para que éste proceda, y por lo tanto nazca la obligación y el derecho de alimentos, es la capacidad económica del alimentante, lo que se traduce en que el alimentante tenga los medios necesarios para otorgarlos, lo cual se desprende del artículo 329 del Código Civil.¹⁰⁹ En tanto que en la compensación económica la única norma que alude a la capacidad económica del deudor de la misma, es el artículo 66, mediante el cual se le otorgan facilidades al cónyuge deudor de la compensación que no tuviere bienes suficientes para solucionarla, en virtud de lo cual se le concede un plazo para el pago de la misma (pago diferido) que cede en beneficio exclusivo del deudor y por tanto no podría renunciarlo, tal como se acordó en la Comisión.¹¹⁰ Así ante esta situación, la compensación se considerará alimentos para efectos de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo cual se declarará en la sentencia, tal como lo dispone este artículo en su inciso final.

4) En lo referido a la *exigibilidad*, tenemos que los alimentos se deben desde que se interpone la demanda para solicitarlos (artículo 331 Código Civil), en tanto que la compensación económica sólo se hace exigible una vez producido el divorcio o declarada la nulidad, según haya sido la forma de determinación de la misma, esto es si por el acuerdo de los cónyuges del artículo 63 o por la declaración de su procedencia por el juez en la sentencia que declara el divorcio o la nulidad, en virtud del artículo 64.

¹⁰⁶ Cfr. Lalana del Castillo, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de...*(p. 28-30).

¹⁰⁷ Cfr. Sánchez Pedrero, Adolfo. *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. (p. 210-212).

¹⁰⁸ Ramos Pazos, René. *Derecho de familia*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. (p. 509).

¹⁰⁹ Cfr. *Ibid.* (p. 509 y 510).

¹¹⁰ Legislatura ordinaria 346ª. Primer informe de Comisión de...(p.200).

5) Respecto a la *duración o temporalidad* de ambas instituciones tenemos que por regla general, en virtud del artículo 323 del Código Civil los alimentos se deben por toda la vida del alimentario, mientras subsistan las causas que dieron lugar al derecho de alimentos. En tanto que respecto a la compensación económica, el legislador quizás erróneamente no señaló plazo para la compensación como se propuso originariamente fuera de cinco años (indicación ejecutivo en su artículo 38, e indicación de los senadores Chadwick y Romero artículo 48 inciso segundo). No obstante, se desprende que la compensación económica es esencialmente temporal y no indefinida, ya que tiene por objeto resarcir o compensar como señala el artículo 61, el menoscabo económico producto de la dedicación al hogar y los hijos, y que se aprecia al tiempo de la ruptura matrimonial, de manera de indemnizar al cónyuge que se dedicó a estas funciones y vio disminuidas sus expectativas económicas por esta causa. La compensación económica pretende ayudar a rehacer la vida del cónyuge afectado.

6) Por otro lado, la obligación de dar alimentos, como la mayoría de la doctrina sostiene es *intransmisible* a los herederos, principalmente en virtud de los artículos 1168 y 959 n° 4 del Código Civil, de manera que sólo afecta o es exigible sobre el patrimonio del causante, como baja general de la herencia.¹¹¹ De la misma forma lo es el derecho de alimentos, en virtud del artículo 334 del Código Civil. A su vez la compensación económica, tal como se acordó en las discusiones de la Comisión se optó igualmente porque fuera intransmisible, ya que se trata de una obligación personal que no era dable transmitir a los herederos, aún cuando estos aceptasen con beneficio de inventario.¹¹² Respecto al derecho a compensación igualmente debería ser intransmisible por tratarse de un derecho personalísimo.

7) Finalmente hay un punto controvertido específicamente respecto a la compensación económica y que se reservará para el final de este capítulo, y es lo referido a la *renuncia* de la compensación y consecuentemente si se trata de normas dispositivas o imperativas. No obstante, respecto al derecho de alimentos se puede sostener el carácter de irrenunciables de los mismos, en virtud del artículo 334 del Código Civil, ello porque el derecho de demandar alimentos es un derecho personalísimo, intransferible, intransmisible, transable e imprescriptible (artículo 2498 Código Civil).¹¹³

Así las cosas, visto el paralelo anterior, si bien se puede apreciar una gran cantidad de elementos diferenciadores entre ambas instituciones, hay sin embargo algunos elementos comunes, que nos puede llevar a la idea de que sí bien la compensación económica no se trata de un derecho de carácter alimenticio, participa de alguno de sus elementos.

