



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**REVISIÓN DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA A MÁS DE
UNA DÉCADA DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL**

Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales

NATALIA LANDAURO QUINTEROS

PROFESORA GUÍA:

LAURA ALBORNOZ POLLMAN

SANTIAGO, CHILE

2019

AGRADECIMIENTOS

A la profesora Laura Albornoz, por su guía este proceso.

A Francisco, mi incondicional compañero.

A Nicolás, por su apoyo y comprensión.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	iii
ÍNDICE DE CUADROS.....	vi
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA	6
1. Introducción	6
2. El concepto de compensación económica.....	6
3. Antecedentes de la compensación económica en el ordenamiento jurídico nacional..	12
3.1 Aspectos fundamentales del derecho de familia	12
3.2 Fundamentos de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil	16
i. Las rupturas matrimoniales antes de la Ley N° 19.947.....	16
ii. Las rupturas matrimoniales en la Ley N° 19.947	23
a) La separación	27
b) Término del matrimonio	34
iii. Aspectos generales de la compensación económica en la LMC	41
4. La autonomía económica de la mujer	46
5. Naturaleza jurídica de la compensación económica	57
5.1. Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria en el derecho comparado.....	58
i. Francia.....	59
ii. España.....	65
a) La pensión compensatoria como obligación alimenticia	67
b) La pensión compensatoria como indemnización	70
c) Teorías mixtas o compuestas	74
5.2. Naturaleza jurídica de la compensación económica en Chile.....	75
i. Naturaleza asistencial de la compensación económica.....	76
ii. Naturaleza reparatoria de la compensación económica	79
iii. Naturaleza jurídica variable	82
iv. Naturaleza jurídica sui generis.....	83
a) Obligación legal	83
b) Obligación extrapatrimonial	84

v. Comentarios finales respecto a la naturaleza jurídica de la compensación económica	85
CAPÍTULO II: MARCO REGULATORIO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA	88
1. Introducción	88
2. El acuerdo de unión civil	89
3. Legitimación activa.....	94
4. Oportunidad procesal para solicitar la compensación económica	95
4.1. Con acuerdo de las partes.....	95
4.2. Sin acuerdo de las partes	97
5. Supuestos de procedencia de la compensación económica	105
5.1. Supuestos de procedencia en particular	111
i. Término del matrimonio o del acuerdo de unión civil por causales específicas.	113
ii. Dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común.....	120
iii. Ausencia, total o parcial, de actividad remunerada o lucrativa por la dedicación al cuidado de los hijos y/o al hogar común	122
iv. Existencia de un menoscabo económico.....	125
a) Factores del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil	134
6. Compensación económica y divorcio por culpa	141
7. Cuantificación	141
7.1 Modelo de cuantificación del menoscabo económico	145
7.2 La cuantificación de la compensación económica en la jurisprudencia	147
CAPÍTULO III: DESAFÍOS DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA	158
1. Introducción	158
2. Principios modernos del derecho de familia	159
2.1 El principio de igualdad	166
i. El principio de igualdad entre cónyuges:.....	168
ii. El principio de igualdad entre hijos	174
2.2 El principio de libertad o de autonomía de la voluntad	178
i. El Principio de intervención mínima del Estado.....	180
2.3 El principio de la equidad como protección del más débil	181
i. El principio del interés superior del niño	181
ii. Principio de protección del cónyuge más débil	188

2.4 El principio de protección de la familia	191
3. La autonomía de la voluntad y la protección del cónyuge más débil en el derecho a compensación económica.....	196
3.1 La autonomía de la voluntad	197
3.2 La protección del cónyuge más débil.....	199
4. La compensación económica y sus temas pendientes.....	204
4.1 Naturaleza jurídica	206
4.2 Supuestos de procedencia de la compensación económica.....	213
4.3 Perpetuación de las relaciones patrimoniales entre los excónyuges o convivientes civiles	228
ii. Inmutabilidad de la compensación económica una vez fijada su cuantía y forma de pago.	236
4.4 La compensación económica y el acuerdo de unión civil.....	237
5. Conciliación de la vida familiar y laboral	240
5.1 Presentación histórica del derecho laboral vinculado con la maternidad y la paternidad	241
5.2 Protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar en el derecho laboral chileno	245
CONCLUSIONES	250
BIBLIOGRAFÍA	261
1. Doctrina nacional	261
2. Derecho comparado	271
3. Normas jurídicas	272
4. Otros instrumentos	274
5. Jurisprudencia citada.....	276

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N°1.

Contraste entre el divorcio no vincular de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y la separación de la Ley de Matrimonio Civil de 200432

Cuadro N°2.

Resultados de Chile en el Índice Global de Brecha de Género 2017, del Foro Económico Mundial.....48

Cuadro N°3.

Supuestos de la compensación económica en el matrimonio y en el acuerdo de unión civil112

RESUMEN

Esta investigación constituye un diagnóstico actualizado del derecho a compensación económica en Chile, a más de una década de su entrada en vigencia. A través de ella se presentan las principales características de la institución: concepto, fundamentos, naturaleza jurídica, marco regulatorio, relación con el acuerdo de unión civil, cuantificación, relación con los principios modernos del derecho de familia, desafíos y temas pendientes. A la vez, para efectos de contextualización, se desarrollan temas vinculados con la institución: la autonomía económica de la mujer, aspectos generales del derecho de familia, los principios modernos del derecho de familia y la normativa laboral de protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar.

Para la presentación y análisis de los temas señalados se utiliza normativa nacional, así como tratados internacionales y derecho comparado. Asimismo, se recurre a diversos exponentes de la doctrina nacional y jurisprudencia pertinente.

En cuanto a los resultados de la investigación, se comprueba la paralización del derecho a compensación económica en su regulación y planteamiento original, que sufre de los mismos vacíos y deficiencias de su entrada en vigencia y que, debido a la ley N° 20.830, se extienden al acuerdo de unión civil.

INTRODUCCIÓN

El 17 de mayo de 2004 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil¹, luego de casi una década de tramitación parlamentaria. La última gran modificación en materia de matrimonio había ocurrido en 1884, con la Ley de Matrimonio Civil, que entregó al Registro Civil la potestad de celebrar los matrimonios.

El principal cambio introducido por la LMC fue la regulación de las rupturas matrimoniales a través de tres medios: la separación, la nulidad matrimonial y el divorcio, pero esto no fue lo único. Dentro de las principales modificaciones se encuentran la reforma de la edad para contraer matrimonio, que se elevó de 14 a 16 años; la modificación de las causales de nulidad del matrimonio y la supresión de la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil; el reconocimiento de efectos jurídicos civiles al matrimonio religioso; el establecimiento de la mediación y conciliación como medios para llegar a acuerdos entre los cónyuges en determinadas materias; y la compensación económica para casos de divorcio y nulidad.

La compensación económica fue una figura compleja desde sus inicios. No se encontraba considerada en el proyecto de ley original y fue introducida vía indicación

¹ Que entró en vigencia seis meses después de su publicación, el 17 de noviembre de 2004, conforme al artículo 8° transitorio de la misma ley. En adelante LMC.

presidencial como medio de compensación al término del matrimonio² para aquel de los cónyuges que se dedicó primordialmente al cuidado de los hijos y a las labores domésticas mientras duró la relación y que por ello haya experimentado un detrimento patrimonial; dicha institución fue resultado de la experiencia comparada, particularmente en Francia y España, y del debate en torno a la situación propia de la sociedad chilena de la época.

El paso del tiempo y la práctica forense dejaron de manifiesto que, pese al extenso debate que involucró, la LMC no cubría a cabalidad las problemáticas asociadas a este nuevo derecho. Así, surgieron opiniones divididas respecto a diversos temas, tales como: el concepto de compensación económica, la naturaleza jurídica de la institución, la oportunidad para solicitarla, los supuestos de procedencia y su cuantificación.

A los desafíos mencionados, debemos agregar uno a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830³: el acuerdo de unión civil, pues dicho cuerpo normativo otorgó a los convivientes civiles el derecho a ser titulares de una compensación económica al término del acuerdo.

En este contexto, el objeto de esta tesis es revisar el estado actual del derecho a compensación económica y las problemáticas asociadas, de manera de constituir un

² Intervención Ministra Sra. DELPIANO. Segundo trámite constitucional, Historia de la Ley N° 19.947. Biblioteca del Congreso Nacional, p.: 6.

³ Publicada en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015 y cuya entrada en vigencia comenzó el 22 de octubre del mismo año.

diagnóstico general y actualizado de la institución a catorce años de su entrada en vigencia. Para estos efectos se trabajará con la siguiente metodología: presentación y análisis de la historia fidedigna de la Ley N° 19.947, particularmente en lo que respecta al derecho a compensación económica; opiniones doctrinarias relativas a las diversas problemáticas de la institución; recopilación y análisis de jurisprudencia relacionada; y reflexiones propias de la autora.

La investigación se estructura en tres capítulos que se desarrollan de la siguiente forma:

El Capítulo I, llamado “Generalidades sobre la compensación económica” tiene por objetivo específico la contextualización de la investigación, presentando el derecho a compensación económica desde un punto de vista histórico-legislativo y doctrinario. En primer lugar se trata de delimitar el concepto de compensación económica, luego se acompaña una revisión de sus antecedentes en el ordenamiento jurídico nacional – particularmente desde la óptica del derecho de familia y la historia legislativa de la institución- y a continuación se destaca la relación entre el derecho a compensación económica nacional y el derecho a la autonomía económica de la mujer en el contexto internacional. Por último, se realiza un análisis de la naturaleza jurídica de la institución, tanto desde el punto de vista del derecho comparado como nacional.

El Capítulo II, titulado “Marco regulatorio de la compensación económica” tiene por objetivo específico presentar el aspecto práctico del derecho a compensación económica a través del análisis de su marco regulatorio, la doctrina referida a aquel y la jurisprudencia al respecto. Se estudia la legitimación activa del derecho, la relación de la compensación económica y el acuerdo de unión civil, aspectos procedimentales del derecho, presentación y análisis de los supuestos de procedencia, la relación entre la compensación económica y el divorcio por culpa y por último se abarca la cuantificación del beneficio.

El capítulo III y final de esta investigación, “Desafíos del derecho a compensación económica”, tiene por objetivo específico la identificación de las principales problemáticas asociadas a la compensación económica a través de un análisis jurisprudencial y doctrinario. Para efectos de contextualizar las tendencias legislativas y jurisprudenciales de la actualidad, en primer lugar se presentan los principios modernos del derecho de familia, con sus conceptos, marco normativo y manifestaciones dentro del sistema jurídico nacional, para luego dedicarse en particular al análisis de aquellos principios vinculados especialmente a la compensación económica– ya sea porque esta los resguarda o afecta -; posteriormente se realiza un análisis recopilatorio de la investigación a través de la presentación de los “temas pendientes” de la institución - forma en que se denomina a las deficiencias encontradas en su regulación y/o ejercicio -; luego se presenta la legislación laboral de protección a la maternidad, la paternidad y la

vida familiar por su estrecha vinculación con el objeto de estudio y, para finalizar, se efectúan las conclusiones globales de la tesis.

En cuanto a los resultados de la investigación, se puede concluir que los vacíos y desperfectos en la normativa alrededor del derecho a compensación económica en la actualidad coinciden con aquellos que existían en su entrada en vigencia, hace casi catorce años, lo que evidencia un estancamiento en la materia. La presente investigación pretende servir de insumo para el perfeccionamiento y adecuación de la institución a los principios modernos del derecho de familia.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

1. Introducción

En este capítulo presentaremos el derecho a compensación económica a partir de su historia legislativa y el análisis doctrinal pertinente⁴. El objetivo de esta sección es la contextualización de la presente investigación, definiendo el objeto de estudio –vale decir, el derecho a compensación económica- así como sus fundamentos legislativos y finalidades, con las opiniones doctrinarias correspondientes; para ello se tratarán las siguientes materias: el concepto de compensación económica, sus antecedentes en el ordenamiento jurídico nacional -destacando su rol dentro del derecho de familia y su historia legislativa-, la relación de la institución con el derecho a la autonomía económica de la mujer y el análisis de la naturaleza jurídica del beneficio, tanto en el derecho comparado como en el nacional.

2. El concepto de compensación económica

La Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, no define el concepto de compensación económica sino que se limita a establecer parámetros de procedencia,

⁴ Los aspectos prácticos de este derecho serán examinados en el Capítulo II: “Marco regulatorio de la compensación económica”.

cuantía y forma de pago. Lo más cercano a una definición legal lo encontramos en su artículo 61, que indica:

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

Ante la inexistencia de concepto legal, debemos tomar las palabras de la ley en su sentido natural y obvio⁵. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece que compensar significa “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra; dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”⁶. Por lo tanto, podemos decir que quien compensa repara un daño causado, lo cual es aún insuficiente para definir este derecho.

⁵ El sentido en que deben tomarse las palabras de la ley es establecido en el artículo 20 del Código Civil, que señala: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el sentido natural y obvio de un concepto es el que da el Diccionario de la Academia Española. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo Primero, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p.: 186.

⁶ Véase: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea] <<http://dle.rae.es/?id=A0btE9Z>> [última consulta: 7 de diciembre de 2018.]

Este vacío ha tratado de ser suplido por la doctrina, la que - a partir de los parámetros del artículo 61 de la LMC - ha propuesto algunas definiciones⁷:

Según el profesor Cristián LEPIN, “Se trata del derecho que le asiste al cónyuge más débil, para que en los casos de término o disolución del matrimonio, sea por divorcio o nulidad, se le compense el menoscabo económico sufrido producto de no haber desarrollado actividad remunerada- o por haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería- como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común”⁸.

Por su parte, el autor Gustavo CUEVAS la define como “la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio por nulidad de este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida”⁹.

Para el profesor Cristián MATURANA es “la indemnización a la cual tiene derecho el cónyuge, en caso de que se declare la nulidad o el divorcio, por el menoscabo económico experimentado como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los

⁷ Cabe mencionar que la mayoría de los autores que han otorgado alguna definición de compensación económica lo hicieron al comienzo de la entrada en vigencia de la ley, por lo tanto no incluyen en sus conceptos el Acuerdo de Unión Civil.

⁸ LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.: 23.

⁹ CUEVAS M., Gustavo. 2004. Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes matrimoniales. En: Curso de actualización jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. p.: 74.

hijos o las labores propias del hogar común, sin haber podido por ello desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo efectuado en menor medida de lo que podía y quería”¹⁰.

Por otra parte, el profesor René RAMOS la define como “Es el derecho que asiste al cónyuge más débil –normalmente la mujer– a que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, experimentará por no haber podido desarrollar durante el matrimonio una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar”.¹¹

Como puede observarse, las definiciones doctrinarias se asimilan mucho entre sí, con pequeños matices vinculados a la teoría de la naturaleza jurídica de la compensación económica a la que adhiera el autor, sobre lo cual volveremos más adelante¹².

En cuanto a la jurisprudencia, en general los fallos se limitan a reproducir el contenido del artículo 61 de la LMC y no otorgan mayores definiciones al respecto¹³, sin embargo existen excepciones y destacamos algunas de ellas a continuación:

¹⁰ MATURANA MIQUEL, Cristián. 2004. Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947. Charla efectuada el 1 de junio de 2004. Seminario Colegio de Abogados. Santiago, Chile.

¹¹ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.: 122.

¹² Véase *infra* capítulo I, subcapítulo 5, sección 5.2. Naturaleza jurídica de la compensación económica en Chile”.

¹³ Por ejemplo: Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 13 de abril de 2015 en causa Rol 58-2015; Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 27 de marzo de 2017 en causa Rol 70-2017; Corte Suprema, sentencia del 22 de agosto de 2016 en causa Rol 24295-2016; Corte Suprema, sentencia

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 26 de enero de 2007 en causa Rol 676-2006:

Se define a la compensación como “una institución nueva dentro del derecho matrimonial chileno, incorporada por la ley 19.947, que tiene por objeto, al declarar el divorcio o la nulidad de un matrimonio, resarcir el menoscabo económico que ha sufrido uno de los cónyuges, como consecuencias de haberse dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos o del hogar común, sin poder por ello haber desarrollado una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que se quería o podía”.

Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia del 26 de agosto del 2016 en causa Rol 213-2016:

“Las disposiciones legales permiten concluir, que la compensación económica es una institución que tiene por objeto al declarar el divorcio o la nulidad de un matrimonio resarcir el menoscabo económico que ha sufrido uno de los cónyuges, como consecuencia de haberse dedicado, durante el matrimonio, al cuidado de los hijos o del hogar común, sin poder por ello haber desarrollado una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que se quería o podía”.

del 13 de octubre del 2016 en causa Rol 27638-2016; Corte Suprema, sentencia del 11 de marzo de 2014 en causa Rol 16414-2013; Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia del 13 de mayo de 2010 en causa Rol 287-2010.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 9 de noviembre del 2016 en causa Rol 473-2016:

“La compensación económica consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges, cuando, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, sufrirá por esta causa”.

Para finalizar este acápite, diremos que la compensación económica es el derecho personal que tiene un cónyuge o conviviente civil para exigir de su respectivo cónyuge o conviviente un pago, ya sea en dinero o en bienes, al término del matrimonio -por divorcio o nulidad- o del acuerdo de unión civil¹⁴ -por las causas que señala la ley- en razón del menoscabo patrimonial sufrido durante la vigencia de la vida en común, siempre y cuando este menoscabo haya sido consecuencia de haberse dedicado preferentemente al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común, y por causa de ello no haber ejercido una actividad remunerada o lucrativa en la medida de lo que podía y quería.

¹⁴ Acerca del acuerdo de unión civil nos referiremos más adelante. Véase *infra* capítulo II, subcapítulo 2 “El acuerdo de unión civil”.

3. Antecedentes de la compensación económica en el ordenamiento jurídico nacional

3.1 Aspectos fundamentales del derecho de familia

El derecho de familia corresponde al conjunto de normas, principios y bienes jurídicos que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de una familia entre sí y entre estos y terceros¹⁵.

El derecho a compensación económica es una materia especial del derecho de familia, que como área del derecho posee normas, principios e instituciones propias, diversas del derecho civil general y supletorio. El derecho de familia si bien está inserto en el derecho privado, también es de orden público pues contiene normas imperativas e irrenunciables. Esta rama del derecho ha pasado por múltiples etapas en su evolución jurídica, tratando de adaptarse a los cambios en las costumbres y relaciones de familia.

Los principios clásicos del derecho de familia se remiten a la entrada en vigencia del Código Civil (1857) y eran los siguientes: a) indisolubilidad del matrimonio; b) incapacidad relativa de la mujer casada; c) administración de la sociedad conyugal unitaria y concentrada en el marido; d) patria potestad exclusiva del marido; y e) filiación matrimonial fuertemente favorecida. Sobre estos principios el profesor Mauricio TAPIA comenta que “es curioso observar cómo revisando las normas

¹⁵ GATICA, María Paz. 2009. Apuntes de clases, semestre primavera 2009. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.

originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, *príncipe de la familia*, la gobernaba como monarca absoluto. El marido debía protección a la mujer y esta al marido. La denominada potestad marital le otorgaba amplias facultades sobre la persona y bienes de la mujer, y la sociedad conyugal era el único régimen de bienes autorizado (...). Las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres, como asimismo los derechos de alimentos¹⁶.

La primera gran revolución en materia de familia se dio en 1884, con la publicación de la Ley de Matrimonio Civil¹⁷, que entregó al Registro Civil la potestad de celebrar los matrimonios, pero sus requisitos y causales de disolución seguían vinculados al derecho canónico, que solo acepta la disolución del vínculo matrimonial por muerte de uno de los cónyuges o declaración de nulidad. A esta ley le siguieron muchas otras reformas¹⁸ en diversas materias de familia, tales como el fin de la

¹⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. pp.: 102-103.

¹⁷ Publicada el 10 de enero de 1884.

¹⁸ DL 328, de 12 de marzo de 1925, que otorga la patria potestad a la mujer en caso de muerte, ausencia, interdicción o inhabilidad del marido; Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, que mejora la situación de la mujer casada frente al derecho; Ley N° 5.270, de 2 de diciembre de 1935, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943 que introduce diversas modificaciones al código civil (reduce la mayoría de edad a los 21 años, suprime la muerte civil, autoriza la separación convencional de bienes durante el matrimonio, etc.); Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, que introduce diversas modificaciones al Código Civil; Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que establece el régimen de participación en los gananciales y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal y otros cuerpos legales que indica; Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación; Ley N° 19.947, de 17 de mayo de

incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal¹⁹, la creación de nuevos regímenes patrimoniales del matrimonio, modificación de la ley de filiación para igualar los derechos de los hijos, entre muchas otras. Las diversas reformas al derecho de familia, en términos del profesor Mauricio TAPIA, fueron marcando la transición desde un marco normativo con un rol didáctico (indicando cómo debía ser la familia) a una regulación con enfoque terapéutico (solucionar los conflictos de los miembros de la familia)²⁰. Asimismo, se retrae la intervención del ordenamiento jurídico en esas materias dejando un mayor espacio a la autonomía de la voluntad²¹. De acuerdo al

2004, que estatuye Ley de Matrimonio Civil; Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia; Ley N° 20.030, de 5 de julio de 2005, que modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular; Ley N° 20.680, de 21 de junio del año 2013, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados; y por último la Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015, que crea el acuerdo de unión civil.

¹⁹ En su redacción original, el artículo 1447 del Código Civil incluía dentro de los incapaces relativos a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, siendo el marido su representante legal de acuerdo al artículo 43 del mismo código. La doctrina justificaba esta diferenciación por la necesidad de proteger a la familia y negaba que tuviera que ver con el sexo de la mujer. En palabras de ALESSANDRI (citado por DOMÍNGUEZ, C.): “nuestra legislación, a diferencia del Derecho Romano de los primeros tiempos, no cree por eso, en esta supuesta inferioridad intelectual de la mujer. Muy por el contrario, la estima tan apta como el hombre para la administración de sus bienes...el verdadero y único fundamento de esta incapacidad es *la comunidad de bienes* que crea el matrimonio entre los cónyuges...Y como esa comunidad de bienes tiene por fin primordial subvenir a las necesidades de los cónyuges y de los hijos comunes, en definitiva es el interés de la familia toda el que la ley ha querido proteger con esa incapacidad”. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 1999. La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N°1, p.:89.

Esta condición perduró por más de ciento treinta años, hasta el 9 de julio de 1989, cuando la Ley n° 18.802 vino a conferir plena capacidad de ejercicio a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal.

²⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Op. cit. p.: 105.

²¹ Estos espacios los encontramos dentro de diversas materias del derecho de familia, tales como: la regulación de las rupturas y la posibilidad de terminar con el vínculo matrimonial a través del divorcio, aún de manera unilateral (Art. 54 y 55 Ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil); la mediación previa y el llamado a conciliación obligatorio dentro del procedimiento de familia (art. 16, 61 y 106 Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia); la posibilidad que tienen los padres de regular de común acuerdo los alimentos, el cuidado personal de los hijos y la relación directa y regular con aquel de los padres que no tenga el cuidado personal (art. 21 Ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil); la igualdad de derechos entre los hijos (Ley N° 19.585) que, entre otras consecuencias, vino a liberar a los padres del menor de la necesidad de contraer matrimonio (por presiones sociales); asimismo ahora se reconoce el juicio en formación de los menores a través del derecho del niño a ser oído en los conflictos de familia

profesor Cristián LEPIN²², es a partir de la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos²³ que se acelera el proceso de transformación, incorporando principios generales del derecho como el de igualdad, libertad y autonomía, que se encontraban alejados de nuestro derecho de familia.

Este aumento de la libertad no es resultado de una vocación permisiva o nihilista, destaca el profesor Enrique BARROS, “sino de la constatación de los límites de actuación legítima y eficiente del poder público en materias que la cultura moderna radica, como nunca antes, en la conciencia de las personas y en la fortaleza espontánea de las costumbres. La esfera de *no derecho* resultante exige limitar la coacción a lo

(art. 227 Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia); y más recientemente, se amplía el reconocimiento de las formas de constituir familia con la regulación de las convivencias de hecho (Ley N° 20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil). En materia patrimonial, se incorporaron regímenes patrimoniales alternativos a la sociedad conyugal: la separación total de bienes (art.159 y 1718 Código Civil) y el régimen de participación en los gananciales (art. 1792-1 y ss. Código Civil); asimismo, el poder absoluto del marido como administrador de la sociedad conyugal ha ido disminuyendo gracias al término de la potestad marital, la instauración del patrimonio reservado del art. 150 C.C. y la necesidad de solicitar autorización a la mujer para la celebración de ciertos actos (art. 1749 y ss. Código Civil).

Lo anterior no significa que el derecho de familia se haya convertido en una institución netamente individualista, pues tiende a buscar el equilibrio entre la realización personal del individuo y la protección de la familia. Es por ello que, pese a existir acuerdo de los padres respecto a sus relaciones con los hijos, este debe ser autorizado por un juez de familia quien debe velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (art. 16 Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, art. 222 Código Civil); misma protección que explica la instauración de los bienes familiares, el derecho de todo hijo a que se establezca su filiación, junto a la libre investigación de la paternidad o maternidad (art. 195 y ss. Código Civil) y la presunción de que el alimentante tiene los medios para proporcionar los alimentos en el caso de que los solicite un hijo menor de edad (art.3° Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias).

²² LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, pp.: 9-55.

²³ Cfr. Declaración Universal de Derecho Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

patrimonial y al cuidado de los hijos, dejando lo esencial de la vida familiar a las creencias y normas espontáneas que dan forma a la sociedad civil”²⁴.

Ciento veinte años tuvieron que pasar desde la secularización del matrimonio para que en nuestro derecho de familia - ya con un rol terapéutico y priorizando los derechos humanos - se admitiera el divorcio vincular como causal de término del matrimonio. Este fue incorporado por la Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, luego de un debate arduo, extenso y marcado inevitablemente por la compleja relación entre lo jurídico y lo moral.

3.2 Fundamentos de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil

i. Las rupturas matrimoniales antes de la Ley N° 19.947

La Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, reformó completamente la regulación existente en materias de celebración y término del matrimonio, hasta entonces regidas por la Ley de matrimonio civil de 16 de enero de 1884. En cuanto a la celebración, elevó la edad para contraer matrimonio a 16 años, con autorización de los padres. Asimismo, eliminó el requisito de contraer matrimonio en primer lugar a través del Registro Civil y

²⁴ BARROS BOURIE, Enrique. 2002. La ley civil ante las rupturas matrimoniales. Estudios públicos, N° 85, p.: 12. En nuestra opinión, el profesor BARROS visualizó correctamente el camino que seguiría nuestro derecho de familia dado que las reformas que sucedieron a la Ley de Matrimonio Civil priorizan como modo de resolución de los conflictos de relevancia jurídica la autocomposición, siempre que en estos acuerdos se resguarde el interés superior del niño, niña o adolescente y el del cónyuge más débil.

luego por la Iglesia, debido a que otorgó a los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público los mismos efectos que el matrimonio civil, cuando cumplan con los requisitos legales²⁵. En lo que respecta al término, hasta antes de la Ley N° 19.947 el matrimonio terminaba por las siguientes causales: 1) muerte natural de alguno de los cónyuges; 2) la muerte presunta de alguno de los cónyuges; y 3) por sentencia firme de nulidad²⁶.

Como se observa, con la antigua Ley de matrimonio civil la única forma de terminar con el vínculo matrimonial –aparte de la muerte - era a través de un juicio de nulidad matrimonial, que debía basarse en alguna de las siguientes causales:

1) La infracción de los artículos 4°, 5°, 6° o 7° de la antigua LMC. Al respecto:

Art. 4°. “No podrán contraer matrimonio: 1° los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto; 2° los impúberes; 3° los que sufrieren de impotencia perpetua e incurable; 4° los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente; 5° los dementes”.

²⁵ Estos requisitos se encuentran establecidos en el artículo 20 de la LMC y son los siguientes: 1) levantamiento de acta por la entidad religiosa que acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de sus requisitos de validez; 2) presentación del acta en el Registro Civil dentro de los ocho días siguientes a la celebración del matrimonio para su inscripción; 3) ratificación del consentimiento de contraer matrimonio ante el oficial del Registro Civil.

²⁶ Artículos 37 y 38, Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884.

Art. 5°. “Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí: 1° los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad; 2° los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive”.

Art. 6°. “El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el asesino o cómplice en el asesinato de su marido o mujer”.

Art. 7°. “No podrá contraer matrimonio el que haya cometido adulterio con su partícipe en esa infracción, durante el plazo de 5 años contados desde la sentencia que así lo establezca”.

2) Que el matrimonio no haya sido celebrado ante Oficial del Registro Civil competente –el del domicilio o residencia de últimos tres meses de cualquiera de los contrayentes (art. 9) - y ante dos testigos hábiles (art. 31)

3) Que faltase consentimiento libre y espontáneo de contraer matrimonio (art. 32).

La nulidad matrimonial debía solicitarse ante el juez civil competente y, una vez declarada, disolvía el vínculo matrimonial, retrotrayendo a las partes al estado civil que tenían con anterioridad a la celebración del matrimonio - habilitándolos para volver a casarse - y extinguiendo los efectos de este. Al no existir el divorcio con disolución de

vínculo matrimonial²⁷, la nulidad fue utilizada como medio para conseguir este resultado, y la causal invocada fue la del artículo 31 de la LMC de 1884, vale decir, la incompetencia del oficial del Registro Civil. De acuerdo con este artículo, para que un matrimonio fuera válido, debía celebrarse ante el oficial en cuya comuna tuviese domicilio o una residencia mínima de tres meses anteriores al matrimonio cualquiera de los contrayentes.

La causal del artículo 31 se transformó en una especie de divorcio por mutuo acuerdo; al respecto el profesor SOMARRIVA explicó que en un principio los tribunales rechazaban la invocación de esta causal pues mediante declaraciones de testigos se pretendía destruir lo afirmado por los cónyuges al momento de contraer matrimonio respecto a su domicilio o residencia. Estos rechazos se basaron en que el acta y la inscripción matrimonial eran instrumentos públicos y éstos, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 1700 del Código Civil "hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes". Luego, desde 1925 indica el autor, la Corte Suprema abandonó esta doctrina, sosteniendo que, con preferencia al artículo 1700, debía aplicarse el artículo 308 del Código Civil, por el criterio de especialidad, este señala: "Los antedichos documentos (las partidas del Registro Civil) atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos, u otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la

²⁷ Sobre el divorcio en la LMC de 1884 se trata a continuación.

veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes. Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata”²⁸.

Esta práctica de nulidades matrimoniales fraudulentas se extendió por más de 30 años en el país, siendo aceptada tácitamente por los distintos operadores jurídicos. Al respecto, el profesor Enrique BARROS señaló que la generalización de la práctica de las nulidades por supuesta incompetencia territorial del funcionario se debió a que los jueces simplemente no se sentían autorizados para pasar por encima de la decisión de los cónyuges de terminar con su vínculo, a pesar de existir las mejores razones técnico-jurídicas para rechazar estas demandas²⁹.

Frente a las causales de término del matrimonio, la LMC de 1884 contemplaba lo que la doctrina denominó como un modo de “relajación del vínculo matrimonial”, el divorcio sin disolución del vínculo matrimonial. Señala el artículo 19 de esta ley: “El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida en común de los cónyuges”. Por su efecto, también denominado como “separación de cuerpos”.

Las causales de divorcio sin disolución de vínculo o “separación de cuerpos” se encontraban en el artículo 21 de la antigua LMC. Dicho artículo indicaba:

²⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. 1946. Encuesta sobre el divorcio y la separación de cuerpos en la sociedad moderna. Revista Anales de la Facultad de Derecho, Vol. XII, 1946 y 1947. [En línea] http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_articulo/0,1361,SCID%253D2100%2526ISID%253D186,00.html [última consulta: 5 de diciembre de 2012].

²⁹ BARROS BOURIE, Enrique. 2002. La ley civil ante las rupturas matrimoniales. Estudios públicos, N° 85, p.: 12.

“El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

- 1° Adulterio de la mujer o del marido;
- 2° Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra;
- 3° Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice de la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge;
- 4° Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro;
- 5° Avaricia de cualquiera de los cónyuges, si llega hasta a privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades;
- 6° Negarse cualquiera de los cónyuges, sin causa legal, a vivir en el hogar común;
- 7° Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir obligaciones conyugales sin causa justificada;
- 8° Ausencia, sin causa justificada, por más de tres años;
- 9° Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación”.

El divorcio sin disolución de vínculo debía ser solicitado judicialmente, por cualquiera de los cónyuges. A diferencia de la nulidad, basada en causales anteriores a la celebración del matrimonio y que – una vez declarada – extinguía el matrimonio y sus efectos, la separación de cuerpos se originaba en causales posteriores al matrimonio y solo hacía cesar la obligación de los cónyuges de vivir juntos, pero subsistían los deberes

de fidelidad y socorro entre estos³⁰. En cuanto al cuidado personal de los hijos del matrimonio, desde la reforma de 1989, el artículo 225 del Código Civil, establecía que, si los padres vivían separados, tocaba a la madre el cuidado personal de todos los hijos³¹.

El divorcio o separación de cuerpos podía ser temporal - con una duración máxima de cinco años – o perpetuo, según la causal invocada³². Si el divorcio era perpetuo, disolvía la sociedad conyugal (artículo 1764 N°3 del Código Civil) y la mujer recobraba su plena capacidad (artículo 173 del Código Civil)³³. Asimismo, el cónyuge que hubiese culpablemente dado lugar a la causal de divorcio se volvía indigno de heredar al otro cónyuge (artículos 994).

De lo expuesto se colige que, hasta antes del año 2004 (año de entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil) los cónyuges que quisieren disolver el vínculo matrimonial, ya sea para contraer nuevas nupcias o por

³⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Op. Cit.

³¹ El Código Civil de 1857 en caso de divorcio otorgaba a la madre el cuidado personal de hijas de cualquier edad y de hijos menores de 5 años, edad desde la que eran separados los hermanos. Esta norma fue modificada por la Ley N° 5.680 de 13 de septiembre de 1935, que extendió la edad de atribución a la madre del cuidado personal de los hijos varones hasta los 10 años y no modificó la regla para las hijas. Luego, la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952 atribuyó el cuidado personal de todos los hijos menores de 14 años a la madre. Finalmente, la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989 modificó el Código Civil otorgando a la madre el cuidado personal de todos los hijos menores de edad y derogando la norma que atribuía al padre el cuidado personal de los hijos varones mayores de 14 años. Criterio de atribución que fue mantenido por la Ley N° 19.585, Reforma de Filiación y que permaneció así hasta la reforma introducida por la Ley N° 20.680 “Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”, publicada el 21 de junio de 2013, que otorga el cuidado personal de los hijos de consuno a los padres de manera que, en base al principio de corresponsabilidad, ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

³² Las causales 4° y 13° del artículo 31 solo habilitaban para solicitar divorcio perpetuo. Las causales 5°, 6°, 7°, 8° y 12° solo servían de fundamento para el divorcio temporal y las causales restantes podían ser invocadas para ambos, a elección del demandante.

³³ Sobre la incapacidad relativa de la mujer casada véase nota al pie n° 19.

cualquier motivo, debían o esperar la muerte – real o presunta – de su cónyuges, o pedir la declaración de nulidad por causas anteriores a la celebración del matrimonio.

En cuanto al divorcio antes de la Ley N° 19.947, este solo consistía en la separación de cuerpos, con los efectos ya indicados, sin disolución del vínculo matrimonial.

ii. Las rupturas matrimoniales en la Ley N° 19.947

La moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, fue presentada el 28 de noviembre de 1995 por las señoras diputadas María Antonieta Saa Díaz, Mariana Alwyn Oyarzún e Isabel Allende Bussi y los señores diputados Sergio Benedicto Elgueta Barrientos, Carlos Cantero Ojeda, José Antonio Viera Gallo Quesney, Ignacio Walker Prieto, Víctor Barrueto, Arturo Longton Guerrero y Eugenio Munizaga Rodríguez; siendo publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004.

En los fundamentos de la moción los legisladores reconocen que el concepto de familia experimentó importantes cambios por múltiples factores tales como la masiva incorporación de la mujer al mundo laboral – con la consecuente exigencia de paridad en las labores domésticas-, trabajos que dificultan el domicilio común permanente, parejas formadas por lazos afectivos libremente asumidos, la exaltación de la competencia que

retrasa la decisión de contraer matrimonio y tener hijos, el aumento de la expectativa de vida y la decisión consciente del número de hijos³⁴. Considerando estos cambios, se indica que el objetivo principal de la moción era actualizar la institución del matrimonio³⁵, para que aquellos que anhelaren formar familia a través de él no encontraran en la ley un peso carente de sentido, que en vez de fomentarlo disuadiese a las parejas de su celebración³⁶.

Parte fundamental de este proceso de actualización era resolver una grave deficiencia del derecho de familia de la época: la falta de regulación de las rupturas matrimoniales. Entendiendo por tales, la situación de aquellos matrimonios válidamente celebrados en que ya no existe el lazo afectivo que unió a los cónyuges en un principio. Situación que tendía a resultar en separaciones de hecho de larga data en que los

³⁴ Moción Parlamentaria. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados. Boletín N° 1759-18. Historia de la Ley N° 19.947, pp.: 3-9.

³⁵ Cabe destacar que la modernización del matrimonio es parte de un proceso generalizado de actualización y perfeccionamiento del derecho de familia durante el siglo XX -especialmente en su última década- y principios del siglo XXI, a través de múltiples reformas: las leyes que sancionan la violencia intrafamiliar (Ley N° 19.325, Ley N° 20.066, Ley N° 20.427), el maltrato a menores (Ley N° 16.618, Ley N° 19.324, Ley N° 21.013), término de la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal (Ley N° 18.802), la reforma al régimen patrimonial del matrimonio (Ley N° 19.335), los proyectos sobre filiación (Ley N° 19.585), adopción (Ley N° 19.620, Ley N° 19.658), abandono de hogar y pago de pensiones alimenticias (Ley N° 14.908), delitos sexuales (Ley N° 19.617) y la creación de los tribunales de familia (Ley N° 19.968).

³⁶ Se destaca el hecho de que el matrimonio es una de las vías para formar familia, más no la única; y es que no existe un concepto legal de familia con el que se comprometa nuestro ordenamiento. La Constitución Política de la República en su artículo 1° la declara como núcleo fundamental de la sociedad y por ende el Estado es el encargado de protegerla y fortalecerla; al respecto reflexionan los legisladores que “nuestra Constitución si bien no es valóricamente neutra, no define en ningún momento su idea de familia, o el vínculo directo de esta con el matrimonio, dejando abierta la posibilidad de que sea la sociedad, en cada época histórica, la que establezca cómo se harán efectivas las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución en esta materia”³⁶. Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Boletín N° 1759-18, Historia de la Ley N° 19.947, p.: 5.

cónyuges, a pesar de continuar unidos por el vínculo matrimonial, iniciaban nuevas familias fuera del matrimonio.

Se habla de deficiente regulación en la medida de que la Ley de Matrimonio Civil de 1884 no contemplaba la posibilidad de terminar el matrimonio por la voluntad de los cónyuges, sino que solo por causales objetivas (muerte - real o presunta – de alguno de los cónyuges o declaración de nulidad³⁷). El divorcio de la mencionada ley no constituía una alternativa para poner término al matrimonio pues sólo autorizaba a los cónyuges a vivir separados, subsistiendo los deberes de socorro y fidelidad, sin disolución del vínculo matrimonial.

Destacan los legisladores que esta deficiente regulación era terreno fértil para empeorar la ya de por sí crítica situación de crisis matrimonial, en perjuicio sobre todo de la mujer y los hijos. Y -a falta de mejores alternativas- los cónyuges cuya relación afectiva se encontraba irremediabilmente rota, la opinión pública, los abogados y los jueces, para suplir la solución negada por las leyes, utilizaron la causal de nulidad del matrimonio basada en la supuesta incompetencia del oficial del registro civil que lo celebró, originada en el equivocado domicilio de los contrayentes como un divorcio vincular encubierto³⁸.

³⁷ Sobre las causales de nulidad de la LMC de 1884 véase: *supra*, Capítulo I, subcapítulo 3 “Antecedentes de la Compensación Económica en el ordenamiento jurídico nacional”, apartado 3.2 “Fundamentos de la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil”, número i. “Las rupturas matrimoniales antes de la Ley N° 19.947”.

³⁸ Y a este fraude a la ley debía sumarse otro problema: la desigualdad; pues era un divorcio fácil cuando existía acuerdo de las partes y recursos para solventar el proceso, más no para aquellos casos en que solo

En cuanto a la necesidad imperiosa de reglar las rupturas matrimoniales, el profesor Enrique BARROS³⁹ destaca la función insustituible de la ley civil para regular las relaciones futuras entre los cónyuges y para con los hijos, otorgando al juez la competencia para controlar que los acuerdos no resulten excesivamente gravosos para el cónyuge más débil o perjudiciales para los niños, disminuyendo la intensidad de la crisis, evitando humillaciones innecesarias y garantizando protección económica al cónyuge más desvalido, pues “del mismo modo como no se puede regular coactivamente que los hijos honren a sus padres, el derecho tampoco puede evitar que los matrimonios fracasen. El derecho civil reconoce en el matrimonio una institución que favorece el bien personal, familiar y general. Pero también es una pregunta práctica que exista un orden mínimo en la economía y en las relaciones personales cuando la familia organizada en matrimonio enfrenta la desgracia de la ruptura. Y es precisamente cuando se ha llegado a esta situación, que la tarea del derecho resulte irremplazable”⁴⁰.

Luego de un arduo debate parlamentario – que se extendió por casi 10 años - acerca de la necesidad, forma y conveniencia de regular las rupturas matrimoniales en el

uno de los cónyuges quisiese terminar la relación o no contase con el dinero para ello. El en ese entonces Director General de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso, Jorge Abott, señaló durante la discusión que “los sectores de escasos recursos son los que están marginados de la posibilidad de regularizar legalmente las situaciones de convivencia. No pueden acceder al sistema de nulidades de matrimonio. La Corporación de Asistencia Judicial no asume ese tipo de defensa, ya que se trata de un fraude legal”. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Boletín N° 1759-18. Historia de la Ley N° 19.947, Pp.: 5-34.

³⁹ BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit., pp.: 13-14.

⁴⁰ BARROS BOURIE, Enrique. Op. cit., p.:15.

país, el texto definitivo de la Ley N° 19.947 sistematizó la materia distinguiendo entre la separación (ruptura sin disolución de vínculo) y el término del matrimonio.

a) La separación

Es aquella situación matrimonial en que, subsistiendo el vínculo matrimonial, se produce un distanciamiento personal entre los cónyuges. Este distanciamiento no afecta la existencia del matrimonio pero puede llegar a tener efectos jurídicos sobre aquel. La separación corresponde a una nueva regulación de la suspensión de la vida conyugal, reemplazando al divorcio no vincular o separación de cuerpos de la LMC de 1884.

La Ley N° 19.947 distingue entre la separación de hecho (en que los cónyuges mantienen el estado civil de casados) y la separación judicial (que si bien no disuelve el matrimonio, deja a las partes con un estado civil diferente: el de separados judicialmente).

La separación de hecho es aquel cese de la convivencia, temporal o permanente, que se produce de común acuerdo entre los cónyuges o por la voluntad de solo uno de ellos y sin decisión judicial previa. La ley otorga a los cónyuges dos vías para regular sus relaciones mutuas: ya sea mediante un “acuerdo completo y suficiente” o por vía judicial. Los cónyuges que se separaren de hecho podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente lo referido a los alimentos que se deban y al régimen

de bienes del matrimonio. Si tuviesen hijos, este acuerdo debe incluir la regulación de sus alimentos, cuidado personal y relación directa y regular con el padre que no los tuviere bajo su cuidado o si convienen un régimen de cuidado personal compartido (artículo 21 LMC).

De acuerdo al artículo 22 LMC, si el acuerdo del artículo 21 se celebra por escrito ya sea: i) por escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, ii) por acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, iii) o en transacción aprobada judicialmente, otorgará fecha cierta al cese efectivo de la convivencia⁴¹.

Como se señaló, los cónyuges separados de hecho también pueden regular los efectos de su separación vía judicial (que es distinto a la separación judicial), dado que puede que no tengan el consenso para celebrar el acuerdo completo y suficiente del artículo 21 LMC. Cualquiera de los cónyuges puede acudir al juez de familia y pedir la regulación de las materias señaladas en la norma mencionada. En este escenario, la fecha cierta del cese de la convivencia corresponde a la notificación de la demanda respectiva (artículo 25 LMC⁴²).

⁴¹ Si el acuerdo no se celebrare por alguno de estos medios igualmente tiene validez, solo que no producirá fecha cierta del cese efectivo de la convivencia. La relevancia de contar con esta fecha cierta está en que, si en el futuro el demandante quiere solicitar el divorcio, deberá probar que el cese de la vida en común ha durado cierto lapso de tiempo y en el caso de los matrimonios celebrados después del 17 de noviembre de 2004 (fecha de entrada en vigencia de la LMC), solo se podrá probar el cese efectivo de la convivencia por los medios que señala la misma LMC, en sus artículos 22 y 25 (artículo 2° transitorio LMC). Para los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, la fecha de cese de la convivencia no tiene límite de prueba (salvo la confesión de parte).

⁴² Cabe mencionar que el inciso segundo del artículo 25 considera una tercera alternativa – adicional a los instrumentos del artículo 22 y la notificación de la demanda- para dar fecha cierta al cese de la

La separación judicial corresponde a la institución en virtud de la cual se suspenden ciertos efectos del matrimonio en virtud de una sentencia judicial, sin afectar el vínculo matrimonial y dejando subsistentes todos los derechos y obligaciones personales entre los cónyuges, salvo aquellos cuyo ejercicio aparece como incompatible con la vida separada de ambos, como los de cohabitación y fidelidad.

La demanda de separación judicial debe fundarse en alguna de las causales señaladas en la ley, ya sea por una falta imputable al otro cónyuge (artículo 26) o por cese de la convivencia (artículo 27). Al respecto:

Art. 26. LMC “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

convivencia: la notificación de la voluntad de uno de los cónyuges de poner fin a la convivencia, voluntad que puede ser expresada ya sea en escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario, en acta extendida ante Oficial del Registro Civil o en constancia ante el juzgado correspondiente.

En los casos a que se refiere este artículo, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal”.

