



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

**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 JURIDICAS Y SOCIALES

Alumna: VICTORIA MORALES URRÁ

Profesora: Dra. MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE

SANTIAGO- CHILE

2015

Agradecimientos:

A la profesora Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas,

Por su ayuda y aliento en este proceso, y

A la abogada Violeta Ramírez Larenas,

Por su importante ayuda bibliográfica.

A Farit, mi gran compañero de vida,

A nuestro hijo Gaspar, por su comprensión.

Al amor incondicional de mis padres, abuelo y

En especial a mis suegros, que han sido mis segundos padres.

ÍNDICE

El Derecho de Alimentos y Compensación Económica:

La excepción en la forma de pagar estos derechos.

INTRODUCCIÓN.....7

CAPITULO I

LAS OBLIGACIONES.

1. Aproximación histórica al concepto de obligación y de los apremios personales.....	10
2. La prisión por deudas en el ordenamiento jurídico chileno.....	16
3. Detención por deudas en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.....	20
4. Concepto moderno de Obligaciones.....	23
5. Elementos de las obligaciones.....	25
6. Fuentes de las obligaciones.....	27
6.1 La ley como fuente de las obligaciones.....	30
7. El Carácter legal de la obligación de alimentos.....	31

CAPITULO II

EL DERECHO DE ALIMENTOS.

1. Concepto.....	37
2. Marco Legal.....	40
3. Clasificación de los alimentos.....	43
4. Naturaleza jurídica.....	46
5. Características del derecho de alimentos y de la obligación alimenticia	49

6. Requisitos del derecho de alimentos.....	51
7. Titulares del derecho de alimentos.....	53
8. Fijación de los alimentos.....	58
9. Forma de pago de los alimentos	60
10. Casos en que disminuye la obligación alimenticia	65
11. Casos en que cesa la obligación alimenticia.....	66
12. Suspensión de la obligación alimenticia.....	68
13. Incumplimiento de la obligación alimenticia.....	69
14. Responsabilidad subsidiaria de los abuelos.....	72
15. Situación del que pago los alimentos en forma solidaria o subsidiaria del principal obligado.....	75
16. Medios previstos por la ley para el cumplimiento de las pensiones alimenticias.....	79
16.1 Arresto.....	80
16.2 Arraigo.....	81
Suspensión de la orden de arresto o arraigo.....	83
16.3 Retención de la devolución de impuesto anual de Renta.....	85
16.4 Suspensión de la licencia de conducir	85
16.5 Revocación de los actos ejecutados por el alimentario con el fin de disminuir su patrimonio y con ello su obligación alimenticia.....	87
16.6 Nulidad de los actos ejecutados por el alimentario, con el objetivo de eludir su obligación alimentaria.....	87
16.7 Separación judicial de bienes en el evento de haber decretado apremios en dos oportunidades contra el marido.....	88
16.8 Denegación de la demanda de divorcio deducida por el cónyuge alimentante a favor del deudor.....	88
16.9 Constitución de cauciones por parte del alimentante.....	90

16.10 Responsabilidad solidaria de ciertas personas que presten colaboración con el alimentante, para que este eluda su obligación.....	91
16.11 Penalización de ciertas conductas en las que ocurre el alimentante o terceros, lesivas a los intereses del alimentario.....	92
16.12 Embargar y Rematar los bienes del alimentario.....	92
16.13 Oficiar al empleador del demandado.....	96
17. Consecuencias que se derivan del incumplimiento para con los menores por apremios decretados en contra del alimentante.....	97

CAPITULO III

COMPENSACIÓN ECONOMICA

1. Definición.....	100
2. Marco legal.....	104
3. Fundamento.....	106
4. Caracteres de la Compensación económica.....	112
5. Naturaleza Jurídica de la Compensación económica.....	115
5.1 Doctrinas Positivas	
5.1.1 Naturaleza de pensión de alimentos.....	116
5.1.2 Naturaleza Indemnizatoria.....	119
5.1.3 Naturaleza de enriquecimiento sin causa.....	122
5.2 Doctrinas negativas	
5.2.1 Naturaleza jurídica mixta o compuesta.....	124
5.2.2 Naturaleza como institución sui generis.....	125
5.2.3 Naturaleza de obligación legal.....	128
6. Requisitos para que proceda la Compensación económica.....	130
7. Legitimación activa.....	133
8. Oportunidad para solicitar la Compensación económica.....	133

9. Formas de determinar la compensación económica.....	137
9.1 Determinación por mutuo acuerdo de los cónyuges.....	137
9.2 Determinación judicial.....	138
10. Criterios de determinación.....	139
11. El Pago.....	146
12. Forma de Pago de la compensación económica.....	148
13. Insuficiencia de bienes del cónyuge deudor para el pago.....	152
14. Traspaso de fondos de capitalización obligatoria.....	154
15. Formas de garantizar el pago.....	157
16. Tributación de la Compensación económica.....	160
17. Imposibilidad de alteración de la forma de pago por cambio de las circunstancias.....	162
18. Extinción de la Compensación económica.....	164
18.1 Renuncia	164
18.2 Prescripción y preclusión.....	165
18.3 Muerte.....	168

CAPITULO IV

SIMILITUD QUE REALIZA LA LEY ENTRE LA FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y DEL DERECHO DE ALIMENTOS.....	169
--	-----

CAPITULO V

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEGISLACION COMPARADA Y SU RELACION CON EL DERECHO DE ALIMENTOS.....	191
--	-----

1. El modelo español de pensión compensatoria.....	194
2. El Código Civil francés.....	196
3. El modelo alemán de alimentos entre los cónyuges divorciados	197

4. Legislación de Estados Unidos.....	200
5. El Código Civil argentino.....	201
6. El Código brasileño.....	202
7. La legislación paraguaya.....	202
8. El Código Civil peruano.....	203

CAPITULO VI

APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Análisis del fallo del Tribunal Constitucional Rol Número 2102 del 27 de septiembre de 2012.....	204
--	-----

CONCLUSIONES.....	221
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	226
-------------------	-----

ANEXO

CONSAGRACION INTERNACIONAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS: TRATADOS INTERNACIONALES.....	237
--	-----

Obligación alimenticia internacional

1. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.....	240
2. Convención sobre alimentos en el extranjero.....	240
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	244
4. Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales.....	246
5. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	249
6. Convención sobre Derechos del Niño.....	250
7. Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.....	253

INTRODUCCIÓN

En la presente memoria abordaremos el pago de los alimentos y de la compensación económica, tema que llamó nuestra atención, esto debido a que el modo en el cual estos derechos son exigibles, constituye una excepción en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en Chile, principalmente a partir de 1990 y por orden expresa de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, en especial con el denominado Pacto de San José de Costa Rica¹, no existe la prisión por deudas de tipo contractual, sino que solo por deberes de orden alimenticio. No obstante este mandamiento expreso, nuestra legislación amplía esta excepción internacional, igualando las cuotas de la compensación económica en cuanto a su cumplimiento, al derecho de alimentos, aplicando los apremios contenidos en la ley N° 14.908, que tienen finalidad de obtener al cumplimiento de éstos.

Si bien algunos autores discrepan con la idea de que los alimentos constituyan en sí una obligación, entre ellos Claudia Schmitd², quien postula que son un deber de corte asistencial, entendiéndose que se está en presencia de un derecho humano fundamental, el cual debe ser protegido, promovido y garantizado por el Estado, el que si bien tiene consecuencias pecuniarias, no se

¹ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, promulgándose por decreto supremo 873, de fecha 23 de agosto de 1990, publicado el 5 de enero de 1991 en el Diario Oficial.

² SCHMIDT HOTT, Claudia. *“Del derecho alimentario familiar en la filiación”*. Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntotex, 2009, Pág. 41-42

puede hablar de una obligación propiamente tal. Otros como Vodanovic³ y Maricruz Gómez de la Torre⁴, indican que en conformidad al trato legislativo de los alimentos, estos deben considerarse como “obligación alimenticia”, ya sea de tipo legal o voluntaria. Sin perjuicio de su planteamiento, la Profesora Schmitd hace un llamado a adecuar nuestra legislación a los tratados internacionales ratificados por Chile⁵ y señala que mientras no se produzca este cambio a nivel normativo, debemos tratar el derecho-deber de los alimentos como una obligación. Siendo nuestro punto de partida, con una aproximación histórica al concepto de obligaciones, nociones básicas de las mismas, abordando los derechos de alimentos y compensación económica en forma más detallada.

Por otra parte, veremos la equivalencia que hace en la ley 19.947, en cuanto al cumplimiento de las cuotas de la compensación económica a los alimentos. Tratándose la compensación económica de una institución nueva en nuestro ordenamiento jurídico, en comparación con otras, ya que fue introducida por la nueva ley de Matrimonio Civil en el año 2004, ofrece un gran número de dificultades en cuanto a su naturaleza jurídica, tema que nos ha dado jurisprudencia de gran trascendencia por parte del Tribunal Constitucional, en

³ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, Derecho de los alimentos, cuarta edición, Santiago de Chile, Lexis Nexis 2004 p.4

⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz “*Sistema Filiativo chileno*” pág. 185

⁵ SCHMIDT HOTT, Claudia, ob cit. p 46-48

cuanto a la constitucionalidad de los apremios establecidos en el artículo 66 de la ley N° 19.947.

Revisaremos adicionalmente cómo es tratada la compensación económica en ordenamientos jurídicos extranjeros, considerando prudente agregar un anexo con los tratados internacionales ratificados por Chile y que dicen relación con los alimentos, con la finalidad de dar una visión global del tema.

CAPITULO I

LAS OBLIGACIONES:

Con la finalidad de contextualizar el tema que abordaremos, es menester hacer una aproximación histórica del concepto de obligaciones.

1. Aproximación histórica al concepto de obligación y de los apremios personales.

El concepto de obligación nace en Roma. La palabra obligar tiene su origen en el latín “ob-ligare”, *ob* que significa alrededor y *ligare* que significa atar, amarrar, encadenar o ligar. Por su parte la palabra castellana “obligar” comenzó a utilizarse en el siglo XII.⁶

El origen etimológico surge debido a que, durante la primera época del derecho romano, el deudor que no cumplía con el pago de su deuda, era amarrado o encadenado, a petición del acreedor, hasta que se hiciera cumplimiento de la obligación contraída. En el derecho romano primitivo se establecía un modo de ejecución sobre la persona del deudor, denominada la “*manus inectio*”, que consistía en que si el deudor no cumplía con su obligación,

⁶ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, “*Tratado de las obligaciones*”, año 2007, Editorial Jurídica. Pág. 7

el acreedor podía echar mano sobre él y tenía derecho a pedir la adjudicación del deudor, con el fin de convertirlo en su esclavo, o en caso de que fueran varios los acreedores, podían matarlo. La *manus inectio*⁷ sería entonces el antecedente más remoto de lo que hoy conocemos como prisión por deudas.

De este modo, “las más primitivas formas de litigar de que dan testimonio las fuentes, corresponden a los dos actos de violencia más simple sobre los cuales podía caber la calificación del *ius*: apoderamiento de una persona (*manus inectio*) o de una cosa (*vindicatio* o *reivindicatio*). El apoderamiento de una persona tiene lugar en el caso de que un deudor no pague voluntariamente sus deudas, y responde a una concepción según la cual es la propia persona física del deudor quien queda vinculada por la deuda, como si se hallase en una situación potencial de servidumbre⁸”

“La persecución de una deuda, en su forma más intensa incide, pues, sobre la persona del deudor mejor que sobre sus bienes, por lo que se puede decir con absoluta propiedad que las *manus inectio* es una acción personal. En etapas históricas más avanzadas cesó la posibilidad normal de reducir a la esclavitud a un deudor, pero en teoría se mantuvo la concepción de que la propia persona del deudor, en cierta manera susceptible de evaluación

⁷ La “*manus inectio*” constituiría una acción personal de tipo ejecutiva y que atravesó por regulaciones diferentes en la época las XII tablas y con posterioridad a ellas.

⁸ SAMPER POLO, Francisco, 2003 “*Derecho Romano*”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago pág. 68. Citado a su vez por ARANDA AGUILAR, Elizabeth. “*La prisión por deudas y el artículo 5 inciso 2° de la constitución en la jurisprudencia chilena, ¿Realidad de la Constitución Material?*”, Tesis de magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, Santiago de Chile. Pág.49

pecuniaria, garantiza el pago de la deuda: las acciones que persiguen un débito serán siempre consideradas personales.⁹

Bajo la vigencia de las XII Tablas, para que la *manus inectio* pudiera operar, era necesaria la declaración ya sea privada o pública del magistrado, indicando la efectividad de la deuda.¹⁰ Con posterioridad se llevaron a cabo una serie de reformas en cuanto a la posibilidad de ejercer el derecho de repetir contra el deudor que no ha pagado, la desaparición del *vindex*,¹¹ la factibilidad de oponer excepciones por parte del deudor, pero sin duda la más trascendente, dice relación con atenuar la institución “en el sentido de que el deudor ya no era reducido a la esclavitud, sino que quedaba en una situación de semi servidumbre (*in causa mancipi*), mientras paga la deuda con su trabajo. La reforma parece deberse a la *lex Poetilla Papiria* (326 a.c.), cuyo texto, desgraciadamente, nos es desconocido. Finalmente la persecución en la persona es reemplazada por la ejecución patrimonial; Gayo recoge una antigua opinión que atribuye esta reforma al pretor Publio Rutilio, de finales del s II a.c., pero hay motivos para creer que la ejecución patrimonial ya se conocía antes

⁹ SAMPER POLO, Francisco, “*Derecho Romano*”. Ob. Cit. Pág.48

¹⁰ ARANDA AGUILAR, Elizabeth. “*La prisión por deudas y el artículo 5 inciso 2° de la constitución en la jurisprudencia chilena, ¿Realidad de la Constitución Material?*”, Tesis de magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009, Santiago de Chile. Pág.48

¹¹ *Vindex* es un tercero que interviene a favor del demandado, para sustraerlo de *manus inectio*, ya sea rescatándolo inmediatamente del pago, objetando la legitimidad de la ejecución, con la consecuencia en este último caso, de que se convierte el mismo en demandado, y en el evento de no lograr demostrar su objeción es condenado al doble. Para ser presentado como *vindex*, se debe contar con una solvencia similar a la del deudor. ARANDA AGUILAR, Elizabeth. “*La prisión por deudas y el artículo 5 inciso 2° de la constitución en la jurisprudencia chilena, ¿Realidad de la Constitución Material?*”, ob.cit. Pág.49

de Publio. En la época clásica subsisten, sin embargo, algunos casos de ejecución personal”

Muchos deudores, los cuales la mayoría eran plebeyos, fueron objetos de abusos. Para evitar dichos excesos, se dicta la ley *Poetelia Papiria* (326 a. C), la cual abolió indirectamente el *nexum*¹², al impedir que los deudores fueran encadenados, vendidos o muertos, estableciendo entre deudor y acreedor un vínculo jurídico garantizado por el patrimonio del deudor, en lugar del vínculo físico que devenía del *nexum*. Sin embargo, si un deudor no cumplía con lo adeudado y se realizaba según el procedimiento de la “*legis actiones*”, la parte declarativa del proceso, constatándose el incumplimiento, existía luego de pasados los 30 días en que el deudor no cumplía, la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva de la “*manus iniectio*”, por la cual el acreedor podía petitionar la entrega del deudor para llevarlo a su casa y tenerlo allí en prisión bajo ciertos requisitos (llevarlo y exponerlo en el mercado, darle de comer mínimamente si el deudor no poseía bienes propios y luego venderlo como esclavo fuera de Roma, o repartirse su cuerpo entre los acreedores).

Fue recién con el procedimiento de la “*Bonorum Venditio*”, de la época republicana, que comenzó a accionarse contra el patrimonio del deudor, vendiéndolo en bloque, en pública subasta.

¹² Sistema para obligarse por medio del cual el deudor “se vendía” al acreedor a través de la *mancipatio*, garantizando con su libertad personal el pago de la deuda.

Con el paso del tiempo hubo una evolución del concepto en relación a que, con posterioridad, el derecho no se ejercía sobre la persona del deudor, sino sobre lo que éste comprometía, su fe, la palabra de honor, comprometiendo con esto su patrimonio y no su persona como ocurría en un principio, tal como sucede hoy en día con la generalidad de las obligaciones.

Por otra parte, el derecho romano constituye la base universal para las obligaciones mercantiles actuales, puesto que muchos de los contratos creados en esta época son utilizados en la actualidad en el comercio a nivel mundial, tales como el comodato, el depósito o la prenda a modo de ejemplo, pudiendo entenderse como vigente la definición que nos da Justiniano del concepto de obligaciones como “un lazo de derecho que nos sujeta a la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad”¹³

Sin embargo, no solo los romanos aplicaron los apremios personales sobre el deudor con ocasión de las deudas, puesto que los griegos también conocieron la prisión por deudas, en cárceles privadas y fue gracias a Solón que desapareció esta sanción sobre el deudor en Atenas.

Mucho tiempo después en el siglo XV en Castilla fue restablecida la prisión por deudas para judíos y musulmanes.

¹³ Cfr <http://www.monografias.com/trabajos15/contrato-romano/contrato-romano.shtml#ixzz3CRuBIPFI>
fecha de consulta [04 de septiembre de 2014]

Con posterioridad fue la Revolución Francesa la que proclamó la prohibición de la prisión por deudas.

En nuestros días, son varios los tratados que consagran la protección del deudor civil y comercial frente a la restricción de su libertad por el no pago de sus deudas. Es así como el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama que, ninguna persona podrá ser encarcelada solamente por no poder cumplir con una obligación emanada de un contrato. En el mismo sentido, el inciso 7 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe *“Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”*¹⁴

Esta imposibilidad de penar con prisión el hecho de no poder afrontar las deudas, ha sido recogido por diversos ordenamientos, en Latinoamérica está consagrada en la Constitución Política de Perú del año 1993 (art. 2, 24, c), salvo por deberes en la prestación de alimentos. En México es el artículo 17 del texto constitucional el que establece la misma prohibición, tratándose de deudas civiles. En Argentina, fue Sarmiento quien abolió la prisión por deudas a través de la ley 514 para causas civiles y mercantiles (1872) dejando como excepción los casos de quiebra mercantil y la insolvencia fraudulenta. Cuando

¹⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS *“Pacto de San José de Costa Rica”*, Ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, promulgándose por decreto supremo 873, de fecha 23 de agosto de 1990, publicado el 5 de enero de 1991 en el Diario Oficial.

son delitos previstos en el Código Penal como sucede con la quiebra fraudulenta, sí corresponde aplicar las penas previstas en la legislación penal, pero como una sanción al delito en sí y no a la privación de libertad por culpa del incumplimiento de la deuda como tal.

2. La prisión por deudas en el ordenamiento jurídico chileno

Como ya hemos mencionado la ejecución de las obligaciones utilizando medios coercitivos ejercidos sobre la persona del deudor, proviene del primitivo Derecho Romano, sin embargo este sistema se fue limitando, en el sentido de que, a menos que el incumplimiento constituya un delito, las obligaciones pueden tener efecto sólo sobre los bienes o patrimonio del deudor.

“En Chile, la prisión por el incumplimiento de las obligaciones civiles estuvo vigente a través de la Novísima Recopilación, que recogía a su vez el derecho castellano. Según estas leyes, si el deudor no pagaba y se daba lugar a la ejecución de sus bienes debía ser preso y llevado a la cárcel, salvo que presentara fianza de saneamiento, es decir, garantía de que los bienes designados en la ejecución eran suficientes para cubrir la deuda (Nov. R. 11.28.12) producida la independencia, este principio fue reafirmado por el decreto-ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837, que ordenaba que si

al momento del embargo no daba fianza de saneamiento, o no tuviere bienes embargables o estos no eran suficientes para hacer el pago, debía ser conducido a una prisión; su encarcelamiento duraba hasta que la deuda fuera pagada o hasta pasados seis meses, si se le declaraba insolvente inculpable. Si se trataba de un deudor de buena fe que sin culpa de su parte se hallaba en mal estado de sus negocios, se admitía que hiciera cesión de sus bienes a los acreedores, pero en tal caso tenía que firmar una solicitud en una cárcel pública, constituyéndose preso hasta que se le aceptara la cesión o el convenio con sus acreedores.”¹⁵

Con la entrada en vigencia del Código Civil, en 1857, no hubo cambios en cuanto a la prisión por deudas. Incluso todavía en su texto quedan algunas reminiscencias de esta institución: así, el artículo 1619, al tratar de la cesión de bienes, menciona como primer efecto de ella que *“1° el deudor queda libre de todo apremio personal”*

Sin embargo, con la ley de 23 de junio de 1868, hubo un radical cambio, derogó la prisión por deudas y la redujo a cuatro casos: 1° quiebra culpable o fraudulenta; 2° Penas que Consisten en multas pecuniarias que estén sustituidas por prisión según las leyes; 3° Administradores de rentas fiscales o

¹⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, *“Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102.”* Publicado en Sentencias Destacadas 2012, anuario de doctrina y jurisprudencia. Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Mayo 2013, pp. 43-83. Citado por LEPIN MOLINA, Cristián, *“Compensación Económica, Doctrinas Esenciales”* Legal Publishing. Thompson Reuters, Santiago de Chile, 2013. Págs. 517

municipales o de establecimientos de educación o beneficencia creados o sostenidos por el Estado o sujetos a la inmediata inspección del gobierno; 4° tutores, curadores o ejecutores testamentarios en lo referido a la administración de los bienes que ejercen en virtud de dichos cargos.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, de 1903, consignó, una disposición para posibilitar el apremio a que hacía alusión el artículo 1553 N°1 del Código Civil y determinó que “cuando se pida apremio contra el deudor podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación” (artículo 543 inciso 1° Código de Procedimiento Civil)

Posteriormente, otras leyes introdujeron también el arresto como medida de apremio a deudores de ciertas obligaciones.

Este panorama fue modificado cuando Chile ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en 1991 y se advirtió que la abolición de la prisión por deudas ahora adquiriría no solo rango de deber internacional sino de precepto constitucional, a través del artículo 5° de la Constitución¹⁶, modificado por la reforma de 1989. El artículo 7.7 de dicho tratado establecía, con la sola excepción de los mandatos judiciales por el incumplimiento de deberes alimentarios, que nadie sería detenido por deudas.