Por lo tanto se puede sostener que la compensación económica no es alimentos porque obedece a fundamentos y características diversas, así los alimentos tienen un carácter asistencial de asegurar una subsistencia digna acorde con la posición social, en tanto que la compensación

¹¹¹ Cfr. Ramos Pazos, René. *Derecho de familia*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. (p. 515).

¹¹² Legislatura 346ª ordinaria. Primer informe de Comisión de...(p. 199).

¹¹³ Cfr. Ramos Pazos, René. *Derecho de familia...*(p. 514).

económica obedece principalmente a la reparación de un menoscabo económico producto del matrimonio, que se traduce en la pérdida de expectativas económicas por esta causa. No obstante, la compensación económica tiene un fundamento asistencial de segundo orden tras el reparador, que se traduce en dotar de medios suficientes al cónyuge para enfrentar su vida futura tras la ruptura.

Finalmente la compensación económica tampoco sería alimentos, ya que estos duran mientras subsistan las causas que lo originaron, de tal forma que si el alimentario mejora de situación, pierde el derecho a los alimentos, o por el contrario, estos pueden durar toda la vida del alimentario como regla general del artículo 323 del Código Civil. En cambio la compensación económica es temporal aunque el legislador no le haya establecido un plazo, y que se deduce por una de las finalidades de la misma, cual es ayudar a enfrentar la vida futura del ex cónyuge. Como así también se estableció en la Comisión, que la variación de las circunstancias, no habilitan al deudor de la misma para solicitar su reducción o cese.¹¹⁴

2.2. Paralelo entre la compensación económica y la responsabilidad extracontractual

El realizar un paralelo de la compensación económica con la responsabilidad civil extracontractual, tiene su fundamento en que la obligación de pagar una compensación económica al otro cónyuge no nace de un contrato en estricto sentido, ya que en nuestro Derecho se ha entendido mayoritariamente al matrimonio como una institución.¹¹⁵ Ello porque si bien se requiere de un acuerdo de voluntades para dar inicio a éste, una vez celebrado, la voluntad de las partes no puede disciplinar al matrimonio de un modo contrario a lo que señala la ley, en segundo lugar porque el contenido sobre el cual recae el acuerdo matrimonial es ajeno al contrato, porque las relaciones personales y familiares por regla general no pueden ser objeto de convención contractual, y por último, porque las normas propias de los contratos (por ejemplo, artículos 1545, 1546, 1547, 1492 Código Civil), no son aplicables al matrimonio. Por lo tanto, debemos encuadrar la responsabilidad derivada del vínculo matrimonial, dentro de la responsabilidad extracontractual que “es aquella que proviene de un hecho ilícito perpetrado por una persona en perjuicio de otra, que no constituye la violación de un deber contractual. El deber de reparar surge de la trasgresión, no de una obligación propiamente tal, sino de un deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que es un principio general de todo ordenamiento jurídico”.¹¹⁶

1) Como primer elemento esencial para este cuadro comparativo es la *comisión de un ilícito*, que se refleja en una acción u omisión, es decir en un hecho voluntario del hombre. Así, el daño que se produce en la responsabilidad extracontractual es producto de un ilícito, que se traduce en la comisión de un delito o cuasidelito civil o de una responsabilidad objetiva en

¹¹⁴ Legislatura 346ª ordinaria. Primer informe Comisión de...(p. 199).

¹¹⁵ Apuntes de clases. Derecho Civil IV. Valdivia, 2004.

¹¹⁶ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. (p. 24).

ausencia de culpa.¹¹⁷ En tanto que en la compensación económica no se comete ningún ilícito, sino que se trata de una obligación legal que se hará efectiva si se cumplen con los requisitos para su procedencia y que deberá determinar el juez.