Art. 27 “Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

En cuanto a los efectos de la separación judicial, estos son múltiples. En primer lugar deja a las partes con el estado civil de “separado judicialmente” (art. 32 LMC Y 305 Código Civil), que no extingue el vínculo matrimonial ni, por tanto, los habilita para contraer matrimonio⁴³. Asimismo, como se señaló, subsisten los derechos y obligaciones personales entre los cónyuges, salvo los incompatibles con la vida separada de ambos, que se suspenden (art. 33 LMC). En cuanto al régimen patrimonial, la sentencia que decreta la separación judicial pone término a la sociedad conyugal y a la participación en los gananciales, quedando los cónyuges separados de bienes por el solo ministerio de la

⁴³ Se critica la necesidad de este estado civil pues en la práctica no es distinto del de casado. Su justificación estaría en el trato de los bienes ante terceros.

ley (art. 34 LMC). En materia sucesoria, la separación judicial no altera el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí, salvo en el caso de aquel que hubiese dado lugar a la separación por su culpa (art. 35 LMC). El cónyuge culpable de la separación judicial también puede ver reducidos sus alimentos por esta causa (art. 175 Código Civil), pueden serle revocadas todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio haya recibido (art. 1790 Código Civil) y pierde el beneficio de competencia (art. 1626 N°2 Código Civil⁴⁴). En cuanto a los hijos, aquellos concebidos una vez declarada la separación judicial, no gozan de la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil (art. 37 LMC). Por último, la separación judicial alza la prohibición de celebrar compraventas entre los cónyuges (art. 1.796 Código Civil) y cesa la suspensión de la prescripción a favor de la mujer casada en sociedad conyugal (art. 2.509 N° 2 Código Civil).

Los cónyuges separados judicialmente en cualquier momento pueden reanudar su vida en común y dejar sin efecto la separación judicial. Si esta reanudación se produce dentro del proceso de separación bastará dejar constancia en el expediente, pero si hay sentencia firme al respecto hay que distinguir: si se trató de una separación culpable, se

⁴⁴ El beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para su modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna. El artículo 1.626 del Código Civil obliga al acreedor a conceder este beneficio: 1° A sus descendientes o ascendientes; no habiendo estos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación; 2° A su cónyuge, no estando separado judicialmente por su culpa; 3° A sus hermanos; con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes; 4° A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad; 5° Al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida; 6° Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo.

requiere una nueva sentencia que derogue la separación (art. 39 inc. 1° LMC); en cambio, si se trató de una separación por cese de la convivencia, basta con que ambos cónyuges dejen constancia de la reanudación ante Oficial del Registro Civil (art. 39 inc. 2° LMC).

Para finalizar este acápite, se contrastan el divorcio no vincular de la LMC de 1884 y la separación de Ley N° 19.947, dado que ambas instituciones se refieren al cese de la vida en común de los cónyuges.

Cuadro N°1. Contraste entre el divorcio no vincular de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y la separación de la Ley de Matrimonio Civil de 2004.

	Divorcio no vincular	Separación
Regulación	Arts. 19 a 28 de la LMC de 1884.	Arts. 21 a 41 de la LMC de 2004.
Causales	1) Adulterio; 2) Malos tratos graves y repetidos; 3) Cónyuge autor, cómplice o instigador de delito contra bienes, honra o vida del otro cónyuge; 4) Tentativa de prostituir al cónyuge; 5) Avaricia del cónyuge que llega a privar al otro de lo necesario para la vida; 6) Negativa del cónyuge, sin causa legal, a vivir en el hogar común; 7) Abandono del hogar	1) S. de hecho: basta separación personal de los cónyuges. 2) S. judicial: i. Falta imputable al otro que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones del matrimonio o para con los hijos y que torne intolerable la vida en común; ii. Cese de la convivencia.

	o negativa injustificada de cumplir las obligaciones conyugales; 8) Ausencia injustificada por más de 3 años; 9) Vicio de juego, embriaguez o disipación; 10) Condena del cónyuge por crimen o simple delito; 11) Malos tratamientos de obra a los hijos que pusieren en peligro su vida; 12) Tentativa de corromper a los hijos o complicidad en su corrupción.	
Procedimiento	Juicio ordinario ante los tribunales civiles de mayor cuantía.	Mutuo acuerdo ante ministro de fe o juicio ordinario ante los tribunales de familia
Relación con el matrimonio	No disuelve el vínculo matrimonial.	No disuelve el vínculo matrimonial.
Efectos patrimoniales	Divorcio temporal: sin efectos patrimoniales. Divorcio perpetuo: 1) Disolución de la sociedad conyugal; 2) Mujer recupera plena capacidad; 3) Autoriza revocación de donaciones por causa del matrimonio hechas al cónyuge culpable.	S. Judicial: 1) disuelve la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales; 2) (por culpa) autoriza revocación de donaciones por causa del matrimonio; 3) cesa suspensión de la prescripción a favor de la mujer; 4) (por culpa) pérdida del beneficio de competencia.
Efectos entre los cónyuges	Divorcio temporal y perpetuo: Se suspende deber de cohabitación pero subsisten deberes de socorro y fidelidad.	S. Judicial: 1) Alza prohibición de celebrar compraventas entre cónyuges; 2) (por culpa) Reducción de alimentos; 3) No se altera derecho a suceder, salvo S. por

	Divorcio perpetuo: Cónyuge culpable del divorcio indigno de suceder al otro.	culpa; 4) Subsisten derechos y obligaciones personales entre cónyuges, salvo que sean incompatibles con vida separada; 5) Modifica estado civil.
Efectos sobre los hijos	Cuidado personal de todos los hijos corresponde a la madre. Modificable por mutuo acuerdo o sentencia.	1) No afecta la filiación determinada; 2) Suspende presunción de paternidad; 3) Cónyuges o juez deben regular materias de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, priorizando corresponsabilidad parental.

b) Término del matrimonio

El artículo 42 de la LMC establece que el matrimonio termina:

1° Por la muerte de uno de los cónyuges;

2° Por la muerte presunta, cumplidos los plazos señalados en el artículo 43⁴⁵;

3° Por sentencia firme de nulidad, y

⁴⁵ El art. 43 LMC establece que el matrimonio termina por la muerte presunta de uno de los cónyuges, cuando hayan transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte.

El matrimonio también termina si, cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta años desde el nacimiento del desaparecido. El mismo plazo de cinco años desde la fecha de las últimas noticias se aplicará cuando la presunción de muerte se haya declarado en virtud del número 7 del artículo 81 del Código Civil (herida de guerra o semejante).

En el caso de los números 8 y 9 del artículo 81 del Código Civil (nave o aeronave perdida, sismo o catástrofe) el matrimonio se termina transcurrido un año desde el día presuntivo de la muerte (...).

4° Por sentencia firme de divorcio

b.1) Nulidad matrimonial

Al igual que en la LMC de 1884, la nulidad matrimonial debe ser solicitada judicialmente por causales taxativas indicadas en la ley que fueron coetáneas a la celebración del matrimonio. En lo que respecta a la causal de nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil en virtud del domicilio o lugar de residencia de los cónyuges, esta fue derogada por la LMC, que establece las siguientes causales:

i) Cuando alguno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en los artículos 5°, 6° o 7° de la LMC. Al respecto:

Art. 5°. No podrán contraer matrimonio: 1° Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto; 2° Los menores de dieciséis años; 3° Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; 4° Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, y 5° Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas”.

Art. 6°. “No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado (...).”

Art. 7°. “El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito”.

ii) Cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8°⁴⁶.

iii) Cuando el matrimonio no se hubiese celebrado ante dos testigos hábiles.

La LMC distingue entre el matrimonio simplemente nulo y el matrimonio putativo. El matrimonio putativo es aquel matrimonio nulo que produce los mismos efectos civiles que el matrimonio válido respecto del cónyuge que lo contrajo de buena fe y con justa causa de error (art. 51 LMC). El cónyuge de buena fe podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese

⁴⁶ Art. 8° LMC. “Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: 1° Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente; 2° Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, y 3° Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo”.

momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad. Y, en cuanto a la filiación, esta no se ve afectada por ningún tipo de nulidad.

El matrimonio simplemente nulo, a diferencia del putativo, retrotrae a las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo matrimonial (art. 50 LMC). Ejecutoriada y subinscrita la sentencia de nulidad, producirá los siguientes efectos: 1) el matrimonio contraído después del matrimonio nulo es válido; 2) nunca se generó parentesco por afinidad entre los cónyuges; 3) no han existido derechos hereditarios entre los cónyuges; 4) caducan las capitulaciones matrimoniales; 5) al no haber existido matrimonio no existió régimen patrimonial, por lo que se entiende que las partes estuvieron siempre separados de bienes; 6) no hubo privilegio de cuarta clase (art. 2481 N° 3 Código Civil); 7) no se afecta la filiación ya determinada por disposición expresa del inciso final del artículo 51; 8) autoriza a solicitar la desafectación del bien familiar (artículo 141 Código Civil).

A diferencia de la separación, sea de hecho o judicial, la nulidad matrimonial puede dar origen al derecho a compensación económica para aquel de los cónyuges que, durante la vida en común, se dedicó al cuidado de los hijos o del hogar y que por ello no pudo desarrollar una actividad remunerada en la medida que podía y quería, sufriendo un menoscabo económico por esta causa⁴⁷.

⁴⁷ Los supuestos de procedencia de la compensación económica se tratan en detalle en el Capítulo II.

b.2) Divorcio

La Ley N° 19.947 introdujo en el ordenamiento jurídico chileno el divorcio con disolución del vínculo matrimonial. El divorcio es aquella causal de término del matrimonio que opera por sentencia judicial y con efectos hacia el futuro, fundada en una falta imputable a uno de los cónyuges, o en el cese de la convivencia, solicitada unilateralmente o de común acuerdo, y que concede el estado civil de divorciado⁴⁸.

La LMC distingue entre dos clases de divorcio: i) el divorcio sanción o por culpa o falta (que opera como sanción al cónyuge incumplidor de los deberes del matrimonio) y ii) el divorcio remedio o por cese efectivo de la convivencia.

i) Divorcio sanción o culpable: establecido en el artículo 54 de la LMC, que indica: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común” y luego presenta una lista no taxativa de conductas que configuran la causal.

⁴⁸ GATICA, María Paz. 2009. Apuntes de clases, semestre primavera 2009. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.

El divorcio culpable puede ser demandado por aquel cónyuge que no dio origen a la causal y no exige el transcurso de ningún lapso de tiempo ni reiteración de la conducta.

ii) Divorcio remedio o por cese efectivo de la convivencia: regulado en el artículo 55 de la LMC, esta clase de divorcio tiene dos variantes, según si es solicitado por un cónyuge de manera unilateral o por ambos cónyuges de común acuerdo, y según esto varían sus requisitos de procedencia.

Si ambos cónyuges solicitan el divorcio de común acuerdo, deben acreditar que ha cesado su convivencia por un lapso mayor a un año y acompañar a la demanda un acuerdo que regule de forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si abarca todas las materias del artículo 21 LMC (tratado dentro de la separación) y suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges.

En tanto que si el divorcio es solicitado de manera unilateral, el demandante deberá probar que han transcurrido, al menos, tres años desde el cese efectivo de la convivencia⁴⁹.

⁴⁹ Sobre la prueba del cese efectivo de la convivencia véase nota al pie n° 41.

El divorcio por cese de la convivencia puede ser demandado por cualquiera de los cónyuges. Sin embargo en caso de que el demandante no haya dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo, su acción será rechazada por el juez, a solicitud de parte. La doctrina ha denominado a esta situación como “cláusula de dureza” y se encuentra establecida en el inciso tercero del artículo 55 de la LMC.

Decretado el divorcio, produce los siguientes efectos: 1) ponen fin al matrimonio y no afectan a la filiación ya determinada ni a las obligaciones que emanan de ella; 2) cambia el estado civil de las partes a divorciado, con lo que podrán volver a contraer matrimonio (art. 59 LMC); 3) se termina el régimen de bienes del matrimonio; 4) se pone fin a las obligaciones y derechos patrimoniales entre los cónyuges cuya titularidad y ejercicio se fundaban en la existencia del matrimonio, tales como el derecho de alimentos y los derechos sucesorios (art. 60 LMC), sin perjuicio del derecho a compensación económica; 5) se autoriza para revocar las donaciones hechas por causa de matrimonio al cónyuge que dio motivo al divorcio por culpa (art. 1.790 Código Civil); 6) el divorcio autoriza para solicitar la desafectación del bien familiar (artículo 145 Código Civil).

iii. Aspectos generales de la compensación económica en la LMC

La moción parlamentaria de la LMC no incluía el derecho a compensación económica. Lo que el proyecto contemplaba era la posibilidad de los cónyuges de presentar un acuerdo que regulara sus relaciones mutuas y con respecto de los hijos para después de que la nulidad se declarara o el divorcio o la separación, en su caso, se decretaran. A falta de este acuerdo, correspondería al juez precisar los efectos de la nulidad, separación o divorcio, pudiendo derivar a las partes a un organismo de mediación⁵⁰ en caso de no lograr un acuerdo⁵¹. Para aprobar este acuerdo, el juez, dentro otros requisitos, debía velar por que hubiera un equilibrio entre los cónyuges, de manera que aquel que haya quedado en desventaja en la vida laboral, por haber dedicado su vida a la crianza de los hijos y a las tareas domésticas, no sufriera injustas consecuencias por esta ruptura⁵².

⁵⁰ Luego de la tramitación parlamentaria, se introdujo el derecho a compensación económica en la LMC, pero se mantuvo la exigencia de mediación entre las partes, aunque ya no de manera posterior a la intervención del juez, sino que como requisito de admisibilidad de la demanda en casos de derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular con los hijos; asimismo, no se exigirá esta instancia previa si las partes acompañan al escrito un acuerdo privado sobre estas materias. Para las restantes materias del derecho de familia la mediación previa es voluntaria, salvo en los siguientes casos, en que se encuentra prohibida: los relativos al estado civil, las interdicciones, maltrato de niños, niñas o adolescentes, procedimientos relativos a la ley de adopción y cualesquier otro asunto que prohíba la ley. En caso de que la mediación se frustre hasta por dos veces (una vez en caso del derecho de alimentos), entendiéndose frustrada cuando alguno de los citados no concurriere ni justificare su ausencia o concurra y manifieste su voluntad de no perseverar en la mediación o cuando, concurriendo ambos, no se logre un acuerdo, el requirente de la mediación quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial. Todo lo anterior conforme al artículo 106 y ss. de la LMC.

⁵¹ Título IV “De las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio”, Artículos 63 y 64 del Proyecto original de Nueva Ley de Matrimonio Civil.

⁵² Intervención de la H. diputada MARÍA ANTONIETA SAA, Discusión General de 23 de enero de 1997. Diario de Sesión 44. Legislatura 334. En lo que respecta a este acuerdo, el profesor CRISTIÁN LEPIN realiza la siguiente crítica: “Se observa eso sí, poca claridad, dejando más bien la carga sobre el juez de intentar velar por establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro, sancionando a su favor una pensión alimenticia por tiempo limitado u otra prestación”. LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar

Sin embargo esta regulación se consideró insuficiente para evitar el empobrecimiento de la familia producto de la ruptura matrimonial⁵³. A lo largo de toda la discusión parlamentaria fue permanente la preocupación por las consecuencias económicas negativas del divorcio⁵⁴, particularmente para la mujer⁵⁵ y los hijos. Al respecto, se discutió si una indemnización a aquel de los cónyuges cuyo aporte al matrimonio fue un mayor cuidado de los hijos y del hogar constituiría un enriquecimiento sin causa⁵⁶, pues algunos consideraban que este aporte se veía compensado con los gananciales producto de la liquidación del régimen de bienes que había entre ellos, siendo procedente la compensación económica sólo en caso del régimen de separación de bienes o bien, cuando la distribución de los gananciales no reflejara el aporte del cónyuge económicamente más débil. Ante esta postura, se hizo una fundamental distinción: la liquidación del régimen de bienes que existía entre los

al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.: 16.

⁵³ En el Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Familia se afirmaba que desde el punto de vista de las políticas públicas, el divorcio aumenta la pobreza, particularmente para la mujer y los hijos; para ello se basaron en cifras de países desarrollados con divorcio vincular, así por ejemplo destacaron que en Gran Bretaña el 77% de las madres separadas vivía con ayuda del Estado. Véase intervención del INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, Primer Trámite Constitucional. Historia de la Ley n° 19.947. p.: 58.

⁵⁴ A mayor abundamiento, se recomienda revisar el ANEXO N° 3 del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. Segundo Trámite Constitucional. Historia de la Ley N° 19.947. Pp.: 398-501.

⁵⁵ Más adelante nos referiremos a este tema a través del estudio de la autonomía económica de la mujer.

⁵⁶ El enriquecimiento sin causa ha sido definido como “el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley”. El empobrecido sin una causa legítima es titular de una acción para remover el enriquecimiento sufrido, denominada acción de enriquecimiento o *in rem verso*, y procede cuando no existe otra acción que permita restaurar el equilibrio patrimonial roto sin una causa legítima. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio. Tratado de las obligaciones. De las obligaciones en general y sus diversas clases. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2001, p.: 61.

cónyuges y el menoscabo económico sufrido por uno de ellos por haberse dedicado mayormente al cuidado de la familia, son dos materias distintas. La repartición de gananciales obedece a la justa retribución que recibe cada miembro de la sociedad por sus respectivos aportes; la compensación económica perseguiría indemnizar el menor incremento del patrimonio, cuyas consecuencias se evidenciarán sólo una vez terminado el matrimonio. Este perjuicio futuro se traducirá en la ausencia de un régimen de salud y jubilación, y en la necesidad de empezar a trabajar con una profesión abandonada hace muchos años o a una edad en que la persona no conseguirá un trabajo bien remunerado⁵⁷.

Dentro de la tramitación del derecho a compensación económica, se destaca la intervención de la Ministra del Servicio Nacional de la mujer de la época, quien señaló que esta compensación sería una solución idealmente temporal a esta inequidad manifestada al término del matrimonio, pues como sociedad se debe aspirar a que algún día la situación de los cónyuges en el país llegue a ser igualitaria en oportunidades de desarrollo y autonomía económica⁵⁸.

Vinculado a la compensación económica surge el concepto de menoscabo económico. Este se refiere a la condición desmejorada del cónyuge económicamente más débil que se manifestará sólo una vez terminada la relación y cuyo origen radica en

⁵⁷ Intervención del H. Senador ESPINA. Boletín de indicaciones. Segundo trámite constitucional. Historia de la Ley N° 19.947. p.: 817.

⁵⁸ Intervención de la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señora CECILIA PÉREZ. Discusión en Sala. Tercer trámite constitucional. Historia de la Ley N° 19.947. p.: 104.

la dedicación preferente que tuvo uno al cuidado de la familia, dedicación que se traduce, al menos, en menor trabajo remunerado, por tanto menor aumento patrimonial, menor ahorro para una futura pensión y menor perfeccionamiento. Mientras existiese el estatuto protector del matrimonio⁵⁹ este menoscabo no se manifestaría necesariamente, pues se suple con los recursos que el otro cónyuge sí percibe; de esta manera, el factor que desencadena la crisis es el término del matrimonio pues de acuerdo al artículo 60 de la LMC:

“El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente”⁶⁰.

Terminado el matrimonio aquel cónyuge que se ha sacrificado patrimonialmente sentirá los efectos del menoscabo, mientras que la situación patrimonial del otro permanece invariable. Es este punto de inflexión que el legislador trata de contener a través de la compensación económica, fijando, dentro de lo posible, una especie de indemnización que permita al cónyuge que se postergó patrimonialmente a favor de la

⁵⁹ De acuerdo al profesor LEPIN, el estatuto protector del matrimonio, que debe entenderse como derechos sucesorios, de alimentos, de seguridad social y los derivados del régimen patrimonial del matrimonio, “son normas de *ius cogens*, indisponibles para las partes mientras dure el matrimonio, y que sólo con la ruptura, por divorcio o nulidad, se pone fin a ellas”. LEPIN MOLINA, Cristian. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.: 20.

⁶⁰ Que corresponde a la compensación económica.

familia, iniciar su vida de divorciado en condiciones equiparables a las que tiene su antiguo cónyuge.

A modo de crítica, la discusión parlamentaria sobre el establecimiento del derecho a compensación económica adolece de un enorme vacío: la discriminación hacia la mujer; ello porque se limita a reconocer que las labores domésticas en el país son satisfechas primordialmente por mujeres⁶¹ y que esto les ocasiona un perjuicio económico importante cuándo termina el matrimonio por divorcio o nulidad, pero nunca se cuestiona la razón de este estado de vulnerabilidad. Si bien es un problema que sobrepasa por mucho el derecho de familia, el derecho civil, inclusive el ordenamiento jurídico nacional, una explicación de la nueva institución desde una perspectiva de igualdad de géneros hubiese sido un significativo aporte a su entendimiento, pues – en lo que a esta autora respecta- la base de la institución de la compensación económica se encuentra en la división sexual del trabajo y la consiguiente naturalización del trabajo doméstico como responsabilidad de la mujer; discriminación mucho más antigua que nuestro ordenamiento jurídico y que es objeto de preocupación de la comunidad internacional⁶².

⁶¹ Lamentablemente en el país comenzó a realizarse la Encuesta Nacional sobre uso del Tiempo sólo a partir del año 2015, por lo que no existen estadísticas oficiales de la época de la discusión parlamentaria que nos ilustren sobre este punto. Nos referiremos a las cifras actualizadas en el Capítulo II, al tratar sobre la cuantificación de la compensación económica.

⁶²La discriminación de las mujeres en diversos ámbitos ha sido objeto de discusión en múltiples encuentros de la comunidad internacional, tales como : la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994); los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la igualdad; la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El

Como se dejó entrever en páginas anteriores, uno de los objetivos que debemos lograr como sociedad es la autonomía económica de sus miembros, y en tal contexto la compensación económica es una solución temporal y muestra inequívoca del largo camino que queda para alcanzarla.

4. La autonomía económica de la mujer

Un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas es la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (Capítulo I, artículo 1). Junto con ello, la discriminación por razones de sexo se encuentra prohibida en casi todos los tratados de derechos humanos, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁴ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁵; así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁶ y en la Declaración americana de los derechos y

Cairo, 1994), el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995); el Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (Dubái, 2001), la Declaración del Milenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 2000); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006).

⁶³ Véase: art. 2 n°1, art. 3, art. 4 n°1, art. 14 n°1, art.26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, promulgado en Chile el 29 de abril de 1989.

⁶⁴ Véase: art. 2 n°2, art. 3, art. 7 letra a) del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, promulgado en Chile el 27 de mayo de 1989.

⁶⁵ Véase: art. 1 n°1, art. 17 n°4, art. 23 letra c), art. 24, art. 27 n°1 de la Convención americana sobre derechos humanos, promulgada en Chile el 5 de enero de 1991.

⁶⁶ Véase: art. 1, art. 2 n°1, art.7, art. 16 n°1, art. 21 n°2, art. 23 n°2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A

deberes del hombre⁶⁷; adicionalmente existe un tratado que abarca especialmente esta materia: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁶⁸ y hay órganos creados esencialmente para hacer realidad los derechos humanos de las mujeres, tales como el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, el Relator especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer y un grupo de trabajo especial dentro del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Sin embargo, aún queda mucho trabajo por hacer. El Índice Global de Brecha de Género 2017, elaborado por el Foro Económico Mundial⁶⁹ concluyó que la brecha de género entre hombres y mujeres⁷⁰ en salud, educación, política y economía se amplió

(III) el 10 de diciembre de 1948 en París. A pesar de no ser un tratado, constituye un instrumento vinculante en el sistema de derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que viene a complementar el tratado multilateral del que es parte (la Carta de la Organización de las Naciones Unidas). NASH ROJAS, Claudio. 2012. Los derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. p.: 84.

⁶⁷ Véase: art. 2 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia internacional americana el 2 de mayo de 1948, en Bogotá, Colombia. En el caso de esta declaración, viene a complementar la Carta de la Organización de Estados Americanos.

⁶⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y promulgada en Chile el 27 de octubre de 1989. La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos

⁶⁹ Véase: FORO ECONÓMICO MUNDIAL. 2017 *The Global Gender Gap Report*. [En línea] <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf> [última consulta: 29 de agosto de 2018].

⁷⁰ La brecha de género corresponde a la diferencia entre hombres y mujeres que se refleja en logros o actitudes sociales, políticas, intelectuales, culturales o económicas. El informe mide la brecha en economía (la diferencia entre hombres y mujeres en lo que respecta a salarios, número de líderes y participación en el lugar de trabajo), educación (acceso a niveles básicos y superiores de educación), salud (esperanza de vida) y política (diferencia entre la representación de hombres y mujeres en las organizaciones que toman decisiones). HARRY S, Brioni. 2017. ¿Cuál es la brecha de género 2017 (y por qué se está ampliando)? [En línea] Foro Económico Mundial <<https://es.weforum.org/agenda/2017/11/cual-es-la-brecha-de-genero-en-2017-y-por-que-se-esta-ampliando>> [última consulta: 30 de agosto de 2018].

por primera vez desde que comenzaron los registros en el 2006⁷¹ y de acuerdo a estimaciones del Foro, con esa tendencia la brecha global de género tardará cien años en cerrarse, y en el caso de América Latina y el Caribe se estima que esto podría ocurrir en 79 años⁷².

En el caso de Chile, los resultados de la medición fueron los siguientes⁷³:

Cuadro N°2. Resultados de Chile en el Índice Global de Brecha de Género 2017, del Foro Económico Mundial.

	Ranking 2006 (de un total de 115 países)	Puntaje	Ranking 2017 (de un total de 144 países)	Puntaje
Puntaje global de brecha de género	78	0.645	63	0.704

⁷¹ De los 144 países que fueron parte del informe, respecto de los cuatro índices del mismo, se obtuvieron los siguientes resultados: en salud, se ha cerrado el 96% de la brecha entre hombres y mujeres y en educación más del 95%, lo que marcó el valor más alto jamás medido para este índice; al contrario, en cuanto a la participación económica solo el 58% de la brecha se ha cerrado, siendo el segundo año consecutivo de progreso invertido y el valor más bajo medido por el índice desde el 2008; en cuanto a la brecha política, esta se ha cerrado solo en un 23%, continuando con una lenta tendencia hacia el cierre. Ponderando las cifras anteriores, el informe concluye que, en promedio, la brecha global de género corresponde a un 32%, lo que constituye un aumento en relación al año del informe anterior, donde fue de un 31.7%. FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *The Global Gender Gap Report 2017*. pp.: 7-8.

⁷² FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *The Global Gender Gap Report 2017*. pp.: 25-26.

⁷³ Datos tomados de *The Global Gender Gap Report 2017*. Puede revisarse la información por país en: FORO ECONÓMICO MUNDIAL [en línea] <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2017/dataexplorer> [última consulta: 30 de agosto de 2018]

Oportunidades y participación económica	90	0.514	117	0.573
Educación	69	0.980	39	0.999
Salud	1	0.980	47	0.978
Empoderamiento político	56	0.109	36	0.266

Los datos expuestos deben interpretarse considerando que el valor 1 significa que se ha alcanzado la paridad entre hombres y mujeres en el índice respectivo y, en consecuencia, mientras más cerca del valor 0 se encuentre más disparidad de género hay en la materia.

Con un puntaje de 0.704, tenemos que el país ha cerrado un 70,4% de la brecha de género considerada globalmente, particularmente por sus buenos índices (casi llegando a la paridad entre hombres y mujeres) en temas de salud y educación. Sin embargo aún existe una brecha de 29.6% en perjuicio de las mujeres chilenas, y esta diferencia se debe esencialmente a los índices de empoderamiento político y participación en la economía.

El índice de empoderamiento político se compone de diversos subíndices: mujeres en el parlamento, mujeres con posiciones ministeriales y mujeres jefas de Estado en los últimos 50 años. Así, tenemos que para el año 2017 el 84.2% de los puestos parlamentarios eran ocupados por hombres, mientras que solo el 15.8%

correspondieron a mujeres; en cuanto a los ministerios, un 65.2% fueron liderados por hombres y un 34.8% por mujeres; y en materia de jefes de Estado, de los últimos 50 años, 42.7 estuvieron bajo el gobierno de un hombre y 7.3 años bajo el gobierno de una mujer. Considerando estas cifras, el informe concluyó que para 2017 la brecha de género en empoderamiento político se había cerrado en un 26,6%, quedando un 73.4% de diferencia en la participación de hombres y mujeres.

En cuanto al índice de oportunidades y participación en la economía, los subíndices considerados fueron: participación en la fuerza laboral, ingreso promedio de hombres y mujeres, cargos ocupados en el parlamento, altos directivos y gerentes, trabajadores técnicos y profesionales. En cuanto a la participación en la fuerza laboral (considerando la población entre 15 y 64 años que busca trabajo o se encuentra trabajando) se concluyó que un 80.1% de los hombres en condiciones de trabajar tiene un empleo, frente a solo el 57.9% de las mujeres en la misma condición; la medición de los ingresos promedios (medidos en dólares estadounidenses) reflejó que por cada \$ 16,462 US que percibió una mujer, un hombre recibió \$31,601 US, con una brecha de género de 47,9% en la materia y situando al país en la posición 102 de 144 países en este punto en particular; a su vez, los cargos en el parlamento, las altas directivas y gerencias fueron ocupados en un 72.6% por hombres y el restante 27.4% por mujeres, con una brecha de género de 62.3%; por último, de los trabajadores con especialización, ya sea técnica o profesional, el 53.1% correspondía a hombres y el 46.9% a mujeres, restando una brecha de género de 11.6%. Considerando las cifras expuestas, el informe concluyó

que la brecha de género global en cuanto a las oportunidades y participación en la economía se ha cerrado en un 57.3%, quedando pendiente una diferencia de 42.7% en perjuicio de las mujeres.

Con los índices mostrados, Chile ocupó el lugar 63 de 144⁷⁴ países, lo que significó una mejora de siete posiciones en comparación con su última medición, lo que se traduce en que la brecha de género continúa su camino hacia el cierre. Sin embargo, esta mejora de posición no debe sino alentar los próximos cambios para acelerar el cierre de las diferencias entre hombres y mujeres. Dentro de estas diferencias destaca, dada su relación con la compensación económica, la notable brecha en cuanto a oportunidades y participación en la economía del país, que nos sitúa en el puesto 117 de 144⁷⁵ en esta materia en particular evidenciando que aún existen importantes temas pendientes, uno de ellos es la llamada autonomía económica de la mujer.

Para explicar el concepto de autonomía económica debemos referirnos a la labor del Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe⁷⁶, que es el organismo regional de las Naciones Unidas dedicado a producir estadísticas de género,

⁷⁴ Informe Global de la Brecha de Género 2017. Véase: FORO ECONÓMICO MUNDIAL [en línea] <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2017/dataexplorer> [última consulta: 30 de agosto de 2018]

⁷⁵ Informe Global de la Brecha de Género 2017. Véase: FORO ECONÓMICO MUNDIAL [en línea] <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2017/dataexplorer> [última consulta: 30 de agosto de 2018]

⁷⁶ Creado a partir de la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe celebrada en Quito, Ecuador (2007), los Estados miembros de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas) solicitaron la constitución de un observatorio sobre la igualdad de género. Véase: Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe [en línea] <<https://oig.cepal.org/es/observatorio>> [última consulta: 7 de diciembre de 2018].

dar seguimiento a las políticas públicas destinadas a fomentar la igualdad de género, apoyar a los gobiernos en el análisis de la realidad regional y difundir buenas prácticas de políticas de igualdad de género. La orden para crear dicho Observatorio quedó plasmada en el Consenso de Quito, celebrado en la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, el año 2007. En dicho Consenso, en lo relacionado con la división desigual del trabajo doméstico en perjuicio de las mujeres, se destaca el reconocimiento del valor social y económico del trabajo doméstico no remunerado de las mujeres y la declaración de que tanto el cuidado como la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en el ámbito familiar son un asunto público que compete a los Estados, gobiernos locales, organizaciones, empresas y familias; asimismo, en el Consenso de Quito se indica que la división sexual del trabajo se mantiene como factor estructural de las desigualdades e injusticias económicas que afectan a las mujeres en los ámbitos familiar, laboral, político y comunitario y que, a la vez, contribuye a la desvalorización y falta de retribución de los aportes económicos de las mujeres. También se destaca que la paridad es uno de los propulsores determinantes de la democracia, cuyo fin es alcanzar la igualdad en el ejercicio del poder, en la toma de decisiones, en los mecanismos de participación y representación social y política, y en las relaciones familiares al interior de los diversos tipos de familias, las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, y que constituye una meta para erradicar la exclusión estructural de las mujeres, siendo esta exclusión un tipo de violencia que discrimina y obstaculiza el logro de la igualdad y la paridad en las relaciones económicas, laborales, políticas, sociales, familiares y culturales, y que impide la

autonomía de las mujeres y su plena participación en la toma de decisiones. Y es objetivo común de los Estados parte la eliminación de toda forma de discriminación⁷⁷ y el Observatorio es una herramienta para ello.

Un aspecto esencial en el trabajo de la institución es el concepto de autonomía, que ha sido definida como:

“La capacidad de las personas para tomar decisiones libres e informadas sobre sus vidas, de manera de poder ser y hacer en función de sus propias aspiraciones y deseos en el contexto histórico que las hace posibles”⁷⁸.

Y dentro de la autonomía existen tres pilares: i) la autonomía económica; ii) la autonomía física; y iii) la autonomía en la toma de decisiones. La autonomía económica es definida como la capacidad de las mujeres de generar ingresos y recursos propios a partir del acceso al trabajo remunerado en igualdad de condiciones que los hombres. La autonomía física es el control sobre su propio cuerpo y se mide en factores como el derecho al aborto y la violencia contra la mujer. Por último, la autonomía en la toma de decisiones se refiere a la presencia de las mujeres en los distintos niveles de los poderes del Estado y a las medidas orientadas a promover su participación plena y en igualdad de condiciones.

⁷⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2007. Consenso de Quito. Naciones Unidas, Quito, Ecuador. pp.:1-4.

⁷⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2011. [En línea] CEPAL <<https://oig.cepal.org/es/autonomias/interrelacion-autonomias>> [última consulta: 4 de julio de 2018].

La autonomía es un factor esencial para garantizar el ejercicio de los derechos humanos en plena igualdad, y una precondition para que las mujeres actúen como sujetos plenos de desarrollo.

Como señalamos anteriormente, el país se encuentra al debe en cuanto a la participación de la mujer en la economía, y ello se relaciona con deficiencias en la garantía y protección de la autonomía económica de sus ciudadanas.

El Observatorio ha indicado que para lograr la autonomía económica es necesario redistribuir la carga total de trabajo y de tiempo entre hombres y mujeres, pues las mujeres no pueden dedicarse al trabajo remunerado mientras no se resuelva la carga del trabajo no remunerado que recae históricamente sobre sus hombros⁷⁹.

Uno de los indicadores para medir la autonomía económica utilizado por el Observatorio es el de “población sin ingresos propios”, que considera los ingresos monetarios de los individuos y las distintas corrientes de las que ellos provienen.

⁷⁹ Entendido el trabajo no remunerado como la provisión de servicios de cuidados del hogar así como de niños, enfermos y adultos mayores que realizan las mujeres y que por lo general deben compatibilizar con un trabajo remunerado a través de sus redes familiares, a falta de un sistema institucional de cuidado. Véase: Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe [en línea] CEPAL <<http://www.cepal.org/oig>> [última consulta: 6 de julio de 2018].

Al respecto, los estudios del Observatorio han concluido que cuando las mujeres no disponen de ingresos propios carecen de autonomía económica, pues los ingresos y la autonomía se encuentran en una relación directamente proporcional; sin embargo, la sola percepción de ingresos no basta para que exista esta autonomía, es fundamental identificar la clase de ingresos de que se trata⁸⁰, ya que ello también revela situaciones de desigualdad y vulnerabilidad económica cuando estos ingresos dependen totalmente de terceros. La misma organización indica que “con autonomía económica las mujeres dejan de depender de sus maridos, parejas o exparejas para sobrevivir. Esto es fundamental desde varios puntos de vista:

- Les permite decidir libremente en que ocupar los recursos y coadyuva a superar la pobreza. En numerosos estudios se demuestra que las mujeres que perciben algún ingreso destinan mucho más estos recursos a la salud, la alimentación y la educación de sus hijos que sus pares hombres⁸¹.

- Las deja en igualdad de condiciones para tomar decisiones dentro de su propio hogar sobre todo cuando este es compartido con el marido o la pareja.

⁸⁰ Se identifican distintos tipos de ingresos según la fuente. Así los ingresos primarios son aquellos generados por la misma persona y reflejan mayor autonomía porque son producto del propio trabajo; en cambio, los ingresos por transferencias son aquellos que dependen de terceras personas o del Estado y revelan un mayor o menor grado de dependencia de terceros. PÉREZ, Paulina. Medición de los ingresos monetarios individuales: una mirada desde la perspectiva de género. Serie Mujer y Desarrollo N° 111, División de Asuntos de Género de la Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, abril 2012, pp.: 11-13.

⁸¹ Por ejemplo el documento de posición de la CEPAL presentado en la undécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, ¿Qué Estado para qué igualdad? y el estudio Principios rectores del CAD en materia de eficacia de la ayuda, igualdad de género y empoderamiento de la mujer, elaborado por la OECD.

- Les permite tener una base para decidir qué vida quieren tener y poder, por ejemplo, optar a no aceptar situaciones de violencia o menoscabo por falta de recursos para la subsistencia”⁸².

De lo expuesto queda de manifiesto el rol esencial que juega la autonomía económica de la mujer dentro de toda sociedad democrática. Así, al vincular lo anteriormente desarrollado con nuestro objeto de estudio, la compensación económica, podemos observar que, sin perjuicio de que la misma se concede al llamado cónyuge más débil sin importar su sexo, e incluso pudiendo proceder entre parejas del mismo sexo en el caso de un Acuerdo de Unión Civil, ciertamente uno de los factores de relevancia que justifica la instauración de este derecho en Chile es precisamente, conforme a los datos expuestos⁸³, la ausencia o lo limitado de dicha autonomía y la consecuente vulnerabilidad en que suele quedar la mujer luego del término del matrimonio, vulnerabilidad que el legislador trata de disminuir a través de esta institución.

⁸² PÉREZ, Paulina. Obra citada, pp.: 12-13.

⁸³ Véase lo expuesto *supra* respecto a la medición de Chile en el Índice Global de Brecha de Género 2017.

5. Naturaleza jurídica de la compensación económica

Debido a sus particularidades, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica se hace presente en cada país donde se instaura, pues en ella convergen características de distintas instituciones del ordenamiento jurídico.

En nuestro país esta discusión se vuelve particularmente relevante al ser una institución relativamente nueva, pues de acuerdo a su naturaleza jurídica podrán resolverse aquellos asuntos confusos o no considerados expresamente en la ley. En palabras del profesor Hernán CORRAL: “La cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio”⁸⁴.

Para tratar este tema, se presenta el debate en el derecho comparado y luego se abarca la doctrina nacional.

⁸⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol.34(Nº1), p.: 2.

5.1. Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria en el derecho comparado

En materia de compensación económica cada país ha tratado de regular las consecuencias económicas que generan las rupturas matrimoniales de modo acorde a sus realidades sociales, configurando instituciones que – a pesar de tener el mismo objetivo – resultan muy diversas entre sí; sin embargo estas diferencias, el estudio de las instituciones del derecho comparado que sirvieron de inspiración a la regulación nacional contribuirá a su mejor entendimiento. En Chile, los legisladores se beneficiaron de la experiencia de otras naciones en la materia, destacando el caso del derecho español⁸⁵, con su denominada pensión compensatoria o por desequilibrio económico, y el derecho francés, con la *prestation compensatoire* o prestación compensatoria⁸⁶.

A continuación se explicarán ambas instituciones.

⁸⁵ Véase: ROCA, Encarna. Familia y cambio social (De la “casa” a la persona), incluido en el Primer Informe de la Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo, Biblioteca del Congreso Nacional. Segundo Trámite Constitucional, Historia de la Ley N° 19.947, pp.: 459-465.

⁸⁶ Remisiones a la legislación francesa pueden ser encontradas en diversos momentos de la tramitación, tales como: diagnóstico del derecho de familia contemporáneo (intervención del H. diputado Sota, Discusión en Sala, Primer Trámite Constitucional, p.: 176-177), pago de la compensación económica (Primer Informe Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional, pp.: 111-112), la cláusula de dureza (Primer Informe Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional p.: 346), respecto a la tramitación del divorcio de mutuo acuerdo (Primer Informe Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional, pp.: 346-347), consecuencias económicas del divorcio (Primer Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional, pp.: 426-427), plazos para solicitar el divorcio (intervención del H. senador Viera-Gallo, Discusión en Sala, p.: 584; intervención del H. senador Espina, Discusión en Sala, p.: 913, 1023), validez del matrimonio religioso (intervención del H. Senador Zurita, Discusión en Sala, Segundo Trámite Constitucional, pp.: 947-948) Véase: Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.947.

i. Francia

La *prestation compensatoire* o prestación compensatoria se consagró en la Ley 75.617 de 11 de julio de 1975 sobre divorcio, que vino a reemplazar a la pensión alimenticia a la que tenía derecho el cónyuge inocente en caso de divorcio por culpa (artículo 301.1 del CC francés). Su regulación se encuentra entre los artículos 270 a 285 del Código Civil francés:

Artículo 270.- “El divorcio pondrá fin al deber de socorro entre los cónyuges.

Podrá obligarse a uno de los cónyuges a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad generada por la ruptura del matrimonio en las respectivas condiciones de vida. Dicha prestación será a tanto alzado⁸⁷. Adoptará la forma de un capital cuyo importe será establecido por el juez.

No obstante, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación cuando ello sea necesario en aras de la equidad, ya sea en consideración de los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando, habida cuenta de las circunstancias específicas de la ruptura, el divorcio se decrete por responsabilidad exclusiva del cónyuge que solicite el beneficio de dicha prestación”.

⁸⁷ Es decir, se obliga al pago de una cantidad fija y de una sola vez.

El juez, para determinar la procedencia o denegación de la prestación compensatoria debe ponderar las necesidades del cónyuge beneficiario y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y la evolución de esta en un futuro previsible.

A tales efectos, el artículo 271 del Código Civil francés mandata al juez a tener en cuenta, en particular, los siguientes factores:

- la duración del matrimonio;
- la edad y el estado de salud de los cónyuges;
- sus respectivas cualificación y situación profesionales;
- las consecuencias derivadas de las decisiones profesionales tomadas por uno de los cónyuges durante la vida en común para la educación de los hijos, así como del tiempo que aún sea necesario dedicar a dicha educación, o bien para favorecer la carrera del cónyuge en detrimento de la suya propia;
- el patrimonio estimado o previsible de los cónyuges, en forma de capital y rentas, tras la liquidación del régimen económico matrimonial;
- sus respectivos derechos tanto existentes como previsibles;
- su respectiva situación en materia de pensiones de jubilación previa estimación, en la medida de lo posible, de la disminución de los derechos de jubilación del cónyuge acreedor de la prestación compensatoria que pueda derivar de las circunstancias previstas en el párrafo sexto.

Una vez decretada su procedencia, el pago será a suma alzada y el juez decidirá las modalidades aplicables a la ejecución de la prestación, pudiendo elegir entre la liquidación de una suma de dinero o bien la atribución de bienes en propiedad o de un derecho temporal o vitalicio de uso, habitación o usufructo; sin embargo, de no ser posible para el deudor ninguno de los medios de pago anteriores, el juez podrá establecer pagos periódicos de la deuda, con sujeción a un límite máximo de 8 años y, a pesar de este plazo, cuando la edad o estado de salud del acreedor no le permitan atender sus necesidades podrá el juez, por resolución especialmente motivada, fijar la prestación compensatoria en forma de renta vitalicia.

En casos de divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges deberán incluir la prestación compensatoria en el acuerdo que presenten ante el juez para su homologación, con su importe y modalidades de pago, pudiendo incluir el cese del pago en caso de un acontecimiento determinado.

En el derecho francés existen cuatro tipos de divorcio: a) el divorcio por consentimiento mutuo -cuando los cónyuges están de acuerdo sobre el principio de la ruptura y sus consecuencias- en este caso no tienen que comunicar la causa del divorcio, sino que han de presentar al juez para su homologación una propuesta de acuerdo regulador de las consecuencias del divorcio, que se rechazará solamente si no preserva en la medida de lo suficiente los intereses de los hijos o de uno de los cónyuges (art. 230

y ss. Código Civil francés); b) el divorcio por aceptación del principio de la ruptura del matrimonio o divorcio aceptado, que puede ser solicitado conjunta o unilateralmente y posteriormente aceptado por el otro cónyuge, en este caso las partes están de acuerdo con el término del matrimonio pero no con sus consecuencias (no existe propuesta de acuerdo regulador), por lo que corresponderá al juez regularlas (arts. 233 y 234 Código Civil francés); c) el divorcio por alteración definitiva del vínculo matrimonial, que puede ser solicitado unilateralmente por el cónyuge que deberá acreditar que, a la fecha de presentación de la demanda, han transcurrido al menos dos años desde “la cesación de la vida en común”, entendiéndose por tal la ausencia de cohabitación y la voluntad de la ruptura (art. 238 Código Civil francés); d) y, por último, el divorcio culposo que al igual que en el caso chileno puede ser solicitado por uno de los cónyuges por hechos imputables al otro que supongan una violación grave y reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común (art. 242 Código Civil francés)⁸⁸.

Durante el procedimiento de divorcio uno de los cónyuges puede ser obligado al pago de alimentos al otro como medida provisional, pero una vez declarado este, sólo se puede pretender el pago de una prestación compensatoria o una indemnización de daños y perjuicios⁸⁹.

⁸⁸ SANTOS MORÓN, María José. 2015. Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda? InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona (enero 2015), p.: 4.

⁸⁹ Véase: Red Judicial Europea en materia civil y mercantil [en línea] < https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr-es.do> [última consulta: 7 de diciembre de 2018].

En el caso de la prestación compensatoria, como indica el artículo 270 ya reproducido, se busca compensar la disparidad creada por la ruptura matrimonial en las condiciones de vida de los cónyuges y, de acuerdo al artículo 271, su cuantía será fijada en consideración a los ingresos y necesidades tanto del acreedor como del deudor de la prestación. La regla general es que el pago sea a suma alzada, en un pago único ya sea de una suma de dinero o la constitución de un derecho, como se indicó anteriormente; sólo de manera excepcional podrá tomar la forma de una renta vitalicia, sujeta siempre a revisión por cambios en las circunstancias o necesidades de los cónyuges.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, esta puede ser concedida al cónyuge para quien el divorcio resulte de especial gravedad y sólo en los casos del cónyuge que no presentó la demanda en un divorcio por alteración definitiva del vínculo matrimonial o cuando se trate de un divorcio por culpa.