¹⁶ Artículo 5 inciso 2° *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación al respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*

Las primeras invocaciones de este precepto fueron para impugnar el artículo 44 del D.F.L. N° 707, Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, establecía que no se debía conceder la libertad cuando se procesaba a una persona por el giro doloso de cheques, intereses o costas. A través de una jurisprudencia sobre recursos de amparo, los tribunales ordinarios terminaron por aceptar que en este caso había un supuesto de prisión por deudas, que contrastaba con las exigencias de la Convención Americana y de la Constitución.

Posteriormente se ha introducido una impugnación de la Ley N° 17.322 que en su artículo 12 ordena el apremio por medio del arresto al empleador que no paga las imposiciones previsionales de sus trabajadores, y que resulta aplicable al sistema de pensiones de A.F.P. conforme al artículo 19, inciso 17 del D.L. N° 3.500. Nuevamente, ha sido mediante recursos de amparo que se trato de impugnar esta previsión, pero la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, incluida la Corte Suprema, ha sido errática.¹⁷

¹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, *“Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102.”* Ob.Cit. Págs. 517-519

3. La detención por deudas en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

Los antecedentes de lo que sería, posteriormente, la prohibición de la prisión por deudas, consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos, están en las Constituciones de varios países Americanos, como son a modo de ejemplo; México en la Constitución de 1917, en la que declaraba que “*Nadie podrá ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil*”, y Honduras, en su Carta Fundamental en 1921, en la que señala que “*Nadie será encarcelado por deudas*”, en este mismo sentido Colombia, República Dominicana, Panamá, Puerto Rico, Perú y Ecuador.

Por otra parte, en el ámbito internacional, será en la declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, en 1949, en la que aparecerá por primera vez la consagración internacional de la prohibición de la prisión por deudas, disponiendo en su artículo XXV inciso 2° que “*Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil*”. Siendo esta regla posteriormente incluida en diversos tratados de derechos humanos, como en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 11 disponiendo que “*Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir con una obligación contractual*”. Es por todo esto y

con el mérito de los antecedentes antes expuestos que, cuando se gesta la Convención Americana de Derechos Humanos se intenta incorporar un precepto en el mismo sentido. En este contexto es que en la Comisión I de la Conferencia Especializada, fue donde se examinó por primera vez la prisión por deudas, teniendo como texto original el *“artículo 6.- (...)6. Nadie sufrirá privación o limitación de su libertad física por deudas. Sólo se admitirá excepciones a este principio tratándose del incumplimiento de obligaciones pecuniarias que deriven de la ley y toda vez que e incumplimiento no se deba a la falta involuntaria de capacidad económica del obligado¹⁸”*

Dada la intensa discusión al respecto de este precepto que se conforma un Grupo de Trabajo integrado por Colombia, Costa Rica, Chile Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá y Uruguay, comisión en la cual hubo una largo debate al respecto de la redacción del precepto y los alcances del mismo, sin embargo la historia de la norma ha sido un tanto oscura, debido a que se produjeron negociaciones no contenidas en las actas, ya que, fue luego de un receso cuando se procedió a la aprobación del texto y podríamos creer que fue gracias a las intervenciones de Estados Unidos y Brasil las cuales señalaban que debía exceptuarse de la prohibición de la prisión por deudas el

¹⁸ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, pp182 y ss, disponible en [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>.] citado por CORRAL TALCIANI, Hernán, *“Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102.”* Ob.cit. Págs. 517-519

incumplimiento de deberes de sostenimiento de los niños y pensiones alimenticias post divorcio. Puesto que en un principio la Comisión proponía el precepto de la siguiente manera: “*Nadie sufrirá privación de su libertad física por deudas*”, no contemplando ningún tipo de excepción. Sin embargo y luego de la serie de discusiones fue que finalmente el precepto quedó aprobado, conforme a la propuesta de Panamá, de la siguiente forma:

*Artículo 7, número 7: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente por el incumplimiento de deberes alimentarios”*¹⁹

La doctrina ha sostenido que “La Convención no distingue el origen de la deuda para la aplicación de esta prohibición, por lo que podría sostenerse que, en un principio cualquiera sea la fuente de la deuda, su incumplimiento no puede llevar consigo la privación de libertad.”²⁰ Sin embargo, la discusión fue sanjada con la interpretación común del concepto de deuda y su origen, sino que, con la incorporación de la exclusión de la prohibición de prisión por deudas de “*los mandatos de autoridad judicial competente dictados por causas de incumplimiento de deberes alimentarios*”. No obstante, la Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de referirse al respecto y ello ha sido de importancia en la jurisprudencia para determinar los criterios aplicables en cuanto a la

¹⁹ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “*Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102.*” Ob.cit. Págs. 519-522

²⁰ MEDINA QUIROGA, Cecilia, 2003. “*Convención Americana. Teoría y Jurisprudencia.*” Universidad de Chile. Centro de Derechos Humanos. Santiago de Chile. 2004 pág. 254

extensión del precepto.²¹ Cabe destacar que la primera denuncia que invoca la prohibición de la prisión por deudas es la referida a un alcalde chileno que fue privado de libertad en conformidad al artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, por falta de pago de prestaciones a favor de seis profesores, en la causa 4524-2002, iniciada el 13 de noviembre de dicho año en la cual el Estado chileno informó que con posterioridad al arresto, el 14 de diciembre de 2002, entro en vigencia la ley N° 19.845, que prohíbe que los alcaldes puedan ser enviados a prisión por deudas generadas en administraciones anteriores. Si bien la Corte declaró admisible el caso, el Estado Chileno manifestó su intención de llegar a una solución amistosa al respecto.²²

4. Concepto moderno de Obligaciones

Enmarcado dentro de los deberes jurídicos²³ se encuentra el concepto de obligación, definido por la doctrina como el **vínculo jurídico** entre dos personas determinadas -deudor y acreedor- en virtud del cual la primera (el deudor) se encuentra en la **necesidad jurídica** de dar, hacer o no hacer algo en favor de la

²¹ ARANDA AGUILAR, Elizabeth. *“La prisión por deudas y el artículo 5 inciso 2 ° de la constitución en la jurisprudencia chilena, ¿Realidad de la Constitución Material?”*, ob.cit. Pág.69-72

²² CORRAL TALCIANI, Hernán, *“Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102.”* Ob.cit. Págs. 22

²³ Siendo el deber jurídico un concepto más amplio y que no siempre tiene un contenido patrimonial o un beneficiario determinado, configurando un comportamiento más amplio que las obligaciones estrictamente tales, puesto que dentro de ellos encontramos los deberes morales, o sociales.

segunda (el acreedor).²⁴ Por su parte Abeliuk la define en los siguientes términos “obligación es el vínculo jurídico entre personas determinadas en virtud del cual, una de ellas se coloca en necesidad de efectuar a otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”²⁵

Si bien nuestro Código civil no la define señala sus caracteres jurídicos en el artículo 1.438 prescribiendo que “*Contrato o convención en un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*”

Como se desprende de la definición anterior, hablamos de un vínculo jurídico que se encuentra protegido por el derecho y que en virtud del cual si el deudor no cumple con su obligación, este puede ser compelido a su realización, conforme a lo expresado en el artículo 2.465²⁶ del Código Civil, constituyéndose esto en la regla general de responsabilidad en cuanto a las obligaciones.

²⁴ RAMOS PAZOS, René; “De las Obligaciones” Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile. 2008 pág. 29

²⁵ ABELIUK MANASEVICH, René; “Las obligaciones” Tomo I; Dislexia virtual disponible en [<http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en-l%C3%ADnea/derecho-civil/>] fecha de consulta 22 de abril de 2015; pág. 17

²⁶ Artículo 2465: *Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solo los no embargables, designados en el artículo 1618.*

5. Elementos de las obligaciones

Las obligaciones como tales tienen ciertos elementos que son característicos, dentro de los cuales podemos encontrar:

1. El vínculo jurídico
2. Los sujetos
3. La prestación

Algunos autores, entre ellos Jorge Baraona, agregan un cuarto elemento “el interés del acreedor”²⁷

1.5.1 El Vínculo Jurídico

Este elemento viene a significar que, a través de la obligación ambas partes deudor y acreedor quedan vinculadas por medio de la prestación que se debe, quedando unidas desde un punto de vista normativo. A su vez que sea jurídica expresa que es un vínculo que se encuentra reconocido por el derecho y con ello, es que a través del derecho que puede hacerse exigible su cumplimiento.

5.2 Los Sujetos

²⁷ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, Apunte de clases, Derecho civil III (2007) p. 3

Los sujetos son las dos partes ligadas por el vínculo jurídico, deudor y acreedor. Siendo el acreedor el sujeto activo de la obligación, puesto que desde su ángulo ésta representa un crédito dentro de su patrimonio, gozando de una pretensión,²⁸ que es el derecho a exigir o demandar la prestación debida por el deudor.

Por otra parte está el sujeto pasivo de esta relación, el deudor, quien está en necesidad de realizar la prestación en beneficio del acreedor, siendo la obligación para él una deuda o si se quiere un pasivo dentro de su patrimonio.

5.3 La Prestación

La prestación es el comportamiento o conducta que debe realizar el deudor. Puede consistir en una acción positiva, dar una cosa o realizar una determinada conducta (dar o hacer), o en una acción negativa, como la abstención de un comportamiento determinado, es decir una omisión. Por ende y tal como señala el artículo 1438 de nuestro Código Civil puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa.²⁹

5.4. El Interés del acreedor

Este elemento estaría presente básicamente en las obligaciones de origen contractual. Los italianos llegaron a la conclusión de que era fundamental el interés que tuviera para el acreedor la realización de la prestación, mirándose

²⁸ Salvo en las obligaciones naturales, puesto que no son exigibles jurídicamente no hay una pretensión.

²⁹ Doctrinariamente se ha discutido si la prestación es el objeto o el contenido de la obligación, no obstante este tema no será abordado en este trabajo en particular puesto que se aparta de nuestro objetivo.

el interés como un beneficio propio, reflejando la finalidad práctica que la obligación pretende.³⁰

6. Fuentes de las obligaciones

Las fuentes son los hechos jurídicos que dan nacimiento a una obligación, o ciertos tipos de antecedentes a los que el derecho les atribuye el efecto de crear obligaciones.

En la clasificación tradicional se distinguen cinco fuentes genéricas de las obligaciones

- 1.- El contrato
- 2.- El cuasicontrato
- 3.- El delito
- 4.- El cuasidelito³¹
- 5.- La ley

Estas fuentes quedan de manifiesto en el artículo 1437 del Código Civil, que describe las fuentes históricas de las obligaciones: “*Las obligaciones nacen, ya*

³⁰ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, ob. Cit. Pág. 8-9

³¹ Existen críticas a este respecto en relación a la necesidad de la voluntad de las partes para obligarse, cosa que no ocurre en los casos de los delitos, cuasidelitos y cuasicontratos, sino que la obligación surge porque así lo establece la ley.

del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia”.

Esta clasificación ha sido largamente criticada, porque se estima que no es correcta, pues, se piensa que sólo la ley y el hecho del hombre serían las verdaderas fuentes de las obligaciones, y en último término, se ha estimado que sería solo a la ley, en cuanto ella da sanción jurídica al hecho humano, generando la obligación para las partes.³²

Por otra parte, se advierte que existen otras fuentes de obligaciones, que no están reconocidas, como la voluntad unilateral a modo de ejemplo.³³ A pesar de que la jurisprudencia ha sido reiterativa en el hecho de que no hay mas fuentes de las obligaciones que las que indica el artículo 1437, no obstante que, en la jurisprudencia más reciente se ha aceptado el hecho de que la sola

³² Existe doctrina que señala otras fuentes del derecho tales como el enriquecimiento sin causa, la protección de la apariencia, el respeto de la buena fe, etc. Sin embargo autores como Ramos Pazos señalan que se trata solo de principios rectores, en el mismo sentido la jurisprudencia nacional que ha señalado que no hay mas fuentes de las obligaciones que las establecidas en el artículo 1437 del Código civil.

³³ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge ob. Cit. Pag.9-12. La voluntad unilateral surge a fines del siglo XIX con la doctrina alemana y entorno a ello habría discusión doctrinal y jurisprudencial al respecto sobre que la voluntad unilateral sea considerada fuente de obligaciones, no obstante hay jurisprudencia reciente que la acepta en el caso de la suscripción de un pagaré, caso en el cual es una persona la que se reconoce voluntariamente deudora y por este acto quedaría obligada.

voluntad del deudor pueda ser fuente de las obligaciones, en relación al pagaré, que constituye un acto jurídico en el que una persona por su propia voluntad y sin someterse a condición, se reconoce como deudor de otro por un monto determinado o determinable en dinero. La obligación, surge desde el momento en que se formula una declaración documental, sin que sea necesaria la aceptación del beneficiario, ni que se exprese la razón o el motivo que indujo a la suscripción de tal título de la obligación,³⁴ otro fallo señala que “hay actos jurídicos unilaterales que no son delitos, cuasidelitos, ni cuasicontratos y que obligan a quien los ejecuta”³⁵

Por su parte la Corte Suprema en fallo N° 9092/ 201236 en su considerando 7° señala: “(...) que pese a que nuestro Código Civil no enuncia expresa y formalmente a la **declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones**, una parte de la doctrina ha sostenido que sí puede reconocérsele tal calidad aun más allá de las situaciones específicas en las que la ley impone la existencia de una obligación a partir de la sola **declaración unilateral**, siempre y cuando se reúnan ciertos y determinados requisitos. Al efecto, y sobre el particular, el profesor Peñailillo³⁷ ha señalado que “No postulamos la admisión indiscriminada de la **declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones**. Pero tampoco compartimos un rechazo generalizado con solo

³⁴ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, T. 85, sec 1°, pág. 104

³⁵ IDEM T. 68 sec 1° Pág. 217

³⁶ CORTE SUPREMA, Recurso de Casación Causa N° 9092/2012.

³⁷ PENAILILLO AREVALO, Daniel. “La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones” Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 206, año LVVII julio-diciembre 1999, páginas 18 y 19

unas excepciones de textos expresos específicos. Doctrinariamente preferimos su admisión más allá de las puras autorizaciones expresas, facultando al juez para su reconocimiento en casos concretos. Eso sí, sujeto al marco de que:

- a. Sea indispensable para el caso una solución justa considerando primordialmente el impacto social que la declaración de voluntad provocó con las exigencias antes anotadas;
- b. Previo la demostración irrefragable (con prueba particularmente exigente) de la emisión clara y completa de la voluntad y de la seria intención del obligarse;
- c. Se demuestre, en los mismos términos, una causa aceptable en derecho, que justifique la existencia de la obligación unilateralmente creada.”

6.1.- La ley como fuente de las obligaciones

Como señalamos, la clasificación de las fuentes de las obligaciones ha sido largamente cuestionada, no obstante, existe concordancia doctrinal en cuanto a que la ley es fuente de las obligaciones, ya sea, considerada por algunos como la única fuente (debido a que es el legislador el que ha facultado expresamente a los individuos para obligarse a una u otra prestación), para

otros serían fuentes la ley junto con el contrato, o bien, consideran a ésta sólo como una fuente más entre otras, tal como lo prescribe el Código Civil.

La ley es sin duda fuente de obligaciones en aquellos casos en que el sujeto obligado no interviene en la creación de éstas, encontrándose la mayor concentración de este tipo de obligaciones en el derecho de familia, como ejemplo de ello tenemos las obligaciones que serán tratadas de forma posterior: el derecho de alimentos y la compensación económica.

7. El carácter legal de las obligaciones de alimentos y de compensación económica

El carácter legal de ambas obligaciones está determinado por la pertenencia de ambas instituciones al derecho de familia, derecho en el cual las obligaciones son prominentemente legales, esto a consecuencia de que es la ley la que nos señala los supuestos de hecho que deben concurrir para que puedan exigirse estas obligaciones y la forma de hacerlas exigibles.

Los alimentos pueden asimismo tener origen testamentario o la convención de las partes, con todo, los alimentos de mayor relevancia jurídica son los alimentos legales, siendo la misma ley la que manda a pagarlos a ciertas personas. Orrego señala que “es posible afirmar que la obligación alimenticia es el paradigma de una obligación que tiene por fuente directa la ley,

y por ello el Código Civil, al definir en su artículo 578 el derecho personal o crédito, y aludir a la obligación correlativa que pesa sobre el deudor por la sola disposición de la ley, indica como ejemplo precisamente los alimentos que el padre adeuda al hijo”³⁸

Por su parte, Meza Barros señala que, los alimentos legales “se deben ex lege, esto es, la obligación alimenticia encuentra su fuente en la ley. Y puesto que ella impone a determinadas personas el gravamen de tal obligación, de modo independiente de su voluntad, estos alimentos se denominan también forzosos.”³⁹

Si bien, nuestra legislación contempla alimentos voluntarios siendo estos los otorgados por testamento o por donación entre vivos, sin embargo ellos están a la mera voluntad del alimentante, cuando puede disponer libremente de lo suyo, no obstante, en los alimentos denominados legales o forzosos es la ley la que impone esta obligación, estableciendo los supuestos de hecho en los que procede, los legitimados para demandarlos, una cuantía mínima y máxima del monto a determinar, el criterio con el cual deben establecerse,⁴⁰ además de las formas de pago, garantías y apremios en caso de incumplimiento.

³⁸ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés *“Los alimentos en el derecho chileno”*. Segunda edición ampliada. Editorial Metropolitana. pág. 51

³⁹ MEZA BARROS, Ramón, *“Manual de Derecho de Familia”*, Tomo II segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, , pág. 703

⁴⁰ Artículo 323 del Código Civil que señala que *“Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”*

En contra encontramos a Claudia Schmidt que señala que “no es la ley la que crea la obligación alimentaria, desde el momento en que ésta no es una obligación, por lo tanto el rol de la ley aquí es otro, que consiste en tomar los presupuestos como son, entre otros, la filiación, el parentesco, el matrimonio o la unión de hecho para recoger lo que es consustancial al derecho esencial a la vida, la integridad física y psíquica de las personas, su derecho a vivir dignamente”⁴¹

Siendo, para Vodanovic, la obligación alimenticia legal el deber impuesto por la ley a determinadas personas, de proporcionar alimentos a otras, también determinadas, cuando concurren ciertas circunstancias.⁴²

Situación similar a la descrita con anterioridad es lo que ocurre con la Compensación económica, puesto que en este caso al igual que con los alimentos es la ley la que determina los supuestos de hecho que deben concurrir para que se configure este derecho, además de señalar las formas como puede pagarse, los apremios en caso de incumplimiento y las garantías que pueden establecerse, como se desarrollará posteriormente.

Álvaro Vidal Olivares afirma que “la compensación económica no constituye una forma de responsabilidad civil; ella es una obligación impuesta por la ley a uno de los cónyuges que tiene por objeto corregir el menoscabo

⁴¹ SCHMIDT HOTT, Claudia “*Del derecho alimentario familiar en la filiación*” Editorial PuntoLex. S.A. 2008. pág. 41, 42

⁴² VODANOVIC HAKLICKA, Antonio ob. cit. pág.19

económico que como efecto inmediato produce el divorcio o la nulidad.”⁴³ Agregando que al momento de contraer matrimonio cada uno de los cónyuges tendrá que contar con la posibilidad que si el otro cónyuge durante su vigencia deja de desarrollar una actividad remunerada por dedicarse a la familia y sobreviene su terminación, podrá quedar obligado, atendidas ciertas circunstancias, a pagar una suma de dinero una prestación suficiente para que el beneficiario rehaga su vida separada y consiga un *status* económico autónomo adecuado al que poseía durante el matrimonio.

“La compensación económica es un derecho de origen legal establecido, por acuerdo de las partes o, a falta de éste, por decisión judicial. Es una obligación legal que pesa sobre el otro cónyuge –aquel que si desarrollo una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro- quien debe ejecutar una prestación de dar en beneficio del titular del derecho.”⁴⁴

Es posible concluir entonces que el derecho y su obligación correlativa tienen su origen en la ley, sin perjuicio de que sea establecida por acuerdo de las partes o por el juez. En ambos casos el derecho nace por la concurrencia del supuesto legal, y la sentencia o la convención (haciendo las veces de sentencia judicial) cumplirán el rol de declararlo y reconocerlo. Siendo la ley siempre la fuente del derecho y de la obligación correlativa. Situación idéntica

⁴³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil” *El nuevo derecho chileno del matrimonio*. Editorial Jurídica de Chile Santiago. 2006. Pp. 250

⁴⁴ PIZARRO WILSON, Carlos, VIDAL OLIVARES, Álvaro “*La Compensación económica por el divorcio o nulidad matrimonial*” Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009 Pág. 32

ocurre con los alimentos debidos por ley, en el sentido de que aunque exista acuerdo entre las partes (alimentante y alimentario) no podría concluirse que la obligación alimentaria tiene una fuente distinta a la ley sino que en una convención, puesto que son debidos por ley y su fuente será, por ende, legal.

En sentido contrario tenemos a Barrientos Grandon quien asevera que es un derecho personal o crédito de compensación y su obligación correlativa “puede” tener su fuente o causa en una ley, teniendo la compensación económica caracteres propios por ser un derecho matrimonial. Debiendo hacerse un esfuerzo dogmático para analizarla como un derecho de naturaleza familiar, al no ser procedente aplicar las categorías propias del libro IV del Código Civil.⁴⁵

Ana María García señala que “la obligación de pagar compensación matrimonial al cónyuge débil en caso de divorcio es una obligación de carácter legal y así lo determinó el fallo⁴⁶ en estudio”⁴⁷

El fallo del Tribunal Constitucional Rol número 2102 del 27 de septiembre de 2012, al que hace referencia la profesora García señala en su considerando 8º: “es indudable que la fuente de esta obligación civil de

⁴⁵ BARRIENTOS GRANDON, Javier. *“Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial”* Thomson Reuters, 2011. Abeledo Perrot. Legal Publishing. Santiago de Chile. Pág. 823

⁴⁶ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol número 2102 del 27 de septiembre de 2012 que será analizado en un capítulo posterior.