2) Otro punto importante es lo referido a la *culpa*, en materia de responsabilidad extracontractual, la culpa del deudor debe probarla el acreedor, es decir la víctima del daño, como también hay casos en que esta se presume.¹¹⁸ En la compensación económica, nada se estableció respecto a esta prueba de la culpa, sino que se incluyó a propósito del divorcio por culpa en el artículo 62 inciso segundo, como elemento de juicio para el juez, para denegar la compensación económica al cónyuge que por culpa hubiese dado lugar al divorcio o disminuir prudencialmente su monto si es que excepcionalmente se le concede la compensación. Es decir, se incluyó la culpa como elemento de la compensación económica en el artículo 62 inciso segundo, pero nada se estableció respecto su prueba.

3) También con relación a la culpa, respecto a su *graduación*, en materia extracontractual toda culpa, incluso la levísima genera obligación.¹¹⁹ Es decir, no hay distinción o graduación de la culpa.

Respecto a la compensación económica, el legislador tampoco contempló distinguir entre tipos de culpa para la procedencia de la compensación, sino que esta se apreciará en mérito de los antecedentes del caso concreto respecto de lo que dispone el artículo 62 y que se señaló anteriormente.

4) Otro elemento importante es lo referido a *la relación de causalidad*. De esta forma entre el hecho voluntario ilícito del hombre y el daño producido, debe existir una relación de causalidad, esto es que el ilícito debe ser considerado como la causa del daño, en el contexto de la responsabilidad extracontractual. Así este nexo causal se encuentra contenido implícitamente en el Código Civil, en los artículos 2314, 2318, 2319 y 2325.¹²⁰ El estudio respecto a la relación de causalidad ha sido de suyo complejo, no sólo en el ámbito civil, sino que especialmente en el penal, esgrimiéndose teorías que tradicionalmente se han clasificado en teorías empiristas y normativas, que no son del caso ahondar para el objeto de este estudio, sino que para hacer presente que el conflicto de la relación de causalidad no ha sido pasiva ni en doctrina ni en la jurisprudencia. De manera entonces que sólo nos quedaremos con la idea al menos más generalizada de que el daño producido y del cual surge la obligación de indemnizar, debe tener necesariamente una causa(s) que lo hayan producido.

Respecto la compensación económica, se torna aún más confuso el determinar la relación de causalidad, ya que ello depende de la naturaleza que se le asigne y al concepto de menoscabo. No obstante, al iniciar este capítulo se señaló que el concepto de menoscabo económico que más

¹¹⁷ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999. (p. 115).

¹¹⁸ Cfr. Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad...* (pp. 28 y 29).

¹¹⁹ Cfr. *Ibid.* (p. 29).

¹²⁰ Cfr. *Ibid.* (p. 179).

concordaba con nuestra realidad era el subjetivo, y que este menoscabo se traducía principalmente en una pérdida de expectativas económicas producto del matrimonio, y que finalmente este menoscabo comprendía un reconocimiento de las labores domésticas al reconocer un derecho al cónyuge que se dedicó a las labores propias del hogar común y de los hijos; y por último comprendía un coste de oportunidad laboral. Por lo tanto, de esta apreciación tenemos que en el matrimonio el daño producido es el menoscabo económico que tendría su causa ya sea directa o indirectamente en el matrimonio. Es decir el daño o el menoscabo económico en la compensación se produce principalmente por la dedicación al hogar y los hijos que regula el artículo 61, unido a las circunstancias del artículo 62.

5) Consecuente con lo anterior, está el concepto de *daño*, eje central de la responsabilidad extracontractual. Para este efecto se entiende por daño “todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”.¹²¹

Por lo tanto para que se responda extracontractualmente se debe haber producido un daño a otro, entendido según la definición antes dada como un menoscabo en su persona, que debemos entender tanto física como moral y respecto de sus bienes, que deriva de la obligación genérica de comportarse prudentemente sin causar daño a nadie.¹²² En tanto, que al tenor de las disposiciones de la compensación económica, para que nazca la obligación de su pago uno de los cónyuges debe haber sufrido un menoscabo económico durante el matrimonio producto de la dedicación al hogar común y los hijos. Menoscabo que como se revisó ha de entenderse en su noción subjetiva y que se manifiesta en los artículos 61 y 62, y que para estos efectos es asimilable al daño como se revisó en el número anterior.