Para la época en que la LMC entró en vigencia en Chile y con ella el nacimiento de la compensación económica, la pensión compensatoria francesa ya tenía tres décadas de desarrollo, a través del cual ya se había zanjado el carácter compensatorio no asistencial de la institución⁹⁰. En cuanto a sus fundamentos, la doctrina francesa ha distinguido dos objetivos de este derecho:

⁹⁰ Véase: Biblioteca del Congreso Nacional [En línea] BCN <http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/6066/1/81861_Compensacion-Economica-Comparada-30-09-09.pdf> [última consulta: 7 de diciembre de 2018]

- Restaurar entre los cónyuges el equilibrio patrimonial roto por el divorcio: se trata de equilibrar dos situaciones patrimoniales cuya disparidad había permanecido enmascarada por la comunidad de vida.

- Restaurar el equilibrio roto por las opciones de vida conjunta de los cónyuges: más que tratar de mantener el nivel de vida de los cónyuges tras el matrimonio, se trata de compensar la distribución de roles durante la vida en común, que resulta perjudicial para uno de los cónyuges en el momento del divorcio. Lo que necesita ser compensado es el hecho de que uno de los cónyuges vio disminuida o sacrificada su carrera, abandonó sus ambiciones y proyectos profesionales de vida para poder quedarse en casa y dedicarse a la educación de los hijos, permitiendo que su cónyuge se dedique exclusivamente a su trabajo y mejore su nivel socioeconómico.

La legislación francesa sirvió de pauta a la pensión compensatoria española, pero entre ambos sistemas se presentan dos importantes diferencias: en primer lugar, la prestación compensatoria francesa sólo es admisible en casos de divorcio -pues durante la separación subsiste el deber de socorro entre cónyuges- en tanto que la pensión compensatoria española también procede en casos de separación, como veremos a continuación; en segundo lugar, en el caso español, el momento que se debe tener en consideración para determinar la existencia de una diferencia patrimonial entre los

cónyuges es el de la ruptura matrimonial, en tanto que en Francia corresponderá al momento en que la sentencia de divorcio se encuentre ejecutoriada.

ii. España

La pensión compensatoria se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico español desde 1981, sin embargo aún no existe unanimidad respecto a la naturaleza jurídica de la institución, establecida en el artículo 97 del Código Civil Español:

Artículo 97: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

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

1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2º La edad y el estado de salud.

3º La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4º La dedicación pasada y futura a la familia.

5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7º La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9º Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

A diferencia de nuestro sistema, la pensión compensatoria puede ser solicitada en casos de separación o divorcio, por lo tanto es procedente aunque el vínculo matrimonial continúe vigente, y en el caso de la nulidad del matrimonio se contempla otra institución, la indemnización al cónyuge de buena fe (artículo 98 del C.C. Español⁹¹). A su vez, la pensión compensatoria puede consistir en una pensión, temporal o indefinida o una prestación única, y su monto será determinado por diversos factores no taxativos, que consideran la situación pasada, presente y futura de los cónyuges.

Frente a esta amplia gama de posibilidades, surgieron distintas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, de las cuales se explicarán las tres más relevantes a continuación.

⁹¹ Artículo 98 Código Civil Español: El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

a) La pensión compensatoria como obligación alimenticia

Una postura minoritaria apoya la teoría de la naturaleza alimenticia de la pensión compensatoria, pues su objetivo sería cubrir las necesidades del cónyuge beneficiario, que es quien sufre un empeoramiento económico producto de la separación o divorcio.

De acuerdo al autor Luis ZALARRUQUI⁹², la naturaleza alimenticia de la institución se basa, esencialmente, en los siguientes argumentos:

1.- En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana.

2.- En las reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcán todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer.

3.- En las circunstancias que el artículo 97 del Código Civil español considera para graduar la pensión, algunas de las cuales parecen conferirle el carácter de pensión alimenticia, tales como la edad y estado de salud de los cónyuges o el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

⁹² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 2005. La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su substitución. En: JORNADAS DE derecho de familia. Sevilla, España. Colegio de Abogados de Sevilla. p.: 2.

Sumado a lo anterior, tenemos al artículo 100 del Código Civil Español, que admite la modificación de la compensación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge; y, por lo prescrito en el artículo 101 del mismo código, que establece como causa de extinción de la pensión al nuevo matrimonio del acreedor o su convivencia marital con otra persona, lo que eliminaría el estado de necesidad del cónyuge beneficiario⁹³⁻⁹⁴. Por lo tanto, al igual que los alimentos, esta se extingue por carecer de justificación.

Sin embargo, sus opositores tienen sólidos argumentos para desestimar esta postura:

1- La compensación económica supone la existencia de un desequilibrio económico para un cónyuge, derivado de la separación o el divorcio, que impliquen un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio en relación con la posición del otro. En cambio, la piedra angular del derecho de alimentos es el estado de necesidad del alimentario.

⁹³ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España. Revista Chilena de Derecho, vol. 35(Nº3), p.: 441.

⁹⁴ Artículo 100 C.C. Español: Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen (...).

Artículo 101 C.C. Español: El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (...).

2- En cuanto a su finalidad, se ha sostenido que la pensión por desequilibrio va más allá de lo que puede exigirse en la pensión alimenticia, ya que contendría elementos indemnizatorios y compensatorios: repararía el “daño objetivo” producido por la ruptura de la pareja, pretendiendo colocar al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas que habría tenido de no existir el vínculo matrimonial. En cambio, el derecho de alimentos solo persigue superar el estado de necesidad del alimentario⁹⁵.

3- Si se analizan sus principios informadores, la pensión compensatoria está sometida al principio dispositivo, mientras que los alimentos no son disponibles.

4- Los criterios de cuantificación de ambas pensiones son también diferentes, así las circunstancias enumeradas en el artículo 97 del Código Civil español constituyen el índice a tener en cuenta para esta pensión compensatoria; en contraste las necesidades del alimentario y los medios del alimentante, son los criterios exclusivos a ponderar en materia de alimentos (artículo 146 Código Civil español).

5- Difieren también ambas pensiones en cuanto a los plazos de prescripción de las acciones para reclamarlos. La pensión compensatoria ha de reclamarse con la

⁹⁵ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. Op. Cit. p.: 443.

demanda - o reconvección- de separación o divorcio. El derecho a alimentos es imprescriptible⁹⁶.

b) La pensión compensatoria como indemnización

Esta es la postura mayoritaria. El autor Luis ZARRALUQUI ha afirmado que “para la doctrina mayoritaria, se trata de una indemnización tendente a reequilibrar la situación económica del cónyuge que como consecuencia de cesación del vínculo matrimonial, sufra una disminución patrimonial y este predominante matiz indemnizatorio debe calificar la naturaleza jurídica de la pensión, aunque la regulación positiva contenga evidentes contradicciones”⁹⁷. En el mismo sentido, Encarna ROCA indica que “la pensión será un derecho de carácter indemnizatorio, cuyos parámetros serán los previstos en el artículo 97 C.C., que determinarán el propio contenido del derecho. Y su supuesto es el desequilibrio económico entre los cónyuges, producido por la separación o el divorcio, desequilibrio que resulta de la confrontación de las condiciones económicas de que gozaba cada cónyuge antes y después de producirse el mencionado divorcio. En realidad, los presupuestos genéticos que dan lugar al nacimiento del derecho a la pensión existían antes de la ruptura, pero la extinción del deber de socorro aísla estas circunstancias y las hace aflorar. No se trata de que el

⁹⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. Op. Cit. p.: 2.

⁹⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 2003. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Segunda edición. Valladolid, Editorial Lex Nova. p.: 124.

cónyuge se encuentre en estado de necesidad, porque aunque ello no ocurra, si no hay desequilibrio, no tendrá derecho a la pensión (...)”⁹⁸.

Cabe señalar que en el sistema español una vez terminado el matrimonio, corresponde realizar la liquidación del régimen patrimonial existente, y, sólo una vez liquidado, podrá determinarse si existe o no un desequilibrio que funde la procedencia de la pensión compensatoria, pues se deben considerar todas las compensaciones recibidas por el cónyuge que la reclama⁹⁹.

Los detractores de esta postura tienen múltiples argumentos¹⁰⁰, entre los esenciales encontramos:

⁹⁸ ROCA TRÍAS, Encarna. 1999. Familia y cambio social (De la “casa” a la persona). Madrid, Editorial Civitas. p.: 187. En el mismo sentido opina CAÑETE (2004) “La razón de ser de la pensión (...) debemos encontrarla en el principio de justicia o equidad que debe ser aplicado en orden a paliar un determinado perjuicio o daño de carácter injusto que tiene su origen inmediato en el fracaso del proyecto convivencial, no compensable por otras vías y que únicamente es apreciable en situaciones de desequilibrio económico por medio del agravio comparativo que resulte de las posiciones en la que quedan los cónyuges tras dicha ruptura y su panorámica de inminente futuro y que, por último y aun dándose las anteriores circunstancias, no es indemnizable en todos los casos o de forma incondicional, sino dentro del marco de conveniencia que el resto de medidas familiares aconsejen o posibiliten y bajo la expresa salvaguarda de intereses superiores como son los de los hijos (...)”.

⁹⁹ Al respecto, Encarna ROCA explica que “la pensión compensatoria constituirá siempre un posterior al régimen de bienes: su liquidación funciona como criterio para saber si existe o no desequilibrio. De lo que se deduce que los elementos que deben ser utilizados para determinar en primer lugar, si existe o no derecho a pensión y, en segundo lugar, la cuantía de este derecho, dependen de factores económicos muy complejos y que se centrarían en algunas de las ideas siguientes:

1º Siendo la pensión una compensación posterior al divorcio consecuencia del desequilibrio económico que éste produce, para saber si existe desequilibrio y el consiguiente derecho hay que determinar todas las compensaciones que recibe el cónyuge que la reclama.

2º Entre estas compensaciones debe tenerse en cuenta el resultado de la liquidación del régimen de bienes que haya regido las relaciones económicas entre los cónyuges constante matrimonio y los pactos sobre atribución de la vivienda familiar.

3º No existe pensión automática por el hecho del divorcio (...)” ROCA TRÍAS, Encarna, Op. Cit. p.: 143.

¹⁰⁰ A mayor abundamiento: CÉSPEDÉS MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España. Revista Chilena

1. No coincide con ninguna de las categorías de responsabilidad civil. Al ser indiferente al dolo o negligencia de las partes no se configura una hipótesis de responsabilidad subjetiva, y, a la vez, tampoco hay una actividad que objetivamente sea riesgosa para terceros, así que no es un caso de responsabilidad objetiva.

2. Su finalidad. La pensión compensatoria busca reparar el desequilibrio patrimonial de los cónyuges al producirse el divorcio o la separación, no reparar un daño atribuible a un tercero.

3. La ley considera las circunstancias personales de los cónyuges para determinar la cuantía de la pensión. Dentro de los factores que debe considerar el juez para fijar en definitiva el monto al que ascenderá la pensión compensatoria se encuentra la situación personal de los cónyuges, como sus necesidades y su estado de salud, mientras que las indemnizaciones se limitan a considerar el monto del daño¹⁰¹.

de Derecho, vol. 35(Nº3), pp.: 439-462; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 2005. La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su substitución. En: JORNADAS DE derecho de familia: Sevilla 29 y 30 de septiembre de 2005. pp.: 66; LEPIN MOLINA, Cristián. 2009. La compensación económica en el derecho comparado. Gaceta Jurídica, Nº 344, pp.: 74-93.

¹⁰¹ Artículo 97 C.C. Español: (...)A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2º La edad y el estado de salud.

3º La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4º La dedicación pasada y futura a la familia.

5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7º La pérdida eventual de un derecho de pensión.

4- El pago. Las obligaciones indemnizatorias deben ser cumplidas a través de un pago único, en tanto que la pensión compensatoria puede ser pagada ya sea a través de una prestación única o de una pensión, temporal o indefinida.

5- La pensión compensatoria puede ser modificada. El artículo 100 del Código Civil Español deja abierta la posibilidad de modificar el monto de la pensión compensatoria por variaciones en la fortuna de alguno de los cónyuges.¹⁰²

6- Se extingue por las causales establecidas en la ley. El artículo 101 del Código Civil Español establece que si el cónyuge beneficiario contrae nuevamente matrimonio o se encuentra en convivencia marital, pierde el derecho a la pensión compensatoria¹⁰³⁻¹⁰⁴.

8º El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9º Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

¹⁰² Artículo 100 C.C. Español: Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen (...).

¹⁰³ Artículo 101: El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (...).

¹⁰⁴ La doctrina española es crítica de esta norma en razón de que “no se vislumbra cómo la convivencia marital con otra persona, con o sin matrimonio, puede ser considerado como un hecho reparador del perjuicio que autoriza al cese de la pensión, máxime si esta norma no exige que la nueva convivencia le permita al acreedor vivir en igual situación económica que la que gozaba durante la vida en común del anterior vínculo matrimonial” DE LA HAZA DÍAZ, Pilar. La pensión de separación y divorcio, ed. La Ley, Madrid, 1989, p.:163.

c) Teorías mixtas o compuestas

Parte de la doctrina española opina que la pensión compensatoria participa de características tanto de alimentos como de indemnización.

El profesor Cristián LEPIN, citando a Carlos LALANA, explica: “la naturaleza de la pensión por desequilibrio es compuesta. Su componente predominante, aunque no exclusivo, es el compensatorio al ser elemento esencial en la concesión de la pensión la situación posterior a la separación o divorcio, en comparación con la existente constante matrimonio... Pero también el componente asistencial es claro cuando se trata de pensión por desequilibrio económico concedida en proceso de separación, ya que pervive el deber de socorro mutuo entre los cónyuges y, en este caso, debe entenderse que la pensión por desequilibrio económico engloba los alimentos del cónyuge. Además, si queremos lograr adecuada comprensión de la institución, tampoco podemos olvidar que la pensión se encuadra dentro del derecho de familia”¹⁰⁵.

Como fundamento de esta clasificación ZALARRUQUI cita la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 1ª, en su resolución de 10 de abril de 1987, que destaca su carácter híbrido al considerar que: “...la pensión no tiene una naturaleza ni

¹⁰⁵ LEPIN MOLINA, Cristián. 2009. La compensación económica en el derecho comparado. Gaceta Jurídica, N° 344, p.: 83.

alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan este carácter (...), sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto (...)”¹⁰⁶.

Se critica esta teoría en base a que mezcla instituciones jurídicas cuyos presupuestos de existencia no necesariamente son coincidentes, así “consecuencia del devengo de una pensión compensatoria puede ocurrir que no concurra el presupuesto esencial para el devengo de una pensión asistencial o de carácter alimenticio, como es el estado de necesidad o la indigencia”¹⁰⁷.

5.2. Naturaleza jurídica de la compensación económica en Chile

A diferencia del caso español, en nuestro país la compensación económica y el divorcio con disolución del vínculo matrimonial fueron instaurados coetáneamente, de manera que no hubo necesidad de controlar los efectos patrimoniales del divorcio, particularmente en atención al cónyuge más débil, a través de soluciones doctrinarias ni jurisprudenciales.

¹⁰⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 2005. La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su substitución. En: JORNADAS DE derecho de familia: Sevilla 29 y 30 de septiembre de 2005. p.: 4.

¹⁰⁷ CÉSPEDES Y VARGAS citando a CAÑETE: CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°3. p. 448.

Donde sí se ha dado debate, es acerca de la naturaleza jurídica de la institución, pues la doctrina chilena no termina de ponerse de acuerdo en lo que a ella respecta. A continuación se tratará esta discusión, con sus principales argumentos y expositores.

i. Naturaleza asistencial de la compensación económica

La doctrina nacional está de acuerdo en que la compensación económica no tiene naturaleza jurídica de alimentos, ello debido a que se descartó durante la discusión legislativa de la Ley N° 19.947¹⁰⁸ y al inciso segundo del artículo 66¹⁰⁹ que señala expresamente que, para el caso en que el pago de la compensación económica sea fijado en cuotas, dicha cuota se considerará alimentos y sólo para el efecto de su cumplimiento.

Sin embargo, en opinión del autor José Luis GUERRERO, el que no tenga naturaleza alimenticia no significa que no sea una institución de carácter asistencial (entendida como aquel apoyo económico frente a un estado de necesidad, ya sea por parte del Estado o de particulares), pues en materia de familia, terminada la relación matrimonial, es perfectamente posible que el legislador, en atención al término del deber de socorro entre los cónyuges y precaviendo la posibilidad de un cónyuge más débil - es decir, que se encuentre en un estado de necesidad originada durante el

¹⁰⁸ Al respecto, véase el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, Boletín n° 1.759-18, p.: 198.

¹⁰⁹ Ley 19.947, artículo 66, inc. 2°: “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”.

matrimonio o con ocasión de su término - contemple una nueva institución asistencial, con justificación distinta a la del vínculo de parentesco como en los alimentos, pero que se base en un estado de necesidad que el legislador estima necesario enfrentar, reparar o compensar, y esta función cumpliría la compensación económica, precisamente porque no puede perdurar luego del matrimonio el derecho de alimentos¹¹⁰.

Los fundamentos para esta posición los encontramos en los artículo 3° y 60 de la LMC¹¹¹, el primero de ellos establece el principio de protección de los hijos y del cónyuge más débil¹¹² y el segundo excluye la compensación económica de las relaciones patrimoniales que cesan junto con el matrimonio que termina por divorcio, y en leyes especiales dictadas con posterioridad, como la Ley N° 20.239, que declara como exenta de impuesto a la renta a la compensación económica o la Ley N° 20.255 sobre reforma del sistema previsional chileno, que en su artículo 80¹¹³ permite el traspaso de hasta el

¹¹⁰ GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXI, núm. 2, p.: 94.

¹¹¹ Ley 19.947, artículo 3°: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges”.

Artículo 60: “El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1 del Capítulo siguiente” (Párrafo que corresponde a la compensación económica).

¹¹² Este y otros principios modernos del derecho de familia se tratan *supra*: Capítulo III, subcapítulo 2 “Principios modernos del derecho de familia.

¹¹³ Ley 20.255, artículo 80: “Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de

50% de los fondos previsionales del cónyuge obligado al pago de la compensación económica a favor del beneficiado con ella. Estas normas reflejarían un apoyo del Estado a los beneficiarios de la compensación.

En contra de esta postura se ha manifestado el profesor LEPIN, en razón de que “resulta ser una visión moderna del carácter alimentario, o más bien un recurso semántico, ante la imposibilidad de fundamentar la naturaleza alimentaria”¹¹⁴, pues, sumado a la discusión legislativa y el artículo 66 inciso segundo de la Ley N° 19.947, la naturaleza alimentaria enfrenta otros obstáculos insalvables:

1. Los alimentos se fijan sobre la base de las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante. Para la compensación económica debe considerarse el menoscabo económico del cónyuge producto de su dedicación exclusiva o preferente al cuidado de los hijos y/o del hogar.

2. Una vez fijada la compensación, no es susceptible de revisión alguna; los alimentos, en cambio, son esencialmente modificables (artículo 332 del Código Civil¹¹⁵).

capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.

Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio”.

¹¹⁴ LEPIN MOLINA, Cristián. 2013. ¿Es procedente el arresto por el incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1 (2013), p.: 362.

¹¹⁵ Código Civil, artículo 332: “Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. (...)”

3. Los alimentos entre cónyuges se basan en el deber de socorro. La compensación económica no, pues se produce sólo una vez decretado el divorcio o declarada la nulidad, por tanto, cuando termina el estatuto protector del matrimonio.

ii. Naturaleza reparatoria de la compensación económica

También conocida como la postura indemnizatoria o compensatoria¹¹⁶.

Sus adherentes coinciden en que, a pesar de su naturaleza jurídica indemnizatoria, no se trata de un caso de responsabilidad civil, pues, en términos generales¹¹⁷, faltan algunos de sus presupuestos esenciales: no hay daño y es irrelevante la culpa del cónyuge deudor. Aclarado lo anterior, existen distintas posturas dentro de la doctrina:

¹¹⁶ Al respecto, CÉSPEDES M., Carlos y VARGAS A., David, citando a ZALARRUQUI, explican: “La diferencia entre indemnizar y compensar reside únicamente en la extensión de la reparación: el objetivo de la indemnización es la reparación total del daño: en cambio, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo” CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. Op. Cit., p.: 447.

¹¹⁷ A mayor abundamiento revisar: CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol. 34, N°1, pp.: 23-40; CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España. Revista Chilena de Derecho, vol. 35, N°3, pp.: 444-450; GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXI, núm. 2, pp.: 90-92; LEPIN MOLINA, Cristián. 2013. ¿Es procedente el arresto por el incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1 (2013), pp.: 361-364; PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, 4° ed. LegalPublishing, Santiago, 2011, pp.: 28-35; TURNER SAELZER, Susan. 2004. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. Revista de Derecho, vol. XVI (julio 2004), pp.: 98-102; BARCIA LEHMAN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp.: 322-331.

1. Algunos señalan, siguiendo al modelo español de la pensión compensatoria, que la institución tiene una naturaleza jurídica reparatoria del menoscabo producido al término del matrimonio, menoscabo entendido como desequilibrio económico entre los cónyuges, de cara a la nueva vida que deben enfrentar después de la disolución del vínculo¹¹⁸.

2. Para el profesor Hernán CORRAL la función de la institución determina su naturaleza jurídica. Esta función se encuentra, de acuerdo al autor, en el caso central que los legisladores tuvieron a la vista para discutir la compensación: la mujer que se ha llevado el peso de la mayor parte de las responsabilidades de la familia y que es objeto del divorcio unilateral de su marido. Siendo este caso la justificación de la compensación, esta serviría como un paliativo del desamparo económico en que queda esta mujer, que ha invertido sus esfuerzos en un proyecto de vida del que se ve privada –

¹¹⁸ TURNER SAELZER, Susan. 2004. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. *Revista de Derecho*, vol. XVI (julio 2004), pp.: 98-102.

Sin embargo esta asimilación no es perfecta, pues, en palabras de la autora, hay imprecisiones tanto de forma como de fondo, al respecto: “Desde una perspectiva formal, la denominación empleada es, al menos, vaga pues la compensación no opera aquí ni en el sentido que le atribuye el art. 1655 y siguientes de nuestro Código Civil ni existe la comparación de patrimonios propia del derecho español.

En el aspecto material, la compensación económica adolece de imprecisiones en cuanto a la delimitación de sus supuestos de hecho. Si en la pensión compensatoria española el concepto clave es el desequilibrio económico, en el art. 61 de la nueva ley lo es el menoscabo económico. Dicho menoscabo (...) proviene del hecho de que uno de los cónyuges no desarrollara actividad remunerada o lucrativa alguna o lo hiciera en menor medida de lo que podía y quería, a consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Que uno de los cónyuges no haya trabajado remuneradamente durante el matrimonio no parece acarrear dificultades pero ¿qué debemos entender por trabajar “en menor medida de lo que podía y quería”? Esta fórmula implica fijar un máximo posible para cada caso en el aspecto del poder como del querer, cuestión que, por ejemplo, en mercados laborales cambiantes y cuando se trate de matrimonios de larga data es muy difícil. Pero, (...), en mi opinión la situación de la compensación económica se presenta agravada por cuanto la distribución de tareas dentro del matrimonio, remuneradas o no, surgieron del acuerdo privado de los cónyuges”. TURNER SAELZER, Susan, *Op. Cit.* p.: 99.

con autorización de la ley- sin su voluntad. De esta manera el legislador busca evitar que el divorcio signifique un aumento generalizado de la pobreza entre las mujeres.

Entendiendo así su función, el autor señala que la naturaleza jurídica de la compensación económica sería de una indemnización por afectación lícita de derechos, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación o de imposición de servidumbres legales¹¹⁹.

3. Otra postura señala que se trata de un caso de enriquecimiento sin causa, pues a través de la compensación económica se pretende indemnizar al cónyuge beneficiario por la pérdida de un estándar de vida que tenía durante la vida conyugal, y que no podrá sustentar por su cuenta por haberse dedicado al cuidado de la familia. Este trabajo de cuidado es el que ha originado un enriquecimiento del cónyuge deudor, quien goza de un cierto nivel de vida gracias al sacrificio del otro. En estos casos el empobrecimiento se traduce en una merma económica o en la ausencia de ingresos en el patrimonio del cónyuge beneficiario¹²⁰. En el mismo sentido opina PIZARRO, citado por ORREGO: “Podría entenderse (...), que su fundamento estaría en la reparación del enriquecimiento injusto o sin causa, considerando que si uno de los cónyuges logró una situación

¹¹⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34(Nº1), p.: 26.

¹²⁰ GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXI, núm. 2, p.: 92.

económica más expectable que el otro, en parte no despreciable, ello se debió al apoyo que recibió del cónyuge más débil”¹²¹.

Quienes critican el carácter indemnizatorio, señalan las siguientes razones:

1- No se puede hablar de indemnización sin daño, y en este caso lo que la ley pretende reparar son consecuencias propias de la vida matrimonial, no el daño que un cónyuge causó al otro¹²².

2- La indemnización de perjuicios se fija de acuerdo a la extensión del daño, prescindiendo la ley, por regla general, de la buena o mala fe del autor. Sin embargo en la Ley de Matrimonio Civil, se atiende a dicha buena o mala fe del cónyuge deudor. No hay por ende responsabilidad estricta u objetiva¹²³.

iii. Naturaleza jurídica variable

Algunos autores afirman que la naturaleza de la compensación económica variará de acuerdo a la causal por la que se otorgue. COURT MURASSO explica que “podría

¹²¹ ORREGO ACUÑA, Juan. 2004. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. Véase: [En línea] Juan Andrés Orrego < <https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/> > [última consulta: 5 de septiembre de 2018].

¹²² Al respecto, CÉSPEDES M., Carlos y VARGAS A. David, citando a VIDAL y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, señalan: “No sería correcto decir que el cónyuge beneficiario es víctima de este (daño) o que el cónyuge deudor sea el autor del mismo. El menoscabo económico que pretende reparar la ley proviene de las condiciones de la vida matrimonial, fundamentalmente de la opción que asumió el cónyuge beneficiario”. CÉSPEDES M., Carlos y VARGAS A. David, Op. Cit., p.:450.

¹²³ ORREGO ACUÑA, Juan. Op. cit.

sostenerse que la compensación constituye una verdadera indemnización de perjuicios fundada en el enriquecimiento sin causa, en especial, si se otorga tomando en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges. En cambio, si la compensación se concede únicamente en atención a la edad, estado de salud y situación previsional del cónyuge, tendría más bien un carácter asistencial. Por último, si se otorga atendiendo a la mala situación patrimonial del cónyuge beneficiario o a su baja calificación profesional o a sus pocas posibilidades de acceder al mercado laboral, la compensación tendría un marcado carácter alimenticio”¹²⁴.

iv. Naturaleza jurídica sui generis

a) Obligación legal

Ante la insuficiencia de las teorías anteriores para explicar la naturaleza jurídica de la compensación económica, se ha señalado que esta tendría una configuración propia, “es solo una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada”¹²⁵.

¹²⁴ COURT MURASSO, Eduardo. Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada. Ed. Legis, Bogotá, año 2004, pp.: 98-99.

¹²⁵ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. Op Cit., p.: 451.

En el mismo sentido PIZARRO y VIDAL: “constituye un derecho de origen legal establecido, por acuerdo de las partes y a falta de este, por decisión judicial. Es una obligación legal que pesa sobre el otro cónyuge -aquel que sí desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro- quien debe ejecutar una prestación de dar en beneficio del titular”¹²⁶.

b) Obligación extrapatrimonial

LEHMANN y RIVEROS indican que no es posible calificar la naturaleza jurídica de la compensación económica en base a instituciones propias del derecho civil patrimonial, pues esta figura pertenece al Derecho de Familia, que tiene principios y consideraciones éticas que escapan al derecho patrimonial. Los autores señalan que “la compensación económica es un derecho extrapatrimonial, que se sustenta en la protección de un acuerdo implícito de los esposos o cónyuges, que es promovido por el ordenamiento jurídico. No podría ser de otra forma por cuanto este acuerdo permite la distribución del trabajo en el seno de la familia y ello redundaría en la protección del hogar común y/o de los hijos comunes”¹²⁷. Los autores indican que si bien los factores de procedencia de la compensación contenidos en el artículo 61 de la LMC son objetivos, su evaluación depende del comportamiento de los cónyuges, teniendo un trasfondo eminentemente ético o moral: la protección de la familia, manifestada a través de la

¹²⁶ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, 4º ed. LegalPublishing, Santiago, 2011, p.: 32.

¹²⁷ BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina. 2011 El carácter extrapatrimonial de la compensación económica. Revista Chilena de Derecho, vol. 38, N°2, p.: 251.

protección del cónyuge que optó por quedarse en el hogar común, beneficiando a los otros integrantes de la familia; protección que se manifiesta al permitirle a este cónyuge - que pospuso su desarrollo laboral o profesional por la familia - tener acceso a los beneficios que dicha acción produce en el patrimonio del otro cónyuge¹²⁸.

v. Comentarios finales respecto a la naturaleza jurídica de la compensación económica

Recapitulando, recogemos el análisis del profesor LEPIN, que distingue dos grandes grupos en materia de naturaleza jurídica:

1) Aquellos que ven en ella una institución primordialmente asistencial, en base al principio de protección del cónyuge más débil establecido en el artículo 3° de la LMC, que en último término busca perpetuar la protección del deber de socorro más allá de la disolución del vínculo conyugal. La adherencia a esta postura llevará a una interpretación extensiva de los requisitos de procedencia de la compensación, y se tratarán de igual manera los requisitos de la cuantía. A su vez, la renuncia al derecho a compensación económica será más restrictiva.

¹²⁸ BARCIA L., Rodrigo y RIVEROS F., Carolina. Op. Cit., p.: 262.

2) Por otro lado, están quienes ven en la compensación económica sólo un efecto patrimonial del término del matrimonio por divorcio o nulidad, sin una mirada asistencial detrás. De acuerdo a ello, sus requisitos de procedencia y determinación de la cuantía se interpretarán restrictivamente, y, en cuanto a la renuncia, procedería incluso la renuncia tácita al derecho¹²⁹.

Al contrastar la prestación compensatoria del derecho francés y la compensación por desequilibrio del derecho español con la compensación económica del derecho chileno pueden observarse importantes diferencias. Dentro de estas destaca la amplitud de las causales en ambos países, donde es suficiente que se produzca una disparidad económica entre los excónyuges a consecuencia de la ruptura del matrimonio para ser titular del respectivo derecho. Las restricciones impuestas por el artículo 61 LMC¹³⁰ dan cuenta de que el legislador nacional quiso crear una institución excepcional, a la que solo pudiesen acceder quienes satisfagan dichos supuestos. Considerando esta situación, se opta por rechazar aquellas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica de índole asistencial, pues estas amplían su campo de aplicación a prácticamente cualquier ruptura matrimonial, Dicho lo anterior, las teorías de carácter indemnizatorio resultan más acordes a la realidad de este derecho que, en última

¹²⁹ LEPIN MOLINA, Cristián. 2013. ¿Es procedente el arresto por el incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1 (2013), pp.: 363-364.

¹³⁰ Tratadas en detalle *ut infra*.

instancia ante el juez de familia, termina la mayoría de las veces en un contraste entre los patrimonios de ambos cónyuges al momento de la ruptura¹³¹.

¹³¹ A mayor abundamiento, véase: *infra*, Capítulo III, subcapítulo 4 “La compensación económica y sus temas pendientes”.

CAPÍTULO II: MARCO REGULATORIO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

1. Introducción

El marco regulatorio de la compensación económica se encuentra en el párrafo 1° del capítulo VII de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, titulado “De la compensación económica”, artículos 61 a 66, el artículo 80 de la Ley N° 20.255 de Reforma Previsional y, desde el 21 de abril del año 2015, también en los artículos 26 y 27 de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil.

El objetivo de esta sección es presentar el aspecto práctico del derecho a compensación económica a través del análisis de su marco regulatorio, la doctrina referida a aquel y la jurisprudencia al respecto. En particular, se tratarán las siguientes materias: presentación del acuerdo de unión civil y su relación con el derecho a compensación económica, legitimación activa, la oportunidad procesal para solicitarla, los supuestos de procedencia, tanto en general como en particular, relación entre la compensación económica y el divorcio por culpa y finalizaremos el capítulo con la cuantificación del beneficio.

2. El acuerdo de unión civil

Dado que se trata de una figura reciente en nuestro ordenamiento jurídico, a la que el legislador hizo aplicable la normativa de la compensación económica, resulta necesaria una explicación sobre el Acuerdo de Unión Civil antes de proceder a un desarrollo pormenorizado de dicha compensación, a fin de que en el análisis posterior sea clara la relación entre ambas instituciones.

El 21 de abril del 2015 fue publicada en Chile la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil. En su artículo primero este se define como:

“(…) Un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”.

Junto al Acuerdo de Unión Civil¹³² nace un nuevo estado civil: el conviviente civil¹³³ y, al igual que en el matrimonio, el AUC genera parentesco por afinidad¹³⁴ y los convivientes civiles tienen la obligación de prestarse ayuda mutua. También es aplicable

¹³² En adelante AUC.

¹³³ Artículo 1° inciso 2°, Ley N° 20.830.

¹³⁴ Interesante es la salvedad que realiza María QUINTANA, al destacar que en la definición de parentesco por afinidad (artículo 31 del Código Civil) se indica que “es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer”, por lo tanto subsiste a la terminación del matrimonio. El AUC también genera parentesco por afinidad (artículo 4° Ley 20.380), pero este se extingue junto con su término. QUINTANA VILLAR, María Soledad. 2015. El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV, primer semestre de 2015. pp.: 125-126.

la presunción legal de paternidad del artículo 184 del Código Civil y la normativa relativa a los bienes familiares.

En cuanto a la regulación patrimonial, cada conviviente civil debe aportar al hogar común de acuerdo a sus posibilidades y al régimen que exista entre ellos. Al respecto, el régimen patrimonial supletorio es el de separación total de bienes y se puede pactar expresamente un régimen de comunidad, todo ello de acuerdo al artículo 15 de la Ley N° 20.830.

En materia sucesoria, el conviviente civil sobreviviente es heredero intestado, legitimario y beneficiario de la cuarta de mejoras, concurriendo a la sucesión con los mismos derechos que el cónyuge sobreviviente¹³⁵.

A su vez, el conviviente civil es legitimado activo para reclamar las indemnizaciones de perjuicios por daños sufridos por su conviviente, cuando estos le imposibiliten de accionar por sí mismo o le causen la muerte¹³⁶.

El artículo 22 de la Ley N° 20.830 otorga al juez de familia la competencia para conocer de las controversias entre convivientes civiles, en aquellas materias que

¹³⁵ Artículo 16 Ley 20.830.

¹³⁶ Artículo 20 Ley N° 20.830.

establece el artículo 8° de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia¹³⁷. Y hace extensibles todas las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que pesan sobre los cónyuges a los convivientes civiles.

En lo que respecta al término del AUC, este es mucho más sencillo que en el matrimonio; de acuerdo al artículo 26 de la Ley N° 20.830, terminará por: 1) muerte natural o presunta del conviviente; 2) por contraer matrimonio los convivientes civiles entre sí; 3) por mutuo acuerdo que conste en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil; 4) por voluntad unilateral del conviviente civil, que conste en escritura pública o acta otorgada ante el oficial del Registro Civil, notificada al otro

¹³⁷ Artículo 8° Ley N° 19.968: Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes; 2) Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular; 3) Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2° y 3° del Título X del Libro I del Código Civil; 4) Las causas relativas al derecho de alimentos; 5) Los disensos para contraer matrimonio; 6) Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil; 7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores; 8) Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas; 9) Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.084. Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N; 10) La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley; 11) Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 16.618; 12) Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la ley N° 19.620; 13) El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la ley N° 19.620; 14) Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares: a) Separación judicial de bienes; b) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos; 15) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil; 16) Los actos de violencia intrafamiliar; 17) Toda otra materia que la ley les encomiende.

conviviente vía tribunales de familia¹³⁸; 5) por declaración judicial de la nulidad del acuerdo¹³⁹.

Presentada la institución, nos dedicaremos a la relación entre el AUC y el derecho a compensación económica.

De acuerdo al artículo 27 de la Ley N° 20.830, el conviviente civil que, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa, cuando el acuerdo de unión civil termine por:

1) Mutuo acuerdo de los convivientes civiles que conste en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil, o

2) Voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles que conste en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil, o

3) Sentencia que declare la nulidad del acuerdo.

¹³⁸ Cabe destacar que la notificación es un requisito de publicidad, no de validez del acto.

¹³⁹ Como puede apreciarse, sólo para el caso de la nulidad del acuerdo se requiere la intervención del tribunal para poner término al AUC.

Luego la ley nos remite a los artículos 62 a 66 de la LMC. Por último, en el inciso tercero del artículo 27 se establece una innovación: en caso de que el AUC termine de manera unilateral, existe un plazo de prescripción de seis meses para demandar la compensación económica ante el tribunal de familia competente, contados desde la subinscripción de la terminación¹⁴⁰. En la notificación del término del AUC se debe incluir la posibilidad de exigir este derecho.

Considerando que el plazo de prescripción se contabiliza desde la subinscripción del término del acuerdo, que en caso de término unilateral del AUC puede faltar la notificación¹⁴¹ y que la ley presume el conocimiento del término del acuerdo pasados tres meses desde la subinscripción, el conviviente civil no notificado se encuentra en una precariedad jurídica importante en lo que respecta al ejercicio de este derecho, a diferencia del cónyuge que necesariamente debe ser notificado de la acción de divorcio o nulidad.

¹⁴⁰ Al respecto, María Quintana comenta: “Dada la brevedad del plazo concedido y la posibilidad de que la notificación no se lleve a efecto, podría este derecho ser una mera declaración, quedando el conviviente que ignora el término del acuerdo en imposibilidad de alegarlo”. QUINTANA VILLAR, María Soledad. Op. Cit., p.: 137.

¹⁴¹ Art. 26 Ley 20.830: “(...) La notificación deberá practicarse por medio de receptor judicial, dentro de los veinte días siguientes a la subinscripción de la referida escritura o acta, al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil, efectuada en el registro especial que establece el artículo 6º. La falta de notificación no afectará el término del acuerdo de unión civil, pero hará responsable al contratante negligente de los perjuicios de la ignorancia que dicho término pueda ocasionar al otro contratante. Quedará relevado de esta obligación si el miembro de la pareja a quien debe notificarse se encuentra desaparecido, o se ignora su paradero o ha dejado de estar en comunicación con los suyos. En todo caso, no podrá alegarse ignorancia transcurridos tres meses de efectuada la subinscripción a que se refiere el inciso precedente”.

3. Legitimación activa

La legitimación activa de este derecho corresponderá, al término del matrimonio por sentencia de divorcio o nulidad, a aquel cónyuge que, durante la vida en común, se dedicó al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar, de manera que no haya podido ejercer una labor remunerada en la medida de lo que podía y quería, experimentando por ello un menoscabo económico¹⁴² y -desde el año 2015- se suma un nuevo titular: el conviviente civil que se halle en los mismos supuestos¹⁴³. La ley no otorga este derecho en función del sexo o género del solicitante sino que en reconocimiento al rol que desempeñó durante la relación, según se explicará más adelante.

En los apartados que siguen se desarrollarán en detalle cada uno de los supuestos de procedencia de la compensación económica que, a fin de cuentas, son los requisitos que el legitimado activo del beneficio deberá probar para fundamentar su pretensión.

¹⁴² Art. 61 de la LMC.

¹⁴³ Art. 27 Ley N° 20.830.

4. Oportunidad procesal para solicitar la compensación económica

4.1. Con acuerdo de las partes

Los cónyuges, ya sea en proceso de divorcio o nulidad, son los primeros llamados a regular la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica, tal como señala el artículo 63 de la LMC; podrán hacerlo a través de acuerdo que conste por escritura pública o en acta de avenimiento, que debe ser aprobado por el tribunal¹⁴⁴. Asimismo, por la remisión que hace el artículo 27 de la Ley N° 20.830, en el caso de los convivientes civiles también se podría fijar la compensación de común acuerdo.

En cuanto al rol del juez frente a dicho acuerdo en casos de divorcio, dependerá del tipo de divorcio de que se trate, pues su regulación es diferente. Si estamos ante un divorcio por cese de la convivencia por un plazo superior a un año (conocido como “divorcio de común acuerdo”), el convenio sobre la compensación económica debe ser incluido dentro de un acuerdo completo y suficiente, conforme al inc. 2° del art. 55 de la LMC¹⁴⁵. El acuerdo será completo si regula las materias que dicen relación con las

¹⁴⁴ En opinión del profesor LEPIN, “(...) el legislador ha establecido un verdadero orden de prelación, siendo los primeros llamados a regular este derecho los cónyuges, que están en mejor posición que el juez para resolver sus propios asuntos, lo cual resulta coherente con la lógica que impera en los tribunales de familia, en orden a privilegiar las soluciones pacíficas y colaborativas entre las partes del conflicto familiar”. LEPIN MOLINA, Cristián. 2012. Las prestaciones económicas posdivorcio en la legislación chilena. Revista de Derecho de Familia, N°56, p.: 183.

¹⁴⁵ Art. 55 LMC: “Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

relaciones mutuas entre los cónyuges, a saber, los alimentos que se deban y aquellas vinculadas al régimen de bienes del matrimonio y, si hubiesen hijos, también debe regular el régimen de alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular con aquel de los padres que no los tuviere a su cuidado. El acuerdo será suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges. Este acuerdo debe acompañarse a la demanda de divorcio, siendo un requisito de admisibilidad de aquella.

Si se trata de un divorcio por cese de la convivencia por un plazo de a lo menos tres años (“divorcio unilateral”), las opiniones sobre el rol del juez son dispares. Por un lado, hay quienes aplican por analogía el artículo 31 de la LMC al acuerdo del artículo 63 de la LMC, en razón del principio de protección del cónyuge más débil. El artículo 31 otorga al juez que conoce de la separación judicial, la facultad de subsanar las deficiencias del acuerdo o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita (...).”

Art. 21 LMC: “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido”.

Por el contrario, el profesor LEPIN opina que, en caso de tratarse de un divorcio unilateral, el papel del juez se limita a la homologación del acuerdo, solo aceptarlo o rechazarlo, por los siguientes argumentos: 1) no resulta aplicable por analogía el artículo 31 LMC, pues al estar dentro de la separación judicial opera bajo el supuesto de subsistencia del matrimonio; 2) a diferencia del acuerdo completo y suficiente, el artículo 63 no regula un contenido mínimo, por lo tanto no existen criterios de suficiencia que cumplir; 3) el argumento *a fortiori*, “quien puede lo más puede lo menos” si el cónyuge económicamente más débil puede renunciar, incluso tácitamente (al no solicitarla en tiempo y forma), al derecho a compensación económica, es de toda lógica que pueda regular la prestación en los términos que estime convenientes; y 4) por un asunto práctico, el juez que no ha recibido prueba sobre la compensación económica malamente podrá determinar quién es el cónyuge más débil y si se protegen o no sus intereses¹⁴⁶.

4.2. Sin acuerdo de las partes

A falta de acuerdo, corresponderá al juez de familia evaluar la procedencia y cuantificación de la compensación económica, de acuerdo al artículo 64 de la LMC:

“A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

¹⁴⁶ LEPIN MOLINA, Cristián. Op. Cit., pp.: 186-187.

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

Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvencción, 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”.

Por tanto, la parte demandante podrá solicitar la compensación económica en su demanda o escrito complementario y la parte demandada podrá solicitarla vía demanda reconvenccional. El plazo para contestar y demandar reconvenccionalmente está en el art. 58 de la Ley N° 19.968:

“Contestación de la demanda y demanda reconvenccional. El demandado deberá contestar la demanda por escrito, con al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia preparatoria. Si desea reconvenir, deberá hacerlo de la misma forma, conjuntamente con la contestación de la demanda (...)”.

Si contrastamos, existe una incongruencia entre el art. 58 de la Ley N° 19.968 y el inciso 2° del art. 64 de la LMC, pues mientras el primero establece un plazo de preclusión para la contestación y la reconvencción y, por tanto, para solicitar la

compensación, el segundo abre la posibilidad de ejercer este derecho dentro de la audiencia preparatoria¹⁴⁷.

Nuestros tribunales han tratado de subsanar esta controversia informando a las partes la existencia del derecho a solicitar una compensación económica al momento de proveer las demandas de nulidad o divorcio; sin embargo ello no asegura que lo soliciten antes de la audiencia.

Informado este derecho en la audiencia preparatoria, las partes pueden solicitarlo en la misma y ni la Ley N° 19.968 ni la LMC establecen cómo debe proceder el juez si así ocurre. Puede suceder que las mismas partes soliciten la suspensión de la audiencia para ser asesoradas en relación a este derecho y el juez debería acceder a dicha petición de acuerdo al principio de protección del cónyuge más débil. Así también, puede ser que las partes ya informadas del derecho a compensación económica decidan no solicitarla, produciéndose la preclusión del derecho.

¹⁴⁷ Esta inconsistencia se explica por la historia de la Ley N° 19.968. La LMC vino acompañada de la creación de tribunales especiales para la materia: los tribunales de familia; ante ellos, en un principio, se podía comparecer personalmente y “se estimaba que al no conocer de manera profunda los derechos establecidos por la Ley de Matrimonio Civil, muchos cónyuges no solicitarían la compensación económica simplemente por desconocimiento de este derecho, por ello el juez de familia debía informar a las partes de su existencia”. Sin embargo, el año 2008 fue publicada la Ley N° 20.286, que modificó múltiples aspectos de la Ley N° 19.968, incluyendo los requisitos de comparecencia en juicio, y desde entonces las partes deben comparecer ante los tribunales de familia patrocinadas por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representadas por persona legalmente habilitada para actuar en juicio. De acuerdo a lo anterior, “es posible considerar que el juez no debe informar a las partes de la existencia de este derecho, ya que esta obligación ya no se encontraría justificada jurídicamente, puesto que ahora es labor del abogado informar acerca de su existencia” FARFÁN GARRIDO, Álvaro Patricio. 2011. Consideraciones críticas en torno al deber legal del juez de familia de informar a las partes el derecho a la compensación económica: análisis a la luz de los principios procesales. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.: 45-50.

En opinión del profesor LEPIN, en caso de que sea el demandante quien solicite ampliar la demanda y por aplicación del artículo 261 del Código de Procedimiento Civil¹⁴⁸, correspondería al juez suspender la audiencia y permitirle ejercer la acción y conceder al demandado el plazo para contestar o reconvenir, de forma de no dejarlo en indefensión. A la vez, señala que “esta interpretación nos parece coherente con lo dispuesto en el art. 64 inc. 2º LMC (...) ya que, de lo contrario la norma carecería absolutamente de sentido y no tendría ninguna aplicación, por lo demás, se podría complementar con el principio de protección al cónyuge más débil (art. 3º LMC), para fundamentar la decisión”¹⁴⁹.