⁴⁷ GARCIA BARZELATTO, Ana María, *“Justicia Constitucional y Prohibición internacional de la prisión por deudas”* Ponencia presentada en las XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público 2012, Universidad Católica de Valparaíso, pág. 5

compensación económica postmatrimonial es – en los términos del artículo 1437 del Código Civil- la ley, directamente, y no el contrato.” Señalando que existe unanimidad doctrinal en este punto y en su considerando 22° agrega “es claro que la compensación económica matrimonial es una obligación legal de alcance patrimonial, fundada en relaciones de familia basadas en precedente matrimonio terminado por divorcio”⁴⁸

⁴⁸ Fallo del Tribunal Constitucional, Rol número 2102 del 27 de septiembre de 2012 considerandos 8° y 22°

Capítulo II:

EL DERECHO DE ALIMENTOS

1. Concepto

Los alimentos no se encuentran definidos en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco la obligación alimenticia, sin embargo en la doctrina se han definido como: “las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia,”⁴⁹ el profesor Juan Andrés Orrego agrega a este concepto que dicha obligación subsistirá en la medida en que el obligado esté en condiciones de satisfacerla y el acreedor justifique su necesidad de reclamarla.⁵⁰

A su vez, René Ramos Pazos lo define como el derecho que “la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio.”⁵¹

La profesora Maricruz Gómez de la Torre, señala en “Sistema Filiativo Chileno” que en sentido amplio el derecho de alimentos puede definirse como:

⁴⁹ ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, “*Manual de Derecho de Familia*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, séptima edición actualizada), pág. 334.

⁵⁰ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, “*Los alimentos en el derecho chileno*” Ob. Cit. Pág. 13

⁵¹ RAMOS PAZOS, René, “*Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, p. 499

“el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o por acuerdo de las partes o por un tercero, como el testador que instituye un legado de alimentos”⁵². En el mismo sentido tenemos a Antonio Vodanovic.⁵³

La Corte Suprema, considera los alimentos como “las subsistencias que se dan a ciertas personas para su mantenimiento, o sea, para su comida, habitación y aún en algunos casos para su educación, y corresponde al juez regularlos en dinero, periódicamente, o en especies.⁵⁴ Sin embargo, haciendo una revisión jurisprudencial y tal como lo señala Ramos Pazos el concepto de alimentos ha ido cambiando en el tiempo conforme a las nuevas necesidades que van apareciendo, es así como cada vez se van integrando nuevas necesidades, con la finalidad de otorgar al alimentario lo establecido en el artículo 323 del Código Civil, es decir; “habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”⁵⁵

⁵² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*Sistema Filiativo Chileno: filiación biológica por técnicas de reproducción asistida y por adopción.*” Santiago 2007, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 185

⁵³ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. “*Derecho de los Alimentos*” Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004. Pág. 4. Vodanovic señala que puede definirse en sentido amplio el derecho de alimentos como “el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o la voluntad de las partes o la unilateral de un tercero, como es el testador que instituye un legado en alimentos”

⁵⁴ Sentencia citada por ABELIUK MANASEVICH, René “*La filiación y sus efectos*” Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, año 2000 Tomo I pág. 79

⁵⁵ RAMOS PAZOS, René, “*Derecho de Familia*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, p. 499

La profesora Ballestero hace mención de la definición de los alimentos dada por el Instituto Interamericano del Niño, que define la pensión alimenticia como la “prestación de tracto sucesivo destinada a la asistencia económica de una persona –sustento, vestuario, medicamentos y educación-, cuya existencia surge de la ley, contrato y testamento.”⁵⁶

A juicio de algunos autores se debe superar la noción de obligación alimenticia y hablar de relación jurídica alimentaria como lo señala Daniel Jurircic Cerda, ya que al hablar de obligación se “resaltaría solo un aspecto de esa situación de acreedor – deudor - objeto, ya sea el activo (derecho de alimentos), el pasivo (deuda alimenticia) o el real (los alimentos), cuando, en verdad, se trata de una auténtica relación jurídica en la que hay un sujeto activo, que es el alimentario, un sujeto pasivo, que es el alimentante y un objeto, que son los alimentos”⁵⁷ teniendo como fundamento básico la vida y su afán de protegerla, cuando la necesidad amenaza con acabarla. Estado en directa relación con la integridad física y psíquica. Para Lepin, el fundamento de la obligación alimenticia es sin duda el derecho a la vida, más allá de las consideraciones éticas, y es lo que permite aplicar los apremios y sanciones señalados.⁵⁸

⁵⁶ BAVESTRELLO BONTÁ, Irma “*Derecho de Menores*” Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2003, segunda edición actualizada. Pág.79

⁵⁷ JURICIC CERDA, Daniel. La relación jurídica alimentaria apunte proporcionado en Diplomado “derecho de familia con mención en Mediación” Universidad de Chile, Facultad de derecho Pags. 1-2 citado por ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit. Pág.15

⁵⁸ LEPIN MOLINA, Cristián, “*Incumplimiento de la obligación alimenticia*” La semana Jurídica, N° 341, Semana del 21 al 27 de mayo de 2007. Pág. 7

Por su parte la profesora Claudia Schmitd habla de “derecho- deber alimentario” y señala que es el legislador el que ha deformado lo que en derecho importa un deber, cuyas consecuencias jurídicas son diferentes en cuanto al incumplimiento de una obligación. Prefiriendo esta autora hablar de derecho-deber alimentario o de alimentos, o derecho-deber asistencial o de manutención y dejar atrás también la noción de socorro que implicaría la idea de urgencia que no se condice con los principios que informan a la relación jurídica alimentaria.⁵⁹ Debido a que son pagos que se realizan por anticipado y con el fin de proteger la vida del alimentario y no es un pago a posteriori. Además coloca este derecho en la categoría de derecho humano fundamental que debe ser protegido, promovido y garantizado por el Estado.

⁵⁹ SCHMITD HOTT, Claudia ob cit. Pág. 45-48

2. Clasificación de los alimentos

El derecho de alimentos admite diversas clasificaciones:

a) Atendiendo a si la obligación de otorgarlos proviene de la ley o de la voluntad de las partes: ⁶⁰

1.- Alimentos voluntarios: son lo que emanan del acuerdo de las partes o de la declaración unilateral de una parte.

2.- Alimentos legales o forzosos: son los que establece la ley.

b) Atendiendo a si se otorgan mientras se tramita el juicio o en forma definitiva, lo alimentos legales pueden ser

1.- Provisionales: son los que el juez ordena otorgar mientras se ventile el juicio de alimentos con el sólo merito de los antecedentes y documentos acompañados a la causa y que deben ser restituidos si la persona demandada obtiene una sentencia absolutoria. ⁶¹

2.- Definitivos: son los determinados en una sentencia definitiva firme.

⁶⁰ La importancia de esta clasificación radica en cuanto a efectos tributarios y a la hora de la apertura de una sucesión, puesto que los alimentos legales son una baja general de la herencia que grava la masa hereditaria.

⁶¹ Tienen una naturaleza transitoria (solo durante el juicio) y accesoria (con vigencia solo durante la tramitación del juicio). Por otra parte antes procedían solo en el caso de que el solicitante fuera menor de edad, actualmente proceden siempre que en la causa hayan antecedentes plausibles como para decretarlos.

c) Otra clasificación más propia de las pensiones de alimentos que del derecho en sí, es la que distingue entre:

- 1.- Pensiones futuras: son los alimentos que han sido determinados por sentencia judicial, sin embargo, no ha llegado la época de pago de los mismos y no puede disponerse de ellos.
- 2.- Pensiones devengadas

Con la aparición de la ley N° 19.585, se eliminó la distinción entre alimentos congruos (los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social) y los necesarios, prevaleciendo en la actualidad los alimentos congruos, estableciéndose como una característica esencial de los alimentos el que deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, tal como reza el artículo 323 del Código Civil. “Para la doctrina, la posición social está determinada principalmente por la profesión del sujeto demandado, sus bienes, sus condiciones de vida, etc. La finalidad es –tratándose de alimentos que se den a los hijos- que la separación de los padres no implique un cambio en su estatus de vida. En el caso de los hijos que nunca han vivido con el sujeto que les debe otorgar alimentos, se tratará que aquéllos obtengan

la mejor posición social, que les permita un mayor desarrollo espiritual o material”⁶²

Con todo, subsisten al menos dos casos de alimentos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico, siendo éstos: el caso del cónyuge culpable de la separación judicial, tratada en el artículo 175, en el cual señala que el cónyuge culpable de la separación judicial solo puede demandar al cónyuge inocente los alimentos necesarios, no obstante que el cónyuge inocente pueda demandar alimentos congruos al cónyuge culpable.

El otro caso está en el artículo 324 del Código Civil, cuando la disposición autoriza al juez para moderar la sanción en el caso de que el alimentante incurriere en injuria atroz que en un principio priva al alimentario de los alimentos, sin embargo, esta norma autoriza al juez para moderar la sanción en caso de que la conducta del alimentario se vea atenuada por circunstancias relativas a la conducta del alimentante, cosa que no existía antes de la modificación realizada por la ley N° 19.585, debido a que antes de ella era causal de extinción del derecho de alimentos.

⁶² PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “*Nueva regulación del Derecho de Alimentos*”, 2002, Santiago, Editorial Andros Ltda. Pág. 50-51.

3. Naturaleza jurídica

A juicio de Vodanovic la obligación legal alimenticia sería una figura mixta, que por un lado tiene aspecto patrimonial, dado que, el objeto de la obligación alimenticia es una prestación de carácter patrimonial, y que son económicos los medios con los cuales el alimentario puede satisfacer sus necesidades. Para éste tiene carácter patrimonial ya que, si alguien da muerte dolosamente al alimentante para que no cumpla con su obligación alimenticia, se le puede exigir a aquel que dio muerte al alimentante pague las pensiones alimenticias en sustitución de la víctima.

Por otro lado la obligación es personal puesto que tiende a conservar la vida del alimentista. De esto derivan diversas características propias de los alimentos, tal como el ser un derecho personalísimo,⁶³ señalando a su vez que tiene una naturaleza personalísima y social en sí, puesto que es un derecho personal inherente a la persona de su titular y que reviste un interés social, “porque la sociedad tiene interés en la conservación de la vida de los individuos”⁶⁴

Orrego afirma que el derecho de alimentos no es un elemento activo en el patrimonio, no puede darlo en garantía a sus acreedores. Por tanto, no tiene

⁶³ VODANOVIC HAKLICKA. Antonio ob. Cit. Pág. 24

⁶⁴ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio Ob. Cit. Pág. 195

los caracteres de un interés patrimonial puramente individual, pues tiene una protección mucho mayor a nivel legal.⁶⁵

Zannoni dice que el fin de la relación jurídica alimentaria es “esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, para la subsistencia de quien lo requiere”⁶⁶ además, no constituye para el obligado un pasivo en su patrimonio. Pues “no se trata, pues, de ni una ventaja, ni una carga patrimonial, porque su carácter prevalente es la naturaleza superior, familiar y social de la institución que la excluye del ámbito de las relaciones individuales, puras y simples de contenido económico”⁶⁷

La naturaleza especial de este derecho deriva en que el fundamento de esta obligación es de orden familiar y en el parentesco, dado que, es en este contexto en el que las necesidades ajenas adquieren mayor importancia. En consecuencia, se trata de “un interés individual tutelado por razones de humanidad, teniendo en cuenta la familia y la existencia de un vínculo de parentesco”⁶⁸

Por otra parte, Claudia Schmitd señala que en el caso de los alimentos estaríamos frente a un derecho-deber y no frente a una obligación propiamente

⁶⁵ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. cit. pág. 50

⁶⁶ ZANONNI, Eduardo “*Tratado de Derecho Civil*” Tomo I, editorial Astrea, Tercera edición, Buenos Aires, 1998, p. 128, citado a su vez por JURICIC CERDA, Daniel, ob. Cit. Págs.. 5 y 6

⁶⁷ OBAL, Carlos artículo titulado “*Alimentos*” en enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires Driskill, año 1979, tomo I, citado por Orrego Acuña, Juan Andrés ob. Cit. Pág. 51

⁶⁸ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit. Pág. 51

tal, dado que éstas (las obligaciones) se manifestarían en un plano puramente patrimonial y en este caso estaríamos frente a un derecho asistencial básico, un derecho humano fundamental, que si bien tiene consecuencias patrimoniales, no constituye propiamente una obligación. Estando los alimentos en el ámbito de los deberes, que muchas veces pueden ser horizontalmente recíprocos, de alto contenido moral y que son generados incluso de hechos biológicos, como la procreación y respecto de los cuales la ley solo puede reconocerlos resguardarlos y garantizarlos⁶⁹

Por tanto, podemos señalar, estando de acuerdo con Vodanovic, que si bien el derecho de alimentos tiene características patrimoniales a la hora de su cumplimiento tiene caracteres sociales que lo hacen muy especial en cuanto a que protege valores de gran identidad en nuestro ordenamiento jurídico como son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, de ahí derivan la serie de apremios que establece la ley para resguardar su cumplimiento⁷⁰.

⁶⁹ SCHMITD HOTT, Claudia Ob. Cit. pág. 45-47

⁷⁰ VODANIVIC HAKLICKA, Antonio ob. Cit. Pág. 203

4. Características del derecho de alimentos y de la obligación alimenticia

- i) Derecho de índole personalísimo, de ello derivan una serie de características
- ii) Es intransferible e intransmisible⁷¹ (art.334 C.C.)
- iii) Es irrenunciable (Art 334 C.C.)
- iv) Es imprescriptible (art. 2498 C.C.) siempre que se cumplan las exigencias contempladas en la ley para poder demandarlos
- v) Es inembargable (art. 1.618 C.C. y 445 N° 3 del Código de Procedimiento Civil)
- vi) No se puede someter a compromiso (art.229 del Código Orgánico de Tribunales)
- vii) La transacción debe ser aprobada judicialmente (art. 2451)⁷²

Podríamos agregar que:⁷³

⁷¹ ORREGO ACUÑA Juan Andrés. *"Criterios Jurisprudenciales recientes, en materia de derecho de Alimentos"* ob. Cit. Págs. 72-81. En este sentido, sentencia de la Corte Suprema, con fecha 27 de enero de 2011, en autos Rol numero 6.424-2010, en la que se estima que no es posible demandar aumento de la pensión de alimentos a los herederos del alimentante, atendido a que la obligación de alimentos no es transmisible, de manera que fallecido el alimentante, sus herederos no están obligados al pago de la misma. Constituye sin embargo una baja general de la herencia, que grava la misma y que puede hacerse efectiva sobre toda la masa hereditaria. El voto de minoría estima admisible la acción, porque sin perjuicio de coincidir en la intransmisibilidad de la obligación alimenticia, a la muerte del causante ésta se transformó en una asignación forzosa que grava la masa hereditaria, y a cuyo pago están obligados los herederos, en conformidad al artículo 1168 del Código Civil. Asimismo, la posibilidad de que la asignación forzosa alimenticia varíe en el futuro se admite en el artículo 1170 del Código Civil.

⁷² RAMOS PAZOS, René Ob.cit. pág. 552

⁷³ Características extraídas de ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob.cit. pág. 44-54

- viii) No admite compensación el crédito por concepto de alimentos (art. 335 y 1662 inciso 2° del Código Civil)
- ix) Las pensiones alimenticias devengadas si pueden ser objeto de actos jurídicos, no así los alimentos futuros.
- x) Es permanente (art.332 C.C.
- xi) El derecho de alimentos y la obligación correlativa tienen una naturaleza mixta, patrimonial y extrapatrimonial
- xii) Tiene por fuente principal la ley
- xiii) No goza de preferencia para su pago
- xiv) Es recíproco
- xv) No constituye renta para el alimentario
- xvi) Tiene una especial protección legal para su cumplimiento
- xvii) Las causas sobre alimentos son de mediación previa u obligatoria

5. Requisitos del derecho de alimentos:

Existen ciertos requisitos para poder solicitar los alimentos, para el profesor Ramos Pazos estos son:

1.- Estado de necesidad en el alimentario (que no le permitan subsistir del modo correspondiente a su posición social)

2.- Que el alimentante tenga los medios necesarios para otorgarlos.⁷⁴

No obstante estos requisitos y a quien corresponde la carga de la prueba, la ley N° 14.908 presume que el padre o madre tiene los medios suficientes⁷⁵ para otorgar los alimentos que demanda el hijo menor.⁷⁶ Siendo una presunción simplemente legal que es posible desvirtuarla por parte del

⁷⁴ La prueba de ello corresponde a quien los demanda, sin embargo si con el tiempo ocurre un cambio de circunstancias la prueba corresponderá al alimentante

⁷⁵ OREGO ACUÑA Juan Andrés *"Criterios jurisprudenciales recientes en materia de Alimentos"* ob.cit. pág. 69-71. Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia con fecha 21 de febrero de 2011 en causa rol número 966-2010, en la que la Corte consideró que se trataba de una presunción simplemente legal y por ende admite prueba en contrario, de manera que el sentenciador puede fijar una pensión inferior al mínimo al que se refiere la norma, si las pruebas aportadas por las partes así lo justificaran

⁷⁶ Artículo 3 inciso segundo de la ley 14.908 que señala que en virtud de esta presunción el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso remuneracional mínimo que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos" sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 7 que señala que el tribunal no podrá decretar como pensión un monto que exceda el 50% de las rentas del alimentante.

alimentante, probando que carece de medios suficientes, siendo facultad del tribunal rebajar el monto mínimo establecido por la ley prudencialmente.

No obstante, estos dos requisitos, algunos agregan otros requisitos, como Juan Andrés Orrego, quien añade: “El que exista una norma expresa que autorice su solicitud”⁷⁷, puesto que el artículo 321 del Código Civil señala taxativamente quienes pueden solicitarlos.

Carlos López va más allá y adiciona un cuarto requisito, el cual es, la ausencia de prohibición, que de acuerdo con el artículo 324 inciso final establece que “*quedarán privados de pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición.*”⁷⁸ Como, así mismo, respecto del divorcio, en el cual el Código Civil en su artículo 174 establece que el cónyuge que no haya dado causa a la separación judicial tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales, como una protección a la buena fe en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁷ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit.

⁷⁸ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, “*Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*”, Santiago de Chile, Librotecna, año 2007, cuarta edición Tomo II págs.759-760

6. Titulares del derecho de alimentos

Por su parte el artículo 321 del Código Civil establece a quienes se deben los alimentos:

1° **Al cónyuge:** el que se le deban alimentos al cónyuge es solo una manifestación del deber de socorro que nace con el matrimonio, así como el auxilio mutuo que viene a ser uno de los fines del matrimonio, tal como queda plasmado en el artículo 102 del Código Civil.

Si bien, cuando los cónyuges están casados bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal es el marido, como administrador ésta, el que tiene la principal obligación de dar a la mujer los alimentos. No obstante, los alimentos también pueden exigirse cuando los cónyuges están casados con separación total de bienes o con participación en los gananciales, pero en este caso no es el marido el principal obligado sino que ambos tendrán la obligación de socorrer a su cónyuge cuando este lo necesite.

En cuanto al matrimonio putativo, existe la obligación alimenticia en cuanto exista la buena fe por parte de los cónyuges y no sea declarada la nulidad, además subsiste el crédito que tenía uno de los cónyuges en contra del otro por las pensiones devengadas antes de la declaración de nulidad, una vez ejecutoriada la sentencia que lo declare.

2° **A los descendientes**, se enmarca dentro del ejercicio de la “autoridad parental” (autoridad tanto del padre como de la madre) que involucra los deberes de criar, cuidar y educar a los hijos, en cuanto es una manifestación del interés superior de los hijos, conforme el artículo 222 inciso primero.⁷⁹ “El cuidado, la crianza y la educación de los hijos son elementos de las relaciones filiales y el Código Civil las entiende como un derecho-deber, que importa la obligación de los padres de proporcionar a sus hijos todo lo necesario para su desarrollo material, moral e intelectual.”⁸⁰ De estos tres deberes, dos dicen relación con el deber de socorro; crianza y educación, gastos que deben ser solventados por cada uno de los padres en los casos en que estos gastos no sean soportados por la sociedad conyugal, o bien, los padres estén separados o divorciados.

Dicha obligación en caso de ausencia de ambos padres o insuficiencia de uno o ambos, pasa a los abuelos e inclusive puede pasar a los bisabuelos.

3° **A los ascendientes**: los hijos tienen el deber de auxiliar a sus padres cuando éstos se encontraren en estado de demencia, ancianidad u otras circunstancia en la cual éstos necesiten cuidados especiales, así como los demás ascendientes en caso de que no tenga descendientes en un grado más

⁷⁹ Artículo 222 inciso primero *“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”*

⁸⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El Sistema Filiativo Chileno”* ob.cit. pág. 193

próximo. No tendrán el derecho a solicitar alimentos los padres que han abandonado a sus hijos durante su infancia o los padres cuya filiación ha sido determinada judicialmente (artículos 238 y 239 del Código Civil⁸¹), si bien, no pueden demandar a sus hijos, nada obsta a que puedan demandar a sus nietos o bisnietos.(Artículo 232 del Código Civil⁸² y artículo 3 inciso final de la ley N° 14.908⁸³)

4° A los hermanos: la obligación para con los hermanos será hasta los 21 años a menos que éstos estén estudiando, caso en el cual la obligación se extiende hasta que cumplan 28 años (artículo 332 del Código Civil⁸⁴). No importando, así como en materia sucesoria, el que los hermanos sean de simple o de doble conjunción.

5° Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. El que realiza una donación cuantiosa y que después cae en la

⁸¹ Art. 238 *“Los derechos concedidos a los padres en los artículos anteriores no podrán reclamarse sobre el hijo que hayan abandonado”*

Art. 239 *“En la misma privación incurrirán los padres que por su inhabilidad moral hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; amenos que esta haya sido revocada”*

⁸² Artículo 232 *“La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de ambos padres a sus abuelos, por una y otra línea conjuntamente.”*

⁸³ Artículo 3 inciso final *“Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil.”*

⁸⁴ Artículo 332 *“Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia”*

indigencia tiene derecho a solicitar alimentos a quien ha realizado la donación cuantiosa, mientras está no haya sido rescindida, resuelta o revocada. El que la donación sea cuantiosa será un aspecto que deberá valorar el juez en el caso particular, pero debe estarse a la realidad del momento en el cual se efectuó la donación, pudiendo tomarse como parámetro lo que sea cuantioso a los ojos un buen padre de familia.