6) Finalmente, y que es donde se quiere concentrar esta revisión es lo referido a los *daños indemnizables*, ya que la responsabilidad extracontractual principalmente basándose en el artículo 2329 del Código Civil permite indemnizar todo daño, entendiéndose por tal, y a la luz de la definición dada, tanto el daño patrimonial (comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante), como el daño extrapatrimonial comprendiéndose en este al daño moral.¹²³ Así, respecto a los diversos tipos de perjuicios podemos señalar que en general son: perjuicios compensatorios y moratorios, perjuicios ciertos y eventuales, perjuicios directos e indirectos, daños materiales y morales, daño emergente y lucro cesante, y perjuicios previstos e imprevistos.¹²⁴

De todos estos conceptos, el que más se aviene con la compensación económica es el del lucro cesante. El artículo 1556 del Código Civil señala en su inciso primero parte primera: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante...” no obstante, la ley no ha definido qué ha de entenderse por uno y otro, por lo tanto puede señalarse respecto al

¹²¹ Corte Suprema, 3 de Junio de 1973, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 7, sección 4ª. Pág. 75. Citado por, Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. (p. 33).

¹²² Cfr. Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad...*(p. 21).

¹²³ *Ibid.* (pp. 342 y 343).

¹²⁴ Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993. (p. 731).

lucro cesante que este consiste “en la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación”.¹²⁵ En definitiva se trata de aquello que una persona dejó de percibir si no hubiere mediado un daño y por tanto el menoscabo de su persona o bienes.

La compensación económica, busca compensar a aquel de los cónyuges que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, y que producido el divorcio o la nulidad tendrá derecho se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa tal como dispone el artículo 61. Es decir, de indemnizarle lo que pudo haber obtenido mediante un trabajo o actividad lucrativa de no haber mediado esta circunstancia, o como observó la ministra del SERNAM, en que el sentido de la institución es establecer una cierta equivalencia de condiciones entre los cónyuges, una vez producido el quiebre matrimonial.¹²⁶ Apreciación hecha a propósito del concepto de menoscabo económico que se señaló en los párrafos anteriores, por lo que debe entenderse entonces que la idea no es equilibrar patrimonios sino compensar la pérdida de expectativas económicas.

Por lo tanto, revisado el paralelo anterior y como contrapartida al paralelo con el derecho de alimentos se puede sostener que habría más argumentos que nos lleven a pensar que la compensación económica tiene naturaleza indemnizatoria, específicamente indemnización compensatoria por el lucro cesante, que como señalé se asemeja más a la reparación hecha vía compensación económica, porque se está reparando aquello que se dejó de ganar o percibir por dedicarse a las labores del hogar común y los hijos. Sin embargo, también se puede ver en la compensación económica elementos reparatorios de un daño moral como complementarios al patrimonial, ello porque se busca compensar a aquel de los cónyuges que postergó sus posibilidades o desarrollo profesional pleno por su dedicación al hogar. Pensemos por ejemplo en la mujer profesional que producido el matrimonio y al formar una familia con hijos, deja de trabajar o bien lo hace en menor cantidad, ciertamente hay una postergación profesional que de alguna forma limita su plenitud personal.

No obstante este análisis hay elementos que como señalé impiden sostener que se trata de una naturaleza reparadora o indemnizatoria en el sentido puro de la institución y aquello se manifiesta principalmente porque para dar lugar a la indemnización de perjuicios se requiere de un ilícito previo que en la compensación económica no se da. Por lo tanto, ya no se puede sostener tan claramente que se trata de indemnización de perjuicios, sino de una figura híbrida o especial, que tal como se señaló en la Comisión la pureza jurídica de las instituciones muchas veces debe ceder ante la realidad social de la institución.¹²⁷ Es decir, la compensación económica

¹²⁵ *Ibíd.* (p. 733).