La relación entre el inciso 2º del art. 64 de la LMC y el procedimiento ante los tribunales de familia fue examinada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema a través de resolución de fecha 23 de mayo de 2011 en causa Rol 1413-2011, conociendo de un recurso de casación en el fondo con los siguientes antecedentes: en la tramitación del respectivo juicio de divorcio ante el juzgado de familia competente, la contestación de la demanda y la demanda reconvenzional de compensación económica fueron presentadas por escrito pero extemporáneamente, siendo desestimadas por el juzgado. En la audiencia preparatoria, el juez informó a las partes de su derecho a demandar una

¹⁴⁸ Art. 261 CPC.- “Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes.

Estas modificaciones se considerarán como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda”.

¹⁴⁹ LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.: 58.

compensación económica y el juzgado rechazó la interposición de la demanda reconvenzional durante la audiencia. Finalmente en primera instancia se acogió la demanda de divorcio y se declaró terminado el matrimonio por la causal de cese de la convivencia por un plazo superior a tres años, sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Al respecto, la Corte Suprema realizó el siguiente análisis: “Que en el caso *sub-lite* se hace necesario abordar el conflicto que la aplicación de las normas citadas en los motivos precedentes plantea. En efecto, conforme a la interpretación que se ha hecho del artículo 58 de la Ley 19.968, se ha tenido por extemporánea la acción reconvenzional intentada por la cónyuge demandada de divorcio, por la que reclama el derecho a obtener compensación económica, en razón de no haber sido deducida con la antelación que dicha norma prevé para la contestación de la demanda, lo que resulta contradictorio con lo que a su vez plantea el artículo 64, inciso segundo, de la Ley 19.947, en cuanto impone al juez de la causa, la obligación de informar a las partes la existencia de dicho derecho, durante la audiencia preparatoria.

(...) La resolución del conflicto debe buscarse atendiendo a los principios que informan el derecho y el procedimiento de Familia y, en este sentido, cabe considerar lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 19.968, que hace aplicables en la especie la oralidad, concentración, desformalización, inmediatez, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas. Así, si el legislador ha establecido expresamente la obligación del juez del grado de informar a la demandada sobre la existencia del derecho a compensación económica, permitiéndole incluso la posibilidad de hacerlo a través de reconvección oral -en la audiencia preparatoria- no puede desconocerse la especial

preocupación e interés de la ley de brindar la debida protección procesal a aquella parte más débil de la relación matrimonial de cuya terminación se trata.

Que de lo razonado se desprende que la correcta aplicación e interpretación de las normas citadas, impone conciliar aquella finalidad de especial protección, que permite hacer efectivo el derecho a impetrar o reclamar la compensación económica por sobre aquella otra que, haciendo extensivas exigencias previstas en normas procesales generales, no lo permite”¹⁵⁰.

Luego de ello resuelve invalidar lo obrado en autos y retrotraer el juicio al estado en que se realice una nueva audiencia preparatoria para que se le brinde a la demandada la posibilidad de ejercer su derecho a reclamar una compensación económica y se proceda a conocer de dicha acción conjuntamente con la de divorcio.

De lo anteriormente expuesto puede establecerse que el inciso 2º del art. 64 de la LMC busca proteger el interés del cónyuge económicamente más débil, pero para ello crea un elemento de entorpecimiento procesal importante, pues acarrea incertidumbre acerca de la interposición de esta acción durante la audiencia preparatoria y, de ocurrir, entendemos que el juez deberá suspenderla para no provocar indefensión en la otra parte, dilatando la tramitación del proceso, cuestión que no parece necesaria al existir una notificación válida y asesoría letrada obligatoria.

¹⁵⁰ Considerandos sexto, séptimo y octavo, sentencia citada.

Por último, la doctrina es unánime¹⁵¹ al afirmar que la compensación económica no sería una acción independiente, de manera que debe solicitarse siempre dentro del juicio de divorcio o nulidad matrimonial, no siendo posible demandarla una vez terminado el matrimonio por alguna de estas causas. Si bien no hay norma expresa que lo prohíba, esta posibilidad iría contra los artículos 50, 60 y 64 inc. 3º de la LMC, en razón de lo siguiente: a) atentaría contra el art. 50 en tanto este dispone que, en caso de nulidad matrimonial, se retrotraen las partes al estado en que se encontraban al momento de contraer matrimonio, por lo tanto sería improcedente solicitar una compensación económica; b) el art. 60, por su parte, declara que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funden en la existencia del matrimonio; y c) el art. 64 prescribe que la compensación económica se solicite ya sea en la demanda, su escrito complementario o en la reconvencción, por lo que no podría solicitarse una vez terminado el proceso de divorcio o nulidad.

En opinión del autor Álvaro FARFÁN, “por las mismas razones (...), no existe la posibilidad de solicitar revisión del monto de la compensación económica, tal como ocurre en el caso de los alimentos, puesto que lo que se busca es poner término al

¹⁵¹ A mayor abundamiento: VIDAL, Álvaro y PIZARRO, Carlos. La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial, ed. Legal Publishing, Santiago, 2009, pp.: 157; CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, Nº1, pp.: 23-40; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 2004. Ley de matrimonio civil. *En: CURSO DE actualización jurídica. Nuevas tendencias en el Derecho Civil*, año 2004. Santiago, Chile. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, pp.: 46; ORREGO ACUÑA, Juan. 2004. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. Véase: [en línea] Juan Andrés Orrego <<https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/>>[última consulta: 14 de mayo de 2018].

conflicto familiar de una sola vez”. Asimismo, añade un argumento procesal: “de acuerdo al principio de la unidad de la competencia tampoco podría admitirse una demanda de compensación económica luego de terminado el proceso de nulidad o divorcio. Este principio, que constituye uno de los principios que deben regir los procesos de divorcio, nulidad y separación judicial, se encuentra establecido en los artículos 17 y 89 de la Ley de Tribunales de Familia (...) este principio permite al juez de familia conocer conjuntamente en un solo proceso las distintas materias de su competencia que sean sometidas a su decisión por una o ambas partes (...) fue establecido con la finalidad de que todas las materias concernientes al matrimonio fueran resueltas en un solo proceso y no en procesos continuos e independientes, que solo terminarían con agudizar el conflicto familiar”¹⁵².

Para terminar este acápite una última reflexión. Con la introducción del acuerdo de unión civil al derecho de familia y la posibilidad que tiene el conviviente civil de solicitar una compensación económica a través de los juzgados de familia se abre la posibilidad tan negada por la doctrina: solicitar el derecho a compensación económica aunque ya se encuentre terminado el AUC (debemos recordar las situaciones en que el término de esta institución da derecho a solicitar el beneficio) en los casos en que este ha finalizado por la inscripción respectiva, pues, como se recordará, el conviviente civil

¹⁵² FARFÁN, Álvaro. Op. Cit., p.: 54.

tiene un plazo de prescripción de seis meses para solicitarla, contados desde la subinscripción respectiva, que marca el término del AUC.

5. Supuestos de procedencia de la compensación económica

Cuando hablamos de los supuestos de procedencia de la compensación económica nos referimos a los elementos que deben concurrir respecto del cónyuge o conviviente civil para ser titular de este derecho. Estos elementos se encuentran en los artículos 61 y 62 de la Ley N° 19.947, en el caso del matrimonio, y en el artículo 27 de la Ley N° 20.830, en el caso del AUC.

En materia de supuestos de procedencia de la compensación económica existen diversas posturas doctrinarias, en primer lugar en lo que respecta a la relación entre los artículos 61 y 62 de la LMC y, en segundo lugar, sobre los supuestos de procedencia en particular; se analizan ambos tópicos en las próximas páginas, comenzando por la relación entre los artículos mencionados:

Art. 61: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare

la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

Art. 62: “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; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y 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 (...).”

En cuanto a la relación de ambos artículos, el profesor Hernán CORRAL plantea una postura “de aplicación alternativa”, según la cual ambas normas podrían invocarse indistintamente como fuente del derecho a compensación económica, de manera que si el demandante no cumple con los supuestos del artículo 61, igualmente podría el juez otorgarle la compensación en base al artículo 62. El autor explica su interpretación de la siguiente manera: “el supuesto de hecho fundamental que exigen las normas es que un cónyuge por el hecho del divorcio sufra menoscabo económico. Se trata claramente de un daño, ya que esa es la inteligencia más clara y directa del vocablo menoscabo (...). Este menoscabo económico, en la mayor parte de los casos, será consecuencia de haberse dedicado el cónyuge beneficiario al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa

durante el matrimonio, o haberlo hecho en una menor medida de lo que podía y quería. (...). Pero bien puede ser que el menoscabo no se produzca por esta circunstancia típica y más frecuente (la dedicación de un cónyuge al hogar), sino por otras que no se mencionan en el art. 61, pero sí en el art. 62¹⁵³. El autor da como ejemplo a la mujer que sí trabajó durante el matrimonio, pero a quien el divorcio o nulidad le causa menoscabo pues ya no podrá optar a los beneficios previsionales o de salud de su cónyuge, o aquella que no trabajó, no por dedicarse al hogar o a los hijos, sino porque sufría de alguna enfermedad incapacitante. En estos casos no se cumplen los requisitos del artículo 61, pero aun así el juez podría tener por acreditado el menoscabo económico de acuerdo al artículo 62. Por último, la relación entre ambos artículos también funcionaría de manera inversa: puede que se acrediten todos los elementos del artículo 61 y aun así el juez estimar que no se produce un menoscabo económico pues el demandante de la compensación tuvo un fuerte incremento patrimonial durante el matrimonio debido a adquisiciones a título gratuito. Como se observa, para esta postura ambas normas pueden ser invocadas indistintamente como presupuesto normativo de la acción.

Como crítica se plantea que reduce sustancialmente la significación del artículo 61, al punto de implicar su anulación, pues, por regla general, en cada caso de divorcio o

¹⁵³ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol. 34, N°1, pp.: 26-27.

nulidad concurrirá alguna de las circunstancias del artículo 62 que, desligada del cuidado de los hijos o del hogar común, harían procedente la compensación¹⁵⁴.

En otra visión encontramos la postura de “dependencia funcional”, planteada por la profesora Susan TURNER, que explica: “la interrogante sobre la relación entre los arts. 61 y 62 LMC, (...), sería que ambos debieran entenderse en una vinculación de dependencia funcional, siendo el art. 61 la norma principal y el art. 62 la norma auxiliar. De esta forma, el art. 61 LMC constituiría el fundamento de la compensación económica al definir sus presupuestos y el art. 62 inc. 1º LMC se limitaría a fijar la cuantía de la misma.

De acuerdo con esta concepción, y según el art. 61 LMC, los requisitos constitutivos de la compensación económica son:

- i. Que el matrimonio sea declarado nulo o se decrete el divorcio;
- ii. Que uno de los cónyuges no haya desarrollado una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo haya hecho en menor medida de lo que podía y quería porque
- iii. dicho cónyuge se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar, por lo que
- iv. sufrió un menoscabo económico derivado de la falta total o parcial de trabajo remunerado.

¹⁵⁴ TURNER SAELZER, Susan. 2005. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas. Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N°3, p.: 422.

Concurriendo copulativamente estos cuatro presupuestos, encontrarán aplicación las circunstancias del art. 62 inciso 1º LMC para fijar la cuantía de la compensación económica. De esta manera, la norma citada actúa como norma de apoyo del art. 61 LMC a través de su catálogo de elementos cuantificadores, constituyendo este último la norma fundamental de la compensación económica y como tal, su fundamento de derecho”¹⁵⁵. Siguiendo esta corriente, puede ocurrir que, aun concurriendo los presupuestos del artículo 61, las circunstancias del artículo 62 inciso 1º determinen la inexistencia de menoscabo y, por ende, se niegue el derecho a compensación económica.

En el mismo sentido opinan Cristián LEPIN y Álvaro VIDAL. LEPIN al referirse a la relación entre el art. 61 y 62 de la LMC señala: “Dicho vínculo lo estableció el legislador en el artículo 62, dada la doble función de los criterios mencionados, para determinar la existencia y cuantía del menoscabo económico”¹⁵⁶ Por su parte, VIDAL: “El posible acreedor o beneficiario de la compensación es el cónyuge respecto de quien concurren los dos primeros elementos¹⁵⁷. Este es el cónyuge más débil para los efectos de esta institución. Sin embargo, no quiere decir que la sola concurrencia de estos dos elementos determine el derecho a la compensación del artículo 61 de la Ley de matrimonio civil o expresado en otros términos, no puede entenderse que

¹⁵⁵ TURNER SAELZER, Susan. Op. Cit., pp.: 422-423.

¹⁵⁶ LEPIN MOLINA, Cristián. 2010. Criterios para determinar la compensación económica. Análisis del artículo 62 de la Ley 19.947, nueva ley de matrimonio civil. Informativo jurídico n° 47, mayo 2010, Editorial Jurídica. pp.: 1-2.

¹⁵⁷ Se refiere a: i) haberse dedicado, durante el matrimonio, a las labores propias del hogar común y/o al cuidado de los hijos, y ii) por esta causa, y no otra diversa, no haber desarrollado una actividad remunerada o haberla desarrollado en una menor medida.

necesariamente el cónyuge del supuesto de la norma sufre un menoscabo si el matrimonio termina por divorcio o nulidad. Es probable que así sea, pero dependerá, en último término, de la consideración de las circunstancias del artículo 62 de la Ley de matrimonio civil, esenciales para determinar la existencia del menoscabo económico y su compensación. Por esta razón se presenta como un tercer elemento, distinto de los anteriores, la existencia del menoscabo económico del cónyuge más débil. Si luego de ponderar las circunstancias referidas resulta que al cónyuge factiblemente beneficiario, se resuelve que la ruptura del vínculo no le causa un menoscabo, no habrá más remedio que negar lugar a la demanda de compensación”¹⁵⁸.

Concordando con la postura de la dependencia funcional, se considera que el artículo 61 de la LMC establece los requisitos de procedencia de la compensación económica y el artículo 62 viene en complementar esta norma para efectos de determinar la existencia y cuantía del menoscabo económico que exige el artículo 61, pues esta interpretación mantiene la debida correspondencia y armonía de ambas normas.

Para finalizar esta introducción a los requisitos de procedencia, debemos mencionar al artículo 27 de la Ley N° 20.830, que en términos muy similares al artículo 61 de la LMC, establece el derecho a compensación económica en el caso del AUC:

¹⁵⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2008. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI (2º semestre de 2008), p.: 296.

Art. 27: “Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los convivientes civiles no pudo desarrollar una actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el término del acuerdo por las causales señaladas en las letras d), e) y f) del artículo precedente, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

Las causales de término del AUC a las que se remite la norma corresponden a: mutuo acuerdo de los convivientes civiles, voluntad unilateral del conviviente civil o sentencia que declare la nulidad del acuerdo.

5.1. Supuestos de procedencia en particular

A partir de la normativa que regula el derecho a compensación económica tanto en el matrimonio como en el acuerdo de unión civil, tenemos que para ser titular de este derecho el cónyuge o conviviente civil, tiene que haber sufrido un menoscabo de índole patrimonial por haberse dedicado al trabajo doméstico en pos de la familia.

Si comparamos los requisitos de procedencia de la compensación económica para casos de matrimonio y AUC, puede apreciarse lo siguiente:

Cuadro N° 3. Supuestos compensación económica en el matrimonio y en el acuerdo de unión civil.

Compensación económica	
En el matrimonio	En el acuerdo de unión civil
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común. 2. No haber desarrollado una actividad remunerada o lucrativa o hacerlo en menor medida de lo que podía y quería. 3. Menoscabo económico. 4. Que el matrimonio termine por divorcio o nulidad. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común. 2. No haber desarrollado una actividad remunerada o hacerlo en menor medida de lo que podía y quería. 3. Menoscabo económico. 4. Que el AUC termine por las letras d) e) y f) del artículo 26 de la Ley 20.830. Que corresponden a: <ul style="list-style-type: none"> - d) mutuo acuerdo, - e) voluntad unilateral y - f) nulidad del acuerdo.

Cabe destacar que si bien es requisito el término del matrimonio o del AUC para reclamar el beneficio, no lo es el que se liquide antes el régimen patrimonial respectivo, además, como señala el autor Carlos PIZARRO WILSON, “la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio no se verificará necesariamente en el procedimiento de nulidad, separación judicial o divorcio. En efecto, si bien la ley contempla la facultad del juez para liquidar el régimen patrimonial a propósito de la separación judicial, para que

proceda se requiere que los cónyuges así lo hayan solicitado y se hubiere rendido prueba suficiente para tal efecto. De manera tal que si los cónyuges no lo solicitan o la prueba es insuficiente, el juez no procederá a liquidar el régimen patrimonial, sin que esto signifique excluir la posibilidad de la compensación económica. Con todo, la ausencia de liquidación planteará problemas para evaluar la cuantía de la compensación. (...) En efecto, parece razonable que con anterioridad a fijar la compensación económica haya operado la liquidación del régimen patrimonial, cuestión, además, útil para proyectar la situación económica de los cónyuges hacia el futuro”¹⁵⁹.

En el caso del acuerdo de unión civil dado que el régimen patrimonial supletorio corresponde a la separación total de bienes, la liquidación del AUC antes de decretar la compensación económica tiene menos trascendencia para efectos de establecer la situación patrimonial de los convivientes civiles al término del acuerdo.

A continuación se estudia cada supuesto en particular.

i. Término del matrimonio o del acuerdo de unión civil por causales específicas.

Sólo se es titular del derecho a compensación económica cuando el matrimonio o acuerdo de unión civil termina por alguna de las causales señaladas en la ley. En el caso del matrimonio corresponde a la sentencia firme de nulidad o divorcio y en el acuerdo de

¹⁵⁹ PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 3, pp.: 90-91.

unión civil cuando este termina voluntariamente, sea de manera unilateral o bilateral, o por la sentencia que declara su nulidad.

Solo las causas de término mencionadas permiten fundamentar la pretensión, si el matrimonio o AUC llegasen a terminar por alguna causa distinta, por ejemplo, que en medio del juicio de divorcio fallezca el cónyuge que hubiese debido satisfacerla, no podrá exigirse este derecho a su sucesión, pues se entiende que si no hubo término del matrimonio o AUC, entonces tampoco se alcanzó a producir un menoscabo económico tras la disolución del vínculo.

Pese a lo anterior, existe jurisprudencia que contradice lo expuesto y por ello nos referiremos a la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 7 de marzo de 2012, en causa Rol 337-2011, conociendo un recurso de casación en la forma y en el fondo¹⁶⁰.

En primera instancia, la actora presenta demanda de cobro de prestaciones solicitando se condene a la sucesión de su concubino, conformada por la cónyuge y los hijos de este, al pago de una compensación económica a su favor. Fundamenta su pretensión en que, luego de que los demandados abandonaran al causante y se radicaran en España, inició una convivencia de hecho con este último, que duró más de veinte años, hasta el fallecimiento de él. Durante este tiempo, la actora apoyó al causante en su

¹⁶⁰ Cabe destacar que si bien para la época de esta sentencia no existía aún la institución del AUC, sus razonamientos podrían aplicarse en la actualidad a aquellos convivientes que no opten por el AUC, vale decir, a los convivientes de hecho.

actividad como administrador de edificios y, cuando este último comenzó a tener problemas graves de salud, se dedicó a su cuidado y a trabajar medio tiempo para la mantención de ambos, de manera que el patrimonio del causante fue conservado para provecho de su sucesión. El Segundo Juzgado Civil de Valparaíso desestimó íntegramente la demanda.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Valparaíso por resolución del 4 de noviembre de 2010, en causa Rol 1298-2010, revocó y acogió parcialmente la demanda, condenando a la sucesión demandada al pago de \$4.000.000 por concepto de compensación económica. En su contra, la parte demandada dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo.

El recurso de casación en la forma se basó en la causal N° 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por carecer la sentencia de los fundamentos de hecho y de derecho de acuerdo al N° 4 del artículo 170 del mismo cuerpo legal. La Corte desestimó el recurso en base a que la sentencia recurrida sí contiene dichos elementos, destacando que la recurrente buscaba más bien alterar las conclusiones a las que llegaron los jueces de instancia en base a la ponderación de la prueba¹⁶¹.

¹⁶¹ Sentencia referida, considerando octavo.

Es la parte dispositiva referente al recurso de casación en el fondo¹⁶² lo que causa controversia. Dicho recurso se basó en infracción a los artículos 19, 24, 102, 1698 inc. 1° y 1710 del Código Civil; 44, 45, 50, 53, 59, 61 y 62 de la Ley de Matrimonio Civil y, respecto de estos dos últimos, particularmente porque “ellos no autorizan el pago de compensaciones económicas por término de una relación de concubinato derivado de la muerte de uno de los concubinos, más aún, por ninguna causal de término, puesto que tal preceptiva no es aplicable al caso de autos, ni por analogía ni menos en virtud de los principios de equidad. (...) Resulta evidente, entonces, que la sentencia recurrida confunde la procedencia de aplicar los principios de equidad por no haber norma que resuelva el asunto, con aquella situación en que el demandante no tiene derecho, lo que importa infringir, igualmente, lo prevenido en el artículo 24 del Código Civil”¹⁶³.

En el fallo recurrido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso tuvo por acreditada la existencia de la convivencia entre la actora y el causante, con características de marital, permanente, pública, voluntaria y con cuidados recíprocos, generando no sólo una comunidad de bienes entre los convivientes sino también derechos (créditos), como la compensación económica, en atención al tiempo que duró la convivencia y, dado que en el ordenamiento jurídico no existían normas expresas que ampararan tal situación, la Corte estimó que debía resolverse el conflicto de acuerdo al artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, con los principios de equidad.

¹⁶² Sentencia referida, considerando décimo en adelante.

¹⁶³ Sentencia referida, considerando décimo.

La Corte Suprema indica que, contrario a lo que señala la recurrente, no corresponde la aplicación del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil al caso de autos, pues no existe un matrimonio que anular o respecto del cual se haya dictado sentencia de divorcio. En cuanto a la relación entre la actora y el causante, la denomina “unión de hecho no matrimonial”, que define como “la unión lícita entre un hombre y una mujer fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva con contenido sexual y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”¹⁶⁴. A la vez, en la sentencia la Corte afirma que por el hecho de existir una relación de convivencia entre dos personas no constituye presunción de comunidad, esta se formará si hay aportes consistentes en bienes, trabajo, industria o cualquier otra actividad conjunta que haya sido la causa de la existencia de la masa de bienes que forma la comunidad, “de este modo, aquel que alega la existencia de una comunidad o de una sociedad de hecho cuyo antecedente, sostiene, ha sido una unión no matrimonial deberá acreditar que se efectuaron los aportes en común, o que existió un trabajo, industria u otra actividad conjunta que dio origen a la situación de comunidad”¹⁶⁵. Acreditada la comunidad, surgirá el derecho a solicitar la liquidación de las cosas comunes y el retiro de los aportes.

Es en la figura de la comunidad que el Tribunal *ad quem* fundamentó el derecho de la actora a percibir una compensación económica, en virtud de la ayuda prestada a la labor del causante, a los cuidados durante su última enfermedad y a la postergación de su actividad remunerada en razón de estas actividades. El máximo tribunal coincide en

¹⁶⁴ Sentencia referida, considerando decimooctavo.

¹⁶⁵ Sentencia referida, considerando decimonoveno.

esta interpretación y hace un detallado análisis de la equidad, tanto como norma interpretativa como fuente formal del derecho, y aclara que en el caso de autos “no se trata aquí de valorar y otorgar efectos a una pretensión fuera del ámbito que la rige, como sostiene el recurso al intentar introducir la resolución del asunto bajo el prisma de las normas de la respectiva Ley de Matrimonio Civil, sino de reconocer un derecho a quien no ha sido excluido necesariamente por el alcance de la ley, toda vez que (...) el derecho civil opera únicamente con carácter supletorio, dentro del catálogo de acciones que contempla”¹⁶⁶. Por último, utilizando las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, se afirma que el fundamento de la obligación de indemnizar requiere de un perjuicio imputable al demandado, en el caso de autos es a causa del abandono del causante por parte de los demandados, que la actora se vio menoscabada económicamente. En términos del máximo tribunal: “el escenario de la demostrada convivencia y el desapego de quienes ahora detentan los derechos hereditarios del concubino, imponen el amparo de quien, al margen del estatuto civil, por años se ha dedicado al hogar común, constituyéndose en una injusticia que a la llegada de la muerte de uno de los convivientes, el esfuerzo y colaboración compartidos durante la unión no matrimonial pase a integrar el patrimonio de solo uno de ellos”¹⁶⁷. En base a lo expuesto se rechaza también el recurso de casación en el fondo.

Como reacción a este fallo destacamos la crítica del profesor Hernán CORRAL, quien estima que están errados los dos fundamentos esenciales para rechazar la casación

¹⁶⁶ Sentencia referida, considerando vigésimo séptimo.

¹⁶⁷ Sentencia referida, considerando vigésimo noveno.

en la forma, estos son, la existencia de una laguna jurídica que debe ser subsanada con la equidad, y que procede la aplicación analógica del beneficio de la compensación económica previsto para el caso de divorcio o nulidad de un matrimonio. En primer lugar, señala el autor que no basta para considerar que existe una laguna por el sólo hecho de no existir norma expresa que resuelva el conflicto, pues “el concepto de laguna incluye una valoración interpretativa de que la ausencia de regla expresa es producto de una desarmonía o deficiencia del sistema normativo: es decir que falta una regla donde *debería* haberla”¹⁶⁸. En el caso de las convivencias no matrimoniales no existiría laguna o vacío legal, sino que el legislador simplemente ha querido que se regulen por el derecho común y supletorio que regula a todas las personas.

En cuanto a la aplicación analógica, el autor ve un gran peligro en aceptarla en materias de familia, pues en ese caso la especificidad del estatuto matrimonial carecería de todo sentido. “No procede extender por analogía las reglas de un derecho de carácter excepcional como el Derecho de Familia”¹⁶⁹. La solución que en derecho habría correspondido, de acuerdo al autor, no era una compensación económica, sino una indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, la profesora Leonor ETCHEBERRY se cuestiona si es posible que el juez utilice la argumentación basada en los principios de equidad para actuar

¹⁶⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2012. ¿Compensación económica para la conviviente? Véase: [en línea] Derecho y academia <<https://corraltalciani.wordpress.com/2012/04/08/compensacion-economica-para-la-conviviente/>> [última consulta: 6 de septiembre de 2018].

¹⁶⁹ CORRAL T., Hernán. 2012. Op. Cit.

arbitrariamente y si lo es también la aplicación de la institución del artículo 61 LMC por analogía¹⁷⁰.

Se coincide con ambos autores que advierten del peligro de este tipo de interpretación analógica en una rama tan particular como el derecho de familia, pues el juez, llevando al límite el principio de inexcusabilidad¹⁷¹ ha pasado incluso por sobre la voluntad del legislador, contenida en la historia de la LMC, que analizó en extenso los fundamentos y beneficiados con la compensación económica, no estando considerados los convivientes en tal situación. En la actualidad se añade un argumento, pues con el nacimiento del AUC el legislador ha manifestado su voluntad expresa de otorgar el beneficio a los convivientes civiles que cumplan con ciertos criterios de suficiencia, por lo que se entiende que quienes no los cumplan no serán titulares de tal derecho y deberán ampararse en el derecho ordinario y general.

ii. Dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común

El cónyuge o conviviente civil demandante de la compensación económica debe probar que se dedicó a alguna de estas labores. No se trata de requisitos copulativos, así,

¹⁷⁰ ETCHEBERRY COURT, Leonor. 2012. Compensación económica otorgada a la conviviente. Corte Suprema, 7 de marzo de 2012, N° 337-2011. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 18, pp.: 205-214.

¹⁷¹ El principio de inexcusabilidad es aquel que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva y se encuentra consagrado a nivel constitucional en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución Política de la República que indica, refiriéndose a los tribunales: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

si el cónyuge o conviviente civil contaba con trabajadores domésticos, igualmente podría ser titular del beneficio si se dedicó al cuidado de los hijos.

Es irrelevante si la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común fue por decisión propia o impuesta, se trata de un elemento objetivo que debe acreditarse¹⁷².

Como se explicó en el Capítulo I, a través de la institución de la compensación económica los legisladores reconocen el sacrificio del cónyuge, y ahora del conviviente civil, en pro de la familia¹⁷³, por lo que es de toda lógica que este requisito constituya una *condictio sine qua non* del beneficio, todo ello acorde con la teoría de la dependencia funcional en la relación de los artículos 61 y 62 de la LMC, ya explicada anteriormente.

¹⁷² La Corte Suprema ha señalado: “En consecuencia, la institución de que se trata está establecida de manera tal que es necesario que el solicitante pruebe que durante el matrimonio, o parte de él, se dedicó al cuidado de los hijos y, si no los hubo, a las labores necesarias para mantener el hogar común, resultando indiferente que lo haya sido por decisión personal o porque las circunstancias del matrimonio se lo exigieron (...) Por lo tanto, lo que justifica el resarcimiento de orden económico es la actitud que uno de los cónyuges adoptó en pro de la familia y la consecuente postergación personal”. Corte Suprema, sentencia de fecha 22 de agosto de 2016 en causa Rol 24295-2016.

¹⁷³ Al respecto destacamos la reflexión del profesor LEPIN: “Es este sacrificio en pro de la familia y la consecuente postergación personal, lo que justifica la reparación del daño, además, si tenemos presente que los cónyuges celebran un contrato indisoluble y para toda la vida, que representa la incorporación de ciertos derechos indisponibles para las partes durante el matrimonio, como el de alimentos, sucesorios y de seguridad social, que se pierden con la terminación o disolución del matrimonio” LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.: 69.

iii. Ausencia, total o parcial, de actividad remunerada o lucrativa por la dedicación al cuidado de los hijos y/o al hogar común

Debe existir una relación de causalidad entre el trabajo doméstico y/o el cuidado de los hijos y el hecho de que el solicitante no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en menor medida de lo que podía y quería. Debe observarse que este supuesto no se limita solo al desarrollo de una actividad como trabajador dependiente, sino que incluye cualquier otra actividad que genere beneficios de índole económica, como ser prestador de servicios a honorarios o accionista o socio de alguna empresa.

Acerca de la naturaleza jurídica de este requisito existen opiniones divididas: una postura minoritaria lo interpreta como una especie de lucro cesante en tanto que la mayoría opina que se trataría de indemnizar la pérdida de una chance¹⁷⁴.

Para el profesor Hernán CORRAL se trata de un caso de lucro cesante, en que se indemniza la pérdida de ingresos que podría haber recibido de realizar tales labores; ello conlleva el cálculo de un tipo de perjuicio mucho más complejo, considerando diversos

¹⁷⁴ La clasificación del daño es materia propia de la responsabilidad civil y excede del objetivo de la presente tesis, por lo que, para efectos de aclaración, definiremos brevemente ambos conceptos, los dos de índole patrimonial: a) El lucro cesante corresponde a la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual un tercero es responsable; y b) la pérdida de la chance consiste en el impedimento de aprovechar una oportunidad o ejercer un derecho del cual con mayor o menor probabilidad, pero no con certeza, se obtendría un beneficio.

La determinación del lucro cesante considera un grado razonable de probabilidad de percepción de los ingresos futuros, de acuerdo a una proyección normal de los acontecimientos según las circunstancias de la víctima. En cambio, en el caso de la pérdida de la chance lo que se perdió no fue la percepción de un ingreso, sino que la oportunidad de postular a esos ingresos.

factores, tales como un cálculo de probabilidades, calificación profesional, rentas de mercado, entre otros, y para ello recomienda utilizar los criterios jurisprudenciales en materia de indemnizaciones del lucro cesante en casos de incapacidad laboral¹⁷⁵.

En cambio, el profesor Mauricio TAPIA plantea este supuesto como una pérdida de una chance y lo explica de la siguiente manera: “En el caso chileno, si bien una primera indicación del Ejecutivo otorgaba a la compensación económica un carácter netamente asistencial (como una pensión de alimentos que permitiría al cónyuge mantenerse luego del divorcio y que se fijaba tomando en cuenta sus recursos) con posterioridad, en la Comisión de Constitución del Senado, se modificó su regulación para transformarla en un mecanismo de reparación de un menoscabo económico pasado, de la falta de ingresos por haberse dedicado a labores domésticas. Por esto, la compensación económica en la ley chilena tiene –al menos en las hipótesis más típicas– una naturaleza cercana a la reparación de la pérdida de una chance, pues se indemniza a un cónyuge cuya dedicación al hogar y a los hijos le hizo perder la oportunidad de ejercer un trabajo remunerado, aunque no se sabe con exactitud cuál habría sido ese trabajo, con qué intensidad lo habría asumido, qué ingresos habría recibido y cuál habría sido su proyección en el tiempo. Sólo se sabe que perdió una oportunidad de desarrollarlo”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N°1, p.: 28.

¹⁷⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. 2006. La compensación económica en la ley de divorcio. *Semana Jurídica* N° 271, Santiago. pp.: 4-5.

En el mismo sentido el profesor LEPIN: “Claramente el daño o menoscabo económico debe derivar de no haber podido realizar una actividad remunerada o de haberlo hecho solo parcialmente, es decir, por ejemplo media jornada o durante los primeros años de matrimonio. Lo que se traduce en la pérdida de una oportunidad, que no se restringe en este ámbito a la posibilidad de obtener ingresos mensuales y por consecuencia incrementar su patrimonio, sino a la posibilidad de obtener una pensión en el futuro o cobertura de salud, entre otros”¹⁷⁷.

Se coincide con el análisis del profesor TAPIA en cuanto a considerar a este supuesto como la pérdida de una chance debido a la incertidumbre acerca de las condiciones y consecuencias de esa eventual actividad remunerada o lucrativa. Sin embargo, en materia de derecho de familia no consideramos que la discusión tenga una mayor relevancia práctica, pues por la regla de la sana crítica en materia probatoria el juez tiene mucha mayor libertad para discernir qué tan verosímiles son las pretensiones laborales o lucrativas de la o el solicitante¹⁷⁸.

¹⁷⁷ LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.: 67.

¹⁷⁸ Considerando que el principal problema en materia de daños patrimoniales no emergentes es la actividad probatoria, pues con las limitaciones de la prueba legal o tasada que existen en materia civil, resulta sumamente complejo acreditar con razonable certeza lo que se dejó de ganar por el hecho dañino.

iv. Existencia de un menoscabo económico

La ley no define lo que debemos entender por menoscabo económico, solo se limita a declarar que para determinar su existencia y cuantía se considerarán especialmente las circunstancias del artículo 62 de la LMC. Considerando que uno de los objetivos de la compensación económica es reparar el menoscabo patrimonial que causa la ruptura, se hace fundamental una definición al respecto y que no quede entregada a la interpretación de cada juez, por la incertidumbre jurídica que esto genera.

Como hemos explicado, será titular del derecho a compensación económica aquel cónyuge o conviviente civil que durante la vida en común se dedicó al cuidado de los hijos y/o del hogar y que por esto no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en la medida de lo que podía y quería, pero ello no le otorga *per se* este derecho pues la ley exige que estas circunstancias -unidas al divorcio, nulidad o término del AUC- le causen un menoscabo económico, menoscabo cuya existencia y cuantía debe probarse, esencialmente, de acuerdo a los parámetros del artículo 62: a) la duración del matrimonio y la vida en común; b) la situación patrimonial de ambos; c) la buena o mala fe; d) la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; e) su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; f) su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y g) la colaboración que hubiese prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

La doctrina ha intentado configurar un concepto de menoscabo económico a partir de los criterios del artículo 62 de la LMC y de la historia fidedigna de la Ley N° 19.947, a continuación se destacan algunas de estas propuestas.

El profesor Álvaro VIDAL realiza un acabado análisis de la discusión parlamentaria alrededor de la indicación del Presidente de la República que fue sustento de la configuración final del derecho a compensación económica¹⁷⁹, evidenciando que el legislador cuando se refería al menoscabo tenía por preocupación primordial el sustento futuro del cónyuge más débil y los hijos¹⁸⁰; a partir de ahí señala que la noción de menoscabo económico es extremadamente compleja pues comprende el pasado, presente y futuro de la relación: i) en el pasado se acumula el empobrecimiento que pasa desapercibido y es irrelevante a los ojos del derecho¹⁸¹; ii) en el presente -durante la

¹⁷⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2008. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI (2° semestre de 2008), pp.: 307-313.

¹⁸⁰ Así se observa en las intervenciones de la H. Diputada Saa, el H. Senador Espina y el H. Senador Viera-Gallo en HISTORIA DE LA LEY 19.947 contenida en Boletín N° 1759-18 Volumen N° 2 páginas 275-508. A su vez, la ministra Delpiano señaló: “Lo que se está cautelando son las posibilidades futuras de la persona que no ha trabajado y ha estado al cuidado de sus hijos por muchos años. Las compensaciones, efectivamente, buscan equilibrar las posibilidades futuras. Lo que importa es mirar la realidad futura, porque hubo un tiempo en que no desarrolló una profesión o actividad económica, o no lo pudo hacer en plenitud. Esas diferencias se le deben compensar económicamente, ése es el punto central”. HISTORIA DE LA LEY 19.947, Boletín N° 1759-18, Vol. 2. p.: 511.

¹⁸¹ En contra de esta postura Javier BARRIENTOS afirma que “el menoscabo económico situado en el supuesto del artículo 61 de la LMC existía durante el matrimonio y al derecho no le resultaba indiferente, pues constante el matrimonio, había una serie de mecanismos jurídicos que impedían o minimizaban las consecuencias nocivas derivadas de él y que, por lo tanto, cumplían finalidades dirigidas a evitar, directa o indirectamente, un trato discriminatorio, v.gr. las obligaciones de socorro y auxilio mutuo, la posición de heredero en que ha sido colocado el cónyuge respecto del otro, los beneficios de seguridad social y de prestaciones de salud extendidos al cónyuge que no trabajaba remuneradamente, a través de todos los cuales el sistema jurídico lograba, en mayor o menor medida, que se cumpliera con el mandato de adoptar las “medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos...durante el matrimonio”. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. 2007. La compensación

ruptura- se manifiesta el empobrecimiento y, en contraste, aparece el enriquecimiento del otro cónyuge o conviviente civil; y iii) en el futuro está el empeoramiento de la situación económica, un descenso en su nivel de vida que el derecho busca frenar. Así, el menoscabo económico tiene dos causas, una mediata o remota que consiste en la postergación laboral o profesional de la persona y una causa inmediata o próxima que es el término de la relación¹⁸². Explicada esta complejidad, define el menoscabo económico como: “Aquella disparidad entre los cónyuges que surge como consecuencia inmediata del divorcio o declaración de nulidad y que se materializa en una carencia patrimonial que puede ocasionar un empeoramiento económico futuro del cónyuge que lo padece”¹⁸³.

Así, “el objeto de la compensación económica es remediar la disparidad de facultades económicas y evitar que estas se materialicen en un empeoramiento de las consecuencias nocivas del término de la relación, a través de la entrega de una suma de dinero a la persona beneficiada, que le servirá de base para rehacer su vida”¹⁸⁴.

En una línea similar, el autor Javier BARRIENTOS indica que la LMC considera como causa próxima del menoscabo económico la terminación del matrimonio por nulidad o divorcio –y hoy debemos agregar el término del AUC- pero que estas causas

económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, p.: 31.

¹⁸² VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Op. Cit.*, pp.: 313-314.

¹⁸³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Op. Cit.*, p.: 318.

¹⁸⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Op. Cit.*, p.: 320.

vienen a revelar una carencia que tiene su origen en el pasado de la relación, que se revela en el presente y cuyos efectos nocivos se materializarán en el futuro, esa carencia es lo que la ley denomina “menoscabo económico”; ahora bien, a pesar de que este menoscabo puede tener múltiples causas remotas, para la ley sólo una es relevante: que la carencia se arrastre como consecuencia de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que se podía y quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o del hogar común¹⁸⁵.

Para el profesor Hernán CORRAL, en cambio, el menoscabo económico no se corresponde con el desequilibrio patrimonial de los cónyuges al término de la relación, sino que lo relevante es el daño producido por la pérdida del estatuto protector del matrimonio derivado del divorcio o nulidad¹⁸⁶. De acuerdo al autor el solicitante debe probar este menoscabo, pero no restringido causalmente a la dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común, este sería solo el supuesto prototípico del legislador que no excluye que el menoscabo (entendido como daño) se cause por otras razones, por ejemplo que la mujer no hubiese trabajado remuneradamente por padecer de alguna enfermedad incapacitante (y por lo tanto el término de la relación significará igualmente un perjuicio patrimonial para ella) o bien, aun trabajando remuneradamente se ve privada de los beneficios previsionales de su marido a causa del divorcio¹⁸⁷.

¹⁸⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. 2007. Op. Cit., pp.: 22-23.

¹⁸⁶ Misma protección que pierden los convivientes civiles en la actualidad, debemos agregar.

¹⁸⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol. 34, N°1, pp.: 25-27.

El profesor Cristián LEPIN caracteriza al menoscabo económico como un desequilibrio o desventaja que la compensación económica viene a corregir, incluyendo este desequilibrio cualquier daño de carácter patrimonial derivado de no haber podido desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio¹⁸⁸ (o convivencia civil, agregamos).

Desde un punto de vista más práctico, el profesor José Luis GUERRERO, más allá de buscar un concepto, se enfoca en determinar cuándo existe o no menoscabo y señala: “es posible pensar en tres visiones u opciones para determinar la procedencia y cuantía del menoscabo económico: i) necesariamente verlo en la relación de causa a efecto establecida por el artículo 61 de la Ley de matrimonio (...); ii) una vez acreditado los supuestos del artículo 61 LMC., para la cuantificación se prescinde de esa norma y nos regimos exclusivamente por el artículo 62 LMC. (criterios más amplios que la sola determinación del costo de oportunidad); o bien, iii) lo determinamos desvinculándolo derechamente del artículo 61 LMC preocupándonos de revisar si se produce un desequilibrio económico producto del divorcio más allá de su causa u origen”¹⁸⁹. A continuación, el autor plantea un ejemplo que ilustra claramente las diferencias prácticas de la interpretación que se escoja: tenemos un matrimonio de 10 años donde el marido es

¹⁸⁸ LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.: 65-67.

¹⁸⁹ GUERRERO BECAR, JOSÉ LUIS. Op. Cit., pp.: 61-62. En opinión del autor de acuerdo a la ley, la compensación económica debe moverse entre el primer y segundo supuesto aunque, en su aplicación práctica, se ha movido entre el segundo y el tercero y, en algunos casos, sólo dentro del tercero, lo que constituiría una infracción a la ley porque prescinde de la existencia del artículo 61 LMC, que corresponde al supuesto de procedencia del artículo 62.

gerente general de una empresa y percibe una remuneración de \$5.000.000 y la cónyuge es secretaria y percibe una remuneración de \$300.000, y ha trabajado desde antes de casarse; no tuvieron hijos y para el cuidado del hogar contaban con servicio doméstico. Al producirse el divorcio, el ingreso *per capita* de la mujer pasa de \$2.650.000 a \$300.000, por lo que su nivel de vida ya no será el mismo. Si se produce o no menoscabo dependerá de la postura que se escoja. De acuerdo al tercer criterio (regular el desequilibrio económico que se produce por el hecho de divorciarse) existe un menoscabo; pero el presupuesto de procedencia que nos indica el artículo 61 LMC es otro: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común [...]”. En este caso como no se da ninguno de los dos supuestos de procedencia de la compensación, no hay por qué otorgarla¹⁹⁰. Ahora, si suponemos que sí tuvieron hijos, y la mujer redujo su jornada 20% para dedicarse a su cuidado, se cumplirían los supuestos de procedencia, pero ¿por cuánto? De acuerdo al primer criterio (relación causa a efecto) correspondería sólo por ese 20%, en tanto que según el segundo (criterios del art. 62 LMC) vinculado al principio de protección del cónyuge más débil, una vez establecida la relación de causalidad, se procedería a determinar el desequilibrio económico más allá del costo de oportunidad perdido.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha intentado formar un concepto al respecto, pero con mucha generalidad; a modo ilustrativo destacamos la siguiente resolución:

¹⁹⁰ GUERRERO BECAR, José Luis. Op. Cit., pp.: 62-63.

Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia del 26 de agosto de 2016 en causa Rol 213-2016

La Corte, conociendo de la apelación de una sentencia de divorcio con compensación económica, reflexiona acerca del concepto de “menoscabo económico” debido a que es el supuesto básico de procedencia del derecho y que, al no encontrarse definido en la Ley N° 19.947, debe definirse a través de una interpretación armónica de los artículos que la reglamentan, concluyendo que “se trata del efecto patrimonial negativo que se produce en aquella de las partes que no pudo trabajar o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, por dedicarse al cuidado de los hijos y a las labores del hogar durante la convivencia matrimonial”¹⁹¹. Asimismo agrega que dicho efecto patrimonial negativo ocurre en la medida que “uno de los cónyuges sufre perjuicios provocados por la pérdida de oportunidades de realizar actividades lucrativas durante el matrimonio, generándose un desequilibrio patrimonial para enfrentar la vida futura, una vez concluido el matrimonio”¹⁹².

Para terminar, coincidiendo con parte de la doctrina expuesta, concluye que quien solicita una compensación económica debe acreditar una situación patrimonial desmejorada en sentido amplio, pues se busca no sólo proteger al cónyuge más débil, sino también mitigar los perjuicios que la terminación del matrimonio conlleva “debiendo considerarse por lo mismo, la labor del beneficiario durante su vigencia, la

¹⁹¹ Sentencia referida, considerando tercero.

¹⁹² Sentencia referida, considerando cuarto.

postergación derivada de la dedicación al cuidado del hogar y de los hijos y las desventajas que aquello le produce, en relación a sus perspectivas económicas futuras”¹⁹³.

Recapitulando, si bien existen propuestas acerca del concepto de menoscabo económico para efectos del derecho a compensación económica, no hay unidad en su definición; algunos lo consideran un desequilibrio patrimonial al término de la relación otros una carencia que se arrastra a lo largo de la vida en común o incluso cualquier clase de daño patrimonial sufrido por la pérdida del estatuto protector del matrimonio.

La redacción del artículo 61 de la LMC es confusa al terminar con la frase “se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa” pues la causa puede interpretarse como la postergación laboral en pos de la familia o bien el término del matrimonio o convivencia civil por las causales señaladas en la ley. Además, en relación con lo anterior y como se presentó en el Capítulo I, los legisladores temían por el futuro del cónyuge y los hijos cuando el matrimonio terminara y también se puso de manifiesto la inequidad que sería no reconocer el trabajo doméstico como un aporte a la relación¹⁹⁴; por lo tanto se tuvo presente tanto el pasado como el futuro de los cónyuges.

¹⁹³ Sentencia referida, considerando quinto.

¹⁹⁴ He ahí la importancia de incluir la duración de la vida en común y la colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge como supuestos esenciales para ponderar la existencia y cuantía del menoscabo económico.