El artículo 326 resuelve la situación de cuando el alimentario reúne más de un título para demandar los alimentos, estableciendo un orden de precedencia:

1° Hace valer su título de donante de una donación cuantiosa (artículo 321 número 5)

2° A falta de la primera hace valer su calidad de cónyuge.(artículo 321 N°1)

3° A falta de la anterior, hace valer su calidad de descendiente (Art.321 N°2)

4° A falta de las anteriores, su calidad de ascendiente (Art. 321 N° 3)

5° A falta de todo otro título preferente invoca su calidad de hermano (art. 321 N° 4)

Sin perjuicio de lo anterior debemos tener presente que existirían otros titulares del derecho de alimentos no contemplados en el artículo 321 del Código Civil, así como:

i) **El adoptado o el adoptante**, conforme a la ley N° 7.613 sobre Adopción, esta ley no confería al adoptado la calidad de hijo, por tanto establecía una obligación alimenticia recíproca entre adoptante y adoptado, no obstante que, esta ley fue derogada por la ley N° 19.620, en el artículo 45 señala que quienes tengan la calidad de adoptante y adoptado bajo la ley N° 7.613 la conservarán, es decir que tengan dicha calidad hasta el 27 de octubre de 1999, fecha en la cual entró en vigencia nueva ley de adopciones.

ii) **El deudor no comerciante que es declarado en quiebra y el comerciante que hubiere solicitado la declaración de quiebra, tienen derecho a alimentos para ellos y su familia.** Esta obligación pesa sobre la masa de acreedores, según reza el artículo 60 del Código de Comercio. Esta obligación se suspenderá en caso de que en contra del fallido se dicte auto de apertura de juicio oral y por su parte cesará en el caso de ser condenado por quiebra culpable o fraudulenta o si no siendo comerciante, se alzaré con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o se constituyere en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de estos bienes.

iii) **A la madre del hijo que está por nacer.** Puesto que nuestra legislación protege la vida del que está por nacer es que la ley N° 14.908, en su artículo 1, inciso 4° señala *“La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar*

alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley N° 19.968, en interés de la madre.” Sin embargo esto puede ser motivo de discusión cuando el que está por nacer fue concebido fuera del matrimonio y no existe plena certeza de quién es el padre del nacidurus, no obstante, podría invocarse el artículo 210 del Código Civil el cual señala en su inciso primero: “ el concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad”⁸⁵ entendiendo que se concederían los alimentos de forma provisional por un tiempo prudente desde el nacimiento a fin de probar la paternidad del alimentario.

7. Marco legal

El derecho de alimentos está consagrado tanto en nuestro Código Civil en el libro primero título XVIII “De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas” en los artículos 321 a 337, todo ello sin perjuicio de otras disposiciones legales contenidas a lo largo del Código Civil. Tal como lo señalan los Profesores Peña, Etcheberry y Montero, a lo largo del Código civil podemos encontrar diversas normas que dicen relación con los alimentos , tal como los artículos 131 y 134 que se refiere al derecho de alimentos entre los

⁸⁵ Cabe hacer la prevención que, para que sean concedidos los alimentos debe interponerse la acción de reclamación de paternidad para que, luego o conjuntamente, con esta acción puedan fijarse los alimentos

cónyuges y contribución del marido y la mujer a los gastos de la familia común; artículos 174 a 177 que dice relación entre separación judicial y derecho de alimentos; artículos 203 y 324 que señala las consecuencias para el derecho de alimentos del progenitor cuya paternidad o maternidad fue determinada judicialmente y con oposición del demandado, que además abandonó al hijo en su infancia; artículo 209 en referencia al nexo entre la reclamación judicial de la filiación y la obligación del juez de decretar alimentos provisorios; artículo 231 que habla del hijo con bienes propios; artículo 232, la obligación de pagar alimentos a los abuelos; artículo 240 los alimentos de un hijo abandonado por sus padres; artículo 241, suministro de los alimentos al hijo menor de edad en caso de encontrarse en urgente necesidad y sin posibilidad de ser asistido por sus padres; artículos 230 y 1740, la obligación de pagar alimentos y la sociedad conyugal; artículos 431 a 434, la relación entre la tutela y el derecho de alimentos; artículo 959 que consigna que la obligación alimenticia es una baja general de la herencia; artículo 968 número 3 que vincula la indignidad para suceder y la obligación alimenticia; artículo 1134, el legado de alimentos voluntarios; artículos 1167 y 1168 que señalan que la obligación alimenticia es una asignación forzosa; artículo 1170 destacando la posibilidad de rebajar alimentos futuros, que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo dejado en herencia por el difunto; y artículos 1208 número 2 y 1210

inciso 2º que indica causas y efectos del desheredamiento en relación con el derecho de alimentos.⁸⁶

Además, podemos encontrar normas relativas a los alimentos en distintas leyes, entre ellas:

- La Ley N° 7.613, sobre Adopción, que establecía la obligación alimenticia entre adoptante y adoptado. Si bien dicha ley fue derogada por la Ley N° 19.620, sobre adopción de menores, el artículo 45 de la misma establece que los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley N° 7.613, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en el mencionado cuerpo legal. Por ende, la Ley número 7.613 subsiste, para aquellos que tenían la calidad de adoptados y adoptantes, a la época de entrar en vigencia la Ley número 19.620.

- La Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

- La Ley N° 16.618, Ley de Menores.

- La Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil.

- La Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia.

- El Libro Cuarto del Código de Comercio, en las normas sobre la quiebra.

⁸⁶ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; MONTERO IGLESIS, Marcelo, *“La nueva regulación del derecho de alimentos. Primera parte. Aspectos sustantivos”* publicación del Servicio Nacional de la mujer y la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, año 2003, segunda edición, pág. 22 y 23

- La Ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, artículo 4 número 4 (para determinar la asignación líquida que corresponde al heredero o legatario, debe deducirse del cuerpo o masa de bienes que el difunto ha dejado, entre otras, las asignaciones alimenticias forzosas) y artículo 18 número 3 (estarán exentas del impuesto que establece esta ley, entre otras, las asignaciones y donaciones que consistan en cantidades periódicas destinadas a la alimentación de personas a quienes el causante o donante esté obligado por la ley a alimentar; cuando a juicio del Servicio de Impuestos Internos la pensión pareciere excesiva, podrá pedir a la justicia ordinaria que determine cuál es la parte exenta del impuesto).⁸⁷

8. Fijación de los alimentos

La ley N° 14.908 en su artículo 1° señala que, será competente para conocer de estos juicios el Tribunal del domicilio del alimentario o del alimentante a elección del primero. La fijación del derecho de alimentos la realiza el juez competente en cuanto a la forma y la cuantía, siendo la regla general que se haga en dinero, pero pudiendo imputarse a ella ciertos gastos, además de que el juez pueda aprobar que se impute a un derecho de usufructo, uso o habitación o bien, que se retenga el monto por un tercero. La ley ordena

⁸⁷ Podemos encontrar en otros cuerpos normativos normas relativas a los alimentos, a modo de ejemplo: artículo 57 del código del Trabajo, artículo 95 del decreto con fuerza de ley número 29 Estatuto Administrativo, artículo 94 de la ley 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, Artículo 33 de la ley 18.961 Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

que la pensión alimenticia sea reajutable en el tiempo, ya sea que se establezca en una suma que sea un porcentaje del ingreso del alimentante u otros valores reajustables, tal como el ingreso remuneracional mínimo, el cual varía una vez al año, sin embargo cuando es en una suma fija esta se debe reajustar de manera semestral de acuerdo a la variación del Índice de Precios del Consumidor (IPC), siendo el Secretario del Tribunal el que a petición del alimentario puede relíquidar el monto en conformidad a lo antes expresado.

La fijación del monto será relativa a los ingresos del alimentante, estableciéndose que no pueden ir más allá del 50%⁸⁸ de sus rentas⁸⁹, tomando en consideración, además de las necesidades del alimentario y que los alimentos según lo que se ha expresado anteriormente deben permitir la modesta supervivencia del alimentario respecto a su posición social.

⁸⁸ ORREGO ACUÑA Juan Andrés. *“Criterios jurisprudenciales recientes, en materia de Derecho de Alimentos”* ob.cit. pág. 90-92. No obstante el límite legal, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia con fecha 20 de julio de 2007 en autos Rol IC número 42-2007 señaló que es procedente que el demandado sea condenado al pago de pensiones que sumadas a otras que paga superen el 50% de sus rentas, cuando el propio alimentante se expuso a esta situación, al convenir en una de las causas promovidas en su contra por dos de sus hijos mayores de edad, el pago de pensiones que absorben el 35% de sus rentas, en circunstancias de que tenía otros dos hijos, que también le habían demandado el pago de pensiones alimenticias, que tienen igual o mejor derechos que los primeros, considerando que uno de ellos es menor de edad. El interés superior de los menores es un factor que debe gravitar, para resolver la materia. En consecuencia no es razonable sostener que por aplicación del límite legal del 50% de las rentas, dos hijos solo tienen derecho a recibir pensiones alimenticias no superiores al 15% de las rentas del alimentante, mientras que otros dos hijos del alimentante, reciben pensiones que absorben el 35% de las rentas del obligado. El caso expuesto, al no estar contemplado en la ley, debe ser resuelto por el sentenciador cautelando el referido principio del interés superior de los menores, fundamental en nuestro derecho de Familia.

⁸⁹ ley 14.908, Artículo 7 inciso 1° *“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.”*

De acuerdo a lo que establece el artículo 331, los alimentos se deben desde la primera demanda, entendiéndose desde que es notificada, y pagándose en forma mensual y de manera anticipada.

9. Forma de pago de los alimentos

La obligación alimenticia, tal como otras obligaciones debe ser extinguida, y la forma natural es a través del pago efectivo de la prestación que se debe. Dada la identidad de los derechos que busca resguardar (derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, entre otros) es que el pago efectivo es el modo de extinguir las obligaciones más apto para estos efectos, no obstante que existen otras alternativas.

Los alimentos una vez fijados por el juez competente, lo normal es que sean pagados de forma mensual anticipada, mediante depósito en una Libreta de Ahorros que se abre para tales efectos en el Banco Estado por el demandante y previo oficio del Tribunal de Familia correspondiente. O bien como ya se mencionó, la determinación del monto de los alimentos puede imputarse al usufructo de alguna propiedad, entre otras modalidades, que revisaremos a continuación.

Bajo estos presupuestos, debe realizarse el pago de los alimentos, siguiendo las siguientes modalidades conforme al artículo 9 de la ley 14.908⁹⁰

i) Pago de una suma de dinero:

Esta modalidad consiste en que la suma fijada por el Tribunal de Familia correspondiente, es pagada por medio de mensualidades anticipadas, conforme lo establece el artículo 331 inciso primero del Código Civil, que en conformidad al artículo 7 de la ley 14.908 debe reajustarse semestralmente. Siendo la más aplicada en la práctica judicial.

ii) Porcentaje de Rentas del alimentante

En este caso tanto las alzas como las disminuciones de las rentas del alimentante inciden en el monto de los alimentos. Suele ser el medio más eficaz para fijarlas, ya que de este modo se ven reflejadas tanto las alzas como las disminuciones de los ingresos del alimentante, sin perjuicio de que el Tribunal establezca un monto mínimo al que ascenderán los alimentos.

iii) Ingresos Mínimos

Si se regula por medio de este sistema debe estarse a los ingresos mínimos remuneracionales a los que alude el artículo 3 de la ley N° 14.908.⁹¹

⁹⁰ Modalidades extraídas de ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, ob. Cit. Págs. 83-86

⁹¹ JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL, Causa RIT C-3535-2012 (11 de febrero de 2013), JUZGADO DE FAMILIA DE PUERTO VARAS, Causa RIT C- 134-2013, (26 de mayo de 2013), a modo de ejemplo, puesto que, esta modalidad se usa reiteradamente en la práctica judicial, para determinar los alimentos como

Estableciéndose en esta modalidad un porcentaje de los ingresos señalados que constituirán el monto de los alimentos, variando éstos en conformidad a las variaciones de aquellos (Ingreso Remuneracional Mínimo).

iv) Intereses de un capital

Esta modalidad está establecida en el artículo 333 del Código Civil que señala que *“el juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo y se restituya al alimentante o sus herederos luego que cese la obligación”*⁹²

v) Retención de Rentas de arrendamiento o de cualquier otra prestación en dinero

La ley N° 14.908 dispone en su artículo 8° que la resolución que ordene el pago de alimentos puede notificarse a quien deba pagarle al alimentante cualquier prestación en dinero, inclusive rentas de arrendamiento, a

un porcentaje en relación al ingreso remuneracional mínimo, variando la suma de dinero estipulada junto con las variaciones de éste.

⁹² Esta modalidad no resulta conveniente puesto que se inmovilizan grandes sumas de dinero y no hay certeza respecto al monto de la pensión por los efectos de la inflación, que podría incluso hacerla desaparecer. Por otra parte resultaría inconveniente en caso de que el alimentante tenga acreedores y que estos embarguen el monto del capital. Sin embargo esta modalidad sería aplicable solo en caso de una persona que tenga una fortuna de la cual no tenga necesidad de disponer. Razones por las cuales tiene una escasa aplicación jurisprudencial.

fin de que retenga y entregue al alimentario (o a su representante legal o a la persona a cuyo cuidado esté) la suma o las cuotas periódicas, en caso de incumplimiento por parte de la persona a la cual se le ha ordenado retener se le impondrá una multa a beneficio fiscal por el doble de la suma que debía retener,⁹³ además de poder despachar en su contra o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda.

vi) **Constitución de un derecho real de uso, habitación o usufructo.**

Artículo 9 inciso segundo de la ley N° 14.908: *“el juez podrá también fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario.”*

Esta modalidad no podrá perjudicar a acreedores del alimentante anteriores a la fecha de inscripción.

⁹³ Esta modalidad presenta la dificultad de que queda supeditada la retención a la duración del contrato o en caso de arrendamiento al pago oportuno del arrendatario y ello puede traer consigo que deba solicitarse una modificación de la forma de pago.

vii) Dación en pago:

El artículo 9 de la ley N°14.908, agrega implícitamente esta modalidad de pago, que permite imputar al pago de pensión de alimentos, otros gastos que el deudor haya efectuado a favor del alimentario⁹⁴; en consecuencia, se establece que el juez podrá decretar o aprobar que se imputen al pago de la pensión, parcial o totalmente los gastos útiles o extraordinarios que efectúe el alimentante para satisfacer necesidades permanentes de educación, salud o vivienda del alimentario.⁹⁵

⁹⁴ OREGO ACUÑA, Juan Andrés, “Criterios Jurisprudenciales recientes en materia de Derecho de Alimentos” charla dictada el Martes 21 de agosto de 2012 en Colegio de Abogados de Chile, pág. 65-69. Así en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, causa Rol número 131-2006, con fecha 25 de agosto del año 2006, la corte señaló que el pago del dividendo, del mutuo hipotecario deben incluirse al máximo de las rentas del alimentante a que puede ascender la pensión de alimentos.

⁹⁵ López Díaz, Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, tomo II Cuarta edición actualizada, Santiago de Chile Librotecna, 2007 pág.762

10. Casos en que disminuye la obligación alimenticia

En materia de alimentos podría decirse que existe una cosa juzgada provisional, dado que, ante cualquier cambio de las circunstancias domésticas que se tuvieron a la vista para decretarla⁹⁶, es posible recurrir ante el Tribunal de Familia correspondiente para solicitar una rebaja, aun cuando el juicio haya terminado por avenimiento. Además, puede solicitarse si es posible comprobar que ha terminado el estado de necesidad del alimentario.

Toda vez que hayan variado las circunstancias de forma negativa para el alimentante, este puede recurrir ante el Tribunal del domicilio del alimentario, con el fin de solicitar una rebaja en los alimentos.

⁹⁶ ORREGO ACUÑA Juan Andrés. “Criterios jurisprudenciales recientes, en materia de derecho de Alimentos” ob.cit. pág. 86-90. Así la excelentísima Corte Suprema, en sentencia con fecha 31 de enero de 2012 en autos rol número 7.224- 2011 ha señalado que si no han variado las circunstancias que existieron al momento de fijar la pensión de alimentos, no es procedente acoger una demanda de cese o de rebaja de pensión de alimentos. Los hechos que invoque el alimentante para justificar su demanda, deben ser por ende posteriores y sobrevinientes a los que se tuvieron en cuenta para establecer la pensión primitiva.

11. Casos en que cesa la obligación alimenticia

Nuestra legislación contempla cinco casos en que cesa la obligación alimenticia que serán enumeradas a continuación:

- i) **Injuria atroz**, en una combinación del artículo 979 con el artículo 324 es que la ley priva del derecho de alimentos al alimentante que incurre en alguna de las conductas que caben dentro de las causales de indignidad señaladas en el artículo 979 del Código Civil, sin perjuicio de que la norma autorice al juez para moderar la sanción en caso de que haya falta por parte del alimentante.
- ii) **Por llegar la persona del alimentario, descendiente o hermano a la edad de 21 años**, salvo en dos casos:⁹⁷
 - Cuando el alimentario se encuentre estudiando, caso en el cual la obligación se extiende hasta que cumpla 28 años.
 - Cuando el alimentario sufra de algún impedimento físico o mental que lo inhabilite para subsistir por sí mismo (debiendo ser acreditado por informes periciales) o bien por

⁹⁷ 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. Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que están estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia.”

circunstancias que se lo impidan y que sean debidamente ponderadas por el juez.

iii) Con la muerte del alimentario: puesto que es un derecho personalísimo e intransmisible, este derecho cesa con la muerte del beneficiario, no así con la muerte del que los otorga cuando estos son legales o forzosos que constituyen una baja general de la herencia y una asignación forzosa. No obstante si a la fecha de muerte del alimentario existen pensiones devengadas y no pagadas los herederos de éste cuentan con un crédito en contra del alimentante.

iv) Cuando el padre o madre hubiera abandonado al hijo en su infancia y la filiación hubiere sido establecida por medio de una sentencia judicial contra la oposición del aludido a padre o madre. En este caso la ley de plano impide que el derecho de alimentos nazca.

v) Por cesar las necesidades del alimentario. Con el cese del estado de necesidad del alimentario, los alimentos dejan de cumplir su función básica, de índole asistencial, es por ello que cesaría la obligación una vez que el alimentario pueda subsistir por sus propios medios habiendo evolucionado favorablemente su situación patrimonial.

vi) **Divorcio.** Con el divorcio desaparece el vínculo que une a los cónyuges y con ello desaparece el título que provoca el derecho de alimentos. En tal caso procedería la compensación económica,⁹⁸ en el caso de que el juez estime que esta es procedente de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

12. Suspensión de la obligación alimenticia

Esta posibilidad está contemplada en el artículo 49, inciso 7° de la ley N° 16.618, que señala que *“el juez que hubiera otorgado la autorización para que un menor saliera del país, decretará la suspensión del pago de las pensiones alimenticias que se hubieran decretado a favor del menor, en caso de que este no vuelva al país sin causa justificada.”*⁹⁹

⁹⁸ LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Ob. Cit. Pág 766

⁹⁹ LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Ob cit. Pág 764

13. Incumplimiento de la obligación alimenticia

En caso de que el alimentante no cumpla con su obligación de la forma estipulada, por sentencia judicial o bien por vía de mediación con la aprobación judicial, para con el alimentario se siguen una serie de consecuencias jurídicas, en cuanto que el alimentario que no cumple con su obligación legal:

- i) Pierde su calidad de legitimario en caso de tenerla y en general los derechos a suceder a quien debía proporcionar los alimentos.

- ii) Pierde el derecho al cuidado personal.

- iii) Pierde el derecho de ejercicio de patria potestad sobre los bienes del hijo, cuando este fuera abandonado por el progenitor en su infancia.

- iv) Pierde el derecho a demandar alimentos al hijo

- v) La mujer casada en sociedad conyugal puede deducir demanda de separación judicial de bienes por incumplimiento por parte del marido de su deber de socorro para con ella o para con la familia común (en caso de haberla).

vi) En caso de estar casado bajo el régimen patrimonial de participación en los gananciales, cualquiera de ellos puede demandar el término de dicho régimen para sustituirlo por el de separación total de bienes, en el caso de que cualquiera de ellos hubiera sido apremiado en dos oportunidades para el pago de su obligación alimenticia.

vii) El cónyuge que debía recibir los alimentos puede demandar el divorcio en contra de otro cónyuge.

En cambio, si la demanda de divorcio unilateral, por cese efectivo de la convivencia por un lapso superior a 3 años, es deducida por el cónyuge alimentante que no ha cumplido su obligación, el cónyuge alimentario puede solicitar que se rechace su demanda o bien que no haya cumplido con su obligación alimenticia para con sus hijos. *(artículo 55 inciso 3° Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.)*

viii) Por otra parte, existe una corriente doctrinal entre ellas Claudia Schmidt que plantea que el incumplimiento de la “*responsabilidad parental*” en cuanto a otorgar alimentos, debidos por ley, trae consigo un daño a la persona del alimentario, daño que le otorgaría la facultad de poder reclamar indemnización por daño moral o material. Si bien nuestro Código Civil ni la ley N° 14.908 contemplan esta posibilidad resultaría conveniente a juicio de Orrego y Schmidt el que a la luz de los Tratados Internacionales y la Constitución Política de la República reconocer la facultad de demandar la indemnización correspondiente por estos daños, que se pueden originar del incumplimiento del alimentante.¹⁰⁰

ix) Puede causar la emancipación judicial, en caso de haberse apremiado al padre o madre que debe alimentos al hijo menor de edad, prevista en el artículo 19 de la ley N° 14.908 en relación con el artículo 271 número 2 del Código Civil.

¹⁰⁰ Véase al respecto SCHMIDT HOTT, Claudia. Ob. Cit. pág. 94 y ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Ob. Cit. Pág 151

14. Responsabilidad subsidiaria de los abuelos¹⁰¹

El incumplimiento de la obligación alimenticia, por parte de ambos padres, genera esta responsabilidad subsidiaria, que puede configurarse bajo dos supuestos:

- 1.- Que los alimentos decretados no hayan sido pagados; o
- 2.- Que éstos no fueren suficientes para cubrir las necesidades del hijo, el alimentario.