¹²⁶ Legislatura 350ª extraordinaria. Sesión 29ª. Discusión particular Senado. 15 de Enero año 2004. (p. 61).

¹²⁷ Legislatura 346ª ordinaria. Primer informe de Comisión de...(p. 197).

como en Derecho comparado se señala tiene un carácter reparador en sentido global, que establece una medida preventiva de posibles perjuicios económicos producidos por la ruptura.¹²⁸

Hechos los respectivos paralelos de la compensación económica con el derecho de alimentos y la responsabilidad extracontractual respectivamente, cabe tratar de determinar las consecuencias o efectos de atribuir la naturaleza jurídica de una u otra o de ambas instituciones a la compensación económica.

Así las cosas, hay diversos aspectos de la compensación económica que no quedaron del todo resueltos en la discusión parlamentaria o que simplemente no se contemplaron, es por ello que en los párrafos siguientes se hará una revisión de algunos de estos aspectos y que tienen estrecha relación con la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación económica y de los efectos de la misma.

a) Un primer aspecto, es el referido a la renuncia de la compensación económica y por tanto si se trata de normas dispositivas o de orden público. Creo que este punto y aun con mayor claridad que el tema de la naturaleza jurídica, no fue resuelto por el legislador y por el tenor de las normas se torna más confuso aún. El legislador al tomar esta institución del Derecho comparado, principalmente del español, no observó adecuadamente la realidad de cada legislación y ello es así, ya que en España la pensión compensatoria o por desequilibrio es una institución de derecho privado que se rige por los principios de rogación y disposición, donde hay plena cabida a la autonomía de la voluntad, puesto que no afecta al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio.¹²⁹ Por lo tanto, se admite plenamente que pueda ser renunciado por las partes, ya sea en las capitulaciones matrimoniales como después de la separación o divorcio.

El contexto normativo de la compensación económica es, por el contrario, poco claro al respecto. El artículo 63 da pie para pensar que se da cabida a la autonomía de la voluntad para que los cónyuges, convengan la compensación económica, mediante acuerdo que se someterá a la aprobación del tribunal, lo que conduciría a que si se permite a los cónyuges acordar la compensación, también pudieran renunciarla, alcance que también fue hecho en la discusión parlamentaria.¹³⁰ Al respecto la Comisión estableció que la idea de este artículo no es establecer que la compensación económica sea renunciable, sino que los cónyuges puedan acordar su monto y forma de pago, como tampoco significa entender que la compensación económica siempre va a ser procedente.¹³¹

¹²⁸ Cfr. Marín García de Leonardo. *Los acuerdos...*(p. 37).

¹²⁹ Cfr. Sánchez Pedrero, Adolfo. *La obligación alimenticia...*(p. 144).

¹³⁰ Segundo informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. (p. 76).

¹³¹ Cfr. *Ibid.* (p. 76).

b) Tampoco queda claro si la compensación económica obedece al principio de la rogación, esto es que no puede ser decretada de oficio, sino que siempre debe serlo a petición de parte. A este respecto el artículo 64 entrega al juez la facultad de determinación de la procedencia de la compensación económica a falta de acuerdo de los cónyuges y pudiera dar a entender que su determinación procede a petición de la parte interesada al establecerse el deber de información del juez cuando ésta no ha sido solicitada en la demanda. A raíz de lo anterior no podríamos entonces pensar que procede decretarla de oficio por el juez.

Finalmente otra interrogante que quiero dejar planteada es lo referido al acuerdo regulatorio al que se refiere el artículo 55 inciso segundo para el caso de divorcio por mutuo consentimiento. Acá se establece la obligación para estos cónyuges que se divorcian de presentar un acuerdo de sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos, acuerdo que ha de ser completo y suficiente. En lo referido a la suficiencia de este acuerdo se dispone que lo será cuando “procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.” Por lo tanto, ¿este acuerdo al que alude el artículo 55 es el mismo al que se refiere el artículo 63 que recién comentáramos?. Pienso que esta confusión a la que se llega obedece nuevamente a la fuente inspiradora de la compensación económica que es el Derecho español, en donde se establece el convenio regulador, similar al acuerdo regulatorio del artículo 55 de la NLMC.