Para elaborar un concepto de menoscabo económico se comenzará por considerar el deber que tienen los cónyuges o convivientes civiles de proveer a la familia común de acuerdo a sus posibilidades¹⁹⁵ -aportes que pueden consistir en actividades remuneradas, cuidados no remunerados o una mezcla de ambos- y que dependerán de la dinámica de cada familia; los casos de distribución de roles dentro del grupo familiar que dan origen a una compensación económica son aquellos en que uno de los cónyuges o convivientes civiles ha dedicado mayor parte de su tiempo que el otro a los cuidados domésticos no remunerados, con su consecuente postergación profesional. Esta división desigual del trabajo doméstico dará origen a una carencia¹⁹⁶ –utilizando los conceptos de VIDAL y BARRIENTOS- que surge y crece antes de la ruptura de la relación, pasando inadvertida para el ordenamiento jurídico. La intervención de la ley se produce sólo una vez terminada formalmente la relación, pues sólo entonces considera que se produce el menoscabo. El menoscabo económico es entonces esta inequidad: la deprimida situación patrimonial en que queda el cónyuge o conviviente que se dedicó primordialmente al cuidado de la familia en contraste con la situación patrimonial del cónyuge o conviviente que se dedicó primordialmente a una actividad remunerada.

¹⁹⁵ Art. 134 Código Civil: “El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie (...)”; Art. 14 Ley N° 20.830: “Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos”.

¹⁹⁶ Esta carencia corresponde a la no obtención de los beneficios asociados por lo general a toda actividad remunerada: ingresos mensuales, atención de salud, ahorros previsionales y experiencia laboral, beneficios que no pierde por terminar su matrimonio o convivencia civil. En contraste, el cónyuge o conviviente que se dedica primordialmente al trabajo doméstico no remunerado no obtiene réditos personales de cuidar a la familia.

a) Factores del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil

El artículo 62 de la LMC establece que para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica el tribunal debe considerar especialmente los siguientes factores:

- 1) la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges,
- 2) la situación patrimonial de ambos,
- 3) la buena o mala fe,
- 4) la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario,
- 5) su situación en materia de beneficios previsionales y de salud,
- 6) su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral y
- 7) la colaboración que hubiese prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Esta selección de factores hecha por el legislador ha generado múltiples problemas de interpretación para la doctrina y jurisprudencia. Como se observa, forman una mezcla que mira al pasado, al presente y al futuro post divorcio o nulidad de los cónyuges o convivientes civiles, y el juez debe analizarlos sistemáticamente, relacionando unos con otros.

- 1) La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges: pondera la situación de ambos cónyuges o convivientes civiles. Este criterio pareciera fijar el límite

temporal de la compensación económica, de manera que esta no podría considerar el tiempo de convivencia prematrimonial, por extenso que haya sido. El profesor Cristián LEPIN afirma esta limitación en base a dos argumentos¹⁹⁷: a) el artículo 80 de la Ley N° 20.255 sobre Reforma Previsional que permite el traspaso de hasta 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio; b) la historia de la ley, en el entendido de que la justificación última de la compensación económica es compensar el sacrificio realizado durante la vida en común, no procedería cuando la convivencia es mínima.

2) La situación patrimonial de ambos: este criterio también compete a ambos cónyuges o convivientes civiles. El juez debe ponderar los activos y pasivos en el patrimonio de cada cónyuge al momento del término del matrimonio o acuerdo de unión civil. El problema es que la liquidación del régimen patrimonial no es requisito previo a la compensación económica, de manera que el juez tendrá que conjeturar cuál será el patrimonio de las partes al término de la relación, en base a lo que ellas mismas aleguen y acrediten.

¹⁹⁷ LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.: 71-72.

3) La buena o mala fe: este es el único criterio subjetivo dentro del artículo 62 y no existe acuerdo en la doctrina respecto a su sentido. La autora Daniela VILLAREAL¹⁹⁸ divide las interpretaciones en tres grandes grupos: i) interpretación restringida: es la postura mayoritaria según la cual el juez debe tomar en cuenta la buena o mala fe de los cónyuges solamente en los casos de nulidad matrimonial¹⁹⁹; ii) interpretación de la norma más amplia: a pesar de que se discutió en específico para los casos de nulidad matrimonial, igualmente es aplicable a los casos de divorcio²⁰⁰; y iii) la buena o mala fe es un hecho subjetivo y no debe ser considerado por el juez: incluirla fue un error del legislador ya que la cuantía de la compensación económica debe fundamentarse en parámetros objetivos.

4) La edad y estado de salud del cónyuge beneficiario: también analiza sólo la situación del solicitante. Para fijar el monto de la compensación económica el juez debe considerar la avanzada edad del beneficiario o su mermado estado de salud, pues en este caso el beneficio pasaría a compensar, en parte, la pérdida al derecho de alimentos que implica el fin del matrimonio. Sin embargo no debe entenderse que por el hecho de ser una persona enferma y/o de la tercera edad se es titular automático de la compensación,

¹⁹⁸ VILLAREAL MURILLO, Daniela. 2015. La buena o mala fe para determinar la cuantía de la compensación económica ¿Un criterio inútil para el juez? Derecho y Humanidades, N° 25, pp.:121-125.

¹⁹⁹ Esta interpretación se basa en la Historia de la Ley 19.947, específicamente en la Indicación N° 180 de iniciativa de los Honorables Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, donde se indica que se incluía en vista del matrimonio nulo que fue celebrado por uno de los cónyuges con conocimiento de la causal de nulidad.

²⁰⁰ La autora plantea que dentro de esta posición existen dos grandes variantes: por un lado están los que consideran que la buena o mala fe en la compensación económica debe limitarse sólo a aspectos patrimoniales, como por ejemplo si uno de los cónyuges oculta que se dedicó a actividades lucrativas o enajena sus bienes de forma de disminuir su patrimonio; por otro lado, hay quienes indican que la buena o mala fe no está incluida con un criterio patrimonial, sino que para evaluar el dolo o culpa que haya generado el cese de la convivencia. VILLAREAL MURILLO, Daniela. Op. Cit., pp.: 124-125.

deben ponderarse todos los factores, así, si dos personas de 70 años contraen matrimonio y se divorcian a los 2 años de su celebración no tendrá necesariamente más posibilidad de percibir el beneficio que en el caso de un matrimonio de personas menores de 40 años pero con una convivencia de 10 años.

5) Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud: se refiere al cónyuge o conviviente civil beneficiario y es una de las principales manifestaciones del menoscabo económico, de ahí que se haya establecido una particular forma de pago de la compensación económica a partir de aquel. El artículo 80 de la Ley N° 20.255 sobre Reforma Previsional²⁰¹ dispone:

“Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir esta, a una cuenta de capitalización individual que se abra a tal efecto. Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la

²⁰¹ Publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo del año 2008.

cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio²⁰².

Por lo tanto este artículo viene a complementar las formas de pago de la compensación económica establecidas en el artículo 65 de la LMC²⁰³.

6) Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral: este factor tiene un doble ámbito, por un lado busca compensar el costo de oportunidad laboral, lo que conducirá al juez a comparar las condiciones en que ingresará el solicitante de la compensación al mercado laboral en relación a aquellas que tendría de no haberse dedicado al hogar y/o a cuidado de los hijos; y, por otra parte, se trata también de un juicio de futuro, en la medida en que será necesario analizar las posibilidades de adquirir o perfeccionar su formación y que tan probable sería obtener un puesto de trabajo con posterioridad a la ruptura, afectando la cuantificación final de la compensación.

7) La colaboración que hubiese prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge: este criterio se diferencia de los demás en la medida de que no se vincula directamente con que el solicitante se hubiese dedicado al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar, sino que se enfoca en cómo la actividad del solicitante contribuyó al

²⁰² Este artículo es objeto de diversas críticas que podrían formar una investigación independiente, a mayor abundamiento se recomienda revisar: GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. 2013. Pago de la compensación económica en los juicios de divorcio y nulidad con fondos de capitalización individual. Revista chilena de derecho, Vol. 40, N° 3, pp.: 763-778.

²⁰³ El artículo 65 otorga al juez la facultad de escoger entre las siguientes modalidades de pago de la compensación económica: i) entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes; o ii) constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor.

enriquecimiento del deudor de la compensación económica. De acuerdo al autor Rodrigo BARCIA “para que opere este criterio de determinación del *quantum* deben concurrir los siguientes requisitos: (i) El trabajo, realizado por el cónyuge beneficiario, debe servir para sustentar un trabajo oneroso del cónyuge deudor. (ii) El trabajo que da lugar a esta compensación no debe ser en el hogar común, ni corresponder al cuidado de los hijos. (iii) Se debe tratar de una colaboración específica”²⁰⁴.

En el mismo sentido opina el profesor Hernán CORRAL: “Debe tratarse de colaboraciones concretas y distintas a la de mantener el hogar y a los hijos que ya habrán sido consideradas. Pero muchas veces el cónyuge que se dedica al hogar también ayuda al otro cónyuge a cumplir con su propio trabajo. Si de la colaboración de las labores del otro cónyuge han resultado beneficios para quien pide la compensación, tales lucros le deberán ser descontados”²⁰⁵.

Para efectos de recapitular, se utiliza la clasificación de los criterios no exhaustivos del artículo 62 que realiza el profesor Carlos PIZARRO²⁰⁶:

a) Criterio vinculado al matrimonio: la duración del matrimonio y la vida en común. Este criterio permite descartar la existencia del menoscabo en relaciones de corta

²⁰⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011. p.: 347.

²⁰⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol. 34(Nº1):30.

²⁰⁶ PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena. Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 3. pp.: 93-95.

data, en razón de que es más sencillo para las partes lograr una reinserción laboral e iniciar un nuevo proyecto de vida.

b) Criterio vinculado al cónyuge deudor: el juez debe considerar la situación patrimonial actual del cónyuge deudor para determinar la procedencia y cuantía de la compensación²⁰⁷.

c) Criterios vinculados al cónyuge beneficiario: los restantes criterios se centran en la situación patrimonial del cónyuge beneficiario. La buena o mala fe, en casos de nulidad matrimonial; la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario, siendo mayor la compensación en casos de avanzada edad y precario estado de salud; la situación previsional y beneficios de salud, dependiendo de la existencia y tipo de prestaciones de salud a las que tiene acceso el beneficiario puede aumentar el monto de la compensación, asimismo si no posee ahorros previsionales o estos son sumamente escasos en comparación al deudor; la calificación profesional y el acceso al mercado laboral del demandante, pues mientras más tiempo se pasó sin trabajar remuneradamente mayor es la dificultad de insertarse en el mercado laboral; por último se considera la colaboración que haya prestado al trabajo del otro cónyuge, situación que se concentra en el pasado y busca evitar un enriquecimiento sin causa.

²⁰⁷ En opinión del autor, “esto plantea un cierto carácter alimenticio de la compensación económica, pues si sólo se tratara de compensar un menoscabo económico, el patrimonio del deudor no debiera tener ninguna incidencia (...) ésta debería fijarse en base al menoscabo económico padecido y la situación futura del cónyuge beneficiario”. PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit., p.: 94.

6. Compensación económica y divorcio por culpa

El inciso 2º del artículo 62 de la LMC establece que si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54²⁰⁸ de la LMC el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal o disminuir prudencialmente su monto²⁰⁹. Este es el único caso en que se regulan específicamente las consecuencias de la mala fe durante la vida matrimonial, pues en los casos de divorcio por cese de la convivencia, sea unilateral o de mutuo acuerdo, y en los casos de término del acuerdo de unión civil no existe norma al respecto, salvo la indicación en materia de menoscabo económico.

7. Cuantificación

Como se indicó, los primeros llamados a regular la procedencia y monto de la compensación económica son los cónyuges y convivientes civiles y, a falta de acuerdo, corresponderá esta labor a los tribunales. Una vez requerida su intervención y verificados los supuestos de procedencia de la compensación económica corresponderá

²⁰⁸ Que corresponde al “divorcio por culpa”, aquel decretado por falta imputable a alguno de los cónyuges que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

²⁰⁹ El profesor Hernán CORRAL comenta al respecto: “Sería incomprensible socialmente que alguien contra el cual se ha pronunciado una sentencia por divorcio por atentado contra la vida o violencia contra el otro cónyuge o los hijos, abandono del hogar, adulterio, tentativa de prostitución, etc., pueda invocar la misma sentencia que lo declara culpable como un título legítimo de un derecho a compensación económica por los efectos del divorcio que con su conducta ha de alguna manera buscado. ¡Qué decir de la situación en la que quedaría el cónyuge inocente que además de cargar con los perjuicios de la conducta de su consorte, los agravios del divorcio, se viera al final obligado a pagar una compensación al cónyuge culpable!”. CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho, vol. 34, N°1, p.: 30.

al tribunal ponderar la cuantía de la misma, labor para la que cuenta con mínimas herramientas. En primer lugar, en la jurisprudencia nacional no existe un desarrollo exhaustivo del daño en materia de familia, asunto muy relacionado con la cuantificación de la compensación económica. Por otro lado, las únicas herramientas legislativas con que cuenta el juez de familia en este aspecto son los criterios del artículo 62 de la Ley N° 19.947 y sus máximas de experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y la equidad, pues de acuerdo al artículo 32 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia debe valorar la prueba de acuerdo a la sana crítica. Tampoco la doctrina ha logrado un avance significativo en la materia²¹⁰.

Dentro de la aproximación doctrinal a la materia, se destaca al profesor Carlos PIZARRO quien ha propuesto un acabado modelo de cuantificación de la compensación económica²¹¹. La primera advertencia del autor es que antes de entrar en materia de cuantificación es necesario asumir una postura sobre la calificación jurídica de la compensación y posteriormente deben aplicarse los criterios del artículo 62 en base a la teoría adoptada -pues dependiendo de la función que el magistrado considere tiene la institución, variará significativamente el monto otorgado- en palabras del autor: “Mientras algunos plantean que ella permitirá lograr un cierto equilibrio para el cónyuge

²¹⁰ A mayor abundamiento revisar: GUERRERO BECAR, José Luis. 2006. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, 2º semestre de 2006; TURNER, SAELZER, Susan. 2005. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función. En: Estudios de Derecho Civil, Jornadas de Derecho Civil, Valdivia. Santiago, Lexis Nexis; PIZARRO WILSON, Carlos. 2009. La Cuantía de la compensación económica. Revista de Derecho, julio 2009, Vol. XXII-Nº1.

²¹¹ PIZARRO WILSON, Carlos. 2009. La Cuantía de la compensación económica. Revista de Derecho, julio 2009, Vol. XXII-Nº1. pp.: 35-54.

beneficiario que lo impulse o lo habilite para la necesaria reinserción una vez cumplidas las condiciones de procedencia, otros la entienden con un marcado acento hacia el pasado que justifica el pago de una deuda por el sacrificio que en base al proyecto de familia tuvo una causa legítima y justificada, pero que ahora con la ruptura matrimonial queda desprovisto de base ese postergamiento o desmedro que se revela como un menoscabo económico necesario de compensar²¹². Tenemos entonces que para cuantificar el beneficio será esencial determinar si la mirada de la institución está en el futuro o hacia el pasado:

a) Situación hacia el futuro de los cónyuges o convivientes civiles: una vez terminado el matrimonio o AUC y declarada la procedencia de la compensación económica corresponderá su cuantificación, y para ello el énfasis estará en el desequilibrio, noción propia de la pensión compensatoria española. De acuerdo a estas ideas, la compensación económica debería dejar a los cónyuges o convivientes civiles en un plano de igualdad patrimonial para continuar sus vidas separadas²¹³. Lo primordial es que la compensación económica permita a su titular una adecuada reinserción laboral contando con una base financiera similar a la que tendrá su expareja, y para ello lo preponderante no será cuantificar el trabajo no remunerado realizado, sino que la situación patrimonial en que quedarán ambos cónyuges o convivientes civiles tras el término del vínculo.

²¹² PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit., p.: 40.

²¹³ “Esta forma de entender la compensación económica se desprende del pasado, el cual sólo ocupa una función determinante para la existencia del menoscabo, quedando entregada su cuantificación al futuro a partir de la idea de equilibrio económico”. PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit., p.: 41.

b) La mirada hacia el pasado: aquí tanto la procedencia como la cuantificación de la compensación se basan primordialmente en el sacrificio personal del titular en pos de la familia. A diferencia del caso anterior, el juez pondrá el énfasis en llevar esa postergación a un valor cuantificable que compense –en la medida de lo posible- el trabajo no remunerado aportado al proyecto de familia que ahora llega a su fin.

Lamentablemente en materia de sacrificios, en especial la postergación laboral, quien se ve mayormente perjudicada es la mujer, así ha sido históricamente y continúa siéndolo. De acuerdo a las cifras del país elaboradas por el Instituto Nacional de Estadísticas, desde el año 2010, más del 97% de quienes se declaran fuera de la fuerza de trabajo por razones familiares permanentes son mujeres y aquellas que sí participan del mercado laboral²¹⁴ dedican en promedio 5.8 horas diarias al trabajo no remunerado, lo que son 3.21 horas más que las dedicadas por los hombres (2.59 horas)²¹⁵; postergación que redundando en la tranquilidad e impulso a la labor remunerada del hombre, pero que una vez terminada la relación pierde su razón de ser y esta circunstancia justifica indemnizar al cónyuge por su sacrificio.

²¹⁴ Para la normativa laboral de protección de la maternidad, la paternidad y la familia véase: *infra*, capítulo III, subcapítulo 5 “Conciliación de la vida familiar y laboral”.

²¹⁵ Instituto Nacional de Estadísticas. 2018. Informe “La dimensión personal de tiempo”. [En línea] INE <http://historico.ine.cl/enut/files/principales_resultados/sintesis-enut-2018.pdf> [última consulta: 5 de mayo de 2019].

El profesor PIZARRO estima que la compensación económica debe centrar su mirada hacia el pasado, hacia la cuantificación del sacrificio personal del cónyuge. De esta manera, señala: “La mirada debe, (...) focalizarse en el pasado, en la magnitud del menoscabo económico padecido por el cónyuge requirente. La cuantía está determinada por la mensura del sacrificio que por el divorcio carece de causa que lo justifique. La compensación es el pago mensurable en dinero de la postergación del cónyuge requirente durante la vida conyugal”²¹⁶.

7.1 Modelo de cuantificación del menoscabo económico

A continuación, y tomando como base el modelo de cuantificación propuesto por el profesor Carlos PIZARRO²¹⁷, se propone el siguiente procedimiento de cálculo del menoscabo patrimonial:

1º En primer lugar, se debe atender a cuál es la profesión y capacitación del solicitante de la compensación económica y, de acuerdo a ello, determinar la remuneración promedio que hubiese percibido durante lo que duró la vida en común del matrimonio. Para estos efectos lo mínimo a considerar sería el ingreso mínimo mensual.

Ejemplo con ingreso mínimo mensual: \$288.000²¹⁸

²¹⁶ PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit., pp.: 41-42.

²¹⁷ PIZARRO WILSON, Carlos. Op. Cit., pp.: 51-53.

2° Determinada la renta que dejó de ganar, corresponde calcular el porcentaje mensual de cotizaciones obligatorias y multiplicarla por el número de meses que duró la vida en común. Esto constituye el menoscabo previsional y debe sumarse íntegramente al total de la compensación.

$$\$288.000 - (\text{cotizaciones previsionales: } 20\%) = 288.000 \times 0.2 = \mathbf{57.600 \text{ (menoscabo previsional mensual)}}$$

Cálculo del menoscabo previsional durante la vida en común, suponiendo que la vida en común duró 10 años (120 meses):

$$\$57.600 \times 120 = \mathbf{6.912.000 \text{ (menoscabo previsional total)}}$$

3° Considerando el deber de los cónyuges de proveer a las necesidades de la familia común (art. 134 Código Civil) se propone descontar a la renta líquida (\$230.400 en el ejemplo), por concepto de aporte a la mantención de la familia, el 50% de su importe, en atención al monto máximo que se puede fijar por concepto de alimentos²¹⁹. Luego se debe multiplicar el 50% restante de la renta líquida por la cantidad de meses de

²¹⁸ Ingreso mínimo mensual vigente desde el 1 de septiembre de 2018 de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 21.112.

²¹⁹ Art. 7, inciso 1°, Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias: “El tribunal no podrá fijar como monto de la pensión una suma o porcentaje que exceda del cincuenta por ciento de las rentas del alimentante”.

duró la vida en común (10 años, o sea 120 meses, en el ejemplo) para calcular el total de rentas no percibidas.

$$230.400 \times 0.5 = \mathbf{115.200 \text{ (50\% de la renta líquida)}}$$

$$115.200 \times 120 = \mathbf{13.824.000 \text{ (total de rentas no percibidas)}}$$

4° Para calcular el menoscabo económico bruto, se debe sumar al total de rentas no percibidas el menoscabo previsional total.

$$13.824.000 + 6.912.000 = \mathbf{20.736.000 \text{ (menoscabo económico bruto)}}$$

5° Aplicados los pasos anteriores, corresponderá al juez analizar la aplicación al caso concreto de cada uno de los factores del artículo 62 de la LMC - y el caso del divorcio por culpa - ponderándolos de acuerdo a su prudencia, de forma que el monto de la compensación podría aumentar o disminuir.

7.2 La cuantificación de la compensación económica en la jurisprudencia

En materia jurisprudencial, los juzgados de familia tienden a fijar los montos por concepto de compensación económica sin explicar mayormente su fundamento, estando las bases de cálculo reservadas a la prudencia de cada juez; las Cortes de Apelaciones

han sido las que han examinado este punto con mayor detención en sus fallos, de los cuales es posible destacar los siguientes:

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de agosto de 2014 en causa Rol 2159-2013.

Síntesis: En primera instancia el actor presenta demanda de divorcio por culpa contra su cónyuge, quien demanda reconvenzionalmente de compensación económica. El Cuarto Juzgado de Familia de Santiago acoge la demanda por culpa y considera que si bien el menoscabo económico de la demandante reconvenzional asciende a \$100.000.000, de acuerdo al inc. 2 del art. 62 de la LMC, la compensación económica debe ser rebajada a \$40.000.000, por la causal invocada (infidelidad). Ambas partes apelaron la sentencia, el demandante solicitando se rechace o rebaje la compensación económica a \$10.000.000 y la actora reconvenzional, por su parte, solicitando se aumente a \$250.000.000.

Análisis: para determinar el monto que correspondería a la compensación económica de acuerdo a lo prescrito por el art. 62 de la LMC, la Corte tuvo a la vista los siguientes hechos: i) la convivencia duró 20 años; ii) durante la convivencia la demandante reconvenzional no realizó actividad económica, a diferencia del actor principal; iii) el patrimonio del demandado reconvenzional incluye tanto su activo como su pasivo – activo que asciende a \$170.000.000 y pasivo por \$373.000.000- ; iv) la cuenta de

capitalización individual del demandado reconvenicional asciende a casi \$37.000.000 y la actora reconvenicional no cuenta con ahorro previsional.

En el considerando tercero, la Corte señala que la compensación económica tiene por objeto equiparar o a lo menos nivelar en parte la situación patrimonial de cada cónyuge al momento del divorcio y que en este caso no resulta posible pues el patrimonio del cónyuge que trabajó remuneradamente está con saldo negativo. Sin embargo, en materia previsional sus patrimonios si son absolutamente dispares. De acuerdo a lo anterior, la Corte avalúa el menoscabo económico de la demandante reconvenicional en la mitad del ahorro previsional de su cónyuge -\$18.000.000- y decide rebajar la compensación a un monto equivalente al sesenta por ciento del menoscabo económico, es decir, \$10.000.000, ello pues si bien considera grave la causal, también lo es que los hechos que motivan el divorcio transcurrieron cuando ya habían pasado 18 años de convivencia.

Comentarios: En esta sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago se inclina por la mirada hacia el futuro como finalidad de la compensación económica, de manera que el énfasis está en equilibrar el patrimonio de los cónyuges; en el caso, dado que el obligado al pago se encuentra con patrimonio negativo, la Corte considera que nada debe – cuestión que nos parece grave, pues debido a la mala administración que el marido hizo de su patrimonio está privando a la mujer de obtener una compensación, lo que puede prestarse para situaciones fraudulentas- y avalúa el menoscabo previsional de la cónyuge

en la mitad del ahorro previsional del demandado reconvenional -18 millones de pesos- y decide rebajar la compensación al 60% de este monto -10 millones de pesos- lo extraño de esta decisión es que la Corte justifica el no rebajar aún más el monto, pese a tratarse de un divorcio por culpa, en que la infidelidad ocurrió transcurridos 18 años de convivencia, pero si consideramos que la vida en común duró 20 años, significa que el 90% del periodo de vida en pareja la mujer cumplió con el deber de fidelidad, por lo que no nos explicamos -ni los ministros explican- el monto de rebaja que aplicaron.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 2 marzo de 2015 en causa Rol 606-2014.

Síntesis: El Juzgado de Familia de Yumbel condena al demandado reconvenional al pago de una compensación económica, ante lo cual la actora reconvenional deduce recurso de apelación al considerar incorrecta la evaluación del menoscabo.

Análisis: para determinar el monto que correspondería a la compensación económica de acuerdo a lo prescrito por el art. 62 de la LMC la Corte tuvo a la vista los siguientes hechos: i) la convivencia duró 21 años; ii) durante ese tiempo la recurrente se dedicó al cuidado de los hijos y del hogar, sin contar con ayuda en dichas labores; iii) la recurrente tiene 53 años de edad; iv) la recurrente se dedica a trabajos esporádicos y no presenta buenas posibilidades de acceso al mercado laboral, en tanto que el demandado tiene

trabajo estable e ingresos mensuales por \$780.000; y v) la recurrente no tiene previsión, a diferencia del demandado.

Considerando lo anterior, la Corte aumenta el monto de la compensación económica fijada por el tribunal *a quo* a la suma de \$3.300.000.

Comentarios: Si comparamos con la sentencia anterior, en ambos casos se trata de matrimonios en los que la vida en común duró dos décadas, en ambos casos la mujer se dedicó al cuidado de la familia y no realizó actividad remunerada durante ese tiempo. En el primer caso se trató de un divorcio por culpa y, disminuida prudencialmente, la compensación económica se fijó en \$10.000.000. En el segundo caso, no tratándose de un divorcio sanción, la compensación se fijó en \$3.300.000, quedando patente la oscilación en la materia y –lamentablemente- la Corte no explica cómo llegó a fijar ese monto, si tuvo en consideración sólo el perjuicio previsional, si el demandado tiene un pasivo mayor que el activo, no avalúa el costo de oportunidad de la mujer ni compara el patrimonio de los cónyuges.

Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia del 26 de agosto de 2016 en causa Rol 213-2016.

Síntesis: la actora demanda por divorcio y compensación económica a su cónyuge, el Juzgado de Familia de Rancagua acoge ambas pretensiones, decreta el divorcio y condena al pago de una compensación económica. La sentencia es apelada.

Análisis: para determinar el monto que correspondería a la compensación económica de acuerdo a lo prescrito por el art. 62 de la LMC la Corte tuvo a la vista los siguientes hechos: i) la vida en común duró 14 años y del matrimonio nacieron 2 hijos; ii) la demandante tiene 37 años de edad y se encuentra bajo tratamiento psicológico y psiquiátrico, el demandado tiene 43 años y se encuentra bajo tratamiento kinesiológico; iii) en un primer momento, la demandante carecía de calificación profesional y posteriormente obtuvo el grado de licenciada en educación, labor que desempeña actualmente, por su parte el demandado trabaja como empleado de planta de una empresa minera y percibe una remuneración de \$2.900.000 mensuales; iv) la demandante reside en un inmueble arrendado junto a sus hijos; vi) la demandante se encuentra afiliada a una Administradora de Fondos de Pensiones pero registra cotizaciones interrumpidas, el demandado ha cotizado ininterrumpidamente; vii) el demandado paga por concepto de pensión alimenticia la suma de \$500.000 mensuales; viii) durante la vigencia del matrimonio el demandado adquirió tres inmuebles que posteriormente vendió percibiendo por ellos la suma de \$42.000.000.

La Corte de Apelaciones de Rancagua considera que el enriquecimiento del demandado fue con el aporte de la mujer, quien en esta relación es el cónyuge más débil y cuyo menoscabo económico debe ser compensado. Para calcular el menoscabo, la Corte considera que debe dividirse la vida en común en dos etapas: la primera de ellas corresponde desde la fecha del matrimonio hasta el año 2010 –que es cuándo la demandante obtiene su licenciatura- periodo durante el que podría haber optado a trabajos con el ingreso mínimo remuneracional; y la segunda etapa desde el 2010 al 2013 –fecha del cese de la convivencia- para la cual se le considera una remuneración de \$545.000, que es el promedio de las seis últimas remuneraciones líquidas que la actora acompañó al proceso.

Luego la Corte, sin mayor explicación, señala “que en base a lo anterior y teniendo presente que la actora a lo más habría ahorrado mensualmente una suma de dinero equivalente al 25% de lo que se estimó podría haber percibido durante el lapso de tiempo en que se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y del hogar, se determinará prudencialmente el monto de compensación económica que pagará el demandado”²²⁰. Dicho lo anterior, la Corte fija el monto de la compensación económica en \$15.000.000, pagadero en 15 cuotas mensuales e iguales.

²²⁰ Sentencia citada, considerando décimo segundo.

Comentarios: En esta sentencia la Corte de Apelaciones de Rancagua opta por la mirada hacia el pasado como finalidad de la compensación económica, colocando énfasis en el valor de la postergación para cuantificar el menoscabo económico. De acuerdo a lo expuesto en la sentencia, entendemos que este fue el cálculo realizado por la Corte:

Duración de la vida en común: 14 años (desde 1999 hasta 2013)

Ingresos no percibidos por la solicitante:

a) Desde 1999 hasta el 2010: ingreso mínimo remuneracional (que corresponden a \$288.000 en la actualidad²²¹), por lo tanto dejó de percibir \$288.000 x 11 años (132 meses) correspondientes a \$38.016.000.

b) Entre el 2010 y 2013 (ya licenciada): \$545.000 x 3 años (36 meses) = \$19.620.000.

En total, las remuneraciones no percibidas ascienden a \$57.636.000.

Luego, sin explicar mayormente el motivo, la Corte considera que el menoscabo económico asciende al 25% de los ingresos no percibidos, pues consideró que esa hubiese sido la capacidad de ahorro mensual de la actora, fijando la compensación en \$15.000.000.

²²¹ De acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 21.112, vigente desde el 1 de septiembre de 2018.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 9 de diciembre de 2016 en causa Rol 552-2016.

Síntesis: Se condena al demandado al pago de \$6.000.000 a título de compensación económica, quien apela a la resolución de primera instancia solicitando se reduzca el monto acorde a su capacidad económica o, en subsidio, se aumente la cantidad de cuotas.

Análisis: para determinar el monto que correspondería a la compensación económica de acuerdo a lo prescrito por el art. 62 de la LMC la Corte tuvo a la vista los siguientes hechos: i) los ingresos mensuales del demandado ascienden a \$427.000 y paga una pensión de alimentos voluntaria a una hija de filiación no matrimonial de \$70.000 y a sus dos hijos matrimoniales por un monto de \$230.000.

La Corte considera que, dada la capacidad económica del demandado, el monto de compensación económica es excesivo y lo reduce a \$4.000.000, pagaderos en cuotas iguales y sucesivas de \$100.000.

Comentarios: En esta sentencia la Corte de Apelaciones de Concepción se concentra sólo en la situación patrimonial del obligado al pago de la compensación económica, sin cuantificar siquiera el monto del menoscabo sufrido por la beneficiaria. Como se señaló anteriormente, basarse sólo en la situación patrimonial del deudor al momento del

divorcio puede utilizarse con propósitos fraudulentos por este, como por ejemplo, cambiándose a un trabajo con menor remuneración.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 10 de febrero de 2017 en causa Rol 637-2016.

Síntesis: El Juzgado de Familia de Los Ángeles condena al demandado al pago de \$6.000.000 a favor de su excónyuge a título de compensación económica. El demandado recurre la sentencia solicitando se rechace dicha compensación o, en subsidio, se rebaje dicho monto.

Análisis: para determinar el monto que correspondería a la compensación económica de acuerdo a lo prescrito por el art. 62 de la LMC la Corte tuvo a la vista los siguientes hechos: i) las partes contrajeron matrimonio el año 2013; ii) la actora se dedicó desde el principio del matrimonio a realizar labores domésticas en el hogar y colaborar en faenas agrícolas; iii) la vida en común duró poco tiempo²²² y la demandante se trasladó a vivir en una casa aparte junto a sus nietos.

Dado el poco tiempo de convivencia, la Corte rebaja el monto de la compensación económica a \$1.500.000, pagadero en 20 cuotas iguales y sucesivas de \$75.000.

²²² Lamentablemente la sentencia no especifica cuánto tiempo, pero considerando que el matrimonio fue celebrado el año 2013 y la sentencia de divorcio es del 2016 el plazo no puede superar los tres años.

Comentarios: en la sentencia en comento la Corte de Apelaciones de Concepción considera que por el breve periodo de vida en común –menor a tres años- el monto de compensación económica fijado por el tribunal *a quo* (\$6.000.000) es excesivo y decide rebajarlo a \$1.500.000, sin explicar en base a qué parámetros llegó a ese cálculo²²³.

Las sentencias fueron seleccionadas con el objetivo de ilustrar los diferentes criterios de cuantificación a los que se ven expuestas las partes, no existiendo certeza alguna en la ponderación de los factores de determinación del monto de la compensación económica.

²²³ Por el monto fijado, podríamos aventurar el siguiente cálculo: una convivencia de 2 años y medio, considerando el ingreso mínimo remuneracional (\$276.000 x 30 meses), daría un total de \$8.280.000 y considerando una capacidad de ahorro del 20% (monto correspondiente a las cotizaciones previsionales obligatorias) daría en total un menoscabo ascendiente a \$1.656.000.

CAPÍTULO III: DESAFÍOS DEL DERECHO A COMPENSACIÓN ECONÓMICA

1. Introducción

El capítulo final de esta investigación tiene por objetivo específico la identificación de las principales problemáticas asociadas al derecho de compensación económica a través de un análisis jurisprudencial y doctrinario. Para efectos de contextualizar las tendencias legislativas y jurisprudenciales de la actualidad, en primer lugar se presentan los principios modernos del derecho de familia, con sus conceptos, marco normativo y manifestaciones dentro del sistema jurídico nacional, para luego dedicarse en particular al análisis de aquellos principios vinculados especialmente a la compensación económica— ya sea porque esta los resguarda o afecta -; posteriormente se realiza un análisis recopilatorio de la investigación a través de la presentación de los “temas pendientes” de la institución - forma en que se titula a las deficiencias encontradas en su regulación y/o ejercicio - ; luego se presenta la legislación laboral de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar por su estrecha vinculación con el objeto de estudio y, para finalizar, se efectúan las conclusiones globales de la tesis.

2. Principios modernos del derecho de familia

Los principios del derecho son aquellas ideas fundamentales que orientan la comprensión de una regla, de esta manera guían al intérprete en la búsqueda de soluciones a situaciones no previstas –total o parcialmente- por la norma. La función de los principios es servir de fundamento para la justificación de reglas más concretas, ya sea como auxiliares en la interpretación de las normas (permitiendo determinar el sentido más razonable de la regla cuando esta admite varios sentidos posibles) o como criterio para subsanar lagunas legales (a falta de una norma preestablecida esta puede fundarse argumentativamente a partir de un principio jurídico conocido)²²⁴.

Como se indicó en páginas anteriores, los pilares originales de nuestro Derecho de Familia – los principios clásicos – coincidían con el arquetipo de sociedad agraria y patriarcal de mediados del siglo XIX, donde el matrimonio religioso e indisoluble era considerada la única forma de constituir familia, el marido tenía la administración única y concentrada de la sociedad conyugal – que era el único régimen de bienes autorizado -, y a la vez tenía amplias facultades sobre los bienes y persona de la mujer gracias a la potestad marital; asimismo, la mujer se consideraba incapaz relativa desde la celebración del matrimonio (a diferencia de las mujeres solteras o viudas que gozaban de plena capacidad). Igualmente, el Código diferenciaba entre filiación legítima o ilegítima, protegiendo fuertemente a la primera. Eran hijos legítimos los nacidos dentro del

²²⁴ Ello se encuentra estrechamente vinculado al principio de inexcusabilidad de los jueces. Véase nota al pie n° 171.

matrimonio verdadero o putativo de sus padres y los nacidos antes de este, pero legitimados por el matrimonio posterior de estos; todos los demás hijos eran ilegítimos (concebidos fuera del matrimonio), ya sea ilegítimos propiamente tal (sin reconocimiento ni de padre ni de madre), naturales (si eran reconocidos espontáneamente por uno o ambos padres) o de dañado ayuntamiento, que correspondía a los hijos adulterinos (concebidos en adulterio, es decir, cuando uno de los padres estaba casado con otra persona), incestuosos (concebidos entre padres unidos por algún grado de consanguinidad o afinidad) y sacrílegos (cuando uno de los padres pertenecía a una orden religiosa). Los hijos naturales podían llegar a ser legitimados por el matrimonio de sus padres, reclamar alimentos y participar en la sucesión intestada de su padre o madre a falta de hijos legítimos. En contraste, los hijos simplemente ilegítimos y de dañado ayuntamiento solo podían optar al derecho a pedir alimentos, siempre y cuando cumplieran con los exigentes requisitos del artículo 280 del Código Civil de 1857, acción fácilmente desestimada con la sola negativa de reconocimiento del padre²²⁵. De la madre podrían obtener alimentos solo en caso de que no fuera una mujer

²²⁵ Artículo 280 Código Civil de 1855: El hijo ilegítimo que no tenga la calidad de natural sólo tendrá derecho a pedir alimentos del padre o madre, o de ambos, según el caso: 1) Si de un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos resultare establecida de un modo irrefragable la paternidad o la maternidad del supuesto padre o madre; 2) Si el presunto padre o madre hubiere proveído o contribuido al mantenimiento y educación del hijo en calidad de tal y ello se prueba en la forma señalada en el número anterior; 3) Si hallándose comprobada la filiación del hijo respecto de la madre, se acreditare en la forma establecida en el número primero que ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción; 4) Si el supuesto padre, citado por dos veces a la presencia judicial para que, bajo juramento, reconozca al hijo y expresándose en la citación el objeto, no compareciere sin causa justificada; 5) Si el período de la concepción del hijo correspondiere a la fecha de la violación, estupro o raptó de la madre. En este último caso, bastará que hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la raptada en poder del raptor.

El hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado esté, es raptó aunque no se emplee la fuerza.

casada²²⁶. Evidentemente el bien jurídico protegido de la época no era el interés superior del niño, niña o adolescente²²⁷, que se abordará más adelante.

Ninguno de los principios clásicos perdura íntegramente y ello es consecuencia de múltiples factores, tales como el predominio de la sociedad industrial sobre la agraria, la planificación familiar, el ingreso de las mujeres al trabajo remunerado y, especialmente, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que se trata *ut infra*.

En cuanto a las principales modificaciones a los pilares originales de nuestro derecho de familia, destacan:

1. Respecto a los cónyuges: la primera gran reforma del derecho de familia se produjo en el “principio del matrimonio religioso e indisoluble” a través de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y la Ley de Registro Civil de 1885 que determinaron la secularización de la institución. Y, más de cien años después, la indisolubilidad del

Si varias personas hubieran consumado la violación de la madre, deberá el juez determinar cuál es el presunto padre del hijo que reclama alimentos. Si ello no fuere posible, podrá condenar solidariamente al pago de dichos alimentos a todos los autores de la violación.

Rechazada la acción a que se refiere el presente artículo no podrá renovarse sino por una sola vez en el caso del número 4°. En los demás casos, sólo podrá renovarse si se fundare en antecedentes que se hayan generado con posterioridad a la sentencia.

La sentencia que acoja la acción de alimentos a que se refiere el presente artículo y el cumplimiento de esta sentencia no conferirán la calidad de hijo natural, ni la que rechace dicha acción privará al hijo del derecho de reclamar esa calidad con sujeción a las reglas del Título anterior.

²²⁶ Artículo 288 Código Civil de 1855.

²²⁷ GAJARDO PÉREZ, Alejandro. 2009. La filiación: un análisis de su evolución. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.: 6.

matrimonio también se modificó, con la Ley de Matrimonio Civil de 2004. En cuanto a la “administración de la sociedad conyugal unitaria y concentrada en el marido”, si bien aún es otorgada a aquel, a partir de mediados del siglo XX se fue limitando el modelo original, debiendo el hombre contar con la autorización de la mujer para los actos jurídicos más relevantes de la administración y concediendo, dentro de la sociedad conyugal, un mayor ámbito de libertad a la mujer través del patrimonio reservado. En lo que respecta a la “sociedad conyugal como único régimen matrimonial”, en la actualidad los cónyuges pueden optar libremente entre regímenes patrimoniales del matrimonio, ya sea sociedad conyugal, separación total de bienes (Decreto Ley 328 de 1925 y posteriormente la Ley N° 5521 de 1934 y la Ley N° 7.612 de 1943) o régimen de participación en los gananciales (Ley N° 19.335 de 1994), con la sola limitación de que la sociedad conyugal debe comenzar con el matrimonio²²⁸. En cuanto a la mujer, la potestad marital fue suprimida definitivamente y dejó de ser considerada incapaz relativa (Ley N° 18.802 de 1989).

2. Respecto a los hijos: en materia de filiación, las discriminaciones entre hijos fueron siendo eliminadas progresivamente desde principios del siglo XX (Ley N° 5.750 de Abandono de Familia y pago de pensiones alimenticias, de 1935 y Ley N° 10.271 “Introduce varias modificaciones al Código Civil”, de 1952), pero sin duda la más importante reforma en materia de filiación se produjo con la Ley N° 19.585 de 1998, que

²²⁸ Esta norma tiene una excepción: el artículo 135 inciso 2° del Código Civil, que establece que al momento de inscribir en Chile matrimonios celebrados en el extranjero se podrá optar por el régimen de sociedad conyugal.

terminó con la odiosa clasificación de los hijos en legítimos, naturales e ilegítimos (hoy se distingue solo entre matrimoniales y no matrimoniales y solo para efectos de aplicación de la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil²²⁹), igualando los derechos entre todos los hijos, provengan o no de una relación matrimonial. Asimismo, esta ley reconoce una especie de derecho a la identidad, otorgando herramientas a cualquier hijo para reclamar el reconocimiento de sus progenitores. Con el mismo espíritu de igualdad, la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores (1999) otorgó al adoptado el estado civil de hijo del adoptante, sin ninguna clase de diferenciación.

Las diversas y sucesivas reformas al derecho de familia nacional han sido apreciadas desde varios puntos de vista. La profesora Paulina VELOSO ha señalado que debido a la magnitud de los cambios que ha experimentado el derecho de familia decimonónico, es perfectamente posible hablar de un cambio de paradigma en el derecho de familia occidental²³⁰, ello queda de manifiesto al constatar que los principios originales de esa época –que rodeaban la idea de autoridad del *pater* y la consiguiente subordinación de la mujer y los hijos²³¹- han sido reemplazados por otros y aquellos que

²²⁹ Artículo 184: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges (...).

²³⁰ VELOSO VALENZUELA, Paulina. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, p.: 35.

²³¹ Idea no tan lejana en el tiempo, como destaca la autora al citar algunas intervenciones durante la discusión parlamentaria de la Constitución Política de la República de 1980, actualmente vigente. Así, tenemos que en sesión n° 94 del 12 de diciembre de 1974, el H. Senador señor Ortúzar señaló: “Que desconoce hasta qué punto podría afirmarse que va en perjuicio de la mujer el consignar que el marido es el jefe del hogar, y aunque podría sostenerse que ello va en perjuicio de la mujer, a su juicio, se establece

no, han sido fuertemente cuestionados. Los motivos para el cambio de paradigma son diversos, dentro de ellos se destacan los cambios en la forma de la producción (disminución de la ruralidad y creciente urbanización), incorporación de la mujer al mundo del trabajo remunerado, los movimientos emancipadores de la mujer a nivel global, el derecho a voto de la mujer y su participación en la vida pública, el control de la natalidad, la introducción de la televisión en el hogar y la separación de la Iglesia y el Estado (con la consecuente secularización del matrimonio)²³².

Por otra parte, Carmen DOMINGUEZ destaca que desde el primer tercio del siglo XX las reformas al derecho de familia se han sucedido en sus diversas materias de forma lenta y gradual, pero que – lamentablemente - las diversas revisiones de las instituciones del derecho de familia nacional son consecuencia de la introducción de leyes específicas en el ordenamiento jurídico y no han obedecido a una reflexión de conjunto de sus consecuencias en el derecho de familia en general y, por ello, este fenómeno ha ocasionado una legislación dispersa, con vacíos y contradicciones²³³.

Desde otra apreciación, el profesor Cristián LEPIN, concordando con la profesora Paulina VELOSO²³⁴, enfatiza en que el proceso de modernización de nuestro

en beneficio de ella, puesto que la mujer es un ser naturalmente débil y debe apoyarse en la autoridad del marido”. VELOSO VALENZUELA, Paulina. Op. Cit., pp.: 37-38.

²³² VELOSO V., Paulina. Op. Cit., pp.: 38-40.

²³³ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho, Vol. 32 N° 2, pp.: 205-206.

²³⁴ “Desde fuera de los Estados, pero concurriendo cada uno con su voluntad, se imponen modificaciones. Es el desarrollo de los Derechos Humanos, que es parte del derecho público (en la clásica división de los órdenes normativos) que permea e influye el derecho privado (las legislaciones civiles). Estas

derecho de familia se acelera y adquiere mayor nivel de sistematización gracias a la aprobación por parte de nuestro país de diversos tratados internacionales de derechos humanos²³⁵, que han ido otorgando preponderancia a tres principios generales del derecho: igualdad, libertad y equidad, que –aplicados a nuestra legislación- han dado origen a los principios modernos del derecho de familia:²³⁶ i) la protección de la familia; ii) la protección del matrimonio; iii) la igualdad entre los integrantes del grupo familiar (de los cónyuges y de los hijos); iv) la protección del más débil en las relaciones de familia (interés superior del niño y cónyuge más débil); v) la autonomía de la voluntad; vi) y el principio de intervención mínima del Estado.

convenciones ideológicamente corresponden a una concepción de la familia y de la mujer, en su rol familiar y social, que se hace cargo de las transformaciones sociales, políticas y culturales (...). VELOSO V. Paulina. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, p.: 40.

²³⁵ El autor destaca múltiples tratados: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica” (publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (publicado en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1989), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, denominada “*Belem do Pará*” (publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998), la Convención sobre los Derechos del Niño (publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990), la Convención sobre obtención de Alimentos en el Extranjero (publicada en el Diario Oficial el 10 de enero de 1961), la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1999), la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (publicada en el Diario Oficial el 30 de abril de 2002) y la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños (publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994). LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, pp.: 11-12.