Esta obligación está establecida en el artículo 232 del Código Civil, en relación con el artículo 3 de la ley N° 14.908. Debe hacerse la salvedad de que en este caso no rige la presunción de rentas como en el caso de los padres, sino que debe comprobarse que los abuelos demandados están en condiciones económicas de solventar la pensión que se decreta. Susan Turner hace referencia a la diferencia trascendental entre ambas normas, puesto que, de acuerdo con la primera (artículo 232 del Código Civil), al hijo le bastaría con acreditar la falta o insuficiencia de ambos padres y solicitarlos directamente de parte de sus abuelos, siendo en este caso la capacidad económica determinante para su fijación, la capacidad de aquellos que efectivamente los pagarán. Por otra parte, el artículo 3 inciso 5 de la ley N° 14.908, señala que la obligación alimenticia debe estar completamente determinada en cuanto al

¹⁰¹ Esta responsabilidad fue modificada con la ley 19.585, en la cual se señala que una vez determinada la filiación no matrimonial, el reconocido queda incorporado a la familia del progenitor y con ello se instaura la posibilidad de demandar alimentos recíprocos entre nietos y abuelos.

monto, respecto del padre o madre, como obligados principales, quedando así, según esta norma, los abuelos obligados de forma subsidiaria por este monto. No debiendo olvidar que la última es la norma especial, y el Código Civil la norma general, a pesar que la norma especial, haga referencia a la norma general, y que resultaría, a juicio de esta autora, más favorable la aplicación de la norma general, porque en este caso existirían varios patrimonios afectos al cumplimiento de la obligación legal aún abstracta, y por otra, porque en la concreción de dicha obligación, la fuerza de los alimentos, podrá considerarse como parámetro para su cuantía, las fuerzas del patrimonio de los subsidiariamente obligados a ella.¹⁰²

No obstante, esta obligación, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, es simplemente conjunta, lo que quiere decir que el abuelo demandado debe afrontar solo una parte de ella y no toda la pensión alimenticia, puesto que son ambos abuelos de la línea que no aporta los obligados al pago o en caso de incumplimiento o insuficiencia de éstos, la obligación pasará a la siguiente línea.¹⁰³

¹⁰² TURNER SAEZ, Susan *“Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho de Matrimonios Chilenos”* en libro *“Estudios sobre Garantías reales y personales; Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva”*, Coordinadores: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio; GAITAN MARTINEZ, José; JURICIC CERDA, Daniel; SALAH ABUSLEME, María; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. 2009, Santiago, Editorial Jurídica. Facultad de Derecho Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colombia. Pág. 715-716

¹⁰³ SCHMIDT HOTT, Claudia Ob Cit. Págs. 135-136. En este sentido Schmidt señala que la jurisprudencia no ha sido unánime citando dos fallos, el primero de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de abril de 2006 en causa Rol N° 7.393-2005 en el cual se le dio el carácter de subsidiario, argumentando que “mientras tanto no se acredite la insuficiencia de los progenitores, pues se consideró que bajo esas

Respecto a este tema, la doctrina en base a la ley y a la jurisprudencia ha llegado a las siguientes conclusiones:

- “Los abuelos no pueden ser demandados directamente, sino cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes (artículo 3 inciso 5, de la Ley N° 14.908)
- Cada abuelo responde de la obligación que no está cumpliendo o que cumple insuficientemente su hijo (artículo 232, inciso 2° Código Civil)¹⁰⁴
- La responsabilidad de los abuelos es subsidiaria, porque corresponde en primer lugar a los padres; y

circunstancias, no ha nacido el derecho subsidiario de las alimentarias para requerir el cumplimiento de la obligación legal que en tal calidad pesa sobre la abuela paterna, por lo que no ha podido decretarse su obligación de pagar alimentos, con lo cual el hecho, se está concediendo una doble pensión alimenticia a los menores en autos, lo cual es improcedente” en sentido contrario, la Corte de Apelaciones de Valdivia ha fallado que este deber de los abuelos no es subsidiario del deber de los progenitores al sentar la siguiente doctrina “Tanto los abuelos como el padre tienen la calidad de ascendientes de la menor y se encuentran obligados de conformidad con lo que dispone el artículo 321 N° 2 del Código Civil, a prestarle alimentos; se encuentran por tanto obligados por un mismo título, por lo que el juez debe distribuir la obligación en proporción a sus facultades. De acuerdo con lo dicho, frente a la insuficiencia económica demostrada respecto del padre de la menor, corresponderá a los abuelos paternos demandados, hacer frente a la diferencia, que este tribunal regulará prudencialmente. Por lo demás, la situación que se ha presentado en este proceso, es la prevista en el artículo 326 inciso final del Código Civil. por cuanto, como ya se ha dicho, los demandados de autos, padre y abuelos, son ascendientes de la menor y se encuentran en el mismo título, el número 2 del artículo 321 de mismo cuerpo legal. El mismo artículo 326 en comento se refiere a los títulos como los enumerados del uno al cinco ya citado artículo 321”

¹⁰⁴ Esta situación se consagra con la reforma del derecho de alimentos del año 2001, que reemplazo el artículo 232 del Código Civil, estableciendo un nuevo inciso segundo, que consagra una doble excusión de parte de los abuelos, como cofiadores. El alimentario debe dirigirse en contra de sus abuelos que ya sea por parte del padre o madre que no provea y los correspondientes a la otra línea, solo responden subsidiariamente.

- Si el abuelo no cumple o cumple insuficientemente con la obligación alimenticia o no tiene los medios para proporcionar los alimentos a su nieto, la obligación pasará a los abuelos de la otra línea.”¹⁰⁵

15. Situación del que pagó los alimentos en forma solidaria o subsidiaria del principal obligado a ellos

Resulta necesario mencionar, lo que ocurre con la persona que paga por el principal obligado, los alimentos, en virtud de su responsabilidad solidaria o subsidiaria. Es decir, establecer las relaciones internas generadas por el cumplimiento de la obligación.

Cuando el que paga es obligado solidariamente, como es el caso del empleador que no acata la orden judicial de retención, “la aplicación de las reglas generales de la solidaridad pasiva se ve entrecruzada con el evidente fin punitivo que tiene la norma del artículo 18 inciso 1° LPA. En efecto, esta persona recibe como castigo por su actuación ilegal el deber de responder por los alimentos, en atención a que ellos cubren las necesidades de subsistencia

¹⁰⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “*Sistema Filiativo Chileno*”, pp. 194-195, quien a su vez cita a Ramos Pazos René, Derecho de Familia, Ob. Cit pp. 513 y 514. Véase también Orrego Acuña, Juan Andrés ob. Cit. Pp 192

del alimentario. Resulta entonces, cuestionable que se genere el efecto típico de la solidaridad en cuanto a la contribución a la deuda”¹⁰⁶

En este caso no se aplicaría la regla general, consistente en la división de la deuda entre los codeudores (padre o madre insolvente y el empleador) según la cuota que le corresponda a cada uno de los interesados en la deuda, viéndose alterada la regla respectiva al criterio de interés en la deuda (interés al que se hace mención en el artículo 1522 del Código Civil), puesto que, normalmente el único interesado en la deuda, ya sea el padre o la madre, debe soportar el pago de toda la deuda, y ello se obtiene a través de la subrogación que opera a favor del codeudor solidario que pagó, pero en este caso el empleador no se subroga en los derechos del acreedor, que le permite obtener el reembolso de lo pagado, ya que en este caso el obligado solidario no será restituido de lo que pagó, como sanción por su conducta.

Turner señala que “Si bien este resultado parece algo condescendiente respecto del empleador inescrupuloso, considero que corresponde a la intención del legislador. El hecho de que el codeudor solidario, ajeno absolutamente a la deuda, haya quedado obligado al pago de la misma frente al

¹⁰⁶ TURNER SAELZER, Susan “*Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho de Matrimonios Chilenos*” en libro “*Estudios sobre Garantías reales y personales; Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva*” Ob. Cit. Pág. 716

acreedor (alimentario) es suficiente reproche y no amerita hacer excepción al régimen de relaciones internas entre los codeudores solidarios”¹⁰⁷

En el caso de los subsidiariamente responsables, como es el caso de los abuelos, se estima que debe aplicarse el régimen general de la fianza, puesto que la responsabilidad de estos se enmarca perfectamente en esta caución, debido a que, se trata de una obligación accesorio a la principal, en la que los abuelos garantizan con su patrimonio el cumplimiento de la obligación principal, el acreedor debe dirigirse primero contra sus padres y solo en el caso de incumplimiento o insuficiencia, en contra de los abuelos (beneficio de excusión). Los abuelos por línea materna y paterna, concurren conjuntamente (beneficio de división entre cofiadores).

Somarriva señala que “Podría argumentarse en contra de la aplicación analógica del régimen jurídico de la fianza a la responsabilidad subsidiaria de los abuelos, se trataría en este caso de una fianza de origen legal, contrariando la manera en que se ha entendido la clasificación enunciada por el art. 2336 CC la definición de fianza legal como aquella que es “ordenada por ley” según el inciso 2° de la mencionada disposición, se ha interpretado referido al caso en que la ley ordena la constitución de una fianza, como sucede, por ejemplo, respecto de los tutores y curadores (artículo 374 inciso 1° CC) y usufructuarios

¹⁰⁷ TURNER SAELZER, Susan “Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho de Matrimonios Chilenos” en libro “Estudios sobre Garantías reales y personales; Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva” Ob. Cit. Pág. 716

(art. 775 CC), conservando la fianza siempre, sin embargo, el carácter convencional.”¹⁰⁸ Por su parte, Turner señala que “de acogerse esta objeción a la calificación de fianza a la responsabilidad subsidiaria de los abuelos tendría que aceptarse, al menos, la existencia en el derecho de alimentos de una caución innominada que tiene los mismos elementos y efectos de la fianza, y aplicársele en forma supletoria su régimen jurídico en todo lo no regulado expresamente por el legislador.”¹⁰⁹

Lo que se refiere a las relaciones entre los abuelos que pagan la obligación y el padre o madre incumplidores de la obligación principal, no ha sido regulado por el legislador. En el régimen contractual de la fianza, el fiador cuenta con dos alternativas para obtener el reintegro de lo pagado: la acción subrogatoria¹¹⁰ y la acción de reembolso.¹¹¹ Se entiende por parte de la doctrina que la acción aplicable en este caso sería la primera, puesto que permitiría a los abuelos ejercer las acciones del hijo ya sea contra el padre o la madre incumplidores o bien contra los demás cofiadores; es decir, los abuelos que no hubiesen contribuido con la porción que les corresponde, de acuerdo al artículo 1612 del Código Civil. Todo esto porque, ellos pagan una deuda a la cual se ven subsidiariamente obligados, en conformidad al artículo 1610 número 3 del

¹⁰⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Tratado de las cauciones , Santiago, Ediar-Conosur, (sin fecha), pág. 118

¹⁰⁹ TURNER SAELZER, Susan “Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho de Matrimonios Chilenos” en libro “Estudios sobre Garantías reales y personales; Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva” Ob. Cit. Pág. 716

¹¹⁰ Artículo 1610 N°3 del Código Civil

¹¹¹ Artículo 2370 CC

Código Civil. Por otra parte, en relación a la acción de reembolso, se estima que los abuelos no podrían ejercerla, debido a que no existe un contrato que pueda servir de fuente a dicha obligación.

16. Medios previstos por la ley para obtener el cumplimiento de las pensiones alimenticias

“Para el pago de la obligación alimenticia las leyes señalan diversas garantías, como son las que siguen:

- a) Consignación de un capital que reditúe los intereses para prestar los alimentos;
- b) Caucciones dirigidas a asegurar el pago de la pensión;
- c) Retención del sueldo, salario, u otras prestaciones debidas al alimentante;
- d) Entrega a la madre u a otra persona que tenga a su cuidado un menor de parte de las remuneraciones del padre vicioso;
- e) Responsabilidad solidaria de ciertas personas que hicieren peligrar el fiel cumplimiento de la obligación alimenticia, y
- f) Los apremios personales.”¹¹²

¹¹² VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Ob cit. Pág. 167

Orrego señala por su parte que la ley ha otorgado diferentes mecanismos que tiendan a que el alimentante cumpla con su obligación, enumerándolas de la manera que sigue: ¹¹³

16.1 Arresto:

Esta es la fórmula más severa, conocida por el ordenamiento jurídico para obtener coercitivamente el cumplimiento de una obligación.

Una vez decretados los alimentos a favor del cónyuge, padre, hijos o adoptado, si el deudor alimentante ha incumplido el juez puede ordenar a petición de parte o de oficio, arresto nocturno (desde las 22:00 hasta las 06:00 horas) hasta por 15 días, en conformidad al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. El apremio puede ser decretado solo por el juez que fijó la pensión de alimentos. Si cumplido el arresto, el demandado deja de pagar la pensión correspondiente al mes siguiente, el juez puede repetir esta medida hasta obtener el pago total de la pensión de alimentos adeudada.

Esta medida no será posible en el caso de que el alimentario sea nieto, hermano o ascendiente distinto al padre o madre, el donante o el adoptante, ya que el artículo 14 es taxativo en la enumeración en cuanto a quienes pueden solicitar estos apremios.

¹¹³ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Ob. Cit. Pág. 152-153

Puede a su vez ordenar arresto completo hasta por 15 días, si no cumple el arresto nocturno decretado o no paga la pensión de alimentos después de dos períodos de arresto nocturno consecutivos. En caso que se den nuevos incumplimientos, el juez podrá ampliar el arresto hasta por 30 días.

En este caso y para el cumplimiento de las ordenes de arresto, sea arresto nocturno o total, el tribunal debe despachar la orden correspondiente a la fuerza pública, para que sin pasar por el tribunal, conduzca directamente al alimentante a un recinto penitenciario, poniéndolo a disposición de Gendarmería de Chile, con el fin de agilizar el cumplimiento de la medida de apremio. Tanto en el caso del arresto nocturno como en el arresto completo, si el demandado no es encontrado en el domicilio que se señala en el expediente, el juez deberá adoptar todas las medidas necesarias para que el arresto se cumpla, tal como el allanar y descerrajar el domicilio del alimentario o en caso de no ser habido en su domicilio, el juez puede ordenar a la fuerza pública investigar su paradero para cumplir con el apremio..

16.2 Arraigo.

Esta medida, al igual que arresto, son medidas estrictas en aras al cumplimiento de las pensiones alimenticias adeudadas, que restringen la libertad personal del alimentante.

El arraigo puede ser solicitado bajo dos supuestos: el primero es cuando existan motivos fundados para estimar que el alimentante se ausentará del país y no dejará garantía para el pago de la pensión regulada o aprobada por el tribunal, para garantizar el pago de las pensiones durante su ausencia del país. Mientras el alimentante no rinda estas cauciones, el tribunal deberá decretar su arraigo comunicándolo a las autoridades policiales correspondientes, de modo que no haga abandono del país. Debido a lo estricto de la medida una vez caucionada la obligación inmediatamente debe ser alzada la medida, caso en el cual el juez debe comunicar de inmediato a las autoridades policiales a las que dio orden de cumplimiento del decreto de arraigo, dejándolo sin efecto, para que el alimentante pueda viajar libremente.¹¹⁴

Un segundo caso, en el que procede decretar la orden de arraigo es cuando el alimentante adeude una o más cuotas de pensiones establecidas a favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado o no hubiere dado cumplimiento a la obligación en la forma establecida en la sentencia dictada por

¹¹⁴ PEÑA GONZALEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; CAROCCA PEREZ, Alex; MONTERO IGLESIS, Marcelo; ALONSO BAEZA, Soledad *“Nueva Regulación del derecho de alimentos”* 2002, SERNAM, Universidad Diego Portales, La Nación S.A. Impresiones. Pág. 84

el tribunal competente. Evento en el cual el mismo tribunal que dictó dicha sentencia deberá dictar la orden de arraigo correspondiente.

Al establecer la normativa los mismos requisitos tanto para el arresto como para el arraigo, estos pueden ser solicitados de forma simultánea, o bien por separado.

En el caso de arraigo, como el objeto de la medida es compeler al deudor alimentante a que de cumplimiento a su obligación, se dispone que la orden de arraigo que se hace llegar a la Policía de Investigaciones o a Carabineros de Chile, debe contener el monto de lo adeudado a fin de que el obligado pueda pagar en cualquier momento, incluso en la unidad policial. Debiendo entregarse un comprobante de la recepción del dinero, por parte de la policía correspondiente, y remitirlo al tribunal que despachó la orden de arraigo.

Suspensión de la orden de arresto o arraigo

Tanto el arraigo como el arresto, son órdenes de apremio judicial que tienen por objeto obtener el cumplimiento de una obligación legalmente declarada, de modo de que cumplida la obligación, cesa el apremio, sin embargo, existen otras circunstancias en las que el juez podrá suspender el apremio y el arraigo, y esto ocurre cuando:

- i) el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia.
- ii) En caso de enfermedad, invalidez, embarazo o descanso pre y postnatal;
o
- iii) En caso de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave

En los dos últimos casos el juez podrá de oficio adoptar su decisión o a petición de parte o de Gendarmería de Chile. Siendo ambas independientes entre sí, pudiendo ser mantenida una u otra o levantarse ambas.

No obstante, en cuanto a ambas medidas, en especial al arresto, la jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a que no puede obligarse al alimentante a algo que no puede, dada su capacidad económica o física¹¹⁵, toda vez que la persona quiera cumplir su obligación, ya sea incluso solicitando el pago de la misma en cuotas,¹¹⁶ puesto que la Corte Suprema ha sido reiterativa en el sentido de que debe tenerse en cuenta la capacidad económica del obligado y su intención de pagar, además del monto adeudado a la hora de apremiar al deudor. Es posible que se acoja un recurso de amparo interpuesto por el alimentante, sobre quien pende una orden de arresto cuando

¹¹⁵ En este sentido fallos de la Corte Suprema dictados el 29 de enero de 1987, 11 de abril de 1994, 11 de noviembre de 1992.

¹¹⁶ “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Derecho de Menores” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000), pág. 170. Fallo dictado el 24 de mayo de 1990 por la Corte Suprema.

efectivamente adeuda pensiones alimenticias. Toda vez que, el recurrente compruebe que existen razones plausibles que le impiden el pago y se encuentra pendiente una de resolución una demanda de rebaja de alimentos, fundada en las mismas razones. Así lo estimó la Corte de Apelaciones de Copiapó en Sentencia con fecha 22 de agosto de 2011, en autos rol 167-2011¹¹⁷ Por otra parte se ha establecido que debe existir certeza en cuanto al monto adeudado, resultando indispensable el que la liquidación haya sido puesta en conocimiento de las partes.¹¹⁸

16.3 Retención de la devolución de Impuesto anual de Renta, procede a petición de parte y será el juez quien *“ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a los deudores de pensiones alimenticias [...]”*. La retención asciende al monto de las pensiones impagas a la fecha de la medida y al de las que se devenguen hasta la fecha que debió haberse verificado la devolución, y será la Tesorería la que comunicará la retención y el monto de la misma, todo de conformidad a la Ley N° 14.908.

16.4 Suspensión de la licencia de conducir: El juez, a petición de parte, suspenderá la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual periodo, si el alimentante

¹¹⁷ ORREGO ACUÑA Juan Andrés. “Criterios jurisprudenciales recientes, en materia de alimentos” Ob. Cit. Pág. 81-83

¹¹⁸ En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago Acogiendo recurso de Amparo en sentencia con fecha 11 de septiembre de 2009

persiste en el incumplimiento de su obligación. El plazo comienza a correr desde que se ponga a disposición del administrador del tribunal la licencia de conducir y en caso de no existir una entrega voluntaria podría apremiarse al alimentante por parte del Tribunal. Podría considerarse que este apremio restringe de forma indirecta la libertad ambulatoria del demandado, ya que si bien puede desplazarse libremente dentro del territorio de la República, no puede hacerlo conduciendo un vehículo motorizado, en virtud del permiso obtenido por parte de la autoridad.

Ahora bien, la ley entiende que la licencia para conducir tal vez sea necesaria para el ejercicio de una actividad o empleo que genera ingresos al alimentante (y en consecuencia le otorga la solvencia suficiente para cumplir con su obligación), por lo que éste podrá solicitar la interrupción del apremio, siempre cumpla con dos requisitos:

- que garantice el pago de lo adeudado, ya sea constituyendo una caución o acreditando haber obtenido un trabajo y que se oficie al empleador para que retenga de las futuras remuneraciones los montos necesarios para el pago de lo adeudado¹¹⁹.

- que se obligue a pagar dentro de un plazo de 15 días corridos, la cantidad que fije el Tribunal, en relación con los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios del alimentante, que podrá ser inferior al total adeudado.

¹¹⁹ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés Ob. Cit. Pag. 228

Así, el mero hecho de que la licencia de conducir sirva para que el alimentante desarrolle una actividad lucrativa, no le exime en caso alguno de que garantice debidamente el cumplimiento de su obligación de pagar de manera oportuna la pensión de alimentos adeudada.

16.5 Revocación de los actos ejecutados por el alimentario con el fin de disminuir su patrimonio y con ello eludir su obligación alimenticia.

Se establece la posibilidad de ejercer acción revocatoria del artículo 2468 del Código Civil, respecto de los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, es decir, cuando conozca o deba conocer la intención fraudulenta del alimentante a la hora de celebrar el acto o contrato, con la finalidad de reducir su patrimonio, en perjuicio del alimentario, así como los actos simulados o aparentes ejecutados con el mismo propósito. Se tramitará como incidente ante el juez de familia, y será apelable en el solo efecto devolutivo. Esta acción en términos generales es de lato conocimiento y deben tomarse los resguardos necesarios para proteger a terceros de buena fe que contraten con el alimentante.¹²⁰

¹²⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, Incumplimiento de la obligación alimenticia. Ob. Cit. Pág.7

16.6 Nulidad de los actos ejecutados por el alimentario, con el objetivo de eludir su obligación alimentaria.¹²¹

16.7 Separación judicial de bienes, en el evento de haberse decretado apremios en dos oportunidades contra el marido, este medio está contemplado en el “artículo 19 inciso 1° de la ley N° 14.908, en la que se señala que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la separación de bienes si el otro, obligado al pago de pensiones alimenticias, en su favor o en el de sus hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces en la forma establecida en los artículos 14 y 16 de la misma ley. La petición puede hacerla **el titular de acción respectiva**, de manera que el marido sólo podrá pedir la separación de bienes tratándose del régimen de participación de los gananciales, pues el artículo 153 y 155 sólo facultan a la mujer para pedir separación de bienes, habiendo sociedad conyugal.”¹²²

16.8 Denegación de la demanda de divorcio deducida por el cónyuge alimentante deudor. Así lo señala el artículo 55 inciso tercero de la Ley de Matrimonio Civil que señala como requisitos para el divorcio unilateral,; a) el

¹²¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, del 18 de marzo de 2008, Causa rol número 1134-2007; Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 13 de noviembre de 2009, Causa Rol número 181-2009; si bien no es acogida la acción pauliana en ambos recursos consta por parte de los tribunales de la posibilidad de recurrir a ella, configurándose los requisitos exigidos por la ley para su procedencia.