c) Finalmente me referiré a la duración o temporalidad de la compensación económica, cuestión que tampoco fue resuelta por nuestro legislador, sino que como señalé en párrafos anteriores sólo cabe desprenderlo de sus disposiciones. Creo en opinión personal que se debió haber mantenido la idea que proponía la indicación de que la pensión compensatoria a la que aludía ésta fuera por un período máximo de cinco años. De esta forma habría mayor seguridad jurídica respecto a la institución y cumpliría con el propósito para la cual se concibió, esto es reparar el menoscabo económico producto del matrimonio, menoscabo que como se indicó obedece al momento de la ruptura y no a circunstancias posteriores o sobrevinientes.

Por lo tanto, extender indefinidamente la compensación económica no iría sino en perjuicio directo del cónyuge deudor que se tendría que ver ligado indefinidamente a su ex cónyuge por un vínculo que ya ha dejado de existir; y por otro lado puede significar un desincentivo al trabajo para el cónyuge beneficiario de la compensación quien verá asegurado un capital, bienes o periódicamente una renta, según sea la forma de pago que se haya establecido.

CONCLUSIONES

1) La institución de la compensación económica no estaba incorporada en la moción que pretendía establecer una nueva Ley de Matrimonio Civil, sino que nació concretamente bajo el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en segundo trámite constitucional ante el Senado. Su primer antecedente se dio en la Comisión Unida de Constitución y Familia, en el entonces artículo 59, que mencionaba la necesidad de compensar la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral del cónyuge que permaneció al cuidado de los hijos y el hogar común.

Otro antecedente importante se encuentra en la indicación del Ejecutivo al texto aprobado por la Cámara. En ella se consagraba un mecanismo de cautela para el cónyuge más débil económicamente. De acuerdo con el artículo 38 letra c) de la indicación, el juez podía decretar una pensión compensatoria por un período máximo de cinco años. La pensión compensatoria no estaba enfocada a las posibilidades de acceso al mercado laboral por parte del cónyuge, sino que procuraba dotarlo de medios económicos para su mantención, si es que hubiese quedado imposibilitado de hacerlo por si mismo tras decretarse el divorcio, lo cual traducía el marcado carácter asistencial de esta pensión.

2) En lo referido a la naturaleza jurídica de la compensación económica, no existe claridad. El legislador no fue certero en esta materia y durante la discusión parlamentaria no trató acabadamente el punto. De acuerdo con el análisis realizado, la naturaleza de la compensación sería híbrida o especial, ya que contiene tanto elementos asistenciales del derecho de alimentos, como compensatorios y reparatorios de la indemnización de perjuicios.

3) A raíz de lo anterior, por tanto, debe entenderse que el fundamento de esta institución está en compensar el menoscabo económico producto del matrimonio y que se traduce en una pérdida de expectativas económicas por esta causa, lo que se refleja entonces en este deber reparatorio del menoscabo económico producido con ocasión del matrimonio y como una prolongación post matrimonial del deber de ayuda que contempla el matrimonio, lo que se traduce en un principio de solidaridad post conyugal como en Derecho comparado se señala.

4) Consecuencia de atribuirle una determinada naturaleza jurídica a la compensación económica (híbrida o especial), se producirá los efectos propios de la misma, como lo son el carácter renunciable o no de la compensación económica, si está sujeta al principio de rogación y por último, la duración o temporalidad de la misma, lo que será variable según sea el caso, por presentar ésta claros aspectos asistenciales en algunos puntos, como indemnizatorios en otros.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. *Las obligaciones*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2004.

BOLETÍN 1759-18. www.sil.senado/cgi-bin/sil-proyectos.pl?1759-18

CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1994.

CÓDIGO CIVIL

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN. *El daño moral*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

LALANA DEL CASTILLO, CARLOS. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1993.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL, Ley 19.947.

RAMOS PAZOS, RENÉ. *Derecho de familia*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999.

SÁNCHEZ PEDRERO, ADOLFO. *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

TURNER SAELZER, SUSAN. "Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil". *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. Volumen XVI, 2004.