²³⁶ LEPIN MOLINA, Cristián. Op. Cit., pp.: 11-13.

A continuación se tratan los principios modernos del derecho de familia chileno en base a su relación con los principios y derechos fundamentales de igualdad, libertad y equidad.

2.1 El principio de igualdad

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) se comienza a plasmar en los instrumentos internacionales la conciencia universal del reconocimiento de la igualdad esencial de la persona humana y del principio de no discriminación. Aquella marcará los objetivos del constitucionalismo moderno, que influirá trascendentalmente en la legislación civil de los países, destacando – para efectos de esta investigación- el cuestionamiento a los estatutos de filiación discriminatorios y las normas sobre incapacidad jurídica de la mujer²³⁷.

Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²³⁷ En sentido amplio, incluyendo todo régimen de asignación de derechos y restricciones arbitrarias. VELOSO V. Paulina. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, pp.: 40-41.

Y el artículo 2 declara:

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Mismo principio consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de la República:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Y en su artículo 19 n°2:

“La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En términos generales, se afirma que –en cuanto al derecho de familia nacional- el principio de la igualdad de derechos tuvo como consecuencia la disminución de

derechos considerados excesivos y la creación de derechos a favor de las partes consideradas más débiles en las relaciones de familia. Ello se observa en la progresiva disminución de las diferencias entre el hombre y la mujer casados en sociedad conyugal, con las limitaciones a la administración del hombre, la creación del patrimonio reservado de la mujer y la derogación tanto de la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal como la de la potestad marital.

i. El principio de igualdad entre cónyuges:

Hacia finales del siglo XX, en el contexto internacional y pese a sus diversas consagraciones, en numerosos Estados el principio de la igualdad entre hombres y mujeres²³⁸ no superaba un estatus de objetivo programático, persistiendo discriminaciones arbitrarias entre sexos (perjudiciales primordialmente para las mujeres). Esta situación fue objeto de preocupación y estudio de la comunidad internacional, que luego de años de trabajo quedaron plasmados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²³⁹ (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y promulgada en

²³⁸ En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos “los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos gradualmente y teniendo en consideración posibles principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras). NASH ROJAS, Claudio. 2012. Los derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Publicación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. p.: 82.

²³⁹ Tratado internacional que tiene como objetivo eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer obligando a los países tomar medidas concretas y cambiar la legislación vigente con tal fin.

Chile el 27 de octubre de 1989), en cuyo Preámbulo se reconocen los problemas de discriminación existentes y asimismo señala que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Si bien el derecho a la igualdad es uno de los pilares del sistema internacional de derechos humanos, se destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) por ser el primer hito en esta materia enfocado especialmente en las mujeres, reconociendo una segregación invisible hasta ese entonces. Sin desconocer el avance legislativo en materias de igualdad antes de la CEDAW, tras su entrada en vigencia en Chile comenzó una modificación legislativa sistemática de acuerdo a las obligaciones contraídas por el Estado. Dentro de estas obligaciones destacamos las siguientes:

a) Disposiciones generales CEDAW

Concepto de “discriminación contra la mujer”. El artículo 1 la define como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Obligación general de los Estados parte. En el artículo 2 los Estados parte se comprometen a adoptar medidas legislativas, con sanciones adecuadas, que prohíban toda discriminación contra la mujer, incluyendo la derogación o modificación de leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

b) Disposiciones específicas CEDAW

Modificación de patrones socioculturales y familiares discriminatorios. El artículo 5 de la Convención obliga a los Estados parte a tomar medidas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índoles basados en la idea de inferioridad o superioridad de algún sexo o en ideas estereotipadas de hombres y mujeres; y b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Eliminación de la discriminación de la mujer en el mundo laboral. El artículo 11 N° 1 obliga a los Estados parte a la adopción de medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la mujer en la esfera del empleo, en particular: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo; c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a

la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio; d) el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor.

Asimismo, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y para asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, el art. 11 N° 2 obliga a tomar medidas para: a) prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables; c) alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

Eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera económica y social.

En el artículo 13 de la Convención los Estados parte se obligan a eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad, los mismos derechos entre hombres y mujeres, en particular: a) el derecho a prestaciones familiares; b) el derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero; c) y el derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

Igualdad del hombre y la mujer ante la ley. En el artículo 15 los Estados parte se obligan a reconocer la igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley, y ello incluye: a) reconocimiento de idéntica capacidad civil entre hombres y mujeres y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, se reconocerán a las mujeres iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes; b) todo contrato o cualquier otro instrumento privado que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo; c) y los Estados parte reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos para circular libremente y elegir su residencia y domicilio.

Eliminación de la discriminación contra la mujer en el matrimonio y las relaciones de familia. En el artículo 16 los Estados parte se obligan a eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos vinculados con el matrimonio y las relaciones familiares, asegurando iguales condiciones para el hombre y la mujer para: a) el derecho a contraer matrimonio; b) el derecho a elegir libremente al cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con los hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos; f) los mismos derechos en cuanto a la tutela, curatela, custodia y adopción de hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración

primordial; g) los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) los mismos derechos de cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

A propósito de las obligaciones contraídas por el Estado en relación con la CEDAW – y posteriormente con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (denominada “Convención de Belém do Pará” adoptada en 1994 y ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996) - se destacan las siguientes leyes: Ley N° 18.802, que, entre otras modificaciones, suprimió la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, publicada en el Diario Oficial el 9 de junio de 1989; la Ley N° 19.325, que por primera vez estableció sanciones para los actos de violencia intrafamiliar, publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto de 1994; la Ley N° 19.335, que creó el régimen de participación en los gananciales, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994; la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial el 15 de mayo del 2004; la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto del 2004.

Si bien han existido esfuerzos legislativos en la materia, en el régimen de sociedad conyugal aún persisten normas que discriminan entre hombre y mujer, como aquellas que le impiden a la mujer administrar los bienes sociales e incluso los propios

(arts. 1749 y 1750 del Código Civil). Del mismo modo, solo la mujer puede optar al momento de la liquidación de la sociedad si conservar su patrimonio reservado o dividir los gananciales.

Para finalizar este acápite, se destaca que el avance hacia la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho de familia no se limita al orden patrimonial, sino que también a las relaciones paterno-filiales. Así, desde el 21 de junio del año 2013, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, el cuidado personal de los hijos cuyos padres vivan separados ya no corresponde por defecto a la madre (art. 224 del Código Civil) sino que son los padres de común acuerdo los primeros llamados a decidir, y el juez siempre tendrá la potestad de modificarlo si el interés superior del hijo lo amerita (art. 225 Código Civil).

ii. El principio de igualdad entre hijos

El principio de igualdad de los hijos fue consagrado en el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴⁰:

“1. Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión,

²⁴⁰ Aprobada como tratado internacional el 20 de noviembre de 1989 y vigente en Chile desde el 12 de septiembre de 1990. Volveremos sobre este instrumento al tratar el principio del interés superior del niño.

la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquiera otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o familiares”.

Al momento de ratificar este instrumento, seguía vigente en Chile la clasificación de hijos entre legítimos, ilegítimos y naturales, por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño fue fundamental para lograr la igualdad de derechos entre los hijos, independiente del tipo de filiación, a través de la Ley N° 19.585, Ley de Filiación, publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998, así como la Ley N° 19.620 “Dicta normas sobre adopción de menores” publicada en el Diario Oficial el 5 de agosto de 1999, que confirió al hijo adoptado los mismos derechos y obligaciones que confiere la filiación por naturaleza respecto de sus padres y demás parientes.

En lo que respecta a la reforma de filiación, cabe recalcar el Mensaje presidencial con el que fue acompañado el proyecto, donde se destaca que la clasificación de hijos en legítimos e ilegítimos era profundamente discriminatoria y transgresora del principio constitucional de igualdad de las personas ante la ley (art. 1° Constitución Política de la República), así como del mandato constitucional de no hacer diferencias arbitrarias, ni

por ley ni por autoridad alguna (art. 19 n°2 Constitución Política de la República).
Agrega también que “las discriminaciones que nuestra actual legislación contiene en materia de filiación (...) son contrarias a los principios contenidos en las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos de las que Chile es parte y respecto de las cuales, de acuerdo con el actual artículo 5° de la Constitución Política, los órganos del Estado han contraído el compromiso de hacer respetar y promover. En efecto, numerosos son los instrumentos en materia de derechos humanos que recogen el principio de la dignidad de las personas, que impide toda suerte de discriminación en función de hechos no imputables a los sujetos, como resulta ser la circunstancia de haber sido concebidos dentro o fuera del matrimonio de sus padres”²⁴¹.

Tras la aprobación de la reforma, el artículo 33 del Código Civil, dentro del Título Preliminar, señala que:

“Tienen el estado civil de hijo respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada (...). La ley considera iguales a todos los hijos”.

²⁴¹ Mensaje N° 198-236, Primer Trámite Constitucional. Historia de la Ley N° 19.585, Biblioteca del Congreso Nacional, p.: 3.

Dentro de las diversas modificaciones que trajo esta igualdad, se destaca la investigación de la paternidad y los efectos de la filiación en materia de alimentos y derechos sucesorios²⁴².

Antes de la Ley N° 19.585, se encontraba prohibida la investigación de la paternidad, siendo una facultad de los padres el reconocer a hijos nacidos fuera del matrimonio; tras la modificación los hijos disponen de las acciones de filiación (arts. 195 y ss. del Código Civil) que les permiten conocer la verdad biológica y amparan el derecho a la identidad, consagrado en los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del niño.

En cuanto a los alimentos, antes de la reforma los hijos legítimos podían solicitar alimentos congruos (para subsistir de acuerdo con su posición social) y los hijos naturales solo alimentos necesarios (lo mínimo para subsistir); tras la modificación todas estas distinciones fueron eliminadas (arts. 321 y ss. del Código Civil).

Por último, antes de la reforma los derechos sucesorios de los hijos dependían del tipo de filiación, correspondiendo a los hijos naturales, por regla general, la mitad de lo que recibían los hijos legítimos, estas diferenciaciones también fueron eliminadas (art. 988 del Código Civil).

²⁴² LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, p.: 31.

2.2 El principio de libertad o de autonomía de la voluntad

El principio de libertad aplicado al derecho de familia se ha traducido en una progresiva extensión de la autonomía de la voluntad en este ámbito. Y es que desde el derecho de familia decimonónico existieron ciertas libertades básicas - como explica Carmen DOMINGUEZ - para contraer matrimonio y celebrar convenciones matrimoniales.

El avance del principio de la autonomía de la voluntad fue paulatino en el tiempo a través de varias reglas o principios en distintas materias, dentro de las que se destacan: la creación de regímenes patrimoniales alternativos a la sociedad conyugal y la opción de cambiar de régimen –salva la excepción ya mencionada sobre la sociedad conyugal-; la posibilidad de acuerdo de los padres para la asignación de la patria potestad, el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular con ellos y la regulación de los alimentos; el derecho al divorcio (incluso por cese de la convivencia)²⁴³; la resolución de los conflictos familiares a través de la mediación y la conciliación; la celebración de acuerdos sobre compensación económica (incluyendo procedencia, monto y forma de pago); la posibilidad de acuerdo para la relación directa y regular de nietos y abuelos; las transacciones en materia de alimentos; y la opción de la parejas que

²⁴³ Carmen DOMÍNGUEZ afirma que el divorcio es el reconocimiento absoluto a la libertad individual, “en otros términos, la recepción del divorcio vincular no puede ser explicada, sino en una recepción progresiva de la libertad en la regulación jurídica de la familia que es una de las líneas rectoras de su evolución, tanto en Chile como en todos los sistemas jurídicos pertenecientes a nuestra familia como a la *Common Law*”. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: SEMINARIO “COMPENSACIÓN económica en la nueva ley de matrimonio civil”. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G., pp.: 7.

no puedan o no quieran contraer matrimonio de regular los efectos patrimoniales de su convivencia a través del acuerdo de unión civil.

Para Díez-Picazo, citado por LEPIN, el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no implica un desinterés o abandono del legislador, sino simplemente es un reconocimiento a su mejor capacidad de llegar a soluciones más adecuadas a conflictos de los que tienen mayor conocimiento²⁴⁴.

Desde otra perspectiva, TAPIA destaca que la actual regulación del derecho de familia no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que abrir espacios para diferentes proyectos de vida y “por esto se trata de una visión rotundamente igualitaria e individualista (...) que considera a la familia como una entidad funcional a los diferentes proyectos de vida de los individuos”²⁴⁵. Asimismo, el autor afirma que si bien el artículo 1º de la Constitución Política de la República declara a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, es evidente la preeminencia otorgada al individuo a través de los derechos de la personalidad. Sin embargo, esta exaltación de la igualdad y la autodeterminación tienen su límite, particularmente para cautelar los derechos de los hijos, a través de la intervención del Estado.

²⁴⁴ LEPIN MOLINA, Cristián. 2012. La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica. Revista Ius et Praxis, N°1, p.: 11.

²⁴⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp.: 105-106.

i. El Principio de intervención mínima del Estado

En estrecha relación con el principio de libertad o autonomía de la voluntad se encuentra el Principio de Intervención Mínima del Estado²⁴⁶, que busca limitar la intromisión del Estado en los conflictos de familia o, dicho de otra forma, disminuir la judicialización de este tipo de conflictos, solo para aquellos casos que no puedan ser resueltos por mutuo acuerdo de las partes o en caso de que sea necesario para proteger a los más débiles en la relación²⁴⁷, como en los supuestos de violencia intrafamiliar o vulneración de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

Rodrigo BARCIA señala que “consiste en que el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia familia, sino en casos graves o extremos (...). De este modo se garantiza a los individuos, incluso en el Derecho de Familia, una esfera privada de derechos individuales que no puede ser violada, ni siquiera por la autoridad pública (...)”²⁴⁸. En cuanto a los casos graves o extremos que habilitan la intervención del Estado, el autor destaca que consisten en

²⁴⁶ Véase: LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, p.: 47-49.

²⁴⁷ El profesor LEPIN destaca que “en los procedimientos de familia priman los principios de inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes, que reflejan claramente lo sostenido, pretendiendo un justo equilibrio entre la intervención judicial de oficio y la solución del conflicto por las propias partes (art.9 de la Ley de Tribunales de Familia). De la misma forma, la LTF dispone que la intervención judicial de oficio deberá observarse respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar (art. 13 de la LTF) (...). En cuanto a la búsqueda de soluciones del conflicto familiar, los tribunales de familia deben privilegiar las soluciones acordadas por ellas (art. 14 de la LTF)”. LEPIN MOLINA, CRISTIÁN. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, p.: 48.

²⁴⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp.: 26-27.

casos de violencia física o psicológica al interior de la familia y especialmente ante cualquier peligro físico o psicológico de los niños o adolescentes.

2.3 El principio de la equidad como protección del más débil

En el derecho de familia, tanto el principio de igualdad como el de libertad o autonomía han sido ponderados para efectos de proteger –a través de la imperiosa intervención de los órganos del Estado- a aquellos miembros de la familia a quienes se considera más débiles dentro de la dinámica familiar; resultado de esta especial función protectora son el principio de protección de los niños y del cónyuge más débil.

i. El principio del interés superior del niño

Los derechos de la infancia fueron consagrados a nivel internacional en la Convención sobre Derechos del Niño²⁴⁹, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y vigente en Chile desde el 12 de septiembre de 1990.

²⁴⁹ Actualmente en vez del genérico “niño” se utiliza la terminología “niño, niña o adolescente”, haciendo reconocimiento a su género y etapa de desarrollo. Sin embargo lo anterior, se recurre indistintamente a ambos conceptos en la medida de que así los utiliza nuestra legislación. Así por ejemplo, el art. 16 de la Ley de Tribunales de Familia habla del “interés superior del niño, niña o adolescente” dentro de los principios del procedimiento, el art. 3° de la LMC utiliza “el interés superior de los hijos” como principio orientador de las materias de familia y el art. 85 de la misma ley resguarda el “interés superior del niño” en cuanto al derecho a ser oído por el juez.

La Convención define como “niños” a todos los seres humanos menores de 18 años de edad y los reconoce como individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones y a que estas sean consideradas en función de su edad y madurez. Asimismo, establece como principio rector “el interés superior del niño”, en virtud del cual todas las medidas que se tomen respecto del niño deben estar basadas en su mejor interés.

En cuanto a los fundamentos del instrumento, su Preámbulo destaca el reconocimiento del derecho de todo niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, de crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Y, asimismo, que los niños deben estar preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

En cuanto al principio del interés superior del niño, el artículo 3 de la Convención declara:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios, y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Ello ratifica lo indicado en el Principio 2º de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959²⁵⁰ y en los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁵¹.

²⁵⁰ Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁵¹ Art. 5 letra b): “Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

Art. 16, párrafo 1, letra d): “Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

En Chile, el principio de protección del interés superior del niño fue incorporado al Código Civil a través de la Ley de Filiación²⁵², que modificó el artículo 222 del Código Civil, ubicado en el Título IX denominado “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, estableciendo que:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia señala:

“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

²⁵² Si bien fue incorporado anteriormente al ordenamiento jurídico nacional a través del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, la Ley de Filiación fue la primera consagración expresa de este principio.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”²⁵³.

Asimismo, el inciso primero del artículo 3º, de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil:

“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

La misma ley exige dentro de los requisitos para que el convenio regulador del divorcio y la separación sea considerado por el juez como suficiente, que resguarde el interés superior de los hijos (art. 27 y 55 inc. 2 LMC).

Similar protección encontramos en el inciso tercero del artículo 55 LMC, que autoriza al juez a rechazar la demanda de divorcio – a solicitud del demandado – cuando el actor no ha dado cumplimiento, de manera reiterada, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

²⁵³ El autor Rodrigo BARCIA destaca esta norma debido al reconocimiento al aumento de la capacidad extrapatrimonial del niño a medida que va evolucionando en edad o madurez. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, p.: 35.

Y el inciso segundo del artículo 85 de la misma ley:

“Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Suprema en resolución de recurso de casación en causa 620-2010 de 3 de mayo de 2010, al referirse al interés superior del niño, señaló:

“Dicho principio (...) alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida” (considerando décimo).

Como puede observarse, la protección del interés superior del niño es transversal dentro de los distintos cuerpos normativos del derecho de familia, pero no existe una definición legal que delimite su contenido. La doctrina ha propuesto algunas definiciones, que se destacan a continuación:

La profesora Gloria BAEZA estima que el interés superior del niño “es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”²⁵⁴. Adicionalmente, señala la autora, el concepto abarca la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad²⁵⁵.

Desde otra perspectiva, el profesor Mauricio TAPIA expone este principio como una expresión valorativa y jerárquica, de manera que existen unos intereses (los del niño) que priman por sobre otros (los de los padres) y esta excepción al principio de igualdad de derechos se justifica en el afán protector de los niños, que no tienen la suficiente madurez para ejercer con libertad sus derechos²⁵⁶. El efecto práctico de este principio se manifestará, la mayor parte de las veces, frente a las amenazas causadas por los conflictos entre los propios padres del menor²⁵⁷.

LEPIN, citando a Miguel CILLERO, indica que el principio tiene una triple función: “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al

²⁵⁴ BAEZA CONCHA, Gloria. 2001. El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 (Nº2), p.: 356.

²⁵⁵ BAEZA C., Gloria. *Op. Cit.*, p.: 356.

²⁵⁶ Esta falta de madurez – aclara el autor – no puede llevar a desconocer que el niño tiene una opinión, un juicio en formación que el Código Civil reconoce a través del derecho a ser oído en los conflictos de familia. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp.: 133-134.

²⁵⁷ TAPIA R., Mauricio. *Op. Cit.*, pp.: 132-133.

legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”²⁵⁸.

ii. Principio de protección del cónyuge más débil

Este principio del derecho de familia, al igual que el anterior, es resultado de la aplicación de un principio general del derecho: la equidad. Fue consagrado por primera vez²⁵⁹ en el derecho de familia nacional en el artículo 3° de la LMC:

“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

²⁵⁸ LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, p.: 37.

²⁵⁹ Parte de la doctrina considera que antes de la LMC la protección del cónyuge más débil, si bien no de manera expresa, ya había sido consagrada en el Código Civil, como en la regulación de los bienes familiares (arts. 141 a149), en las limitaciones a la administración ordinaria del marido en la sociedad conyugal (art. 1749), en el pago preferente de las recompensas que se adeuden a la mujer al momento de liquidar la sociedad conyugal (art. 1773), en el beneficio de emolumentos a favor de la mujer (art. 1777), en aquellas que consagran en el crédito de participación en los gananciales al término de este régimen (arts. 1792-20 al 1792-26). Los mismo ocurre con las normas de alimentos, tanto del Código Civil (arts. 321 al 337) como de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, n. al pie de p., pp.: 40-41.

Nuestra legislación no define el concepto de “cónyuge más débil”; este ha sido interpretado de diversas formas por la doctrina.

Así, para el profesor Pablo RODRÍGUEZ será el cónyuge más débil “aquel que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada, puesto que si la norma no limitó el concepto, debe hacerse extensivo a cualquier hecho o circunstancia que comparativamente deje a uno de los cónyuges en posición de desventaja respecto del otro”²⁶⁰.

En contraste, el profesor LEPIN, señala que corresponderá esta calificación para aquel de los cónyuges que queda en una situación de “desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento del término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación”²⁶¹. Esta postura de debilidad económica es mayoritaria en la doctrina²⁶².

Finalmente, con una interpretación más restrictiva, Rodrigo BARCIA considera que no en toda relación habrá siempre un cónyuge más débil, sólo habrá debilidad de

²⁶⁰ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 2004. Ley de Matrimonio Civil. En: Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Santiago, Chile. Ediciones Universidad del Desarrollo, p.:14.

²⁶¹ LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, p.: 42.

²⁶² Véase: ISLER SOTO, Erika. 2009. Los principios en la Ley 19.947: análisis y desarrollo. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins, N° 5, p.: 108; GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXI, núm. 2, p.: 102; ORREGO ACUÑA, Juan. 2004. La compensación económica en la ley de matrimonio civil [en línea]<<https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/>>[última consulta: 10 de octubre de 2018].

una parte en caso de que esta sea evidente y se configure por una causa específica, como podría ser una enfermedad²⁶³.

En cuanto a la jurisprudencia, el concepto de cónyuge más débil también es entendido en orden patrimonial, y tiene una aplicación preponderante en casos de compensación económica y alimentos. Así por ejemplo, en resolución en causa N° 6053-2013 de 30 de enero de 2014, la Cuarta Sala de la Corte Suprema afirmó que la protección del cónyuge más débil constituye un mandato imperativo dirigido al juez encargado de resolver conflictos surgidos a propósito del quiebre matrimonial, y que una de las instituciones “destinada a salvaguardar al cónyuge que con motivo del divorcio queda en una precaria situación económica” es la denominada “cláusula de dureza”²⁶⁴ consagrada en el artículo 55 inciso 3° de la LMC (considerando primero sentencia citada). En otras ocasiones, cuando es necesario determinar cuál de los cónyuges es el que necesita de esta protección, se realiza un contraste de índole patrimonial entre ambos²⁶⁵.

Entendiendo que el cónyuge más débil lo es por su desmejorada situación patrimonial frente al otro, el principio de protección se traduce en la facultad del juez de corregir la desigualdad entre los cónyuges proveniente del menoscabo económico que la

²⁶³ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, p.: 37.

²⁶⁴ Tratada *ut infra*.

²⁶⁵ Así ocurre por ejemplo, en resolución de fecha 1 de septiembre de 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa 3038-2009 (considerando sexto), en resolución de fecha 1 de abril de 2013 de la Corte Suprema en causa N° 7897-2012 (considerando octavo) y en resolución de fecha 27 de marzo de 2017 de la Corte de Apelaciones de Concepción en causa N° 70-2017 (considerando séptimo).

ruptura puede generar en un cónyuge, producto de no haber realizado actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio²⁶⁶. Una de sus principales manifestaciones se encuentra en el derecho de compensación económica (tanto en materia de procedencia, cuantía, obligación del juez de informar de este derecho, oportunidad para solicitarla), asimismo lo encontramos en la “cláusula de dureza”, denominación doctrinaria de la facultad que el art. 55 inciso 3° de la LMC confiere al juez para rechazar la demanda de divorcio unilateral por cese de la convivencia cuando, y a solicitud de la parte demandada, el demandante no haya dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos respecto del cónyuge y los hijos. Por último, en los casos de separación y divorcio, el juez tiene la obligación de aprobar el acuerdo regulatorio que presenten los cónyuges cuando este cumpla los requisitos de completitud y suficiencia exigidos por la LMC (arts. 21 y 27), y solo se considerará suficiente si este acuerdo resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges.

2.4 El principio de protección de la familia

De lo expuesto se destaca: i) que el enfoque actual del derecho de familia está en sus integrantes –madre, padre, hijos, cónyuges, convivientes- con intereses muchas veces contrapuestos y ii) que este énfasis encuentra su origen en el desarrollo de los

²⁶⁶ LEPIN MOLINA, Cristián. Op. Cit., p.:42.

derechos humanos, pues tienden a estar centrados en la persona y en sus derechos subjetivos²⁶⁷. Sin embargo, una parte fundamental del derecho de familia continúa siendo la protección de la familia²⁶⁸, principio consagrado en el artículo 1° inciso 2° de la Constitución Política de la República que proclama: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y en el inciso 5° del mismo artículo que declara deber del Estado dar protección a la familia. Asimismo, el artículo 1° de la LMC reitera que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y agrega “el matrimonio es la base principal de la familia”. Adicionalmente, la protección de la familia es parte de múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos²⁶⁹.

Se pueden encontrar diversos argumentos que fundamentan la protección de la familia considerada como grupo, pero con pleno respeto a los derechos fundamentales de sus integrantes. Así por ejemplo, Rodrigo BARCÍA afirma que la defensa de la familia nació como una noción que se opuso a las facultades excesivas de los hombres sobre ésta, aunque su desarrollo se dio de forma autónoma y no como un elemento para neutralizar este poder²⁷⁰. Desde otra perspectiva, Cristián LEPIN destaca que la protección de la familia se debe a su función como institución que cumple con las

²⁶⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32 N° 2, pp.: 215-217.

²⁶⁸ Parte de la doctrina denomina a este principio como “Principio de trascendencia social”. Véase: ISLER SOTO, Erika. 2009. Los principios en la Ley 19.947: análisis y desarrollo. *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, N° 5, p.: 85.

²⁶⁹ Véase: art. 16.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica) y los arts. 9, 10 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷⁰ BARCÍA LEHMANN, Rodrigo. *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, p.: 28.

funciones esenciales para todo ser humano: educativas (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación), protectoras (otorga seguridad y cuidado a sus integrantes) y biológicas (sexuales y reproductivas)²⁷¹. Y desde un análisis constitucionalista Eduardo SOTO KLOSS afirma que en su carácter de núcleo fundamental de la sociedad, la familia es el constitutivo material de esta última, siendo la sociedad el conjunto de familias, y que siendo esta comunidad anterior al Estado, a éste (Estado) sólo le cabe reconocerla, protegerla y fortalecerla, desde que la familia es su núcleo material, que lo sustenta y vivifica, y debilitarla sería propiciar la destrucción del Estado²⁷². Este deber de protección incluye la obligación de proteger a la familia y de propender a su fortalecimiento a través de toda la actividad estatal, ya sea con el legislativo (por medio de leyes), ejecutivo (aplicando estas leyes y adoptando medidas específicas que satisfagan las necesidades públicas concretas por medio de la prestación de bienes y servicios) y todo órgano judicial y contralor²⁷³.

En el derecho civil, destaca el profesor LEPIN, esta protección se encuentra determinada por la existencia del matrimonio, las normas sobre filiación, alimentos, violencia intrafamiliar y los derechos sucesorios, que en conjunto integran un estatuto

²⁷¹ LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, p.: 15.

²⁷² SOTO KLOSS, Eduardo. 1994. La Familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho, vol. 21 (N°3), p.: 225.

²⁷³ SOTO KLOSS, Eduardo. Op. Cit., p.: 224.

protector de las normas familiares²⁷⁴. A los estatutos mencionados debemos agregar la regulación de los bienes familiares²⁷⁵ que fueron incorporados a raíz de la creación del régimen de participación en los gananciales - pues la principal crítica contra este era la ausencia de un patrimonio familiar²⁷⁶- y cuya función protectora quedó plasmada durante su tramitación:

“La síntesis de estos dos objetivos básicos de la iniciativa la efectúa el jefe del Estado señalando que ella regula el régimen de participación en su modalidad crediticia al que, si lo estiman conveniente, los cónyuges, en ejercicio de su autonomía, podrán acceder. Además, y con prescindencia de aquella voluntad, impone a los cónyuges, por modo imperativo, el estatuto del “patrimonio familiar”. Así, fuere cual fuere el régimen que entre los cónyuges medie, habrá un ámbito patrimonial en que se expresará, en protección de la familia, la comunidad de vida y de intereses que significa el matrimonio”²⁷⁷.

Asimismo, el principio de protección de la familia inspira múltiples disposiciones de la LMC; ya en su artículo 1º se encuentra el reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el matrimonio como la base principal de la

²⁷⁴ LEPIN MOLINA, Cristián. Op. Cit., p.: 17.

²⁷⁵ Incorporados por la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994, que estableció el régimen de participación en los gananciales y modificó el Código Civil y otros cuerpos legales.

²⁷⁶ Mensaje, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Historia de la Ley N° 19.335, p.: 4.

²⁷⁷ Discusión General, Primer Informe de Comisión de Constitución. Historia de la Ley N° 19.335, p.: 211.

familia²⁷⁸, y el artículo 3° extiende esta protección más allá de la declaración de nulidad, la sentencia de divorcio o la separación, pues el juez deberá conciliar todos los asuntos atinentes a estos conflictos conciliándolos con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura.

Del mismo modo, tanto los artículos 21 (convenio de separación), 55 inciso 2° (convenio de divorcio), 64 (compensación económica), 67 (llamado a conciliación obligatorio) de la LMC promueven la autocomposición como forma de solucionar los conflictos jurídicos entre las partes, principio que es confirmado en el artículo 14 de la Ley de Tribunales de Familia, que declara que durante el procedimiento y en la resolución de conflictos en materias de familia, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

²⁷⁸ El debate acerca del concepto de familia excede los objetivos de esta investigación, para un acercamiento general de la discusión véase: BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp.: 14-19.

3. La autonomía de la voluntad y la protección del cónyuge más débil en el derecho a compensación económica

Para recapitular, se recuerda el concepto de compensación económica propuesto en el Capítulo I²⁷⁹, definida como aquel derecho personal que tiene un cónyuge o conviviente civil para exigir de su respectivo cónyuge o conviviente un pago, ya sea en dinero o en bienes, al término del matrimonio - por divorcio o nulidad - o del acuerdo de unión civil - por las causas que señala la ley - para que se le compense en razón del menoscabo patrimonial sufrido durante la vigencia de la vida en común, siempre y cuando este menoscabo haya sido consecuencia de haberse dedicado preferentemente al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común, y por causa de ello no haber ejercido una actividad remunerada o lucrativa en la medida de lo que podía y quería.

Asimismo, de acuerdo a la historia de la LMC²⁸⁰, con la inclusión del derecho a compensación económica se busca corregir – en la medida de lo posible – la condición patrimonial desmejorada en que puede quedar el cónyuge (o conviviente civil, se debe agregar) que se dedicó primordialmente al cuidado de la familia, con motivo de la ruptura de la relación y a consecuencia de la pérdida del estatuto protector del matrimonio (compuesto por distintos derechos y obligaciones entre cónyuges: derechos

²⁷⁹ Véase: *supra* Capítulo I, subcapítulo 2 “El Concepto de compensación económica”.

²⁸⁰ Véase: *supra* Capítulo I, subcapítulo 3 “Antecedentes de la compensación económica en el ordenamiento jurídico nacional”, apartado 3.2.

sucesorios, de alimentos, de seguridad social y aquellos derivados del régimen patrimonial).

El derecho a compensación económica involucra a dos de los principios modernos del derecho de familia analizados con anterioridad: el principio de la autonomía de la voluntad y el de protección del cónyuge más débil. Principios que protegen intereses muchas veces contrapuestos y que operan en distintas etapas de la compensación económica, como se explica a continuación.

3.1 La autonomía de la voluntad

La compensación económica actúa como límite a la libertad que tienen los cónyuges y convivientes civiles para poner término a la relación, incluso de manera unilateral (arts. 54, 55 y 56 de la LMC en cuanto al matrimonio y art. 26 de Ley N° 20.830), en la medida que busca proteger a la parte económicamente más débil del desamparo patrimonial en que puede quedar tras la ruptura, como consecuencia de haber dado preponderancia al cuidado de la familia por sobre su desarrollo laboral. Al respecto, Carmen DOMÍNGUEZ explica que un reconocimiento irrestricto de la libertad individual puede conducir a claras injusticias en materia de familia, pues sus miembros

no se encuentran en estado de igualdad para negociar, y por ello se admite la compensación económica como mecanismo para paliar esa inequidad²⁸¹.

Sin embargo lo anterior, la compensación económica al mismo tiempo respeta y favorece la autonomía de la voluntad de los cónyuges y convivientes civiles a través del convenio regulador del artículo 63 de la LMC (que se aplica al AUC por mandato del art. 27 inc. 2º de la Ley N° 20.830²⁸²). En esta norma, la ley entrega a las partes la primera prioridad para decidir sobre la procedencia de la compensación económica, su monto y su forma de pago, acuerdo que puede constar en escritura pública o en acta de avenimiento y que debe ser sometido a aprobación del tribunal. Solo en caso de que este acuerdo no sea posible, tocará al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto y forma de pago. Para la aprobación del acuerdo de las partes el juez debe aplicar el artículo 3º de la LMC y verificar que se proteja el interés del cónyuge más débil, por lo que vuelve a actuar este principio como límite a la autonomía de las partes.

La suscripción del convenio no es imperativa para nadie, a diferencia de los casos en que se demande separación judicial o divorcio de mutuo acuerdo (arts. 21 y 55 inciso 2º LMC). Asimismo, los requisitos del convenio regulador son mínimos: a) debe ser suscrito por cónyuges o convivientes civiles mayores de edad, b) constar en escritura

²⁸¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN. 2005. El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto. Cuadernos de extensión jurídica (U. de Los Andes), N° 11, p.: 102.

²⁸² Art. 27 inc. 2º Ley N° 20.830: “Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947”.

pública o acta de avenimiento, c) regular la procedencia, monto y forma de pago de la compensación económica, d) y ser aprobado por el juez. Las partes tienen plena libertad para renunciar a este derecho, fijar el monto que estimen adecuado y la forma de pago que deseen, pues los artículos 65 y 66 LMC, que se refieren a las formas de pago, son aplicables solo en caso de que la compensación sea regulada por el juez²⁸³.

3.2 La protección del cónyuge más débil

Como se indicó, el artículo 3° de la LMC incluye como principio general el que “las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”, y, estando la compensación económica dentro de la LMC (arts. 61 a 66), este principio le es plenamente aplicable; es más, Carmen DOMÍNGUEZ – refiriéndose a la compensación económica - señala que “la única forma de entender esta figura es como *la* forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene. En efecto, es indudable que esta normativa, al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto este (...) ya no dispone de

²⁸³ Véase: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto. Cuadernos de extensión jurídica (U. de Los Andes), N° 11, p.: 119; LEPIN MOLINA, Cristián. 2012. La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica. Revista Ius et Praxis, N°1. P.: 12.

medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provenían de su relación conyugal”²⁸⁴.

La protección del cónyuge más débil a través de la regulación del derecho a compensación económica tiene diferente extensión dependiendo de si este fue acordado por las partes o por imposición del juez:

i. Compensación económica acordada por las partes: en este caso, por mandato del artículo 63 LMC, el acuerdo debe ser presentado al juez para su aprobación, quien debe proteger el interés del cónyuge más débil en virtud del artículo 3° de la misma ley. Sin embargo, existe un vacío legal en cuanto a las atribuciones del juez respecto de este acuerdo, pues la ley nada dice acerca de su potestad para modificarlo o complementarlo en cumplimiento de este deber protector. Al respecto, Cristián LEPIN opina que la extensión de estas atribuciones dependerán de la noción de naturaleza jurídica de la compensación económica a la que se adhiera, así, la noción asistencial considerará que el juez debe intervenir incluso modificando o complementando el acuerdo, aplicando por analogía el art. 31 LMC²⁸⁵ que se remite a los criterios de

²⁸⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: SEMINARIO “COMPENSACIÓN económica en la nueva ley de matrimonio civil”. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G., p.: 9.

²⁸⁵ Art. 31 LMC: “Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o procediere regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente (...).”

suficiencia del acuerdo de separación del art. 27 LMC²⁸⁶, vale decir: el juez considerará suficiente el acuerdo si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges. Por otra parte, LEPIN es contrario a esta interpretación, pues considera improcedente la aplicación del art. 31 en casos de compensación económica, dado que esta norma fue creada para regular las separaciones judiciales, que suponen la subsistencia del vínculo matrimonial; la labor del juez debe entonces limitarse a la homologación del acuerdo, aceptarlo o rechazarlo, no modificarlo ni complementarlo; adicionalmente, señala el autor, si el cónyuge puede renunciar incluso tácitamente a la compensación al no solicitarla, puede regularla en los términos que estime pertinente (“quien puede lo más puede lo menos”) y, por último, el juez que recibe el acuerdo no ha recibido prueba sobre la compensación, así que malamente podrá determinar quién es el cónyuge más débil y si el acuerdo lo protege debidamente²⁸⁷.

²⁸⁶ Art. 27 LMC: “Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

²⁸⁷ LEPIN MOLINA, Cristián. 2012. La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica. Revista Ius et Praxis, N°1. Pp.: 15-16.

En contraste, Carmen DOMÍNGUEZ estima que el juez tiene amplias facultades para modificar el convenio en virtud del art.3º y de que la compensación económica es la figura por excelencia protectora del cónyuge más débil²⁸⁸.

Se concuerda con la capacidad del juez de modificar estos acuerdos en el caso de que no protejan el interés del cónyuge más débil en razón de los siguientes argumentos:

a) No se ve impedimento para la aplicación por analogía del artículo 31 LMC, que remite a los criterios de suficiencia del artículo 27 de la misma ley, dado que a pesar de que el artículo 31 opera bajo la lógica de la separación judicial (por tanto persiste el vínculo matrimonial), el artículo 55 inciso 2º, que regula los requisitos del acuerdo para solicitar el divorcio de común acuerdo, utiliza exactamente los mismos criterios de suficiencia del artículo 27 (resguardar el interés superior de los hijos, aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establecer relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges), por lo que el legislador consideró que tanto en casos de subsistencia, como de disolución del vínculo matrimonial deben protegerse los mismos intereses.

b) El mandato del artículo 3º LMC es imperativo para el juez, siendo una norma de orden público que se sobrepone a la autonomía de las partes, así como ninguno de sus

²⁸⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto. Cuadernos de extensión jurídica (U. de Los Andes), N° 11, p.: 111.

acuerdos puede perjudicar el interés superior de los hijos, tampoco podrá pasar a llevar el interés del cónyuge más débil.

c) Si existiere una parte económicamente más débil en la relación, las partes no se encontraban en condiciones de igualdad para la negociación y esta verticalidad de poderes puede utilizarse para abusos, perjudicando el interés de la misma persona que se buscó proteger con el derecho a compensación económica.

ii. Compensación económica regulada por el juez: cuando es el juez quien regula la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica debe regirse por los artículos 61 a 66 de la LMC, por lo tanto la extensión de sus atribuciones está claramente delimitada en la ley.

Acerca de la procedencia y cuantía de la compensación económica ya se ha expuesto extensamente, en relación con el principio que nos ocupa, la protección del cónyuge más débil, se destacan los criterios de procedencia del artículo 62 LMC, particularmente la comparación de la situación patrimonial de ambos y de sus beneficios previsionales y de salud²⁸⁹.

En cuanto a la protección del cónyuge más débil y su cautela en la forma de pago de la compensación, se destaca la intención del legislador de que su pago se concentrara

²⁸⁹ Véase: *supra* Capítulo II “Marco regulatorio de la compensación económica”, subcapítulo 5 “Supuestos de procedencia de la compensación económica”.

en un solo momento, para evitar extender el conflicto entre las partes más allá de la ruptura²⁹⁰ y, si bien el pago puede dividirse en cuotas²⁹¹, el monto fijado, a diferencia de los alimentos, no es susceptible de revisión, las cuotas son reajustables y el juez considerará seguridades para su pago. A la vez, mediante el artículo 80 de la Ley N° 20.255, que establece la Reforma Previsional, se permite al juez ordenar el traspaso de fondos previsionales desde la cuenta de capitalización individual del cónyuge obligado al pago hacia la del titular de la compensación, creando una forma de pago con un grado mayor de seguridad y en consideración de que en muchos casos los ahorros previsionales representan una proporción muy relevante de los activos de los cónyuges²⁹².

4. La compensación económica y sus temas pendientes

La presente investigación ha presentado en detalle el derecho a compensación económica, su concepto, su rol dentro de la ley de matrimonio civil, la relación entre este derecho y el déficit de autonomía económica de la mujer, el debate acerca de su naturaleza jurídica, su marco regulatorio, su relación con el acuerdo de unión civil, los

²⁹⁰ Véase: Boletín del Senado N° 1.759-18, cit. n. 3, pp.: 587 a 605. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Op. Cit., p.: 104.

²⁹¹ Arts. 65 y 66 LMC. Sobre la regulación del pago de la compensación económica Véase *infra*.

²⁹² Mensaje N° 558-534, Primer trámite constitucional: cámara de diputados. Historia de la Ley N° 20.255, p.: 10. Se regresará a las formas de pago de la compensación económica *ut infra*: Capítulo III, subcapítulo 4 “La compensación económica y sus temas pendientes”, apartado 4.3 “Perpetuación de las relaciones patrimoniales entre los ex cónyuges o convivientes civiles”.

supuestos de procedencia y su cuantificación, entre otras materias²⁹³. Así, a través de sus diversos elementos, ha tomado forma la figura de un derecho que, en principio, puede parecer de sencilla aplicación e interpretación, pues tiene una escasa regulación y ámbito de aplicación acotado (solo divorcios, nulidades matrimoniales y acuerdos de unión civil que terminan de manera unilateral, de mutuo acuerdo o por nulidad), y, sin embargo, han quedado de manifiesto diversos vacíos y oscuridades, tanto de índole doctrinaria como normativa, que rodean al derecho de compensación económica de un manto de inseguridad jurídica que deben sortear tanto los titulares de este derecho, como los operadores jurídicos y los jueces llamados a resolver el conflicto.

Como se señaló, la compensación económica no era parte original del proyecto de la LMC, sino que fue añadida por indicación presidencial dentro de la tramitación parlamentaria. El derecho se incorporó como medida de contención del menoscabo patrimonial que podría enfrentar uno de los cónyuges al término del matrimonio por divorcio o nulidad, como consecuencia de haberse dedicado con preponderancia al cuidado de la familia por sobre su desarrollo laboral individual. Y, si bien la discusión del proyecto de ley fue extensa (una década), esta se centró en los beneficios y perjuicios de permitir el divorcio vincular en Chile más que en este derecho condicionado a la ruptura.

²⁹³ A fin de evitar repeticiones innecesarias, los temas tratados con anterioridad serán reseñados en la medida de lo necesario, para mayor detalle puede consultarse *supra* el apartado respectivo.

A continuación se presentan las debilidades en el derecho a compensación económica detectadas a través de esta investigación.

4.1 Naturaleza jurídica

Como primer tema pendiente, se destaca la falta de acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de la institución pues, como se indicó, este elemento es un coadyuvante esencial en materias de interpretación y aplicación del derecho supletorio. Así, siguiendo a Cristián LEPIN²⁹⁴, se distinguen dos grandes criterios para calificar la naturaleza jurídica del derecho a compensación económica²⁹⁵:

a) A partir del principio de protección del cónyuge más débil surgen las posturas más cercanas al carácter asistencialista o alimentario, con una interpretación más bien extensiva de la procedencia y cuantía de la compensación económica. Dentro de este grupo distinguimos en primer lugar la visión asistencial de la compensación económica, que considera que este derecho viene a reparar o compensar el estado de necesidad en que puede quedar uno de los cónyuges o convivientes civiles al término de la relación, en lugar del derecho de alimentos que se extingue junto con el deber de socorro. Asimismo encontramos la postura indemnizatoria por la afectación lícita de derechos

²⁹⁴ LEPIN MOLINA, Cristián. 2013. ¿Es procedente el arresto por el incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1 (2013), pp.: 363-364

²⁹⁵ Véase: *supra* Capítulo I, subcapítulo 5 “Naturaleza jurídica de la compensación económica”, apartado 5.2 “Naturaleza jurídica de la compensación económica en Chile”.

que sufre el cónyuge que se postergó laboralmente por la familia (pues el ordenamiento jurídico permite que sus expectativas de vida sean truncadas incluso unilateralmente por su pareja), como también hay quienes ven en este derecho una obligación legal basada en la equidad cuyo fin último sería entregar herramientas al cónyuge o conviviente civil más débil para iniciar su vida separada (de manera similar a la indemnización del desequilibrio económico) y, por último, también encontramos la teoría de naturaleza jurídica extrapatrimonial, , donde la compensación económica sería la consecuencia del acuerdo implícito de distribución de labores entre los cónyuges o convivientes civiles.

b) En contraste, la naturaleza jurídica de la compensación económica también puede ser interpretada como un efecto patrimonial del término del matrimonio o acuerdo de unión civil, sin carácter asistencial. De este modo la interpretación de sus requisitos de procedencia y cuantía será más restrictiva. Dentro de esta visión encontramos la interpretación de naturaleza indemnizatoria del desequilibrio patrimonial, que considera que la compensación busca reparar el desequilibrio económico entre las partes de manera que ambos queden en situación económica similar para enfrentar su nueva vida separada. Asimismo, hay quienes la interpretan como un caso de indemnización del enriquecimiento sin causa, pues el empobrecimiento del cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar y/o los hijos se traduce (al momento de la ruptura) en un aumento de patrimonio del otro cónyuge o conviviente, aumento patrimonial que desde el fin de la relación carece de justificación.

En cuanto a la jurisprudencia, a más de 14 años de la entrada en vigencia de la institución, puede apreciarse mayor uniformidad en los tribunales superiores de justicia en materia de interpretación de la naturaleza jurídica de la compensación económica, optando por la teoría de indemnización del desequilibrio patrimonial que se manifiesta al término de la relación, que, como se indicó, es propia de la pensión compensatoria del derecho español, que fue uno de los modelos inspiradores de nuestra compensación económica²⁹⁶. Sin embargo esta uniformidad no implica unanimidad, y es posible encontrar fallos de índole predominantemente asistencialistas. Lo anterior ha quedado de manifiesto en diversas resoluciones:

Corte Suprema, sentencia de 29 de junio de 2010 en causa rol N° 2971-2010.