¹²² CORRAL TALCIANI, Hernan “Bienes familiares y Participación de los Gananciales. La Reforma de la ley número 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, segunda edición actualizada pág. 45 Citado por ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit. Pág. 117

cese de la convivencia efectiva durante, a lo menos, tres años; b) que el demandante acredite, si lo exigiere el otro cónyuge, haber dado cumplimiento a su obligación de alimentos respecto del demandado y sus hijos comunes; y c) que no se haya producido una reanudación de la vida en común de los cónyuges con ánimo de permanencia, pues en tal evento se interrumpe el cómputo del plazo legal. Sin embargo, la ley reconoce al cónyuge demandado la posibilidad de enervar la acción de divorcio pidiendo al juez que se verifique que, el actor, durante el cese de convivencia, no ha dado cumplimiento, reiteradamente, a su obligación alimenticia. Todo esto con la finalidad de materializar los principios transversales a toda legislación de familia, como el de protección al cónyuge más débil y el interés superior de los hijos, sancionándose la infracción al deber de socorro. Tratándose en este caso de una excepción perentoria que debe ser alegada por el cónyuge afectado y cuyo carga probatoria recaerá sobre el actor, en conformidad a las reglas generales del artículo 1698 del Código Civil.¹²³ No obstante, esta excepción perentoria, tiene como presupuestos, i) que exista la obligación legal de alimentos, ii) que el demandante no haya dado cumplimiento a dicha obligación alimenticia,

¹²³ “REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA” N°3 pág. 230-234 En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en autos Rol 3320- 2006, con fecha 21 de noviembre de 2006, , Rol 6774-2008 de 29 de enero de 2009, Rol 727-2009 de 6 de abril de 2009, Rol 9757-2009 de 23 de febrero de 2009, rol 7583-2009 de 17 de mayo de 2010 Rol 6218-2008 de 11 de diciembre de 2008 acoge la demanda puesto que el incumplimiento no fue reiterado, sino que esporádico, mientras el actor se encontraba cesante, sin haber sido demandado su cumplimiento, ni apremiado, ya que fue retenido el finiquito del actor, no acogiendo además la demanda reconvenional de divorcio al no haberse acreditado el menoscabo patrimonial, puesto que la prueba ofrecida fue solo testimonial, careciendo de la precisión requerida, no permitiendo acreditar los presupuestos legales que determinan su procedencia. En este mismo sentido causa Rol número 1126-2011 de 23 de mayo de 2011(272-278)

respecto de su cónyuge o de los hijos comunes; iii) que tal incumplimiento se haya efectuado durante el cese de convivencia; iv) que exista reiteración en el incumplimiento y v) que el demandante de divorcio haya podido cumplir con dicha obligación.

16.9 Constitución de cauciones por parte del alimentante. Artículo 10 de la ley N° 14.908, que señala:

“El juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre los bienes del alimentante o con otra forma de caución

Lo ordenará especialmente si hubiere motivo fundado por estimar que el alimentante se ausentará de nuestro país. Mientras no se rinda la caución ordenada, que deberá considerar el periodo estimado de ausencia, el juez decretará arraigo del alimentante, el que quedará sin efecto por la constitución de la caución, debiendo el juez comunicar este hecho de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió la orden, sin más trámite”¹²⁴

“En el derecho de familia, las cauciones no juegan un rol importante como aquel que cumplen en el derecho civil patrimonial. A pesar de que los vínculos de familias también generan efectos netamente patrimoniales, la constitución de cauciones no es usual ni en la práctica judicial ni

¹²⁴ El arraigo del que se habla, impide salir del país, sin embargo no impide moverse libremente dentro del territorio nacional.

extrajudicial”¹²⁵. Sin bien, su estudio queda en gran medida restringido a la sociedad conyugal, sin embargo, la normativa vigente contempla la institución de las cauciones en otras áreas del derecho de familia, como son el derecho de alimentos y el derecho matrimonial, contemplando cauciones para asegurar su eficacia, tanto en la ley N° 14.908 sobre Abandono y pago de Pensiones Alimenticias y la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

La fianza para garantizar el pago de pensiones alimenticias, está regulada en legislación de orden civil, por ende podemos hablar de un contrato de fianza que tiende a garantizar el pago de pensiones alimenticias a menores, que debe regirse por todas las disposiciones del Código Civil, y de las leyes que les fueren aplicables.¹²⁶

16.10 Responsabilidad solidaria de ciertas personas que presten colaboración con el alimentante, para que este eluda su obligación. Tal como lo señala el artículo 18 de la ley N° 14.908 *“serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia los que sin derecho para ello dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación.”*¹²⁷

A modo de ejemplo es posible mencionar al empleador que informa una remuneración menor a la que realmente percibe el trabajador alimentante o

¹²⁵ TURNER SAELZER, Susan *“Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho de Matrimonios Chilenos”* en libro *“Estudios sobre Garantías reales y personales; Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva”*, Ob.Cit. Pág. 709

¹²⁶ C. Suprema 14 mayo 1979, fallos del mes N° 246, sent. 2 pág. 109.

¹²⁷ Orrego Acuña, Juan Andrés Ob. Cit. Pág. 229

bien que no realiza la retención aduciendo que la notificación se practicó con posterioridad a la fecha de pago de las remuneraciones.

Esta responsabilidad va en directo beneficio del alimentario, puesto que le otorga la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio de otras personas, para obtener el pago de la obligación alimenticia.

Así, artículo 18 inciso 2° de la ley N° 14.908 establece adicionalmente una sanción al tercero que colabore con el ocultamiento del paradero del demandado para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la ley, señalando que será sancionado con reclusión nocturna hasta por 15 días.

16.11. Penalización de ciertas conductas en las que ocurre el alimentante o terceros, lesivas a los intereses del alimentario.

16.12 Embargar y rematar los bienes del demandado. Se puede demandar ejecutivamente, para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, ya que la ley N° 14.908 ha establecido en su Artículo 11: *“Toda resolución judicial que fije una pensión alimenticia tendrá mérito ejecutivo”*

Es en esta línea que la ley antes referida contiene preceptos que constituyen normas excepcionales que deberán aplicarse en el juicio ejecutivo que recaiga en estas materias, incluyendo algunas particularidades propias, que

devienen de la especial naturaleza de la obligación alimenticia, restringiendo la posibilidad de defensa de alimentante que no ha cumplido con su obligación de la forma ordenada por la resolución judicial y facilitar el cobro de las pensiones adeudadas.

Entre estas particularidades encontramos:

- a) La sentencia que puede ser ejecutada es aquella que causa ejecutoria, no obstante a que en juicio diverso dicha sentencia pueda ser modificada, todo ello por el hecho de que la sentencia que concede los alimentos tiene solo el valor de cosa juzgada formal y no material.

- b) El artículo 11 establece que toda resolución judicial que fijare una pensión alimenticia o “que aprobare una transacción” bajo las condiciones contempladas en el inciso tercero del mismo precepto (se señale la fecha y lugar de pago de la pensión y el monto acordado no sea inferior al establecido en el artículo 3 de la ley), tendrá el mérito de ejecutivo. Exigencias que son bastante particulares y que se apartarían de lo conocido hasta ahora ¹²⁸

¹²⁸ PEÑA GONZALEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; CAROCCA PEREZ, Alex; MONTERO IGLESIS, Marcelo; ALONSO BAEZA, Soledad “Nueva Regulación del derecho de alimentos” ob.cit. Pág. 85

c) En este caso serán dos tribunales competentes para conocer de la ejecución, a elección del alimentario que solicita la ejecución:

- El mismo tribunal que hubiere dictado la sentencia en única o en primera instancia (aunque la ley no lo dice, entendemos que también lo será el mismo Tribunal que aprobó la transacción); o
- El Tribunal que fuere competente conforme al nuevo domicilio del alimentario.¹²⁹

d) Si de acuerdo a las reglas generales, la demanda ejecutiva cumpliera con las exigencias legales el juez debe despachar el mandamiento de ejecución y embargo. El artículo 12 dispone a su vez que el requerimiento de pago se notificará al ejecutado en la forma establecida en los incisos 1° y 2° del artículo 23 de la ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia (personalmente y en caso de no ser habido, la notificación se realizará en conformidad al artículo 44 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil), entregando copia íntegra de la resolución y de la solicitud sobre la cual recae, siguiendo las normas generales relativas a las notificaciones contenidas en nuestro código de Procedimiento Civil.

¹²⁹ Esta norma prevé un cambio de domicilio del ejecutante, no alterando con ello la competencia del tribunal que conoció del juicio declarativo, por encontrarse la causa válidamente radicada. Sin embargo, para la ejecución de la sentencia será el ejecutante o alimentado el que decida si seguirá conociendo de la ejecución este tribunal o el tribunal del nuevo domicilio.

e) Despachado el mandamiento de ejecución y embargo, previo requerimiento de pago de una primera pensión de alimentos adeudada, el primero será suficiente para perseguir el pago de las pensiones que posteriormente se vayan devengando y a su vez adeudando, sin que para su cobro sea necesario efectuar un nuevo requerimiento de pago personalmente o conforme al artículo 44 del código de Procedimiento Civil. Todo ello por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, el legislador supone que el ejecutado deberá prever que será ejecutado también por las pensiones devengadas posteriores, por lo que no necesitará el requerimiento antes referido. No obstante, respecto a las nuevas pensiones devengadas que se intenten cobrarsele, deberá ser notificado por cédula del mandamiento de ejecución y embargo, para que eventualmente pueda oponerse a dicha ejecución.

f) Agrega el artículo 12 que solo será admisible la excepción de pago y siempre que se funde en un antecedente escrito, asimilándose a ella todas aquellas excepciones contempladas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, que producen el mismo efecto extintivo de la deuda y que de acuerdo a nuestra legislación general sean equivalentes al pago, a modo de ejemplo: la dación en pago y la prescripción¹³⁰. Si dentro del plazo legal no se opusieren excepciones, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento para

¹³⁰ PEÑA GONZALEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; CAROCCA PEREZ, Alex; MONTERO IGLESIS, Marcelo; ALONSO BAEZA, Soledad “Nueva Regulación del derecho de alimentos” ob.cit. Pág. 87. De lo contrario se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa o se estaría creando legalmente una doble obligación.

que el acreedor haga uso de su derecho en conformidad al procedimiento de apremio del juicio ejecutivo (por ende, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil). Agrega, el precepto que si las excepciones fueren inadmisibles, el tribunal lo declarará así y ordenará seguir la ejecución adelante.

16.13 Oficiar al empleador del demandado (si es trabajador dependiente) a que deposite el dinero correspondiente a la pensión y se haga efectiva la multa que la ley establece como sanción para el empleador. Así lo dispone el artículo 8 de la ley N° 14.908 en que se establece que en la resolución que fije una pensión alimenticia definitiva o provisoria podrá establecerse como forma de pago la retención por parte del empleador en caso de ser un trabajador dependiente. Esta resolución deberá ser notificada personalmente a la persona natural o jurídica que por cuenta propia o ajena o en el desempeño de un empleo o cargo, deba pagar al alimentante su sueldo, salario u otra prestación en dinero a fin de que retenga y entregue la suma o cuotas fijadas en ella al alimentario o bien a su representante legal, o a la persona a cuyo cuidado esté. La notificación se realizará por carta certificada, dejándose la debida constancia en el proceso, entendiéndose realizada el tercer día hábil desde entregada la carta a la oficina de correos. En caso de ser devuelta por la oficina de correos por no poder ser entregada, también se dejará constancia en el expediente.

El alimentante puede solicitar al juez una sola vez durante el proceso y con fundamento plausible, que se sustituya por otra modalidad de pago, esto será solo en caso de dar garantías suficientes para el pago íntegro y oportuno de la obligación, solicitud que se tramitará como incidente. Pero en caso de haber incumplimiento por parte del alimentante, sin perjuicio de las sanciones y apremios el juez ordenará que el pago se haga por retención.

Tal como lo señala el artículo 13, en caso de desobedecer el empleador incurrirá en multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad a retener, multa que puede ser cuestionable puesto que el que sufre el daño al no producirse la retención es el hijo alimentario y no el fisco. Además el empleador debe dar cuenta del fin de la relación laboral, en caso contrario será multado, como ya se mencionó.

En caso de término de la relación laboral y que al trabajador le corresponda la indemnización sustitutiva del aviso previo (artículo 161 y 162 del Código del Trabajo) así como de la indemnización por años de servicio el empleador debe retener el porcentaje correspondiente a los alimentos de la renta del alimentante, con el objeto de realizar el pago al alimentario. En este caso el alimentante puede imputar dicha retención al pago de pensiones futuras y en caso de incumplimiento el empleador puede ser multado al igual que en los dos casos anteriores con el doble de lo que debía retener.

17. Consecuencias que se derivan del incumplimiento para con los menores por los apremios decretados contra el alimentante

Conforme al artículo 19 de la ley N° 14.908 que señala que si se han decretado dos veces alguno de los apremios señalados en el artículo 14 y 16 es decir; arresto, retención de la devolución anual de impuesto a la renta o suspensión de la licencia de conducir, se tendrán en especial consideración a la hora de resolver sobre: ¹³¹

- La falta de contribución a que hace referencia el artículo 225 del Código Civil: caso en que el juez no podrá confiar el cuidado personal del hijo menor del padre o madre que no ha contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.
- La emancipación judicial por abandono del hijo (Artículo 271 N° 2 Código Civil)
- Autorizar la salida del país de los hijos menores de edad sin necesidad del consentimiento del alimentante. *“el juez podrá autorizar la salida del menor (...), tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización”* artículo 49 inciso sexto, ley N° 16.618.

¹³¹ Cfr. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit. Pág. 230-231

CAPITULO III:

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Esta institución fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico recientemente, con la ley N° 19.947, que luego de 10 años de tramitación legislativa abre la puerta en Chile a la institución del divorcio y con ello a la compensación económica. No obstante que, esta institución no formaba parte del proyecto original enviado por el Ejecutivo y que tampoco fue parte del proyecto aprobado por la cámara de Diputados, según lo señala la historia fidedigna de la ley, ésta nace por la indicación presentada por los senadores Chadwick, Romero y Diez al artículo 48 inciso segundo y por indicación formulada por el Ejecutivo del artículo 38, en las cuales se señalaba la posibilidad de establecer alimentos a favor de uno de los cónyuges una vez declarada la nulidad del matrimonio por un plazo no superior a 5 años y estableciendo la necesidad de asegurar supervivencia al cónyuge más débil.¹³²

¹³² RAMOS PASOS, RENÉ, Derecho de Familia, Tomo I Séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile 2010. Pág. 124. “Según la primera, “el presunto cónyuge que hubiere contraído (nupcias) de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años, contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad” y de acuerdo con la segunda “deberá evitarse que como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quede imposibilitado de su mantención, considerando los resultados de la liquidación del régimen matrimonial de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos” (inc. 1°) “si el divorcio generare una situación de esa naturaleza el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado... c) Determinar el pago de un monto o de la pensión compensatoria por un periodo de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que declare el divorcio”. “las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta con la

1. Definición

El profesor Ramos Pasos, establece que la compensación económica “es el derecho que le asiste al cónyuge más débil –normalmente la mujer- a que se le compense el menoscabo económico que, producido por 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.”¹³³

Para Cristián Maturana, “es la indemnización a la cual tiene derecho el cónyuge, en caso que se declare la nulidad o el divorcio, por el menoscabo económico experimentado como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los 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”¹³⁴

Para Javier Barrientos, consiste en “el derecho de aquel cónyuge, cuyo matrimonio ha terminado por divorcio o por declaración de nulidad, que ha

demanda de divorcio o por vía reconvencional en el mismo procedimiento. En ambos casos deberá resolverse en la sentencia definitiva”. “Para acceder a la solicitud y precisar la medida el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente...”. Y a continuación señala una serie de factores semejantes a los que contempla el artículo 62 de la ley (duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges, la edad, el estado de salud y la capacidad económica de ambos cónyuges”

¹³³ RAMOS PASOS, RENÉ, Derecho de Familia, Ob.Cit. Pág. 122

¹³⁴ MATURANA MIQUEL, Cristian. Seminario nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, Colegio de Abogados, 01 de Junio de 2004, Santiago, Chile, p. 105.

sufrido un menoscabo económico, como consecuencia de su dedicación al cuidado de la prole o a las labores propias del hogar común que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o que sólo se la permitió realizar en menor medida de lo que podía o quería, para que el otro le compense aquel menoscabo económico”¹³⁵

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que “es una institución nueva dentro del derecho matrimonial chileno, incorporada por la Ley N° 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”.¹³⁶

Por su parte nuestro ordenamiento jurídico y específicamente la Nueva Ley de Matrimonio Civil en su artículo 61 nos da una clara idea de lo que debe entenderse por compensación económica al señalar que “[s]i, 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

¹³⁵ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno, LexisNexis, Santiago, Chile, 2004, p. 420.

¹³⁶ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 26 de enero de 2007, en causa Rol 676- 2006. Citada a su vez por LEPIN MOLINA, Cristian ob. Cit. Pág. 23

actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía o 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”¹³⁷

Si bien, y tal como lo señala Barcia, la ley no define, sin embargo ofrece los indicios para construir una noción al respecto. “la compensación económica es una facultad-deber extrapatrimonial- que tiene por sustento la protección de la familia, más que la protección del cónyuge más débil-, que opera de forma post matrimonial, por el cual la ley promueve la división del trabajo al interior de la familia”¹³⁸

De todas estas definiciones es posible señalar que existe consenso tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial al respecto de una definición de compensación económica encontrando caracteres comunes como son la reparación del menoscabo económico, el haberse dedicado al cuidado de los hijos y del hogar común, que impidió el desarrollo en distintos ámbitos de uno de los cónyuges, y que opera en forma post matrimonial, es decir una vez declarado el divorcio o la nulidad matrimonial.

Sin embargo, debemos hacer la salvedad que todas estas definiciones fueron concebidas con anterioridad a la ley N° 20.830 del 21 de abril de 2015 y que

¹³⁷ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del derecho de familia y la infancia” Thomson Reuters Puntotex Santiago de Chile 2011 pág. 317

¹³⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia” ob. Cit. Pág. 317

entró en vigencia el día 22 de octubre del mismo año, en la que se establece que serán aplicables las reglas de la compensación económica entre los convivientes civiles, bajo los mismos supuestos que operan en el caso de término del matrimonio, pero este derecho prescribe en los 6 meses siguientes a la subinscripción del término del acuerdo de unión civil, en el registro especial que tendrá el Registro Civil y de Identificación, todo ello en conformidad a lo expresado en la ley N° 20.830 en sus artículos 26 y 27, en relación a los artículos 61 y siguientes de la ley N° 19.945.

2. Marco legal

Como se mencionó con anterioridad, la compensación económica es una institución nueva en nuestro ordenamiento, que cumplió recién 10 años desde su vigencia y que no tuvo una evolución como en otros países, sino que fue incorporada, sin un antecedente legal previo, a nuestro derecho guiándose por modelos como el francés o el español.

Dentro de las normas que contienen disposiciones al respecto encontramos:

- Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, que en su Párrafo 1° Título VII, artículos 61 al 66, en esta norma encontramos lo que se podría llamar la columna vertebral de esta institución, y es esta norma la encargada de introducirla a nuestro ordenamiento jurídico.
- Ley N° 19.968, Ley de Tribunales de Familia, que viene a establecer el tribunal competente, cómo se puede solicitar y la oportunidad para hacerlo en los artículos 58 y 60, después de la modificación introducida por la ley 20.286, además de las atribuciones del juez de familia en el caso.
- Ley N° 20.255 sobre “Compensación económica en materia previsional en caso de nulidad o divorcio” en sus artículos 80 y 81.
- Ley N° 14.908 sobre “Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias” aplicable en cuanto al cumplimiento en el caso de

establecerse en cuotas el monto a pagar por concepto de compensación económica.

- Ley N° 20.239 del 08 de febrero de 2007 que libera a la compensación económica de impuesto a la renta retroactivamente desde la entrada en vigencia de la ley 19.947.
- Ley N° 20.830 del 21 de abril de 2015, que entró en vigencia a partir del 22 de octubre del año en curso, y que aplica la compensación económica para el caso de los convivientes civiles hasta 6 meses desde la suscripción del término del acuerdo de unión civil

No es posible olvidar que la justificación de esta institución viene dado por variadas normas de nuestro Código Civil, como son a modo de ejemplo:

Artículo 321, el cónyuge anulado o divorciado pierde su derecho legal a solicitar alimentos.

Artículo 141, el cónyuge anulado o divorciado pierde el derecho a solicitar la declaración de bien familiar.

Artículo 147, el cónyuge anulado o divorciado pierde del derecho a solicitar la constitución de derecho de uso, habitación o usufructo sobre bienes familiares.

3. Fundamento

“La prestación compensatoria pareciere fundarse en dos aspectos. Primero, de manera indiscutible, en la desigualdad que existe entre los cónyuges al tiempo de la terminación del matrimonio, para enfrentar la vida futura de manera independiente.”¹³⁹ En segundo término, siguiendo a Vidal, en la supresión de la confianza que el cónyuge tenía en orden a que la vida de la comunidad de vida que se formaba por el matrimonio era para toda la vida.”¹⁴⁰

En este sentido, el matrimonio debe ser entendido como una comunidad de vida para los cónyuges y que, como lo afirma Vidal Olivares “*se celebra en la confianza de que es indisoluble, y en base a esa confianza los cónyuges se sacrifican, postergan y renuncian a facetas propias e inherentes a personas que tienen una vida independiente, y ello se justifica en la idea de comunidad de vida que implica el matrimonio*”¹⁴¹

Con todo esto, se justifica el hecho de que los cónyuges renuncien a aspiraciones personales o profesionales en miras al desarrollo de esta comunidad y de los intereses matrimoniales en sí, prevaleciendo estos últimos por sobre los intereses individuales de cada uno de los individuos que

¹³⁹ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, “La Compensación económica en la ley de Matrimonio Civil”, Seminario Colegio de Abogados, Charla efectuada el 13 de octubre de 2005, Santiago, citada por LEPIN MOLINA, Cristián, Compensación económica, doctrinas esenciales, ob. Cit. Pág 67

¹⁴⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, La Compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006, p 224.

¹⁴¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, La Compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil Ob.Cit. p 224.

conforman la comunidad. Sin perjuicio de ello es que, una vez producido el término de esta comunidad de vida, ya sea, por la declaración de divorcio o por la declaración de nulidad, es que deben ser reguladas las relaciones patrimoniales y con ello debe indemnizarse el menoscabo sufrido por el cónyuge que sacrifica sus aspiraciones personales en pro de la comunidad antes referida. Es allí cuando se origina el fundamento de la compensación económica, con el fin de “compensar” o “indemnizar” el menoscabo patrimonial sufrido por uno de los cónyuges, tratando de corregir el desequilibrio económico que se produce entre los cónyuges con el término del matrimonio que hasta ese momento trae consigo un estatuto protector para la familia¹⁴², estatuto que se ve rompe con el término del mismo.

Al hablar del fundamento de la compensación económica, debemos estarnos a su razón de ser o motivo principal¹⁴³

Siguiendo con Vidal Olivares, éste señala que los *“fundamentos de la compensación económica son: a) el desequilibrio económico producido por la ruptura del vínculo, habida cuenta de las condiciones en que se desarrolló la comunidad de vida que implica el matrimonio; b) la protección a la confianza*

¹⁴² Puesto que entre los cónyuges se pierde el derecho para demandar alimentos, se pierde la calidad de heredero ab intestato y legitimario del otro cónyuge, entre otros. Quedando el cónyuge que sacrifica sus intereses personales en una posición desmejorada en relación al cónyuge que si pudo realizarse, por no dedicarse al cuidado del hogar o de los hijos.

¹⁴³ SEVERIN FUSTER, Gonzalo “Lo mejor de tu vida me lo he llevado yo” Revisión y propuesta sobre el fundamento de la compensación económica en la ley de matrimonio civil” Revista de Derechos Fundamentales, ISSN-e 0719-1699, N°1, 2008 pág. 156

creada en el cónyuge dedicado al hogar o al cuidado de los hijos; y c) el enriquecimiento de uno de los cónyuges a expensas del otro”¹⁴⁴.

Por otro lado, para los profesores Javier Barrientos y Aránzazu Novales, destacan la importancia del fundamento de la compensación económica, debido a que será este el que determinará las finalidades que asuma la compensación al término de un matrimonio, determinando su procedencia, caracteres, contenido y extensión.

Éstos señalan que los posibles fundamentos jurídicos de la compensación económica podrían ser:

1.- *El desequilibrio económico entre los cónyuges, causado directa o indirectamente por el matrimonio*, siendo el derecho el llamado a adoptar las medidas suficientes para equilibrar la posición de los cónyuges. Desequilibrio que se origina solo por causa del matrimonio, ya sea por causa directa o indirecta.

2.- *Necesidad o carencia del cónyuge para asegurar su subsistencia futura*. Ya sea porque la ruptura signifique que uno de los cónyuges quede desprovisto de los medios suficientes para asegurar su subsistencia o que por razones objetivas no pudiere procurárselos y en este caso el otro cónyuge estaría obligado a otorgarle cierta prestación para asegurar su subsistencia.

¹⁴⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro, La Compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil, ob. cit., p 231.

3.- *Trabajo realizado por uno de los cónyuges en pro de la familia común.*

Correspondiente a una serie de trabajos no remunerados, pudiendo entenderse en este punto que habitualmente no son considerados el desgaste y deterioro emocionales que trae consigo ser el sostén de una familia y anteponer los intereses de ésta antes que los propios

4.- *Indemnización por los daños económicos ocasionados durante el matrimonio.* Estos daños económicos pueden derivar de: *hechos ilícitos* del otro cónyuge, de una especie de *lucro cesante* (por no poder realizar alguna actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería, y en este caso el daño equivaldría a lo que dejó de ganar o de adquirir) o bien el *coste de oportunidad laboral* (impedimento de formación o capacitación profesional, disminución o impedimento de inserción en el mercado laboral, anulación de su posibilidad de previsión social).

5.- *Indemnizar el daño moral ocasionado durante el matrimonio o por la ruptura.* Esto en el caso de que la ruptura sea imputable a uno de los cónyuges¹⁴⁵

En general, estas variables fueron consideradas a la hora de legislar y tomadas como fundamento central de la institución a la luz de la historia fidedigna de la ley, “el carácter resarcitorio de los perjuicios, ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar y que principalmente

¹⁴⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉAZAR, Aránzazu, Nuevo derecho matrimonial chileno, Ley N° 19.947, ob.cit., pp. 405- 409

se refieren a: a) las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de los que podía o quería; b) los perjuicios derivados del coste de oportunidad laboral”¹⁴⁶

A su vez, se advierte por parte de los autores que se dejó fuera de la discusión elementos como el valor del trabajo doméstico y el daño moral.¹⁴⁷

Por otro lado, a juicio de Eduardo Court, el fundamento de esta institución se encontraría en el *principio de enriquecimiento sin causa*. Con esta se trata de “evitar que el cónyuge que desarrolló una actividad remunerada se enriquezca injustificadamente y a expensas del otro, que no pudo hacerlo o solo pudo pero en menor medida, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.¹⁴⁸ En este mismo sentido la profesora Paulina Veloso, que afirma durante la tramitación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, que las jurisprudencias española y suiza han invocado el enriquecimiento sin causa como fundamento de las pensiones compensatorias,

¹⁴⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉAZAR, Aránzazu, Nuevo derecho matrimonial chileno, Ley N° 19.947, ob. Cit., pp. 420

¹⁴⁷ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉAZAR, Aránzazu, Nuevo derecho matrimonial chileno, Ley N° 19.947, ob. Cit., pp. 420

¹⁴⁸ COURT MURASSO, Eduardo, Curso de derecho de familia, Matrimonio, Regímenes Matrimoniales y Uniones de Hecho. Legal Publishing Santiago de Chile 2009 pág. 71

porque uno de los cónyuges se desarrolló económicamente a costa del sacrificio del otro que se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos comunes.¹⁴⁹

Sin perjuicio de lo antes expuesto, Cristian Lepin nos presenta un acertado abanico de fundamentos de esta institución a la luz de nuestro ordenamiento jurídico como son:

- 1.- La protección del cónyuge más débil
- 2.- La pérdida del estatuto protector del matrimonio
- 3.- El menoscabo económico que genera la ruptura
- 4.- El costo de oportunidad laboral
- 5.- Cierta reconocimiento a las labores domésticas
- 6.- La equidad¹⁵⁰

¹⁴⁹ Historia de la Ley N° 19.947, Boletín N° 1759-18, Sesión 11°, Anexo de Documentos, Biblioteca Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2004, p. 1625. Citado a su vez por FARFÁN GARRIDO, Álvaro, "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 principio procesales". Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago 2011 pp 11

¹⁵⁰ LEPIN MOLINA, Cristian, "La Compensación Económica" Editorial Jurídica de Chile pp. 63-71

4. Caracteres de la Compensación Económica

a) Constituye un derecho que solo procede en los casos de terminación del matrimonio por divorcio o nulidad. Sin embargo, no existió el mismo racionamiento en torno a la separación judicial, situación en la cual no procede la compensación económica, puesto que subsiste el matrimonio y con ello todos sus efectos patrimoniales, como son el derecho de alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, beneficios en torno a prestaciones de salud y previsionales, lo que hace innecesario el que regule una compensación económica. Barrientos y Novales no están de acuerdo con haber negado su procedencia en los casos de separación judicial, puesto que a juicio de ellos la compensación económica tiene una naturaleza resarcitoria, y no alimenticia. Sin perjuicio de que si después se decreta el divorcio no pueda solicitarse. Por mi parte no me parece procedente en caso de separación judicial por lo antes expuesto y toda vez que en este caso queda abierta la puerta a que se pueda volver a retomar la vida marital y el que se haya solicitado compensación económica de forma anticipada pudiera ser una traba en este proceso de retomar la comunidad de vida.

A pesar de que se declare la nulidad del matrimonio, y que en dicho caso no existió matrimonio, hubo una comunidad de vida que originó una familia. Con esto queda claro que más allá de matrimonio lo que importa es el hecho de la

existencia de una comunidad de vida y que ello trajo consigo un menoscabo económico, un perjuicio para una de las partes que debe ser resarcido.¹⁵¹

Esto es aun más patente con las actuales reformas que se le han introducido a la Ley de Matrimonio Civil, por la ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, haciendo aplicable esta institución en el caso de término del acuerdo, ya sea por voluntad unilateral, mutuo acuerdo o nulidad judicial, aplicándose los mismos supuestos de hecho para su procedencia y determinación que en caso del matrimonio, tal como lo establece el artículo 27 de dicha ley.¹⁵²

¹⁵¹ En este sentido Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 07 de marzo de 2012, causa Rol 337-2011 que señala que señala que “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 respectivas de la Ley de Matrimonio Civil, sino de reconocer un derecho a quien no ha sido excluido necesariamente por el alcance de la ley, a fin de amparar beneficios patrimoniales, pero en tutela de especiales intereses de orden social.” “la actora, quien no sólo compartió su vida con aquél, sacrificando sus propias expectativas en aras de colaborar a la familia en común, más cuando, en el último tiempo del concubino, debió –en el contexto de auxilio mutuo que involucran las relaciones afectivas de que se trata- auxiliarlo, no sólo en sus cuidados personales sino también, en lo necesario para su subsistencia. Así las cosas, la gestión patrimonial de los concubinos, derivada de su larga convivencia, configura una realidad que no pueden soslayarse bajo el mecanismo judicial de la ausencia de ley, que hace necesario e impone al juez la obligación de buscar soluciones jurisprudenciales basadas en la equidad, con miras a evitar injusticias tras la culminación de una vida en común. Puesto que, 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 de 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 sólo de uno de ellos” por ende hace procedente la compensación económica al acreditarse en autos que existió vida en común, dedicación al hogar común y al cuidado del otro provocando con ello un menoscabo económico para la actora.

¹⁵² *Artículo 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 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, 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.*

Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947.

- b) “Una vez fijado el monto de la compensación económica, éste no es reducible a petición del deudor, fundado en la variación de su condición económica o de la del acreedor, o por el hecho de su ex cónyuge se case nuevamente o conviva con otra persona”¹⁵³ es decir, no es susceptible de ser revisada una vez establecida
- c) “El plazo fijado para su pago es irrenunciable”¹⁵⁴ se rechaza el hecho de que el deudor pueda renunciar al plazo en circunstancias de que el plazo es en su solo beneficio. Puesto que es una deuda que no genera intereses sino que solo reajustabilidad.
- d) Es intransmisible, así fue acordado en la Comisión del Senado, ya que al no ser alimentos no constituyen una baja general de la herencia.
- e) Una vez fijada la compensación económica, por regla general da derecho a un crédito o derecho personal¹⁵⁵
- f) La compensación económica se puede fijar en una suma de dinero, acciones u otros bienes¹⁵⁶
- g) “la compensación económica a pesar de tener un fuerte sustrato objetivo –al ser una consecuencia del trabajo de uno de los cónyuges en el hogar común o al cuidado de los hijos-, cumple una función punitiva al facultar al juez

¹⁵³ Boletín 1.759-18 (n.), p. 171 citado por BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉAZAR, Aránzazu, Nuevo derecho matrimonial chileno, Ley N° 19.947, ob. Cit., pp. 423

¹⁵⁴ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, NOVALES ALQUÉAZAR, Aránzazu, “Nuevo derecho matrimonial chileno”, Ley N° 19.947, ob. Cit., pp. 423

¹⁵⁵ Establecido así en la sentencia de la Corte Suprema, de 28 de diciembre de 2010, rol 6602-2010 citada por BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” Ob. Cit. pág. 332

¹⁵⁶ BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” ob.cit, pág. 333

a denegar la compensación o reducirla prudencialmente en caso que el cónyuge beneficiario sea calificado como culpable”¹⁵⁷

h) La compensación económica no está afecta al impuesto a la renta. Hecho que queda determinado con la reforma introducida por la ley N° 20.239. Antes de esta reforma no existía consenso en la doctrina al respecto, puesto que, un sector señalaba que al no haber norma especial que se pronunciara al respecto como sucedía debía ser considerada como renta.¹⁵⁸

5. Naturaleza jurídica de la Compensación económica

Un aspecto que ofrece diversidad en cuanto a la doctrina es sin duda la naturaleza jurídica de la compensación económica, ella apunta a saber que es una determinada institución, el contexto jurídico en el cual podemos situarla, determinando los límites de la institución y las normas aplicables a la misma. Es por ello, que ha sido extenso el debate doctrinario al respecto, encontrando una serie de planteamientos diversos acerca de este tema, que pasaremos a revisar:

¹⁵⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, en Charla efectuada el 13 de octubre de 2005 en el Colegio de Abogados, 2005, pág. 18 citada a su vez por BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” ob.cit, pág. 333

¹⁵⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Seminario, Colegio de Abogados de Santiago de Chile) 2005 pág. 18, citada a su vez por BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” ob.cit, pág. 334

5.1 Doctrinas positivas

Se ha mencionado que la doctrina chilena está dividida en cuanto a la naturaleza jurídica de la compensación económica. Ciertas teorías plantean que la prestación compensatoria tiene una naturaleza determinada, es decir, se asimila a las pensiones de alimentos, a las indemnizaciones de perjuicio, o al enriquecimiento sin causa. Tesis que pasaremos a reseñar:

5.1.1 Naturaleza de pensión de alimentos

Rodrigo Barcia señala que “la compensación económica, al ser una manifestación de la protección del cónyuge más débil, tiene un importante trasfondo asistencial”¹⁵⁹. Además, con la compensación económica se colocaría fin a la desprotección que se producía para uno de los cónyuges con la antigua declaración de nulidad del matrimonio.

Guerrero Becar señala a su vez, que “se ha estimado que una mirada integral la entregan los artículos 3 y 60 de la LMC, cumpliendo la institución de la compensación económica una función asistencial cuyo origen, fundamento y

¹⁵⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” Thomson Reuters Puntotex Santiago de Chile 2011 pág. 323

límite está en una vinculación económica “asistencial” que permita iniciar una vida futura separada al cónyuge más débil”.¹⁶⁰

Debido a que con el divorcio se pondría fin a los derechos y obligaciones de carácter patrimonial, cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del vínculo matrimonial, siendo ahí cuando nace la institución de la compensación económica originada por el menoscabo o detrimento económico que se produce con el divorcio o declaración de nulidad, procurando velar por el cónyuge más débil y asignándole la protección que puede ofrecerle el derecho.

Lo que a juicio de Lepin resulta ser una visión moderna del carácter alimentario, o más bien un recurso semántico, ante la imposibilidad de fundamentar una naturaleza alimentaria”¹⁶¹

Ramos Pasos indica que en sus orígenes en el Senado, la compensación económica, tuvo una clara connotación alimenticia, sin embargo durante la tramitación de la misma se abandonó la idea de darle un carácter alimenticio, puesto que lo que perseguía era reparar el menoscabo económico que podía sufrir uno de los cónyuges, como consta en la historia fidedigna de la ley por la intervención de la ministra del SERNAM de la época que señaló que “si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trata

¹⁶⁰ GUERRERO BECAR, José “Menoscabo y compensación económica, justificación de una visión asistencial” Revista de Derecho , Vol 21 N° 2 pág. 107

¹⁶¹ LEPIN MOLINA Cristián, ¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de la Compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011 pág. 3

deben considerarse una compensación económica por el lucro cesante que le significó no poder trabajar por muchos años.”¹⁶²

Por lo tanto, esta noción ha sido abandonada y tal como lo señalamos con anterioridad en concordancia con el profesor Ramos es que la compensación económica inició su camino legislativo como una institución con caracteres alimentarios, no obstante se decidió darle un soporte resarcitorio. Y tal como lo señala Turner “la pensión compensatoria de la indicación presentaba rasgos que la acercaban más a la obligación alimenticia, la compensación económica del proyecto del Senado, así como la que finalmente estableció la nueva ley, se enmarcan dentro de aquellas de naturaleza reparatoria”¹⁶³

Sin embargo no podemos olvidar que la ley contempla criterios para su determinación dentro de los cuales, tenemos criterios de carácter netamente asistencial como son: la duración del matrimonio, la situación patrimonial de ambos cónyuges, la edad y salud del cónyuge beneficiario, situación del cónyuge beneficiario en materia de beneficios previsionales y de cualificación

¹⁶² INFORME 1759-18 p. 1615 citado por RAMOS PASOS, René. “Derecho de Familia” Tomo I Séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007. Pp. 125

¹⁶³ TURNER SAELZER, Susan “Las Prestaciones económicas entre los cónyuges Divorciados en la Nueva Ley de Matrimonio Civil” en Revista de Derecho, Vol. XVI, Universidad Austral de Chile, julio del 2004, pág. 103

profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario.¹⁶⁴

5.1.2 Naturaleza indemnizatoria

Rodrigo Barcia nos señala que “esta posición se ramifica en, a lo menos, tres sub-teorías: la compensación económica como indemnización de perjuicios, como enriquecimiento injusto¹⁶⁵ y como indemnización por sacrificio”¹⁶⁶

A la primera posición, es decir, la compensación económica como indemnización de perjuicios adhirió una temprana doctrina civil, que con posterioridad mutó, dentro de este mismo plano, considerando a la compensación económica como una indemnización por sacrificio.

Eduardo Court señala que la compensación económica tiene un carácter *indemnizatorio o reparatorio* del *perjuicio* sufrido por el cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o solo pudo hacerlo en una menor medida de lo que quería o podía, todo ello a consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar común. Lo asemeja con una indemnización por *lucro cesante* aunque

¹⁶⁴ En este sentido TURNER SAELZER, Susan, “Las circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” ob. Cit. 42-54 GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz “La Compensación económica en la ley de Matrimonio Civil” Ob. Cit. Pág 89-90

¹⁶⁵ Esta teoría será analizada en otro apartado.

¹⁶⁶ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” Ob.Cit. pág. 324

hace la salvedad que no sería lo mismo, ya que se trataría de una *indemnización por la pérdida de una chance o de una oportunidad*, en este caso concreto la pérdida de la generación de ingresos mediante una actividad lucrativa.¹⁶⁷

En este caso se trata de reparar un menoscabo en los términos del artículo 61 de la ley de matrimonio civil, que es sinónimo de daño.

“El profesor Domínguez, también estima que tiene un carácter reparatorio “se trata de una forma de resarcimiento de un daño, es decir, de una cierta pérdida por el hecho de haber dedicado el esfuerzo de vida al cuidado de los hijos o a las tareas del hogar y que ha impedido, por lo mismo, una vida de trabajo con resultado económico y que permita así enfrentar la vida futura una vez producida la extinción del matrimonio [...] Si debe pagar la compensación el marido, es porque él ha resultado en cierta medida beneficiado por el sacrificio de su cónyuge y por ende está en mejor situación patrimonial. Pero que la institución tiene un carácter indemnizatorio es indudable, pues justamente ese es su fundamento. Sin embargo, indemnizatorio no es, como dijimos, sinónimo de reparatorio, pues no se trata de restituir un valor perdido por su equivalente exacto, como ocurre en la responsabilidad civil con la indemnización patrimonial, en que la indemnización sustituye al interés económico perdido o afectado y se calcula en función del valor de éste. Se trata sólo de ofrecer una

¹⁶⁷ COURT MURASSO, Eduardo, Curso de derecho de familia, Matrimonio, Regímenes Matrimoniales y Uniones de Hecho. Ob.cit. pág. 71-72

compensación, es decir, una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante”¹⁶⁸

Así mismo, una parte importante de la doctrina tiene este mismo planteamiento (entre ellos Cristián Maturana, Patricio Véliz, Hernán Corral, Mauricio Tapia, Álvaro Vidal¹⁶⁹) que se trata de compensar un menoscabo económico producido por la mayor dedicación de uno de los cónyuges o dedicación exclusiva, al cuidado del hogar común y/o de los hijos, sacrificando su desarrollo laboral, debiendo trabajar en menor medida de lo que quería o podría haberlo hecho. Buscando a través de esta institución reparar el daño producido en sus expectativas económicas por haber realizado estas labores, sacrificando su inserción en el mercado laboral, causando con ello un detrimento patrimonial para el cónyuge beneficiado, reparable con la compensación económica.

¹⁶⁸ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, Revista Actualidad Jurídica, año VII, N° 15, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2007, Santiago, Chile, p. 89. LEPIN MOLINA, Cristian Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, ob. Cit. Pág 38-39

¹⁶⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Entrevista sobre el tema en La Semana Jurídica, N° 271, del 16 a 22 de enero, Santiago, Chile, 2006, p. 4. MATURANA MIQUEL, Cristian. Nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, Ob. Cit., p. 106. VELIZ MÖLLER, Patricio. Divorcio, nulidad y separación, los caminos frente a la ruptura, Cerro Manquehue, Santiago, Chile, 2004, p. 65. CORRAL TALCIANI, Hernán. Sobre la función y criterios de determinación de la compensación económica matrimonial, La Semana Jurídica, N° 320, Santiago, Chile, 2006, p. 6. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil, Ob. cit., pp. 251 a 253. El mismo autor, La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, año LXXII N° 215-216, Ene/Dic, Concepción, 2004, pp.284 y ss. citados por LEPIN MOLINA, Cristian Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, ob. Cit. Pág. 36-42

5.1.3 Naturaleza de enriquecimiento sin causa

La clásica concepción del enriquecimiento sin causa o injusto nos indica que en este caso debe haber un enriquecimiento de una de las partes a costa del correlativo empobrecimiento de la otra, no mediando una causa que justifique dicho enriquecimiento o que si bien medie una, ésta sea injusta o ilegítima, y, por otra parte, no debe existir una acción que proteja esta situación.¹⁷⁰

Esta tesis se basa en que uno de los cónyuges se enriquece a costa del sacrificio del otro, o del menoscabo económico que éste sufre a causa de dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común, mientras que el otro cónyuge se desarrolla de forma normal. Pizarro señala que “el trabajo desempeñado por el cónyuge beneficiario significó un enriquecimiento del cónyuge deudor, puesto que este último gozaba de un beneficio en su nivel de vida en razón del sacrificio del otro cónyuge. La voz “enriquecimiento” corresponde entenderla no sólo como el incremento patrimonial, sino que comprende, también, la exclusión de un pasivo en el patrimonio del enriquecido. Por lo mismo, el empobrecimiento del cónyuge beneficiario puede consistir en una merma económica o en la ausencia de ingresos a su patrimonio.¹⁷¹

¹⁷⁰ LEPIN MOLINA Cristián. Ob. Cit. Pág. 82

¹⁷¹ PIZARRO WILSON, Carlos “La Compensación Económica en la Nueva ley de Matrimonio Civil chilena” revista Chilena de Derecho privado, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, N°3, Santiago de Chile, 2004 citado a su vez por LEPIN MOLINA, Cristián, ob. Cit. Pág. 43

Lepin cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha de 24 de diciembre de 2004, causa Rol 10.411-2006, que indica “que esta institución, como señala el profesor Carlos Pizarro Wilson en su artículo “La Compensación Económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena” (cuadernos de Análisis Jurídicos N° 43 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, página 11), ‘equivale al menoscabo patrimonial avaluado en dinero a favor de uno de los cónyuges que en razón de haberse dedicado más que el otro al cuidado personal de los hijos o a labores propias del hogar no desarrolló una actividad lucrativa o sus ingresos fueron inferiores a los que habría podido obtener. La compensación económica presenta un marcado carácter indemnizatorio por el enriquecimiento del cónyuge deudor y el empobrecimiento del cónyuge beneficiado’ de ahí que su naturaleza jurídica pueda explicarse a través del *enriquecimiento a expensas del otro*. Luego, debe determinarse en la especie si es procedente tal compensación y, en la afirmativa, determinarse su quantum”¹⁷²

¹⁷² LEPIN MOLINA Cristián, “La Compensación económica: Efecto Patrimonial de la Terminación del Matrimonio” Ob. Cit. Pág. 83

5.2 Doctrinas negativas

Estas teorías sostienen que la compensación no tiene una naturaleza jurídica, es decir, que se trata de una institución nueva en el ordenamiento jurídico, y que por tanto se rige exclusivamente por las normas que la regulan, por lo que no existe un estatuto supletorio. O que su naturaleza es mutante. En este sentido, las tesis que estiman que la naturaleza de la compensación es mixta, compuesta o híbrida, que se trata de una institución sui géneris, o de una obligación legal.