La Corte, luego de referirse al concepto de compensación económica, señala que la institución: “pretende evitar o paliar los efectos derivados de la falta de equivalencia patrimonial y de perspectivas económicas futuras producidas entre los cónyuges como consecuencia de haberse originado las situaciones descritas” (considerando quinto).

Asimismo, al definir el menoscabo económico, se indica que “este presupuesto aparece ligado al empobrecimiento de uno de los cónyuges en razón de las circunstancias antes descritas, el que se manifiesta al concluir el vínculo matrimonial y se traduce en la disparidad económica entre aquéllos y en la carencia de medios del

²⁹⁶ Véase: *supra* Capítulo I, subcapítulo 5 “Naturaleza jurídica de la compensación económica”, apartado 5.1 “Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria en el derecho comparado”, número ii. “España”.

cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada. De allí entonces que la reparación que se impone por la ley busca corregir este desequilibrio entre las partes, a fin de que las mismas puedan enfrentar individualmente el futuro, protegiéndose de esta manera a la que ha tenido la condición de más débil” (considerando sexto).

Se observa que el énfasis se encuentra en la comparación de patrimonios entre los cónyuges y su proyección en el futuro. De esta manera, cuando dicha proyección resulte perjudicial para aquel de los cónyuges que se dedicó a las labores de cuidado de la familia, se concederá una compensación económica como elemento corrector del desequilibrio patrimonial.

Corte Suprema, sentencia de 21 de junio de 2010 en causa rol N° 578-2010

En idéntico sentido al fallo anterior, la Corte estima que la compensación económica “representa la concreción del principio de protección del cónyuge más débil, consagrado en el artículo 3° de la Ley N°19.947, desde que el mismo pretende evitar o paliar los efectos derivados de la falta de equivalencia patrimonial y de perspectivas económicas futuras producidas entre los cónyuges como consecuencia de haberse originado las situaciones descritas” (considerando décimo segundo). Y en el considerando décimo tercero vuelve a referirse al menoscabo económico como al empobrecimiento de uno de los cónyuges que se manifiesta al concluir el vínculo patrimonial y que se traduce en la disparidad económica y en la carencia de medios del

cónyuge beneficiario para enfrentar la vida separada de ambos y que por esto la ley busca corregir este desequilibrio.

Sin embargo, en este fallo se produce una innovación, pues en el párrafo final del mismo considerando quinto se indica: “Esto encuentra justificación en que precisamente al producirse el término del vínculo matrimonial que unía a las partes, deja de tener causa tal detrimento, el que durante la vigencia del mismo se veía compensado con las obligaciones y deberes que la ley establece para la institución del matrimonio, como el deber de asistencia y socorro que existe entre los cónyuges del que derivan entre otras, la obligación de proporcionar alimentos”. Tal afirmación coincide con la naturaleza jurídica de indemnización del enriquecimiento sin causa que – al igual que la teoría del desequilibrio económico – también es de índole patrimonial.

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 22 de diciembre de 2010 en causa rol N° 687-2010

Siguiendo la teoría del desequilibrio económico, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que “lo que se pretende a través de esta institución es compensar la dispar situación que surge entre los cónyuges como consecuencia del divorcio o la declaración de nulidad del matrimonio y para su procedencia deben concurrir los supuestos señalados en el artículo 61 antes citado” (considerando sexto).

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de junio de 2017 en causa rol N° 1153-2017:

En un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago esta afirmó, siguiendo la línea de la Corte Suprema acerca del desequilibrio económico, que “cabe tener presente, que la terminación del matrimonio trae consigo consecuencias patrimoniales y puede generar entre los cónyuges cierto desequilibrio económico, en la medida que uno de ellos enfrente una situación desmejorada con relación a la posición del otro, lo que se traducirá en un deterioro de su nivel de vida anterior a la ruptura. En particular aquel de los cónyuges que, en lugar de desempeñar una actividad lucrativa, se haya dedicado al cuidado del hogar y de su familia (considerando segundo)”.

En el considerando destacado nos encontramos nuevamente con la confrontación de las posiciones económicas de que gozaba cada cónyuge antes y después de producirse el divorcio, que es propia del derecho español²⁹⁷. Cabe mencionar, como se indicó *supra*²⁹⁸, que en el caso del sistema español la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es un requisito previo a la determinación de la procedencia de la pensión compensatoria, pues solo tras esta es posible determinar si existe o no desequilibrio patrimonial entre las partes.

²⁹⁷ A mayor abundamiento véase: ROCA TRÍAS, Encarna. 1999. Familia y cambio social (De la “casa” a la persona). Madrid, Editorial Civitas. p.: 187.

²⁹⁸ Véase: *supra* Capítulo I, subcapítulo 5 “Naturaleza jurídica de la compensación económica”, apartado 5.1 “Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria en el derecho comparado”, número ii. “España”.

Corte Suprema, sentencia de 22 de agosto de 2016 en causa rol N° 24295-2016.

En este fallo la Corte Suprema señala: “En consecuencia, la institución de que se trata está establecida de manera tal que es necesario que el solicitante pruebe que durante el matrimonio, o parte de él, se dedicó al cuidado de los hijos y, si no los hubo, a las labores necesarias para mantener el hogar común, resultando indiferente que lo haya sido por decisión personal o porque las circunstancias del matrimonio se lo exigieron; que como consecuencia de lo anterior no pudo desarrollar una actividad económica ya que las labores propias del hogar o el cuidado de los hijos le requirió una dedicación total, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, provocándole un obstáculo parcial para desarrollar plenamente una actividad económica; y, por último, que de lo anterior resulte o se provoque un detrimento de carácter patrimonial. Por lo tanto, lo que justifica el resarcimiento de orden económico es la actitud que uno de los cónyuges adoptó en pro de la familia y la consecuente postergación personal” (considerando quinto).

Dicha interpretación se aleja de la línea del desequilibrio económico y se acerca a la línea asistencial a través de la teoría que considera a la compensación económica como una obligación extrapatrimonial, pues si bien los supuestos de procedencia del artículo 61 son objetivos, el trasfondo de la compensación sería eminentemente ético al buscar proteger al cónyuge que se pospuso en pos de la familia.

De lo expuesto es posible concluir que ni entre la doctrina ni en la jurisprudencia existe definición acerca de la naturaleza jurídica del derecho a compensación económica. Es más, ni siquiera se ha definido si se trata de una institución de objetivo asistencial o netamente indemnizatorio-patrimonial, de manera que no es posible adelantarse al razonamiento de los tribunales al momento de otorgar o no el beneficio, pues no existe certeza acerca de la extensión interpretativa que estos darán a los requisitos de procedencia y cuantía de la compensación económica.

4.2 Supuestos de procedencia de la compensación económica

Recapitulando, los supuestos de procedencia de la compensación económica son aquellos elementos que deben concurrir respecto del cónyuge o conviviente civil para ser titular de este derecho²⁹⁹ y se encuentran establecidos en los artículos 61 y 62 de la LMC y en el artículo 27 de la Ley N° 20.830 en el caso del AUC.

Estos supuestos son los siguientes³⁰⁰:

1) Término del matrimonio por sentencia firme de nulidad o divorcio (art. 61 LMC); término del acuerdo de unión civil por voluntad unilateral o bilateral de los convivientes civiles o por la declaración de nulidad del acuerdo (art. 27 Ley N° 20.830).

²⁹⁹ Véase: *supra* Capítulo II, subcapítulo 5 “Supuestos de procedencia de la compensación económica”.

³⁰⁰ A mayor abundamiento: *supra* Capítulo II, subcapítulo 5 “Supuestos de procedencia de la compensación económica”, apartado 5.1 “Supuestos de procedencia en particular”.

2) Durante el tiempo que duró la vida en común, haberse dedicado al cuidado de los hijos y/o del hogar común (art. 61 LMC y art. 27 Ley N° 20.830).

3) Por la dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar, no haber desarrollado una actividad lucrativa o remunerada en la medida que podía y quería (art. 61 LMC y art. 27 Ley N° 20.830).

4) Que esta postergación profesional haya causado un menoscabo económico al cónyuge o conviviente civil (art. 61 LMC y art. 27 Ley N° 20.830). La existencia y cuantía de este menoscabo quedarán determinadas, especialmente, por los siguientes factores (artículo 62 LMC): a) la duración del matrimonio y la vida en común; b) la situación patrimonial de ambos cónyuges o convivientes civiles; c) la buena o mala fe; d) la edad y estado de salud del solicitante; e) situación en materia de beneficios previsionales y salud del solicitante; f) cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del solicitante; g) y la colaboración prestada a las actividades lucrativas del obligado al pago.

En cuanto a la relación entre los elementos del artículo 61 LMC - y el artículo 27 de la Ley N° 20.830 - y aquellos del artículo 62 LMC, existen dos grandes posturas. Como se indicó *supra*, parte de la doctrina considera que son de aplicación alternativa, así, puede ocurrir que si no se cumplen los supuestos del artículo 61 LMC o art. 27 Ley N° 20.830, igualmente se otorgue una compensación económica basándose en que de

acuerdo al artículo 62 LMC de todas maneras existiría un menoscabo económico y, a la inversa, de acuerdo a esta postura sería posible que, aun cumpliéndose los requisitos del artículo 61 LMC o 27 Ley N° 20.830, no se conceda dicha compensación por considerarse que no existe menoscabo económico de acuerdo al artículo 62 LMC.

En contraste, otra parte de la doctrina – que defiende la dependencia funcional entre ambos artículos - afirma que la aplicación alternativa significaría en la práctica la anulación de los artículos 61 LMC o 27 Ley N° 20.830, pues solo se concentra en la existencia del menoscabo económico para la existencia del derecho a compensación económica. Por su parte, la teoría de la dependencia funcional afirma que los supuestos del artículo 61 y 27 de la Ley N° 20.830 serían el verdadero fundamento de la compensación y el artículo 62 LMC se limitaría a fijar la cuantía de la misma.

En cuanto a la jurisprudencia, el escenario es el siguiente:

Corte Suprema, sentencia en recurso de casación en el fondo de 26 de abril de 2010 en causa rol N° 1303-2010

Síntesis: En primera instancia el actor presenta demanda de divorcio unilateral y de compensación económica por la suma de \$84.000.000 en contra de su cónyuge. La demandada se allanó en cuanto al divorcio, se opuso a la compensación económica y demandó reconvenzionalmente por este concepto, por la suma de \$85.000.000. El

tribunal de primera instancia decretó el divorcio entre las partes y rechazó ambas demandas de compensación económica. Alzada la resolución, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó parcialmente la sentencia y acogió la demanda reconvenzional de compensación económica, que se fijó en 180 ingresos mínimos mensuales (\$52.000.000 aproximadamente), pagados en 72 cuotas iguales y sucesivas de 2,5 ingresos mínimos remuneracionales. El demandado dedujo recurso de casación contra la resolución, por vulneración de los artículos 61 y 62 de la LMC, en base a que la demandante reconvenzional no habría acompañado antecedentes que probaran el menoscabo económico.

Análisis: para resolver, la Corte Suprema tuvo en vista los siguientes antecedentes: 1) ambas partes son ingenieros comerciales de profesión; 2) la demandante reconvenzional dedicó más tiempo al cuidado de los hijos y pagó de sus ingresos el servicio doméstico; 3) en ausencia del servicio doméstico, las labores del hogar eran realizadas por la demandante reconvenzional; 4) ambos cónyuges trabajaron durante el matrimonio, pero los ingresos del demandante principal eran superiores a los de la demandante reconvenzional. Luego se indica que “cabe tener presente que a falta de acuerdo entre las partes corresponde al juez de la causa establecer si se dan los requisitos que la institución exige y fijar en su caso la cuantía de la compensación económica, aspecto este último que es entregado a la discrecionalidad de los sentenciadores, los que en todo caso, deben considerar los parámetros que el legislador establece para estos efectos” (considerando sexto). Por tanto, se rechaza el recurso de casación en el fondo dado que

la ponderación de la prueba y el establecimiento de los hechos son facultades privativas de los jueces del fondo.

Comentarios: lamentablemente la Corte Suprema no realiza un mayor análisis en cuanto a los supuestos de procedencia de la compensación económica en este caso; lo que sí tenemos es la ponderación realizada por el tribunal *a quo*, que, a pesar de que ambos cónyuges tenían la misma profesión y trabajaron durante toda la vida en común (por tanto no hay peligro en la reinserción laboral de la solicitante), de igual manera consideraron que existía un menoscabo económico que debía subsanarse a través de la compensación económica. En este caso fue preponderante la mirada hacia el pasado, hacia la vida en común de los cónyuges y el momento en que se dio el sacrificio personal de la solicitante, sin darle mayor consideración al desequilibrio patrimonial al término del matrimonio.

Corte de Apelaciones de Chillán, sentencia de 30 de marzo de 2017 en causa rol N° 37-2017

Síntesis: En primera instancia se condena al cónyuge al pago de \$1.500.000 y el traspaso del 50% de los fondos de su cuenta de capitalización individual por concepto de compensación económica. El tribunal de alzada revoca la sentencia y declara que no se hace lugar a la demanda de compensación económica.

Análisis: para resolver, la Corte de Apelaciones de Chillán tuvo en cuenta los siguientes antecedentes: 1) la demandante es dueña de un inmueble; 2) la demandante es técnico en enfermería y percibe una remuneración mensual de \$373.000, más la pensión de alimentos pagada por el demandado de \$80.000; 3) los ingresos del grupo familiar de la demandante ascienden a \$453.000 y sus egresos son de \$563.000; 4) la demandante es dueña de un automóvil; 5) la demandante participa del sistema previsional desde el año 2006 y su fondo asciende a la suma aproximada de 3 millones de pesos; 6) el demandado participa del sistema previsional desde el año 1994; 7) el demandante se encuentra cesante hace aproximadamente un año, el ingreso de su grupo familiar es aportado por su conviviente y asciende a la suma de \$257.000 mensuales; 8) el demandante es dueño de un vehículo.

La Corte decide revocar la sentencia recurrida y negar la compensación económica a la demandante por cuanto no se acreditó que, a la época del divorcio tuviese la calidad de cónyuge más débil (considerando quinto).

Comentarios: el análisis de la Corte se centró exclusivamente en el contraste de la situación patrimonial de los cónyuges al momento de la ruptura, otorgando de esta manera un carácter preponderante al requisito del menoscabo económico y, por tanto, al artículo 62 por sobre el artículo 61 LMC. No se considera ni menciona la dedicación que el cónyuge solicitante pudo haber dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común ni la postergación profesional que esto pudo conllevar.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 17 de octubre de 2016 en causa rol N° 439-2016

Síntesis: En primera instancia se acoge demanda de divorcio y se rechaza demanda de compensación económica. La demandante presenta recurso de casación en la forma con apelación en subsidio. La Corte desestima el recurso de casación en base al inciso tercero del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil (aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo).

Análisis: la Corte de Apelaciones de Concepción rechaza el recurso de apelación en base a la falta de antecedentes que probaran los supuestos de procedencia de la compensación económica, al respecto señala: “Que, en el caso *sub litis*, se trata de una acción cuyo objeto es el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el menoscabo padecido y, la cosa pedida, la suma en que se lo cuantifica. De esta manera, puede señalarse (...) que no basta con probar la dedicación a los hijos o haberse dedicado, el tiempo que duró la vida conyugal, a las labores del hogar, lo que no fue probado en este proceso, sino, que es necesario acreditar, además, la circunstancia de haber estado el cónyuge que la demanda en condiciones ciertas de desarrollar una actividad remunerada. En el caso de autos la prueba producida por la demandante es insuficiente e ineficaz, para formar convencimiento de que la actora y recurrente se dedicó durante el tiempo que duró el matrimonio en forma exclusiva al cuidado de sus hijos y tampoco, ha

acreditado, que pudiendo ejercer una profesión u oficio no pudo hacerlo por la razón antes expresada” (considerando noveno).

Comentarios: en este fallo la preponderancia se encuentra en los supuestos de procedencia del artículo 61, pues se exige no solo probar la dedicación al cuidado de los hijos o del hogar, sino que también el haber estado en condiciones de haber podido desarrollar una actividad remunerada, y, dado que los dos supuestos anteriores no fueron probados, no fue necesario para el tribunal referirse al menoscabo económico, pues este supone los requisitos anteriores (de acuerdo a la teoría de la dependencia funcional)³⁰¹.

³⁰¹ En una interpretación transversalmente distinta la misma Corte de Apelaciones que exigió probar la dedicación al cuidado de los hijos y la posibilidad de ejercer una actividad remunerada, resolvió en una causa más reciente se puede asumir que la actora se dedicó al cuidado de la familia por el solo hecho de tener un hijo: “Que, en cuanto a la procedencia de la compensación económica, además de los hechos que se dieron por acreditados en el considerando 5° y lo razonado en el motivo 16 de la sentencia en alzada, debemos precisar que el hijo común nació el 31 de julio de 2011, esto es, durante la convivencia matrimonial de las partes, de modo que la conclusión relativa a que la madre se dedicó al cuidado de su hijo menor de edad se ajusta al criterio de normalidad, del mismo modo que ello impide que ella pudiera trabajar de un modo permanente y formal, generando un ahorro previsional escaso. A ello debe sumarse que los dos bienes inmuebles adquiridos durante la sociedad conyugal son administrados por el marido, quien ha reconocido obtener rentas de arrendamiento por uno de ellos, además de sus remuneraciones mensuales estables como trabajador dependiente, con ahorros previsionales de años. En razón de lo anterior se ratificará el parecer jurídico de la juez a quo en el sentido que corresponde acoger la demanda de compensación económica interpuesta por la actora, por haber sufrido ésta un menoscabo efectivo que ha incidido negativamente en su actual patrimonio” (considerando tercero). Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 11 de julio de 2018 en causa rol N° 40-2018.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 27 de marzo de 2017 en causa rol N° 70-2017

Síntesis: En primera instancia se decretó el divorcio entre las partes y se rechazó la demanda de compensación económica. La demandante apela a la resolución y solicita se condene al demandado al pago de \$18.893.240 por concepto de compensación económica.

Análisis: para resolver, la Corte ponderó los siguientes antecedentes: 1) que la vida en común duró 21 años; 2) durante la convivencia, la demandante se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y del hogar común; 3) y que la demandante registra cotizaciones previsionales desde el año 2010, posteriores al cese de la convivencia. A continuación el tribunal *ad quem* destaca los requisitos de procedencia de la compensación económica de acuerdo al artículo 61³⁰² y luego declara: “Que el resto de la prueba rendida en el proceso y reseñada en los considerandos quinto y sexto del fallo en alzada, no permite desvirtuar el hecho de que la actora durante la vigencia de la convivencia matrimonial se dedicó efectivamente al cuidado de sus hijos y a las labores propias del hogar común, ni que no haya podido trabajar en forma lucrativa o ejercer actividades remuneradas en su propio beneficio” (considerando sexto). Respecto al menoscabo económico, la Corte

³⁰² “Que son requisitos de procedencia de la compensación económica que se pretende, de conformidad a lo señalado en el artículo 61 de la Ley 19.947, los siguientes: 1) Que la cónyuge demandante se haya dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común; 2) Que a consecuencia de esa dedicación, la cónyuge no haya podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo haya hecho en menor medida de lo que podía o quería; y 3) Que por esa causa la cónyuge demandante haya sufrido un menoscabo económico”. Considerando cuarto, sentencia citada.

señala “Que resulta evidente del mérito de los antecedentes de convicción que la actora ha sufrido un menoscabo económico a raíz de haberse dedicado durante el tiempo que duró la convivencia matrimonial al cuidado de los hijos, lo que ha quedado de manifiesto con motivo de la declaración de divorcio, ya que no cuenta con patrimonio propio, salvo su parte en el bien raíz de la sociedad conyugal, que le permita hacer frente a sus necesidades y a los gastos que deberá enfrentar en su vida futura; registrando a esta fecha pocos años de cotizaciones previsionales, lo que permite concluir que se trata del cónyuge más débil, pues a diferencia de ella el demandado percibió remuneraciones durante su vida laboral y actualmente recibe un subsidio mensual por incapacidad, que es superior a la remuneración de la demandante” (considerando séptimo).

Comentarios: en este caso la Corte de Apelaciones de Concepción se hace cargo de la totalidad de los supuestos de procedencia del artículo 61, y, solo una vez que considera suficiente para formar convicción la actividad probatoria respecto del cuidado de los hijos y/o del hogar común y la postergación laboral, se refiere al menoscabo económico, que desarrolla a través del contraste de patrimonios entre las partes al momento del divorcio y las condiciones materiales en que quedarán para comenzar su vida futura. De esta manera, retomando el ítem anterior, encontramos nuevamente la teoría de corrección del desequilibrio económico respecto a la naturaleza jurídica de la compensación económica y, asimismo, la prevalencia de la dependencia funcional entre los artículos 61 y 62 de la LMC.

Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 7 de julio de 2006 en causa rol N° 196-2006

Síntesis: El tribunal de primera instancia decreta el término del matrimonio entre las partes por sentencia de divorcio y rechaza demanda de compensación económica presentada por la demandante en base a que, si bien se dedicó al cuidado de las hijas y del hogar común, trabajó durante toda la vida matrimonial, incluso en exceso (pues fue el único sustento financiero del hogar, dado que el demandado se encontraba cursando estudios universitarios diurnos), por lo que el tribunal no consideró que existiera un menoscabo económico a consecuencia de la dedicación a la familia, en los términos que exige el artículo 61 de la LMC. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Valdivia decide revocarla en la parte que niega el derecho a compensación económica, concediendo un monto de \$10.000.000 bajo este concepto.

Análisis: para resolver, la Corte consideró los siguientes antecedentes: 1) la vida en común duró 27 años y nacieron dos hijas; 2) la actora trabajó durante toda la vigencia del matrimonio; 3) la actora fue quien mantuvo y pagó la educación del demandado; 4) mientras se mantuvo la convivencia, el demandado tuvo capacidad de ahorro e invirtió en diversos fondos mutuos; 5) por mantener a su cónyuge e hijas, la actora no tuvo los medios ni la oportunidad de perfeccionarse laboralmente. Luego declara que “los razonamientos precedentes hacen concluir a estos sentenciadores, que es plenamente procedente la compensación económica solicitada por la demandante, pues

inequívocamente sufrió menoscabo económico durante la convivencia, desde que es al demandado a quien se le ha acreditado nivel de vida e ingresos cuantiosos y no a la demandada” (considerando cuarto).

Comentarios: en el caso indicado, se estima correcta la decisión del tribunal de primera instancia que denegó la compensación económica a la actora en base a que no sufrió un menoscabo económico a consecuencia de no haber podido trabajar remuneradamente en la medida que podía y quería por dedicarse al cuidado de sus hijas. El tribunal *a quo* aplicó estrictamente los requisitos del artículo 61 LMC, debido al carácter excepcional de la institución y, al no cumplirse con estos no prosiguió con los factores de cuantificación y existencia del menoscabo económico del artículo 62 LMC. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Valdivia se centra en la comparación de patrimonios al término del matrimonio como fundamento para conceder el derecho a pesar de no cumplirse los requisitos del artículo 61 LMC. Se estima que en este caso la Corte se basó en razones de equidad más que de derecho estricto para otorgar la compensación económica, utilizando esta institución para resarcir un perjuicio extrapatrimonial producido por la división de roles dentro del matrimonio.

Las sentencias seleccionadas buscan exponer la diversidad de criterios existentes en la jurisprudencia al momento de evaluar los supuestos de procedencia del derecho a compensación económica. Queda de manifiesto que el criterio discordante es el menoscabo económico y la preponderancia que le otorgará el respectivo tribunal,

existiendo en algunos casos una ponderación equitativa entre los tres supuestos (cuidado de los hijos y/o del hogar, postergación laboral y menoscabo económico), de manera que solo se concederá la compensación si se prueba la existencia de los tres, y, en contraste, otros tribunales otorgarán una valoración preponderante al menoscabo económico, de manera que, aunque no se verifiquen los otros dos requisitos, igualmente se concede la compensación por razones – se estima – de equidad o justicia material. Es más, dentro del mismo supuesto del menoscabo económico no existe unanimidad para su ponderación, pues si bien el artículo 62 LMC no es taxativo al respecto (pues dice que se considerarán “especialmente” los factores que ahí se enumeran) atenta contra la seguridad jurídica de las partes tal ambigüedad de ponderaciones, donde puede ser lo más relevante lo ocurrido en el pasado de la relación (duración de la vida en común, remuneraciones no percibidas y falta de cotizaciones previsionales), la situación presente de las partes al terminarse la relación (situación patrimonial de los cónyuges, estado de salud y edad del solicitante) o el futuro proyectado del solicitante (reinserción laboral); ante tal variedad de posiciones no puede saberse de antemano el criterio que el juez considerará preponderante para decretar su existencia.

Para finalizar, se destaca la situación planteada por el autor José Luis GUERRERO, que es parte de la problemática de la actual regulación de los supuestos de procedencia de la compensación económica: el caso de aquel cónyuge que trabaja con igual intensidad que sus colegas solteros, con una jornada diaria de 8 horas y las restantes dedicadas al cuidado de los hijos y del hogar común. Conforme a los supuestos

de procedencia del artículo 61 LMC - particularmente el haber trabajado menos de lo que “podía y quería”- este cónyuge no podría ser titular de compensación económica. De esta manera, explica el autor, al cónyuge le hubiese convenido – desde el punto de vista del desequilibrio patrimonial - no trabajar o dedicarse a una jornada parcial (en el supuesto de que la remuneración de su cónyuge fuese muy superior a la suya). Así, el legislador termina desconociendo la realidad actual de la mujer chilena, la trabajadora “doble jornada” (con 8 horas de trabajo remunerado y el resto del día con trabajo no remunerado en el hogar) que se ve afectada por el desequilibrio económico al momento del divorcio³⁰³. Esta injusticia podría ser subsanada, con la actual legislación, dando preponderancia al artículo 62 por sobre el artículo 61 y relacionando el primero con la protección del cónyuge más débil del artículo 3°, pues los requisitos del artículo 61 consideran una hipótesis obsoleta de la vida matrimonial (mujer que solo realiza labores de hogar y hombre que trabaja remuneradamente y no dedica ningún esfuerzo al hogar), que si bien aún es abundante en la sociedad, deja fuera otras realidades cada vez más frecuentes³⁰⁴.

Respecto a la cuantificación de la compensación económica, ya se analizó *supra* la heterogeneidad de criterios presentes en nuestra jurisprudencia³⁰⁵, para recapitular se

³⁰³ GUERRERO BECAR, José Luis. 2006. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, 2º semestre de 2006, p.: 63.

³⁰⁴ GUERRERO BECAR, José Luis. 2006. Op. Cit., p.:66.

³⁰⁵ Véase: *supra* Capítulo II, subcapítulo 7 “Cuantificación”. Al análisis efectuado se agrega que durante la discusión parlamentaria ya se había advertido de la fragilidad de la compensación debido a los factores del menoscabo económico: “Se ha dicho que para proteger a la mujer se creó el sistema de compensaciones, que beneficia a la que, por trabajar en el hogar, no ha podido desempeñarse en el mercado laboral externo.

destaca: 1) la falta de uniformidad en cuanto a la preponderancia del sacrificio personal del solicitante vs. la situación patrimonial de las partes al término de la relación (dándose el caso incluso que, aun cumpliendo todos los requisitos de procedencia del derecho, se niegue la compensación económica por las mala situación patrimonial del obligado al pago); 2) valoración discrecional del menoscabo económico (por ejemplo, recordar el contraste entre dos casos de convivencias matrimoniales de dos décadas donde en una se concede, a título de compensación económica, la suma de \$10.000.000 y en el otro la suma de \$3.300.000); y 3) la ausencia de liquidación del régimen matrimonial al momento de fijar el monto de la compensación económica, lo que lleva a que el juez no tenga un conocimiento certero del patrimonio con el que ambos cónyuges comienzan su vida separados.

Sin embargo, la iniciativa dispone que para determinar el monto de las compensaciones el juez debe recurrir a una serie de criterios subjetivos, no objetivos, como la capacidad del marido para pagar y su patrimonio, lo que constituye una verdadera innovación jurídica. Primera vez que conozco de una indemnización que se fije en relación con el dinero que tenga quien deba pagarla y no con el daño provocado a la víctima. Es como si mañana yo atropellara a alguien, y el juez determinara el monto de la indemnización en función a la plata que tengo para pagar. Francamente, es una situación sin precedente. Por supuesto, la compensación es una gran solución para las familias adineradas, que tienen muchos bienes con los cuales ofrecer una compensación justa, pero una simple ilusión para miles de familias modestas, en las que difícilmente los cónyuges que las mantienen tienen dinero a fin de mes para pagar el dividendo. Por lo tanto, no sé en qué consiste este tipo de protección para la mujer”. Intervención del diputado Nicolás MONCKEBERG, Discusión en sala, Tercer trámite constitucional, Cámara de diputados. Historia de la Ley N° 19.947, p.: 65.

4.3 Perpetuación de las relaciones patrimoniales entre los excónyuges o convivientes civiles

Una vez otorgada la compensación económica, fijada su cuantía y forma de pago, se traduce en una obligación para el deudor y en un crédito para el acreedor, que como tal, no goza de preferencia ni garantías especiales otorgadas por la ley³⁰⁶.

Existen distintas alternativas para el pago de la compensación económica, siendo el ideal que se realice a suma alzada, es decir, en un pago único. Ello con el objetivo de acabar lo más pronto posible con la relación patrimonial entre los excónyuges o convivientes civiles tras el término de la relación, tierra fértil para conflictos.

La regulación de la forma de pago de la compensación económica se limita a tres artículos: artículos 65 y 66 de la LMC, y artículo 80 de la Ley N° 20.255, Ley de reforma previsional.

De acuerdo a la normativa indicada, en la sentencia, el juez determinará la forma de pago de la compensación económica y para ello podrá establecer alguna de las siguientes modalidades:

³⁰⁶ El crédito del derecho a compensación económica es quirografario, a diferencia de aquel que tiene la mujer casada contra su marido por la administración de sus bienes propios - cuarta clase - o las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares - primera clase -, de acuerdo a los artículos 2472 N° 5 y 2481 N° 3 respectivamente. Por lo tanto su titular carece de toda preferencia para el pago y concurrirá en pie de igualdad con todos los otros acreedores valistas.

1) Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Si el pago consiste en una suma de dinero podrá ser enterada en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago³⁰⁷ (artículo 65 numeral 1) LMC).

2) Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes de propiedad del cónyuge deudor³⁰⁸. La constitución de los derechos reales no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución – les es inoponible -, de manera que ellos igualmente podrán requerir la realización del inmueble como si el derecho real no se hubiese constituido (artículo 65 numeral 2) LMC).

3) Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación económica por ninguno de los medios del artículo 65 LMC, el juez podrá dividir el monto en cuantas cuotas reajustables fuese necesario, considerando la capacidad económica del deudor (artículo 66 LMC). Las cuotas fijadas de acuerdo a este

³⁰⁷ Entendido como “garantía, es decir, cualquier seguridad que se agregue al crédito para su pago. Así por ejemplo: todas las causaciones – personales o reales -, seguros de responsabilidad, cláusula de aceleración, retención por parte del empleador, prohibiciones de enajenar, entre otros.

³⁰⁸ Álvaro VIDAL advierte que “en la práctica, la constitución de un derecho real como forma de pago es más bien excepcional y comparto la opinión de que el juez debiera evitar decretar esta modalidad porque ella, incluso con una vigencia delimitada en el tiempo, se opone a la finalidad perseguida por el legislador, dado que prolonga en el tiempo la relación en lo patrimonial entre los que fueron cónyuges, constituyendo o pudiendo constituir una fuente de conflictos. El propietario queda a la espera del vencimiento del plazo para recuperar la propiedad y así disponer de ella. El juez debe preferir las otras formas de verificación, incluso, la dación del mismo bien en pago de la obligación”. ³⁰⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2009. Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 12, p.: 81.

artículo se considerarán alimentos para efectos de su cumplimiento³⁰⁹, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su pago, lo que se declarará en la sentencia.

4) Cuando el menoscabo económico del titular de la compensación sea de índole previsional, el juez podrá decretar como forma de pago de dicho derecho el traspaso de hasta el 50% de los fondos (acumulados durante el matrimonio) de la cuenta de capitalización individual del cónyuge deudor a la cuenta de capitalización individual del cónyuge acreedor (artículo 80 Ley N° 20.255). Se critica esta modalidad de pago en cuanto se limita a afiliados de sistemas de fondos de pensiones, dejando fuera a quienes participan de otros sistemas previsionales, como la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA) o aquellos sistemas administrados por el Instituto de Previsión Social³¹⁰. Sin embargo, hay quienes defienden esta exclusión en razón de que en los otros sistemas de previsión “el afiliado no tiene dominio sobre los fondos previsionales pues ellos van a un fondo común; es lo que se conoce como sistema de

³⁰⁹ Esto se traduce en la aplicación de los apremios establecidos en la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, para el caso de incumplimiento en el pago de alimentos: arresto nocturno, retención de devolución de impuesto a la renta, suspensión de licencia de conducir, responsabilidad solidaria en el pago de la compensación para aquellas personas que dificulten o imposibiliten el fiel y oportuno pago de la obligación y un procedimiento ejecutivo simplificado. Cabe mencionar que respecto al arresto nocturno por el no pago de la compensación económica existe controversia acerca de su constitucionalidad, específicamente por la infracción del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que dispone que nadie puede ser detenido por deudas, salvo por mandato de autoridad judicial competente en cumplimiento de deberes alimentarios. A mayor abundamiento véase: LEPIN MOLINA, Cristián. 2013. ¿Es procedente el arresto por el incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1 (2013): 359-376.

³¹⁰ VIDAL, citando a PIZARRO WILSON. Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 12, pp.: 82-83.

reparto, de manera que mal la ley podría haber dispuesto que se pagara una compensación económica con cargo a fondos de que el cónyuge deudor no es titular”.³¹¹

Este sistema de pago puede decretarse conjuntamente con algún otro o ser el pago exclusivo y, debe destacarse, dichos fondos no serán de libre disposición del acreedor – como sí lo sería el dinero recibido a título de indemnización – sino que seguirá las reglas generales del sistema previsional, manifestando su sentido asistencial³¹².

i. Formas de pago de la compensación económica como fuente de conflictos

La forma de pago determinada por el tribunal (o las partes, si se fijó a través de un convenio regulador) es la que otorgará contenido a este derecho, de manera que si esta es inadecuada de alguna manera, el acreedor tendrá un crédito que no podrá satisfacer.

La situación ideal sería que el pago fuese siempre una suma única de dinero, inmodificable y pagadera al contado o en un número reducido de cuotas. Sin embargo, esta medida desconocería la realidad de gran parte de las familias chilenas e implicaría volver a la compensación económica un derecho ilusorio, pues por más que se otorguen

³¹¹ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. 2013. Pago de la compensación económica en los juicios de divorcio y nulidad con fondos de capitalización individual. *Revista chilena de derecho*, Vol. 40 N° 3, p.: 765.

³¹² GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXI, núm. 2, p.: 88.

apremios contra el deudor, si este no tiene patrimonio suficiente donde ejecutar la obligación el detrimento patrimonial del acreedor de todas maneras no sería subsanado y el conflicto económico se perpetuaría de igual forma³¹³. La labor del juez ante esta situación resulta ingrata, pues por un lado existe un menoscabo económico que debe repararse y, por el otro, el patrimonio del deudor puede ser insuficiente para satisfacer el crédito y, ante esta realidad, debe recurrir a alguno de los medios de pago señalados en la ley, que tienen distintas dificultades asociadas:

1) Pago en cuotas sin garantía legal: si se recurre al pago en cuotas del artículo 65 numeral 1) LMC, es el juez quien debe fijar seguridades para su pago, sin embargo, en la práctica esto opera a solicitud de parte³¹⁴ (por ejemplo, pidiendo se incorpore una

³¹³ Al respecto, VIDAL plantea que “Se quiere evitar la perpetuación del conflicto entre los cónyuges o que con ocasión del pago de la compensación surjan otros que pudieran afectar el interés de los hijos comunes. Tal objetivo se alcanza idealmente mediante la entrega de una suma alzada, única, global e inmodificable, pagadera de contado o, cuando mucho, dividida en un reducido número de cuotas. No obstante, ésta es una aspiración del legislador que choca frontalmente con la realidad socioeconómica de nuestro país, y que hoy hace que la regla general sea la parcelación en cuotas. (...) La división en un número ilimitado o extenso de cuotas, incluso con seguridades de pago, o la constitución de derechos reales con el carácter de vitalicio, frustran abiertamente la mencionada finalidad”. VIDAL OLIVARES, Álvaro. Op. Cit., p.: 73.

³¹⁴ Es más, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha resuelto incluso dejar sin efecto la cláusula de aceleración incorporada de oficio por el tribunal *a quo* como seguridad del pago de una compensación económica; para ello el tribunal señaló: “Que, sin embargo, no resulta procedente incluir en el pago decretado una cláusula de aceleración, que hace exigible el total de la compensación para el caso en que no se pague alguna de las cuotas (...) por cuanto dicha garantía no fue solicitada por la actora reconvenzional en su demanda, ni los artículos 65 y 66 de la Ley N° 19.947 facultan al juez para establecerla. A este respecto, es del caso señalar que el inciso segundo del artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil expresa que la cuota respectiva se considerará alimentos para efectos de su cumplimiento, a menos que se hubieran ofrecido otras garantía para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia”. Esta norma no hace más que corroborar la improcedencia de la cláusula de aceleración como seguridad para el pago de las cuotas adeudadas, establecida de oficio por el tribunal a quo”. (considerando duodécimo). Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 22 de diciembre de 2010 en causa rol 687-2010.

En contraste, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha resuelto establecer de oficio una cláusula de aceleración, aun tratándose de cuotas de acuerdo al artículo 66 (una compensación dividida en 250 cuotas), resolviendo: “Se revoca la resolución apelada (...) solo en cuanto negó la demanda de

cláusula de aceleración), si ello no ocurre el crédito no gozará de garantía de ningún tipo, más allá del derecho de garantía general de cualquier acreedor, pues los apremios para el pago de alimentos se conceden solo en virtud del pago en cuotas del artículo 66 LMC.

2) La compensación económica como extensión del pago de alimentos: VIDAL señala que el objetivo de la compensación económica es impulsar la reinserción del cónyuge en el mundo laboral de manera que logre la autosuficiencia, dejar de depender financieramente de su cónyuge. Sin embargo, el autor advierte que en el caso de matrimonios con separaciones de hecho de larga data, el juez tiende a decretar - a título de compensación económica – el pago de cuotas de dinero de un monto similar a los alimentos que se pagaban hasta la fecha, que se prolonga en el tiempo según la expectativa de vida del acreedor. Resultado de esta práctica es la extensión artificiosa del deber de socorro más allá del término del matrimonio. Para este tipo de casos, señala el autor, debió incorporarse un régimen transitorio que considerara las dificultades de reinserción laboral de este tipo de acreedores³¹⁵.

compensación económica deducida, y en su lugar se declara que se acoge dicha demanda y se condena al demandado (...) a pagar a favor de la demandante (...) una compensación económica ascendente a 55 ingresos mínimos remuneracionales (...) pagadera en 250 cuotas mensuales de un 22% de un ingreso mínimo remuneracional (...). El no pago de una o alguna de las cuotas dará derecho al cobro total que se adeude (...)" (parte resolutive) Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 5 de noviembre de 2014 en causa rol N° 275-2014.

³¹⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2008. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI (2° semestre de 2008), pp.: 317-318.

3) El convenio regulador: las partes son las primeras llamadas a regular la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica. Dicho acuerdo se regula en el artículo 63 de la LMC, que exige que conste en escritura pública o en acta de avenimiento y que se apruebe judicialmente. Las facultades del juez frente a este acuerdo ya fueron analizadas³¹⁶, pero, recapitulando, se dirá que lo esencial es determinar si su rol en este proceso es de homologación – aprobar o rechazar – o si se encuentra facultado para modificar su contenido. Existe un encuentro entre principios rectores: la autonomía privada y la protección del cónyuge más débil.

Parte de la doctrina considera que el rol del juez debe ser limitado en atención a que el artículo 63 LMC no tiene requisitos de suficiencia que cumplir, a que no corresponde la aplicación analógica del artículo 31 LMC por tratarse una norma que regula la separación judicial – por tanto subsiste el vínculo matrimonial – y en que, al tratarse de un derecho incluso renunciable, es de toda lógica que puede regularse como las partes lo estimen conveniente³¹⁷. En contraste, otros autores fundamentan en base al principio de protección del cónyuge más débil y en la regla general de la LMC de tutela judicial de los acuerdos cuando estos incidan en intereses fundamentales que puedan verse perjudicados³¹⁸.

³¹⁶ Véase: *supra* Capítulo II, subcapítulo 4 “Oportunidad procesal para solicitar la compensación económica”, apartado 4.1 “Con acuerdo de las partes”.

³¹⁷ Véase: LEPIN MOLINA, CRISTIÁN. 2012. Las prestaciones económicas post divorcio en la legislación chilena. *Revista de Derecho de Familia*, N°56. Pp.: 171-199.

³¹⁸ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. 2009. Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12: 69-99.

Sin embargo, más allá de la discusión doctrinal, en la práctica cuando las partes solicitan aprobación del convenio regulador de la compensación económica, el juez no presta mayor atención al pacto sobre la forma de pago, limitándose a aprobarlo sin más. Ello podría suponer una afectación del principio de protección del cónyuge más débil y a la finalidad perseguida por la compensación económica, en cuanto a resolver el conflicto entre los cónyuges de una sola vez o en el menor tiempo posible.

4) Pago a través de dación de bienes u acciones: no existe protección para el acreedor cuyo crédito se ha satisfecho a través de la dación de bienes u acciones – es decir, con algo distinto del dinero -, en caso de que se produzca la evicción posterior de las acciones o bienes, pues la ley no señala expresamente (a diferencia de lo que ocurre en el régimen de participación en los gananciales³¹⁹) si el crédito renace³²⁰ o si este se extingue irrevocablemente con la dación en pago y el acreedor debe hacer uso del derecho de garantía general.

5) Pago con constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes de propiedad del deudor: no existe certeza acerca de cuál es el efecto sobre el

³¹⁹ Artículo 1792-22 Código Civil: “Los cónyuges, o sus herederos, podrán convenir daciones en pago para solucionar el crédito de participación en los gananciales.

Renacerá el crédito, en los términos del inciso primero del artículo precedente, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”.

³²⁰ VIDAL considera que esta sería la alternativa adecuada con una aplicación analógica del artículo 1792-22 del Código Civil, atendiendo a que ambas son normas del derecho de familia que buscan la protección del cónyuge acreedor. De esta manera, el acreedor de la compensación económica no tendría la carga de citar de evicción al deudor, sino que simplemente – una vez producida la evicción – tiene derecho a ejercer las acciones que emanan de la misma compensación económica, que renace como si no hubiese operado el modo de extinguir. VIDAL OLIVARES, Álvaro. Op. Cit., p.:89.

crédito de compensación económica solucionado a través de la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación, sobre un inmueble de propiedad del deudor cuando se realice este bien. ¿El riesgo de la posterior realización del inmueble pertenece al acreedor o al deudor de la compensación? De acuerdo a VIDAL el riesgo debe pertenecer al deudor, pues de su voluntad depende la extinción de sus obligaciones preexistentes a la constitución al derecho real; de este modo, el crédito renacería y el cónyuge acreedor podría intentar cobrarlo por incumplimiento. Sin embargo en la práctica se encuentra sujeto a la interpretación del juez.

ii. Inmutabilidad de la compensación económica una vez fijada su cuantía y forma de pago.

Por último, una de las características de la compensación económica es que una vez fijada su cuantía y forma de pago, éstas no pueden modificarse por cambio de las circunstancias, así quedó establecido durante la tramitación parlamentaria de la LMC. El senador Rafael Moreno señaló que creía injusto que el cambio de condiciones habilite para solicitar que se modifique el monto ya determinado, por cuanto éste responde a la situación coetánea al divorcio o a la declaración de nulidad, no a lo que ocurra posteriormente, lo que se advierte con claridad del hecho de que, si en su momento el deudor hubiese pagado de contado, no tendría derecho a devolución. Asimismo, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento rechazó la posibilidad de que el deudor solicite el cese del pago del saldo insoluto, o su reducción, por la variación

de su condición económica o la del acreedor, o por el hecho de que su excónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona³²¹.

Sin embargo lo anterior, para parte de la doctrina esta característica no resulta tan evidente si se trata de cuotas fijadas de acuerdo al artículo 66 LMC, pues si estas se consideran “alimentos para efecto de su cumplimiento” esto podría incluir tanto hipótesis de incumplimientos como de cumplimientos, lo que permitiría fundamentar una petición de modificación de la forma de pago de la obligación, manteniendo intacto su monto, de manera que la sentencia en estos casos produzca cosa juzgada formal respecto de la forma de pago³²².

4.4 La compensación económica y el acuerdo de unión civil

El artículo 27 de la Ley N° 20.830 que establece el AUC se remite a los artículos 62 a 66 de la LMC para regular la compensación económica entre convivientes civiles, por lo tanto este derecho carece de normativa especial en la materia. Esta situación puede traer complicaciones de carácter práctico que se irán manifestando a medida que aumente el uso de la institución (que hasta la fecha tiene solo tres años de vigencia).

³²¹ Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Segundo trámite constitucional. Historia de la Ley N° 19.947. p.: 113.

³²² VIDAL OLIVARES, Álvaro. Op. Cit., pp.: 92-93.

La primera laguna que se destaca es la falta de regulación especial del convenio sobre compensación económica cuando el AUC termina de mutuo acuerdo, pues de la aplicación del artículo 63 LMC resulta que el AUC mismo puede terminar sin la intervención del juez³²³ a diferencia del acuerdo sobre compensación económica, que sí necesita la aprobación del tribunal. Acuerdo al que no se señala plazo para su presentación y que, por tanto, puede ser fruto de conflicto financiero post término del AUC.

En segundo lugar, según se ha explicado³²⁴, dentro de los factores del artículo 62 que sirven para determinar la existencia y cuantía del menoscabo económico se encuentra la duración del matrimonio y de la vida en común, no considerándose la convivencia prematrimonial. Evidentemente en el caso de la compensación económica basada en un AUC habría que considerar la duración del acuerdo y de la vida en común, sin embargo existe un vacío en el caso del AUC que termina por el matrimonio de los convivientes civiles entre sí. Al respecto, el artículo 27 de la Ley N° 20.830 excluye la posibilidad de solicitar una compensación económica al término del AUC cuando este termina por el matrimonio de los convivientes civiles entre sí, lo que es de toda lógica, dado que, una vez casados, deben regirse por los supuestos de procedencia del artículo 61 LMC. Si este matrimonio termina por sentencia de divorcio o declaración de nulidad,

³²³ Recordar que el art. 26 letra d) de la Ley 20.830 declara que el AUC puede terminar por mutuo acuerdo de los convivientes civiles que debe constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil.

³²⁴ Véase: *supra* Capítulo II, subcapítulo 5 “Supuestos de procedencia de la Compensación Económica”, apartado 5.1 “Supuestos de procedencia en particular, número iv. “Existencia de un menoscabo económico”, letra a) Factores del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil”.

para determinar la existencia y cuantía del menoscabo económico el juez deberá considerar, especialmente, el periodo desde la celebración de este, pero ¿qué ocurre con el periodo de vida en común anterior, vigente el AUC? Al respecto se distinguen dos interpretaciones: a) que el artículo 27 de la Ley N° 20.830 excluye toda posibilidad de cómputo del periodo de convivencia anterior al matrimonio para efectos del derecho a compensación económica; o b) que, al no ser taxativo el artículo 62 LMC, deja a la prudencia del juez la computación del periodo de vigencia del AUC³²⁵.

Como última problemática vinculada al AUC, está aquella que puede surgir cuando el acuerdo de unión civil termina por decisión unilateral de uno de los convivientes³²⁶, ya que el artículo 27 de la Ley N° 20.830 establece un plazo de caducidad de 6 meses para solicitar la compensación económica, contados desde el término del AUC, término que no se produce con la notificación al otro conviviente de la voluntad de no perseverar con el acuerdo de unión civil, sino que con la subinscripción de esta declaración de voluntad al margen de la inscripción del respectivo AUC; siendo la notificación del término del AUC un requisito de publicidad, no de la esencia del acto, esta puede no existir, y el artículo 26 de la Ley N° 20.830 establece una presunción de derecho de conocimiento del término del AUC pasados tres meses desde la subinscripción. Por lo tanto, el AUC puede perfectamente terminar bajo la ignorancia

³²⁵ Esta última alternativa trae consigo la consecuente inseguridad jurídica para el solicitante de la compensación económica y podría atentar contra la protección del sujeto patrimonialmente más débil de la relación y la garantía constitucional de igualdad ante la ley y en la protección del ejercicio de sus derechos, pues aquellos que formaron familia desde el comienzo a través del matrimonio tienen mayor certeza jurídica en la protección de sus derechos que aquellos que formalizaron su relación a través de un AUC y después decidieron celebrar un matrimonio.

³²⁶ Véase: *supra* Capítulo II, subcapítulo 2 “El Acuerdo de Unión Civil”.

de uno de los convivientes civiles y, adicionalmente, este solo tiene 6 meses para demandar la compensación económica correspondiente, haya sido o no notificado de este hecho³²⁷.

5. Conciliación de la vida familiar y laboral

Finalizando la investigación se presenta la normativa laboral de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar existente en el país.

Dentro de las críticas a la institución de la compensación económica se indicó el que considera un modelo de distribución de roles dentro de la familia (sea matrimonial o de convivencia civil) cada vez más discordante con la sociedad actual, donde la distinción “hombre-proveedor” y “mujer-cuidadora” ha dado paso a una importante participación de esta última en el mercado laboral, con la consecuente necesidad de conciliar las labores remuneradas con las domésticas (como ya se indicó a partir de la Encuesta del Uso del Tiempo, son las mujeres las que dedican mayor parte de horas al día al trabajo doméstico no remunerado). Sin embargo, esta labor de conciliación no es preocupación única de este siglo, pues desde que nace el derecho laboral chileno la maternidad fue materia de regulación. El objetivo particular del presente acápite es

³²⁷ Recordar que la notificación del término del AUC debe informar del derecho a solicitar una compensación económica (art. 27 Ley N° 20.830).

presentar la normativa vigente que busca lograr tal conciliación³²⁸ y que se encuentra profundamente unida con el derecho a compensación económica en la medida de que si dicha regulación resulta ineficaz para permitir conciliar eficientemente ambas facetas de la vida del trabajador, este puede optar por dedicarse de manera exclusiva o preferente a las labores domésticas, bajo el amparo de un eventual derecho a compensación económica. O, en otros términos este apartado busca determinar qué tan simple o dificultoso es para aquel de los padres que se dedica primordialmente al cuidado de los hijos y del hogar el dedicarse, a la vez, a una actividad remunerada, y cuál es el rol que cumple el ordenamiento jurídico laboral ante este escenario.

En primer lugar haremos una presentación general de la evolución histórica del derecho laboral en Chile relacionado con la maternidad y la paternidad.

5.1 Presentación histórica del derecho laboral vinculado con la maternidad y la paternidad

Producto del proceso de migración del campo a la ciudad, la industrialización y el auge de la actividad minera durante fines del siglo XIX y comienzos del XX, se produjo el ingreso de la mujer al mercado laboral nacional. Hasta antes de esa época su actividad se encontraba delimitada por labores domésticas y de crianza y cuidado de los

³²⁸ La conciliación de la vida personal, familiar y laboral consiste en una distribución equilibrada del tiempo y esfuerzo entre el trabajo, familia y otros aspectos de la vida personal. En este sentido, la conciliación busca que las personas logren compatibilizar sus actividades y obligaciones en el ámbito laboral, familiar y personal.

miembros de la familia. Esta época coincidió con el génesis del derecho laboral en Chile (las primeras leyes laborales datan de 1907), que se ocupó de la maternidad desde un comienzo³²⁹. Sin embargo, esta regulación no significó que la mujer dejara de hacerse cargo de las labores de cuidado del hogar y los hijos o que estas se distribuyeran equitativamente entre los miembros de la familia, sino que, a través de la legislación laboral sobre protección a la maternidad, se buscó darle herramientas a la mujer que le permitieran armonizar dichas responsabilidades con un trabajo remunerado y es que desde los comienzos del derecho laboral se consideró el cuidado de los hijos como un asunto exclusivamente de la mujer³³⁰. Cabe señalar que este escenario no era particular de nuestro país, ya en noviembre de 1919 –año en que se formó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) - durante la primera reunión de la Conferencia General del organismo se aprobó el Convenio N° 3 sobre protección de la maternidad , que estableció el descanso prenatal de 6 semanas y postnatal de la misma duración (con prohibición de ser despedida durante estos plazos y su extensión a causa de enfermedad derivada del embarazo o parto), el derecho de la mujer a recibir prestaciones suficientes para su manutención y la de su hijo y el derecho a contar con dos descansos de media hora para amamantar a su hijo . No se consideró al padre como sujeto de derechos³³¹.

³²⁹ A mayor abundamiento véase: POBLETE TRONCOSO, Moisés y ÁLVAREZ ANDREWS, Oscar. 1924. Legislación social obrera chilena (Recopilación de Leyes y disposiciones vigentes sobre el Trabajo y la Previsión social). [En línea] Biblioteca Nacional de Chile <<http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/mc0023196.pdf>> [última consulta: 22 de octubre de 2018].

³³⁰ BUSTOS PÉREZ, Max. 2015. El principio de corresponsabilidad parental y su eficacia a la luz de la legislación laboral chilena actual. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 58.

³³¹ El cambio de paradigma internacional se registró en el Convenio N° 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado el 21 de junio de 1981 y ratificado por Chile en 1994. El

En Chile, el primer hito importante de protección de la maternidad en materia laboral ocurrió en 1917 a partir de la Ley N° 3.186 que estableció el servicio de salas cunas (para hijos de hasta 1 año de edad) en fábricas, talleres o establecimientos industriales donde trabajaran 50 o más mujeres mayores de 18 años; asimismo, se otorgó el derecho a amamantar a los hijos por hasta una hora al día, que no podía ser descontada del salario de la mujer. Luego, en 1925 esta ley es derogada por el Decreto Ley N° 442 del Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social que establece el derecho a descanso en el período de embarazo: 40 días antes del parto y 20 días después³³². A la vez, se mantuvo el derecho a amamantar y las salas cunas, pero se amplió el beneficio a aquellas fábricas, talleres o establecimientos industriales donde trabajaran 20 o más mujeres sin importar la edad ni el estado civil. Con la dictación del Código del Trabajo en 1931 se amplió la protección a las madres obreras con la prohibición del empleador de despedir a la mujer embarazada (el fuero maternal se

preámbulo del Convenio N° 156 –entre otras cosas- reconoce la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre estos y los demás trabajadores; en consecuencia con esta declaración su artículo 3 obliga a los Estados Parte a incluir dentro de los objetivos de su política nacional el permitir que las personas con responsabilidades familiares –ya sea el cuidado de sus hijos u otros miembros de su familia directa que necesiten de su cuidado o sostén (artículo 1 Convenio N° 156 OIT)- que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. Dentro de las medidas que los Estados Parte deben implementar con miras a crear igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras están: (a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo; b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social (artículo 4 Convenio N° 156 OIT). Asimismo, el Convenio establece una garantía general de protección de la familia al declarar en su artículo 8 que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. BUSTOS PÉREZ, Max. Op. Cit. pp.: 63-65.

³³² Durante este periodo el patrón o empresario estaba obligado, no obstante cualquiera estipulación en contrario, a reservar el puesto y pagarle el cincuenta por ciento del salario a la mujer.

estableció explícitamente en 1953 con la Ley N° 11.462), el pago de licencia con sueldo íntegro 6 semanas antes del parto y 6 semanas después, mantención del derecho a amamantar (que se amplía a los dos años en 1966 con la Ley N° 16.511) y a salas cunas, entre otros. En abril de 1973 se promulgó la Ley N° 17.928 que aumentó el descanso postnatal de 6 a 12 semanas después del parto.

Tras el regreso a la democracia se retomaron las medidas legislativas en materia de maternidad: i) en 1993 se promulga la Ley N° 19.250 que estableció permisos parentales para la madre con derecho a subsidio para cuidar del hijo menor de 1 año con enfermedad grave (traspasable al padre con acuerdo de la madre); ii) en 1998 se modificó el Código del Trabajo con la Ley N° 19.591 incluyendo a las trabajadoras de casa particular dentro del fuero maternal y la prohibición de discriminación por estado de gravidez; iii) en 2005 a través de la Ley N° 20.047 se otorgó el derecho al postnatal parental de 4 días (ampliado a 5 días con la Ley N° 20.137 el año 2006); iv) el año 2007 con la Ley N° 20.166 se extendió el derecho de las trabajadoras de dar alimento a sus hijos menores de 2 años aun cuando no goce del derecho a sala cuna.

La última gran reforma legislativa en materia de protección a la maternidad fue en el año 2011 con la Ley N° 20.545 que estableció el permiso postnatal parental, descanso que comienza al término del periodo postnatal y que puede ser ejercido en distintas modalidades: i) por la madre durante 12 semanas a jornada completa; ii) por la madre durante 18 semanas a media jornada; iii) por el padre y la madre, a voluntad de

esta última, por 12 semanas a jornada completa, siendo las 6 primeras semanas obligatorias para la madre y traspasando desde la séptima al padre; iv) por el padre y la madre, a voluntad de esta última, por 18 semanas a jornada parcial, siendo las 12 primeras semanas obligatorias para la madre y traspasando desde la décimo tercera semana al padre (art. 197 bis del Código del Trabajo).

5.2 Protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar en el derecho laboral chileno

Se destaca que a través de la historia legislativa laboral, en general, se ha buscado proteger a la maternidad a través de permisos, subsidios y fueros concedidos a la mujer, sistema acorde con un modelo de padre proveedor y madre cuidadora. Sin embargo, el país tiene el deber de armonizar su legislación interna con las obligaciones internacionales contraídas³³³ y considerar tanto al padre como a la madre del menor como sujetos corresponsables de su crianza, cuidado y educación.

El año 2014 se realizó una modificación legislativa – más bien simbólica - al cambiar el título del Código del Trabajo que protegía a la maternidad por “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar” (Ley N° 20.764) y ese mismo año la Ley N° 20.761 extendió el derecho de alimentar a sus hijos menores de dos años a los padres (una hora al día), con acuerdo de las madres.

³³³ Dentro de estas se destacan las obligaciones que impone la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación en contra de la mujer y el Convenio N° 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

De la normativa presentada se observa que la regulación laboral asociada al cuidado de los hijos se vincula – casi exclusivamente – a la mujer³³⁴, de manera que su contratación se vincula a una serie de eventualidades: un eventual pre y post natal, el fuero maternal, derecho a salas cunas, ausencias para alimentar al hijo menor de dos años, licencias por enfermedad grave del hijo menor de un año, entre otros³³⁵. En

³³⁴ Al respecto, la Dirección del Trabajo en su Octava Encuesta Laboral, ENCLA 2014, señaló: “No obstante existir avances, la dificultad mayor que expertos y estudiosos del tema señalan es que la normativa todavía no incorpora la plena corresponsabilidad de trabajadores y trabajadoras en el empleo y en la familia, manteniéndose la desigualdad de trato, en tanto se le atribuye a las mujeres la obligación prácticamente exclusiva de ser cuidadoras, debiendo por ello enfrentar cotidianamente una historia de tensiones entre ambos mundos, lo que definitivamente limita sus posibilidades de desarrollo laboral”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. ENCLA 2014: Inequidades y brechas de género en el empleo. p.: 101. [En línea] Dirección del Trabajo, gobierno de Chile, edición inequidades y brechas de género en el empleo < <http://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-108317.html> > [última consulta: 24 de octubre de 2018].

³³⁵ El Título II del Libro II del Código del Trabajo, titulado “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar” incluye los siguientes derechos: a) Derecho de las trabajadoras a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él. Derecho del padre a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento o adopción de un hijo (artículo 195); b) Derecho de la trabajadora a un descanso prenatal suplementario en caso de enfermedad como consecuencia del embarazo, asimismo en el caso de enfermedad como consecuencia del alumbramiento (artículo 196); c) Derecho de las trabajadoras a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, pudiendo durar dieciocho semanas en caso de que la trabajadora decida reincorporarse a sus labores (una vez terminado el periodo postnatal) a media jornada (artículo 197 bis). Asimismo, si ambos padres son trabajadores, la madre podrá elegir transferir parte del permiso postnatal parental al padre, desde la séptima semana y por el número de semanas que esta indique; d) Derecho de la madre trabajadora al permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año. Este derecho puede ser ejercido por el padre por elección de la madre (artículo 199); e) Derecho del padre o madre al permiso para ausentarse de su trabajo para cuidar del hijo o hija mayor de un año y menor de dieciocho años que requiera de cuidados por accidente grave o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte (artículo 199 bis). Este derecho permite tanto al padre como a la madre ausentarse por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora y que deberán restituirse. Asimismo podrá utilizarse este permiso en caso de que el cónyuge, el conviviente civil o el padre o madre del trabajador o trabajadora se encuentren desahuciados o en estado terminal; f) Fuero maternal para la trabajadora desde período de embarazo hasta un año después de expirado el descanso maternal postnatal, excluido el permiso postnatal paternal (artículo 201). En caso de que el padre haga uso del periodo postnatal parental gozará de fuero laboral por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo y, con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses; g) Derecho de la trabajadora embarazada a no realizar trabajos perjudiciales para su salud, debiendo ser cambiada de puesto de trabajo sin afectar su remuneración (artículo 202); h) Obligación de las empresas que cuenten con 20 trabajadoras o más de cualquier edad y estado civil de contar con salas cunas para los hijos menores de dos años de las

contraste los únicos derechos propios del padre son: i) 5 días de permiso por el nacimiento o adopción de un hijo; ii) y el permiso para ausentarse de su trabajo para cuidar del hijo o hija mayor de un año y menor de dieciocho años que requiera de cuidados por accidente grave o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte. El padre solo podrá ejercer por sí mismo - sin autorización de la madre – los demás derechos de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar del Código del Trabajo en caso de fallecimiento de la madre o por obtener el cuidado personal del menor por sentencia judicial.

Considerando que uno de los supuestos de procedencia del derecho a compensación económica es que su titular no haya podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en la medida que podía y quería por haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar (independientemente de si esta decisión fue o no voluntaria), resulta fundamental el contar con asistencia en el cuidado de los hijos, que permitan a los padres dedicarse a una actividad remunerada. Para ello, en materia laboral se considera el derecho de las trabajadoras a contar con salas cunas, pero con dos importantes limitantes: i) solo para empresas que tengan 20 o más trabajadoras y ii) solo para hijos menores de 2 años. Por lo tanto, existirá un grupo de trabajadoras con hijos menores de dos años que no tendrá derecho a sala cuna por no contar la empresa con el

trabajadoras (artículo 203). El empleador podrá cumplir con esta obligación si paga los gastos de la sala cuna directamente al establecimiento; i) Derecho de las trabajadoras de contar con a lo menos una hora al día para alimentar a sus hijos menores de dos años (artículo 206). Para todos los efectos legales el tiempo utilizado se considerará como trabajado, incluyendo el tiempo de traslado de ida y vuelta de la madre. Este derecho podrá ser ejercido por el padre con acuerdo de la madre; j) Derecho a cinco días hábiles continuos de permiso pagado, adicional al feriado anual, para todo trabajador que contraiga matrimonio o celebre un acuerdo de unión civil (artículo 207 bis).

mínimo de trabajadoras y, a la vez, aquellas que gozaron del beneficio, lo perderán cuando sus hijos cumplan dos años.

En el caso de las mujeres que no son titulares del derecho, los datos de la ENCLA 2014³³⁶ son concluyentes: del total de empresas consultadas (89.580 empresas) solo el 11.7% (10.447 empresas) tenía 20 o más mujeres contratadas directamente, susceptibles por tanto de proveer sala cuna. Del resto de las empresas encuestadas, el 78.3% contaba con menos de 20 mujeres contratadas y el 10% no tenía trabajadoras. Asimismo, del universo de trabajadoras que tenían derecho a sala cuna el 86.4% hacía uso de él. Se concluye entonces que los servicios de cuidado infantil para las trabajadoras asalariadas con contrato indefinido no están siempre garantizados, por la restricción de su alcance y cobertura (empresas de 20 trabajadoras o más)³³⁷.

En cuanto al límite temporal del derecho a sala cuna, una vez que los hijos de las trabajadoras cumplan 2 años, deberán ellas financiar el servicio de cuidado que deseen o recurrir al sistema gratuito que proporciona el Estado, lamentablemente, en esta segunda opción existe un déficit de cobertura de educación preescolar, que, de acuerdo al Centro

³³⁶ La Encuesta Laboral (ENCLA) es elaborada por la Dirección del Trabajo desde el año 1998 y su objetivo consiste en medir la evolución de las relaciones laborales al interior de las empresas.

³³⁷ Dentro de ese 11.7%, el 87.8% correspondía a grandes empresas, el 56.9% a medianas empresas y el 7% a pequeñas empresas. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. ENCLA 2014: Inequidades y brechas de género en el empleo. pp.: 102-110. [En línea] Dirección del Trabajo, gobierno de Chile, edición inequidades y brechas de género en el empleo < <http://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-108317.html> > [última consulta: 24 de octubre de 2018].

de Investigación Avanzada en Educación (CIAE) de la Universidad de Chile, para el año 2016 era de más de 45 mil vacantes de nivel medio (de 2 a 4 años)³³⁸.

³³⁸ Comunicaciones CIAE. 2016. “Faltan 79 mil vacantes en educación preescolar en Santiago”. [Artículo electrónico] Noticias Universidad de Chile, 28 de septiembre de 2016. <<http://www.uchile.cl/noticias/126819/faltan-79-mil-vacantes-en-educacion-preescolar-en-santiago> > [última consulta: 24 de octubre de 2018].

CONCLUSIONES

El derecho a compensación económica existe en nuestro país desde el año 2004, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, por lo que disponemos de más de una década de experiencia en la materia. Durante los primeros años de la institución, múltiples fueron los esfuerzos de la doctrina por dilucidar las principales características de este nuevo derecho, que permitieran un adecuado entendimiento y aplicación³³⁹. Resultado de dichos esfuerzos doctrinarios son las diversas teorías que rodean a la institución.

³³⁹ Se destacan, por ejemplo, los siguientes trabajos: CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA David. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35(N°3): 439-462; CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34(N°1): 23-40; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. *En*: SEMINARIO “COMPENSACIÓN económica en la nueva ley de matrimonio civil”. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G., pp.: 28; GUERRERO BECAR, José Luis. 2006. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVII, 2º semestre de 2006: 55-94; GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXI, núm. 2: 85-110; LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 126; ORREGO ACUÑA, Juan. 2004. La compensación económica en la ley de matrimonio civil [en línea]<<https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/>>[última consulta: 10 de octubre de 2018]; PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3: 83-103; PIZARRO WILSON, Carlos. 2009. La Cuantía de la compensación económica. *Revista de Derecho*, julio 2009, Vol. XXII-N°1. Pp.: 35-54; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 2004. *Ley de Matrimonio Civil*. *En*: Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Santiago, Chile. Ediciones Universidad del Desarrollo, 357 pp. ; TURNER SAELZER, Susan. 2004. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. *Revista de Derecho*, vol. XVI (julio 2004): 83-104; TURNER SAELZER, Susan. 2005. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32(N°3): 413-427.

Como se indicó al comienzo de la investigación, el objetivo principal de esta tesis consistía en la revisión del estado actual del derecho a compensación económica, de manera de constituir un diagnóstico general y actualizado de la institución. A través de su desarrollo, se han identificado diversos puntos relevantes que caracterizan y dan una configuración propia a este derecho que, a pesar de ser parte del derecho de familia, manifiesta características propias del derecho patrimonial, lo que ha contribuido a oscurecer – en parte- su ejercicio. A continuación se destacan los hitos esenciales que disponen lo que es en la actualidad el derecho a compensación económica:

1) El primer hito consiste en la inmutabilidad del marco regulatorio del derecho a compensación económica (artículos 61 a 66 de la LMC). Este no ha sufrido modificaciones por parte del legislador desde su entrada en vigencia, por lo tanto los vacíos y oscuridades que la rodean son los mismos que afectan a la institución desde su inicio. Las novedades legislativas relacionadas con este derecho son: i) la creación de una nueva forma de pago, consistente en el traspaso de fondos previsionales desde la cuenta de capitalización individual del deudor hacia la cuenta de capitalización individual del acreedor, a través del artículo 80 de la Ley N° 20.255 de reforma

previsional; y ii) junto con la creación del acuerdo de unión civil, el reconocimiento del derecho a compensación económica a los convivientes civiles, a través del artículo 27 de la Ley N° 20.830 que establece el acuerdo de unión civil. Estas leyes no modificaron los fundamentos, supuestos de procedencia, cuantificación ni ningún otro aspecto esencial de la compensación económica.

2) Obscuridades a través de todo el *íter* de la institución: desde su concepto hasta el pago efectivo. Gran parte del derecho a compensación económica está sujeta a la opinión del intérprete a raíz de los vacíos y obscuridades de su marco normativo. Al conocer de reclamaciones de compensaciones económicas, el juez deberá decidir si se trata de una institución de carácter netamente patrimonial, asistencial, una mezcla de ambos o ninguna de las anteriores, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado uniformar sus criterios; existe confusión incluso en la oportunidad procesal para solicitarla pues, aunque la Corte Suprema ha dicho que debe permitirse alegar este derecho durante la audiencia preparatoria, por el efecto relativo de las sentencias siempre se estará sujeto a lo que diga el tribunal inferior³⁴⁰. Tampoco hay una opinión única en cuanto a los supuestos de procedencia que debe probar el solicitante, encontrándose fallos en los más diversos sentidos - desde la aplicación estricta del artículo 61 LMC, debiendo probar cada uno de sus supuestos, hasta la necesidad de solo probar el menoscabo económico para justificar la concesión del derecho – y, si se logra

³⁴⁰ Como se indicó *supra*, no existe necesidad de mantener el inciso segundo del artículo 64 LMC desde que existe obligación de comparecer ante los juzgados de familia patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y representado por persona legalmente habilitada para comparecer en juicio.

sortear la prueba de los supuestos de procedencia, se debe enfrentar el siguiente obstáculo: su cuantificación. A falta de cualquier clase de regulación que guíe al juez en su labor en esta materia, la cuantificación de la compensación económica queda sujeta a la lógica, los principios científicamente afianzados y las máximas de experiencia de aquel, al igual que su disminución prudencial en caso de divorcio por culpa. A continuación, una vez cuantificado el monto, debe establecerse su forma de pago – ya sea por entrega de una suma dinero, dación de bienes o acciones, constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre inmuebles del deudor o el traspaso de fondos previsionales – que en contadas ocasiones podrá fijarse en un pago único o en una reducida cantidad de cuotas, situación en que la ley permite al juez considerar la capacidad económica del deudor para dividir el pago de la compensación en “cuantas cuotas fuere necesario”, extendiendo la relación patrimonial entre las partes por largos periodos de tiempo.

Continuando con el ciclo de vida de la compensación, el acreedor cuyo crédito fue dividido en cuotas conforme al artículo 66 LMC gozará de los apremios establecidos en la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, para obtener el pago de su crédito y, de no ser así, puede solicitar la solución de la deuda a través de un procedimiento ejecutivo, sin embargo el crédito que nace del derecho a compensación económica no goza de ninguna clase de privilegio, debiendo pagarse en igualdad de condiciones con los demás acreedores valistas o quirografarios.

3) La ley no exige como requisito previo a la evaluación de la procedencia, cuantía y pago de la compensación económica la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio. Sin liquidación previa, el juez no tendrá siempre un conocimiento efectivo del patrimonio de las partes. Como se presentó, gran parte de la jurisprudencia considera como objetivo del derecho a compensación económica el corregir el desequilibrio patrimonial en que quedan los ex cónyuges al término del matrimonio, interpretación que es propia del derecho español, sin embargo, en ese sistema – dada la relevancia de contrastar los patrimonios actualizados de los cónyuges – sí se necesita de liquidación de manera previa a la fijación de la pensión compensatoria, como destaca Encarna ROCA: “la pensión compensatoria constituirá siempre un *posterius* al régimen de bienes: su liquidación funciona como criterio para saber si existe o no desequilibrio. De lo que se deduce que los elementos que deben ser utilizados para determinar (...) si existe o no derecho a pensión y (...) la cuantía de este derecho, dependen de factores económicos muy complejos y que se centrarían en algunas de las ideas siguientes: 1º Siendo la pensión una compensación posterior al divorcio consecuencia del desequilibrio económico que éste produce, para saber si existe desequilibrio y el consiguiente derecho hay que determinar todas las compensaciones que recibe el cónyuge que la reclama. 2º Entre estas compensaciones debe tenerse en cuenta el resultado de la liquidación del régimen de bienes que haya regido las relaciones económicas entre los cónyuges constante matrimonio y los pactos sobre atribución de la vivienda familiar”³⁴¹.

³⁴¹ ROCA TRÍAS, ENCARNA. Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona), ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, 227 pp.

4) El derecho a compensación económica es utilizado en ocasiones como una herramienta de justicia material, que busca resarcir situaciones manifiestamente inequitativas que se dieron en algunos matrimonios³⁴². En muchas sentencias es posible encontrar una mezcla entre menoscabo económico y daño moral que se subsana a través de la institución³⁴³, en lugar de remitir al demandante a los tribunales civiles competentes.

5) La compensación económica se extendió al acuerdo de unión civil a través de una remisión directa (artículo 27 Ley N° 20.830) sin contemplar una normativa especial. Esta situación trae aparejadas incongruencias y potenciales conflictos. Así, nos encontramos con un acuerdo de unión civil que puede terminar sin la intervención judicial, a través de un trámite administrativo, pero un derecho a compensación económica que debe ser alegado ante un juez o, al menos, aprobado por este. Asimismo, el titular del derecho a compensación económica tiene un plazo de prescripción para solicitarlo, pero este plazo puede comenzar a correr sin su conocimiento (pues la notificación del término del AUC es un requisito de publicidad no de existencia) y, pasados tres meses de la subinscripción del término del AUC, no podrá alegar su ignorancia. Adicionalmente, queda sujeto a la interpretación del juez el considerar el tiempo de convivencia civil para evaluar el menoscabo económico - en los términos del

³⁴² No se menciona a los acuerdos de unión civil en razón de que aún no existen convivientes civiles con derecho a compensación económica luego de la ruptura de una relación de larga data. Son precisamente estas situaciones que se dan en algunos matrimonios en que los tribunales tienden a otorgar compensaciones económicas a pesar de los requisitos del artículo 61 LMC.

³⁴³ Por ejemplo: Corte Suprema, sentencia de 26 de abril de 2010 en causa rol N° 1303-2010; Corte Suprema, sentencia de 7 de marzo de 2012 en causa rol N° 337-2011; Corte Suprema, sentencia de 29 de julio de 2010 en causa rol N° 2971-2019.

artículo 62 LMC - para el caso de las relaciones que comenzaron como AUC y luego pasaron a matrimonio.

6) Los tratados internacionales de derechos humanos han obligado al país a modernizar y sistematizar las instituciones del derecho de familia nacional. Así encontramos normas como la Ley N° 15.585 de 1998, reforma de filiación, la Ley N° 18.802 de 1989 que suprimió la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal o la Ley N° 20.830 de 2015 que establece el Acuerdo de Unión Civil. A través de la normativa internacional, el país se ha obligado a resguardar diversos bienes jurídicos considerados valiosos en el contexto de la familia, a saber: i) la protección de la familia; ii) la protección del matrimonio; iii) la igualdad entre integrantes del grupo familiar; iv) la protección del interés superior del niño y del cónyuge más débil; v) la autonomía de la voluntad y vi) la intervención mínima del Estado en conflictos de familia. El principio de protección del cónyuge más débil es aquel que sustenta el derecho a compensación económica y por ello la ley faculta al juez para intentar corregir el menoscabo patrimonial sufrido por el cónyuge o conviviente civil a través de la compensación. Asimismo, la autonomía de la voluntad de las partes les permite regular la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica a través de un acuerdo solemne aprobado judicialmente.

7) Reflejo de la desigualdad de género: el derecho a compensación económica, desde un punto de vista macro, es síntoma de un fenómeno mayor: el déficit de

“autonomía económica de la mujer”. Definida por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como “la capacidad de las mujeres de generar ingresos y recursos propios a partir del acceso al trabajo remunerado en igualdad de condiciones que los hombres”³⁴⁴.

De acuerdo al Foro Económico Mundial, en Chile para el año 2017 el 80.1% de los hombres en condiciones de trabajar tenía un empleo, frente al 57.9% de las mujeres. Esta brecha resulta acorde a lo señalado respecto a la normativa laboral de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, que, desde los inicios del derecho laboral, considera el cuidado de los hijos como una labor primordialmente femenina y busca compatibilizar el trabajo remunerado y el no remunerado de las mujeres, más que promover la corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado de los hijos. Los derechos especiales de las madres trabajadoras, aunque establecidos con fines altruistas, se han transformado en verdaderas barreras de entrada al mundo laboral, por los permisos y concesiones asociados a la contratación de mujeres. Un reflejo de esta situación quedó patente en la Encuesta Laboral (ENCLA) 2014, elaborada por la Dirección del Trabajo, donde del total de empresas consultadas (89.580 empresas) solo el 11.7% (10.447 empresas) tenía 20 o más mujeres contratadas directamente, y por tanto debían proveer de sala cuna a sus trabajadoras.

³⁴⁴ Para revisar las cifras y estudios mencionados véase *supra*: Capítulo I, subcapítulo 4 “La autonomía económica de la mujer”.

Si bien el sexo del solicitante es indiferente para el otorgamiento de la compensación económica, es de público conocimiento (lamentablemente no existen cifras oficiales al respecto) que la inmensa mayoría de demandantes de este derecho son mujeres. Considerando los datos expuestos y los usos sociales, esta situación se encuentra lejos de ser sorprendente.

A través de los hitos expuestos se comprueba la hipótesis planteada al comienzo de la investigación: que los desperfectos y vacíos en la normativa alrededor del derecho a compensación económica coinciden con aquellos existentes en su entrada en vigencia, hace más de 14 años.

En cuanto a su relación con los principios modernos del derecho de familia, en la compensación económica encuentra aplicación el principio de protección a la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto reconoce que los cónyuges o convivientes civiles tienen un mejor conocimiento de los conflictos y ello los habilita para llegar a soluciones más adecuadas. Sin embargo, el derecho de familia entiende que las partes no se encuentran siempre en un plano de igualdad en la negociación y por ello – para aquellos que consideran que el juez debe contar con facultades modificatorias del convenio regulador del artículo 63 LMC – el principio de protección del cónyuge más débil actúa como límite a la autonomía para resguardar a la parte más débil. Esta interpretación resulta más acorde a los principios modernos del derecho de familia que si bien resaltan la autodeterminación de los miembros de la familia, también otorgan protección a los

más débiles en esta relación – alejándose del modelo decimonónico de sumisión de la mujer y los hijos al hombre - a través del principio de intervención mínima del Estado.

Como se destacó, el derecho a compensación económica se encuentra al debe en su relación con el acuerdo de unión civil debido a la inexistencia de regulación especial en la materia, situación que puede redundar en obstáculos arbitrarios para aquel conviviente civil que la solicite, lo que se contrapone al principio de protección de la familia o de trascendencia social. Se vuelve necesario incluir al AUC dentro del artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil como base de la familia - carácter que en estos momentos se reserva para el matrimonio – y expresar claramente que el conviviente civil más débil debe ser objeto de protección.

El derecho a compensación económica necesita ser definido y encausado para servir de herramienta a un propósito determinado: o es un elemento de corrección patrimonial entre los cónyuges o convivientes civiles o es una institución asistencial que busca reparar la inequidad que rodeó la vida en común entre los cónyuges. Esta definición contribuirá a la necesaria seguridad jurídica de que deben gozar tanto eventuales acreedores como deudores de este crédito, que en la actualidad pueden recibir respuestas en ambos sentidos. Asimismo, esta definición servirá para determinar si hace falta otra institución que se encargue del aspecto que quedará fuera de la reparación que involucre el derecho a compensación económica.

Para finalizar esta investigación, se destaca que el derecho a compensación económica es consecuencia de una distribución de roles basada en el género dentro del matrimonio. El objetivo programático en una institución de estas características sería su eventual desaparición, en el entendido de que se debe lograr el ingreso de hombres y mujeres al mercado laboral en un plano de igualdad de condiciones, donde la maternidad o paternidad no sean un obstáculo para ejercer una labor remunerada.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina nacional

1. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo Primero, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 651 pp.
2. ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo. 2014. El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Revista Ius et Praxis, año 20, N° 1: 279-318.
3. BAEZA CONCHA, Gloria. 2001. El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho, vol. 28 (N°2): 355-362.
4. BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina. 2011. El carácter extrapatrimonial de la compensación económica. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 (N°2): 249-278.
5. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Fundamentos del derecho de familia y de la infancia, ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, 572 pp.

6. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. 2007. La compensación económica como “derecho” de uno de los cónyuges y “obligación” correlativa del otro. De sus caracteres. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9: 9-44.
7. BARROS BOURIE, Enrique. 2002. La ley civil ante las rupturas matrimoniales. *Estudios públicos*, N° 85: 5-15.
8. BUSTOS PÉREZ, Max. 2015. El principio de corresponsabilidad parental y su eficacia a la luz de la legislación laboral chilena actual. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 157.
9. CANEPA CUBILLOS, Constanza Y JABBAZ ROSENBAUM, Vanesa. 2016. Análisis crítico de la Ley 20.830 que crea el acuerdo de unión civil. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 96.
10. CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35(N°3): 439-462.

11. CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34(Nº1): 23-40.
12. CORRAL TALCIANI, Hernán. 2012. ¿Compensación económica para la conviviente? [En línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2012/04/08/compensacion-economica-para-la-conviviente/>> [última consulta: 2 de diciembre de 2018].
13. COURT MURASSO, Eduardo. Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada), ed. Legis, Bogotá, 2004, 165 pp.
14. CUEVAS MANRIQUEZ, Gustavo. 2004. Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes matrimoniales. En: Curso de actualización jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Santiago, Chile. Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.
15. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 1999. La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 Nº1, pp.: 87-103.

16. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto. Cuadernos de extensión jurídica (U. de Los Andes), N° 11: 91-122.
17. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. La compensación económica en la ley de matrimonio civil. En: SEMINARIO “COMPENSACIÓN económica en la nueva ley de matrimonio civil”. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile A.G., pp.: 28.
18. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. 2005. Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho, Vol. 32 N° 2, pp.: 205-218.
19. ETCHEBERRY COURT, Leonor. 2012. Compensación económica otorgada a la conviviente. Corte Suprema, 7 de marzo de 2012, N° 337-2011. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 18: 205-214.
20. FARFÁN GARRIDO, Álvaro. 2011. Consideraciones críticas en torno al deber legal del juez de familia de informar a las partes el derecho a la compensación económica: análisis a la luz de los principios procesales. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 150.

21. GAJARDO PÉREZ, Alejandro. 2009. La filiación: un análisis de su evolución. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 109.

22. GUERRERO BECAR, José Luis. 2006. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, 2º semestre de 2006: 55-94.

23. GUERRERO BECAR, José Luis. 2008. Menoscabo y compensación económica: Justificación de una visión asistencial. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXI, núm. 2: 85-110.

24. GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. 2013. Pago de la compensación económica en los juicios de divorcio y nulidad con fondos de capitalización individual. Revista chilena de derecho, Vol. 40 N° 3: 763-778.

25. ISLER SOTO, Erika. 2009. Los principios en la Ley 19.947: análisis y desarrollo. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, N° 5. Pp.: 83-116.

26. LEPIN MOLINA, Cristián. 2008. Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación Económica. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Privado. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp.: 126.
27. LEPIN MOLINA, Cristián. 2009. La compensación económica en el derecho comparado. Gaceta Jurídica, N° 344: 74-93.
28. LEPIN MOLINA, Cristián. 2010. Criterios para determinar la compensación económica. Análisis del artículo 62 de la Ley 19.947, nueva ley de matrimonio civil. Informativo jurídico N° 47, mayo 2010, Editorial Jurídica. Pp.: 7.
29. LEPIN MOLINA, Cristián. 2012. Las prestaciones económicas posdivorcio en la legislación chilena. Revista de Derecho de Familia, N°56. Pp.: 171-199.
30. LEPIN MOLINA, Cristián. 2012. La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica. Revista Ius et Praxis, N°1. Pp.: 3-36.
31. LEPIN MOLINA, Cristián. 2013. ¿Es procedente el arresto por el incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la

sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1 (2013): 359-376.

32. LEPIN MOLINA, Cristián. 2014. Los nuevos principios del derecho de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23: 9-55.
33. MATORANA MIQUEL, Cristián. 2004. Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947. En: SEMINARIO NUEVA ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, 01 de junio de 2004. Santiago, Chile. Colegio de Abogados.
34. MORALES URRUTIA, Victoria. 2015. El derecho de alimentos y compensación económica: la excepción en la forma de pagar estos derechos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.: 259.
35. NASH ROJAS, Claudio. 2012. Los derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Publicación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. pp.: 449.
36. ORREGO ACUÑA, Juan. 2004. La compensación económica en la ley de matrimonio civil [en línea]<<https://www.juanandresorrego.cl/publicaciones/>> [última consulta: 10 de octubre de 2018].

37. PIZARRO WILSON, Carlos. 2004. La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 3: 83-103.
38. PIZARRO WILSON, Carlos. 2009. La Cuantía de la compensación económica. Revista de Derecho, julio 2009, Vol. XXII-N°1. Pp.: 35-54.
39. PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, 4° ed. LegalPublishing, Santiago, 2011, 157 pp.
40. QUINTANA VILLAR, María Soledad. 2015. El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV, primer semestre de 2015. Pp.: 121-140.
41. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, 708 pp.
42. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 2000. Anuario de Derecho Civil, año 2000, vol. 53(N°3). Pp.: 1074-1093.

43. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 2004. Ley de Matrimonio Civil. En: Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil. Santiago, Chile. Ediciones Universidad del Desarrollo, 357 pp.
44. SOTO KLOSS, Eduardo. 1994. La Familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho, vol. 21 (Nº3), p.: 217-225.
45. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 471 pp.
46. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. 2006. La compensación económica en la ley de divorcio. Semana Jurídica Nº 271, ed. Lexis Nexis, Santiago.
47. TURNER SAELZER, Susan. 2004. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. Revista de Derecho, vol. XVI (julio 2004): 83-104.
48. TURNER SAELZER, Susan. 2005. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas. Revista Chilena de Derecho, vol. 32(Nº3): 413-427.

49. VELOSO VALENZUELA, Paulina. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIX: 35-56.
50. VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2008. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI (2º semestre de 2008): 289-321.
51. VIDAL OLIVARES, Álvaro. 2009. Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 12: 69-99.
52. VILLAREAL MURILLO, Daniela. 2015. La buena o mala fe para determinar la cuantía de la compensación económica ¿Un criterio inútil para el juez? *Revista Derecho y Humanidades*, Nº 25: 115-136.

2. Derecho comparado

1. CAÑETE QUEZADA, Agustín. 2004. La pensión compensatoria: una visión de futuro [en línea] < https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=180> [última consulta: 2 de diciembre de 2018].
2. DE LA HAZA DÍAZ, Pilar. La pensión de separación y divorcio, ed. La Ley, Madrid, 1989, 163 pp.
3. ROCA TRÍAS, Encarna. Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona), ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, 227 pp.
4. SANTOS MORÓN, María José. 2015. Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda? Revista para el análisis del derecho, Barcelona (enero 2015), pp.: 50.
5. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 2003. La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Segunda edición. Valladolid, Editorial Lex Nova. Pp.: 481.
6. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. 2005. La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su substitución.

En: JORNADAS DE derecho de familia. Sevilla, España. Colegio de Abogados de Sevilla. pp.: 66.

3. Normas jurídicas

1. Código civil chileno de 1855.
2. Código civil chileno.
3. Código civil español.
4. Código Civil francés.
5. Código del Trabajo chileno.
6. Convención americana sobre derechos humanos.
7. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
8. Convención sobre los derechos del niño.

9. Declaración universal de derechos humanos.

10. Ley N° 19.585, modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

11. Ley N° 19.947, establece nueva ley de matrimonio civil.

12. Ley N° 19.968, crea los tribunales de familia.

13. Ley N° 20.255, establece reforma previsional.

14. Ley N° 20.830, crea el acuerdo de unión civil.

15. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

16. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

4. Otros instrumentos

1. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). 2007. Consenso de Quito. En: DÉCIMA CONFERENCIA Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador. Naciones Unidas. Pp.: 9.
2. COMUNIDAD MUJER. 2016. Mujer y trabajo: Sala cuna, un derecho para madre y padres trabajadores. Santiago, Chile. 12 pp. [En línea] Comunidad Mujer <<http://www.comunidadmujer.cl/estudios/serie-comunidadmujer/>> [última revisión: 22 de octubre de 2018].
3. COMUNIDAD MUJER. 2017. Mujer y trabajo: protección a la maternidad en Chile, una mirada histórica. Santiago, Chile. 14 pp. [En línea] Comunidad Mujer <<http://www.comunidadmujer.cl/estudios/serie-comunidadmujer/>> [última revisión: 22 de octubre de 2018].
4. COMUNIDAD MUJER. 2018. Mujer y trabajo: Cuidado y nuevas desigualdades de género en la división sexual del trabajo. Santiago, Chile. 16 pp. [En línea] Comunidad Mujer <<http://www.comunidadmujer.cl/estudios/serie-comunidadmujer/>> [última revisión: 22 de octubre de 2018].

5. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. ENCLA 2014: Inequidades y brechas de género en el empleo: 137 pp. [En línea] Dirección del Trabajo, gobierno de Chile, edición inequidades y brechas de género en el empleo <<http://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-108317.html> > [última consulta: 24 de octubre de 2018].
6. FORO ECONÓMICO MUNDIAL. Informe Global de la Brecha de Género 2017”. [En línea] Foro Económico Mundial <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf> [última consulta: 29 de agosto de 2018].
7. HARRYS, BRIONI. 2017. ¿Cuál es la brecha de género 2017 (y por qué se está ampliando)? [En línea] <<https://es.weforum.org/agenda/2017/11/cual-es-la-brecha-de-genero-en-2017-y-por-que-se-esta-ampliando>> [consulta: 2 de diciembre de 2018].
8. HISTORIA DE LA LEY N° 19.947. Boletín 1759-18. Biblioteca del Congreso Nacional.
9. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Informe “La dimensión personal de tiempo”, publicado por el INE en base a la “Encuesta Nacional sobre el uso del tiempo (2015)”. [En línea] <

http://historico.ine.cl/enut/files/principales_resultados/sintesis-enut-2018.pdf >
[última consulta: 5 de mayo de 2019].

10. PÉREZ, Paulina. Medición de los ingresos monetarios individuales: una mirada desde la perspectiva de género. Serie Mujer y Desarrollo N° 111, División de Asuntos de Género de la Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, abril 2012, 47 pp.

5. Jurisprudencia citada

1. Corte de Apelaciones de Chillán, sentencia de 30 de marzo de 2017 en causa rol N° 37-2017.
2. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 2 marzo de 2015 en causa rol N° 606-2014.
3. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 17 de octubre de 2016 en causa rol N° 439-2016.
4. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 9 de noviembre del 2016 en causa rol N° 473-2016.

5. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 9 de diciembre de 2016 en causa rol N° 552-2016.
6. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 10 de febrero de 2017 en causa rol N° 637-2016.
7. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 27 de marzo de 2017 en causa rol N° 70-2017
8. Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 5 de noviembre de 2014 en causa rol N° 275-2014.
9. Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia del 26 de agosto del 2016 en causa rol N° 213-2016.
10. Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 22 de diciembre de 2010 en causa rol N° 687-2010.
11. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de enero de 2007 en causa rol N° 676-2006.

12. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de agosto de 2014 en causa rol N° 2159-2013.
13. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de junio de 2017 en causa rol N° 1153-2017.
14. Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 7 de julio de 2006 en causa rol N° 196-2006.
15. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 4 de noviembre de 2010 en causa rol N° 1298-2010
16. Corte Suprema, sentencia de 26 de abril de 2010 en causa rol N° 1303-2010.
17. Corte Suprema, sentencia de 3 de mayo de 2010 en causa rol N° 620-2010.
18. Corte Suprema, sentencia de 21 de junio de 2010 en causa rol N° 578-2010.
19. Corte Suprema, sentencia de 29 de junio de 2010 en causa rol N° 2971-2010.
20. Corte Suprema, sentencia de 23 de mayo de 2011 en causa rol N° 1413-2011.

21. Corte Suprema, sentencia de 7 de marzo de 2012 en causa rol N° 337-2011.

22. Corte Suprema, sentencia de 30 de enero de 2014 en causa rol N° 6053-2013.

23. Corte Suprema, sentencia de 22 de agosto de 2016 en causa rol N° 24295-2016.