5.2.1 Naturaleza jurídica mixta o compuesta

Para algunos autores la compensación económica tendría una naturaleza jurídica variable o funcional, dependiendo de los criterios que sirvan para determinarla.

Entre los autores que han tomado esta posición encontramos a Mauricio Tapia expresó que "la compensación económica es —como todas las instituciones vinculadas al matrimonio— funcional a las formas de relación de cada pareja y a las diversas realidades que siguen a la ruptura. Por esto, las normas de la ley sólo son en apariencia contradictorias, pues la naturaleza de la

compensación económica es directamente funcional al modelo de relación que antecedió la ruptura, al "sendero" que siguió la pareja"¹⁷³.

Es así como también la entonces ministra Pérez, a cargo del Servicio Nacional de la Mujer, señaló durante el debate legislativo que "la compensación económica representa una figura híbrida, sin perjuicio de lo cual la pureza jurídica debiera ceder ante la necesidad social de la institución"¹⁷⁴

5.2.2 Naturaleza como institución sui generis

Adhieren a esta posición las profesoras Paulina Veloso y Maricruz Gómez de la Torre.¹⁷⁵ Ellas "estiman que se trata de una institución sui generis, que presenta sólo cierta cercanía con instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización de perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa"¹⁷⁶.

¹⁷³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Entrevista sobre el tema en La Semana Jurídica, p. 4. En mismo sentido, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, causa Rol 1161- 2005 y Rol 225-2006. las que señalan "la compensación económica es funcional a las formas de relación de pareja o modelos de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura". citado a su vez por LEPIN MOLINA Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio" Ob. Cit. Pág. 85 (libro)

¹⁷⁴ LEPIN MOLINA Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio" Ob. Cit. Pág. 85 (libro)

¹⁷⁵ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, Ob. Cit., pp.186 y 187, en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, Ob. Cit., p. 9. Citadas a su vez por LEPIN MOLINA Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio" Ob. Cit. Pág. 86

¹⁷⁶ LEPIN MOLINA Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio" Ob. Cit. Pág. 86

Señalan a su vez que "En efecto, se puede considerar como alimentos en cuanto en su determinación se tienen en cuenta, en cierta medida, las necesidades del acreedor y las facultades del deudor; de otra parte en el evento que se establezca el pago en cuotas periódicas, para el efecto del cumplimiento, se le asimila a los alimentos, según expresa disposición legal, artículo 66 NLMC. Pero no constituye alimentos, en cuanto la causa de la figura radica en las circunstancias del artículo 61 NLMC y no en el estado de necesidad. Los alimentos se justifican derivados de la obligación de socorro presente en el matrimonio; la compensación supone el término del vínculo. Además, lo que es muy relevante, no admite modificación en caso que varíen las circunstancias. (...) En Chile excepcionalmente constituye una pensión periódica; no así en el derecho comparado, en que es frecuente que se considere como pensión, con la periodicidad de los alimentos. De otra parte, se asemeja a la indemnización de perjuicios, en la medida que se define como una compensación por el menoscabo, esto es, en otras palabras, una indemnización por el daño. A su vez, el hecho generador del daño es un elemento normalmente voluntario de la pareja, consistente en la decisión de ambos (o de uno con el acuerdo tácito del otro) de asumir las tareas del hogar y no incorporarse al mercado de trabajo o hacerlo en menor medida, decisión que genera daño en el futuro. Obsta, en cambio, a la idea de responsabilidad las circunstancias de que no supone culpa. Ahora bien, asumiendo que la dedicación a las tareas del hogar genera en quien lo hace un empobrecimiento

en el futuro, porque tendrá una mayor dificultad ocupacional, y, de otra parte, un enriquecimiento por parte del cónyuge beneficiado con esas tareas, se acerca, en cuanto a su naturaleza, a la restitución por enriquecimiento sin causa. Se discute, sin embargo, si es sin causa. En nuestro concepto, puede estimarse que es incausado. La habría si subsistiere el matrimonio; dejaría de haberla en el evento de ruptura".¹⁷⁷

De todo ello podemos desprender que la compensación económica tiene una serie de matices que la hacen tener características de otras instituciones del derecho, siendo una amalgama de instituciones, predominando una por sobre la otra, dependiendo de los fundamentos que se tuvieron en cuenta para concederla o bien para cuantificarla.

Para Gonzalo Serverin, la doctrina nacional ha planteado como fundamentos de esta posición tres fundamentos: a) el sistema privado de soporte de las consecuencias negativas de la discriminación de género, b) el principio de enriquecimiento sin causa y c) el desequilibrio económico y la protección de la confianza creada en el cónyuge dedicado al hogar

¹⁷⁷ LEPIN MOLINA Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio" Ob. Cit. Pág. 86-87

5.2.3 Naturaleza de obligación legal

Existen teorías que plantean a la compensación económica como una obligación legal. Entre los autores que han tomado esta postura encontramos a los profesores Carlos Pizarro y Álvaro Vidal que han expresado que la compensación económica "constituye un derecho de origen legal establecido, por acuerdo de las partes y a falta de éste, 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".¹⁷⁸

Céspedes y Vargas señalan que "la compensación económica tiene una naturaleza jurídica 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".¹⁷⁹

Por su parte, Lepin señala que no se aprecian diferencias entre señalar que se trata de una obligación sui géneris o una obligación legal, en ambos

¹⁷⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 32.

¹⁷⁹ CESPEDES MUÑOZ, Carlos, y VARGAS ARAVENA, David, "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España". Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, V. 35, N° 3, Santiago, 2008, p. 451.

casos se aplicarán las normas especialmente sancionadas por el legislador, es decir, los artículos 61 a 66 de la ley N° 19.947¹⁸⁰

Debemos recordar que tal como lo han señalado el mismo Lepin, Corral, Céspedes y Vargas entre otros, la determinación de la naturaleza jurídica no tiene solo una importancia académica, sino práctica, para conocer los límites de la institución y las normas que es posible aplicar en forma supletoria, sirviendo ésta para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayudando a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de los elementos no taxativos, y finalmente resulta útil para la aplicación del derecho supletorio.¹⁸¹

¹⁸⁰ LEPIN MOLINA, Cristián "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena" pág. 8-9

¹⁸¹ CORRAL TALCIANI, Hernán "La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial" ob. Cit. Pág. 24- CESPEDES MUÑOZ, Carlos, y VARGAS ARAVENA, David, "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España". Ob. Cit. Pág. 451 LEPIN MOLINA, Cristián "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena" ob. Cit. pág. 1 LEPIN MOLINA Cristián, ¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de la Compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011 pág. 3

6. Requisitos para que proceda la compensación económica

- a) El cónyuge beneficiario debió dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común ¹⁸²
- b) Que el cónyuge beneficiario de la compensación no haya trabajado o que lo haya hecho en menor medida de los que podía o quería.
- c) Que a consecuencia de los anterior el cónyuge haya sufrido un menoscabo económico en su patrimonio¹⁸³
- d) Debe uno de los cónyuges haber podido desarrollarse y concentrarse en su trabajo, generando una riqueza, que produzca a su vez un desequilibrio entre los patrimonios de ambos cónyuges.¹⁸⁴ Por su parte Hernán Corral, considera este requisito como inexistente, puesto que el menoscabo económico es consecuencia de haberse dedicado a las labores propias del hogar común o al cuidado de los hijos, circunstancia que ya está contenida en los otros requisitos.^{185 186}

¹⁸² BARCIA LEHMANN, Rodrigo "Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia" ob.cit, pág. 334. Este requisito se le suele denominar objetivo, ya que basta que haya estado al cuidado de los hijos y/o del hogar común, no importando los motivos que tuvo para hacerlo, sino el hecho objetivo de haber realizado dicha labor, sin importar el fuero interno de los cónyuges.

¹⁸³ BARCIA LEHMANN, Rodrigo "Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia" ob.cit, pág. 336. Este menoscabo es el que provoca la calidad de débil del cónyuge beneficiario, presentándose además como un menoscabo futuro.

¹⁸⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo "Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia" ob.cit, pág. 337. Este requisito parte de la doctrina lo cree parte del menoscabo económico, sin embargo este requisito se desprende del artículo 62 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil.

¹⁸⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. "LA Compensación económica en el divorcio y la Nulidad Matrimonial" Revista Chilena de Derecho, enero-abril, vol.34 – N°1, PUC Santiago, 2007, pág. 26

¹⁸⁶ PIZARRO WILSON, Carlos "La Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil" Revista Chilena de Derecho privado N° 3. Santiago de Chile. Diciembre de 2004 pág. 93 y RODRÍGUEZ GREZ, Pablo "Ley de Matrimonio Civil" Revista de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2004 pág. 45 y 46 citado a su vez por BARCIA LEHMANN, Rodrigo "Fundamentos del Derecho de Familia y de la

e) Que el cónyuge que demanda la compensación económica no sea calificado como “cónyuge culpable” por el juez para los efectos de la compensación económica.¹⁸⁷ En este sentido, puede el juez denegar o disminuir la compensación económica, sin embargo “la calificación de un cónyuge como culpable debe separarse de la mala fe para efectos de la compensación”¹⁸⁸ La sola declaración de culpabilidad no es suficiente para que el juez deniegue o rebaje la compensación económica, sino que se exige por la ley una gravedad suficiente para ello, señalándose que la calificación de un cónyuge como culpable afecte solo en forma relativa a la compensación económica.¹⁸⁹

Barcia nos señala que algunos autores han establecido una última condición para que opere la compensación económica, consistente en “la existencia de un vínculo causal, por una parte, entre la dedicación al hogar común y al cuidado de los hijos y, por otra, al menoscabo económico, pero esta sería una exigencia

Infancia” ob.cit, pág. 338. Existe discusión en torno a la procedencia de la compensación económica en caso de que existan gananciales a repartir entre los cónyuges (en caso de Sociedad conyugal y participación en los gananciales) siendo mayoritaria la doctrina que señala que la compensación es independiente del régimen patrimonial, en este sentido Pizarro y en sentido contrario Rodríguez Grez.

¹⁸⁷ A su respecto el artículo 62 inciso 2° de la Ley de Matrimonio Civil establece: “*si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o a disminuir prudencialmente su monto*”

¹⁸⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” ob.cit, pág. 339

¹⁸⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” ob.cit, pág. 340 Criterio contrario a la legislación comparada y a los tratados internacionales suscritos por Chile.

que se desprendería de la función resarcitoria de la compensación económica que siendo general, no es exclusiva (desde que puede ser asistencial).”¹⁹⁰

Existe doctrina, como es el caso de Hernán Corral, que señala, que lo relevante a la hora de determinar la compensación económica por el juez es la acreditación en el proceso de un menoscabo económico producido por el retiro del estatuto protector del matrimonio derivado del divorcio o nulidad.¹⁹¹

Por su parte Cristian Lepin nos señala cuatro requisitos:¹⁹²

- 1.- Sentencia firme en juicio de divorcio o nulidad matrimonial
- 2.- Existencia real y efectiva de un menoscabo económico
- 3.- No haber desarrollado una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o haberlo hecho en menor medida de lo que podía o quería,
- 4.- La dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común.

7. Legitimación activa

La legitimación activa tal como lo señale el artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil corresponderá a “uno de los cónyuges que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en menor

¹⁹⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” ob.cit, pág. 340

¹⁹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La Compensación económica en el divorcio y la Nulidad Matrimonial” Revista Chilena de Derecho, enero-abril, vol.34 – N°1, PUC Santiago, 2007, pág. 28

¹⁹² LEPIN MOLINA Cristián, “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio” Ob. Cit. Pág. 61

medida de lo que quería o podía...” es decir que el cónyuge que ha sufrido un menoscabo económico y se encuentre en un desequilibrio patrimonial en relación al otro cónyuge, todo esto por haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, no pudo trabajar o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, tiene el derecho a solicitar que se le repare el menoscabo patrimonial que sufrió, a través de la compensación económica.

8. Oportunidad para solicitar la compensación económica

Los cónyuges pueden fijar la procedencia, monto y forma de pago en un acuerdo regulatorio¹⁹³, cuando se demanda conjuntamente con el divorcio por cese de convivencia o mediante acuerdo extendido por escritura pública o acta de avenimiento en cualquier estado del juicio¹⁹⁴.

Por otro lado, cuando no existe acuerdo entre los cónyuges, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 64 de la ley N° 19.947, la compensación económica puede pedirse en tres momentos: a) en la demanda de divorcio o nulidad, b) en escrito complementario; o c) mediante reconvencción. Pudiendo ejercerse por vía de acción, por el demandante, en la demanda o en un escrito complementario y en caso del demandado, como reconvencción, debiendo

¹⁹³ En cuanto a compensación económica se busca que el acuerdo regulatorio sea suficiente, en el sentido de que no solo se procure aminorar el menoscabo económico, sino que también la necesidad de establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro.

¹⁹⁴ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 129

tenerse presente que de acuerdo con la ley sobre Tribunales de Familia, artículo 60 inciso 3 y el artículo 58 de la misma, es que “debe presentarse por escrito y de la misma forma y conjuntamente con la contestación de la demanda...”

Deducida la reconvención, el Tribunal conferirá traslado al actor, quien tiene la posibilidad de contestar por escrito o en forma oral en la audiencia preparatoria.

El inciso segundo señala en casos calificados puede autorizarse por el juez, por resolución fundada, a contestar y reconvenir oralmente, de todo lo cual se levantará acta inmediatamente, asegurando que la actuación se realice dentro del plazo legal y llegue oportunamente a conocimiento de la otra parte. Aquí se produce una inconsistencia legal en el sentido de que el artículo 64 establece que el juez tiene la obligación legal de informar a los cónyuges el derecho a solicitar compensación económica en la audiencia preparatoria, sin embargo, el artículo 58 señala que la reconvención debe presentarse por lo menos con 5 días de anticipación, a la fecha de realización de la audiencia preparatoria. Para Cristián Lepin, lo que correspondería sería que en caso de ejercerse el derecho en forma oral en la audiencia preparatoria, esta debería suspenderse con la finalidad de no dejar a la contraparte en indefensión.¹⁹⁵

¹⁹⁵ LEPIN MOLINA Cristián, “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio” Ob. Cit. Pág. 58

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado, haciéndose cargo de la antinomia legal, que ha de primar los principios que informan el derecho de compensación económica por sobre la literalidad del texto de la ley de Tribunales de Familia, en sentencia con fecha 23 de mayo de 2011, ha declarado “que; “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 9 de la ley N° 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 demanda sobre la existencia del derecho a la compensación económica, permitiéndole incluso la posibilidad de hacerlo a través de reconvencción 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” y: “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”. Por estas razones se anuló todo lo obrado en un procedimiento en el que se había considerado precluido el derecho de la demandada a exigir la

compensación económica, al interpretar literalmente el referido artículo 58 de la ley de Tribunales de Familia: “Que en esta línea de razonamiento, la tramitación dada por el juez a quo a la demanda reconvenzional no condice con el criterio antes destacado, ya que ha hecho regir el mandato general contenido en la norma del artículo 58 de la ley N° 19.968, aun cuando ello determinara la omisión en el cumplimiento del propio deber de informar a la parte del derecho en cuestión, sin adoptar ninguna medida –como las que contempla el ordenamiento jurídico- que permitiera arribar a una solución distinta, que no significara privación de derecho para la afectada [...] Que, así las cosas, la decisión de no permitir la materialización del derecho a reclamar compensación económica, no obstante haber manifestado la demandada su intención de hacerlo, al ser informada en este sentido por el tribunal, desconoce el legítimo derecho de la parte de ejercer una acción y a que esta sea conocida y resuelta por el tribunal previsto por el ordenamiento jurídico, todo lo cual afecta el debido curso del proceso”¹⁹⁶

Debe entenderse que el plazo para solicitar la compensación económica precluye una vez realizada la audiencia preparatoria, puesto que, en ella el juez tiene la obligación legal de informar a los cónyuges del derecho que por ley les asiste. Si este no es ejercido por el posible beneficiario, precluye su derecho una vez concluida la audiencia preparatoria. Se estima que para que para que

¹⁹⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial” ob. cit. pág. 836-837. Recurso de Casación Civil. 23 de mayo de 2011, considerandos 6°, 7°, 8° y 9°

el demandado no caiga en la indefensión debe suspenderse la audiencia, en caso de que durante ella se demande por compensación económica.

9. Formas de determinar la compensación económica

La compensación económica puede ser fijada por acuerdo entre los cónyuges o bien por determinación judicial.

9.1 Determinación por mutuo acuerdo de los cónyuges

Esto se produce la mayoría de las veces por un convenio regulador, no obstante, al no existir acuerdo sobre otras materias puede ser objeto de una convención separada. Los cónyuges pueden convenir el monto y forma de pago de la compensación, siempre que sean mayores de edad. El acuerdo debe constar en acta de avenimiento o escritura pública, las cuales deben someterse a aprobación del tribunal, debiendo velar el juez porque informadamente los cónyuges ratifiquen el acuerdo. En este sentido es el artículo 63 de la Ley de Matrimonio Civil el que dispone que condiciones específicas debe cumplir el acuerdo, señalando que *“La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a aprobación del tribunal”*

“Sin perjuicio de lo anterior, de estimarse que la compensación económica cumple un rol asistencial el juez puede modificar, conforme a la prueba rendida, su monto por cuanto debe velar por la protección del cónyuge más débil.”¹⁹⁷

9.2 Determinación judicial

En caso de no existir acuerdo entre los cónyuges, será el juez de Familia el que determinará la procedencia y monto de la compensación económica en conformidad al artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil.

Si no se solicita en la demanda el juez debe informar a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria¹⁹⁸

Si la compensación económica se solicita en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvención, el juez debe pronunciarse 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.¹⁹⁹

¹⁹⁷ BARCIA LEHMANN, Rodrigo Y REIVEROS FERRADA Carolina, “El carácter Extrapatrimonial de la Compensación Económica” en Revista Chilena de Derecho, PUC de Chile, mayo- agosto, vol. 38 N° 2, 2011, págs. 249-278

¹⁹⁸ Antes era en una audiencia especial de conciliación que fue suprimida por la ley N° 20.286 del 15 de septiembre de 2008.

¹⁹⁹ COURT MURASSO Eduardo, Curso de “Derecho de Familia” ob. Cit. Pág. 73

10. Criterios para su determinación

Para este apartado debemos estar a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil que señala que:

“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 el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materias de beneficios previsionales y de salud; su cualificación patrimonial y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”.

Por tanto, es la propia ley la que nos señala los factores a tener en consideración a la hora de establecerse la compensación económica. Factores que pasaremos a revisar:

1.- La duración de matrimonio y la vida en común de los cónyuges, o convivencia conyugal de los mismos. Debe entenderse como, el tiempo

que el cónyuge beneficiario pudo velar por la familia, ya sea al cuidado de los hijos o al cuidado del hogar, para algunos aunque ellos estén separados.²⁰⁰

Resulta destacable el hecho de que para la profesora Maricruz Gómez de la Torre, si el matrimonio tuvo una corta duración no procedería compensación económica, a menos que cumpla un rol netamente asistencial.²⁰¹

Este criterio, para Lepin, importa un límite temporal a la evaluación de los perjuicios, puesto que se podrían resarcir solo los daños producidos durante el matrimonio, no pudiendo compensarse los daños anteriores al matrimonio, como aquellos derivados de una larga convivencia previa a contraer matrimonio.²⁰²

2.- La situación patrimonial de los Cónyuges. Esta consideración para parte de la doctrina sería de carácter asistencial, aunque también tendría fundamento resarcitorio

A diferencia de la obligación alimenticia se refiere a ambos cónyuges, siendo deber del juez el ponderar lo que cada uno de ellos posee y su valor, siendo para Lepin una manifestación del principio de equidad, puesto que el juez puede establecer el monto en forma proporcional y no solo realizando la

²⁰⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia" ob.cit. pág. 343.

²⁰¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Seminario Colegio de Abogados de Santiago de Chile) 2005, pág. 14, citada a su vez por BARCIA LEHMANN, Rodrigo. "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia" ob.cit. pág. 343.

²⁰² LEPIN MOLINA, Cristián "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica" pág. 71

multiplicación del ingreso mínimo por los años de matrimonio o convivencia conyugal.²⁰³ Una parte de la doctrina indica que debe estarse de forma conjunta a los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal o participación de los gananciales que existiere entre los cónyuges.²⁰⁴

3.- La buena o mala fe. Este es el único criterio subjetivo que debe ponderar el juez, no existiendo este elemento en el derecho comparado, siendo incorporado en nuestra legislación por una indicación de los senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín.²⁰⁵ Todo esto, a propósito de que uno de los cónyuges produzca el quiebre matrimonial, es decir, por su culpa da a lugar el divorcio y después reclama compensación económica, es por ello que se dio la facultad al juez de ponderar los hechos, no solo la culpabilidad en el divorcio, y que sea él, el que determine la existencia de buena o mala fe de los cónyuges.

4.- La edad, el estado de salud y beneficios previsionales. La doctrina ha relacionado esta circunstancia con la capacidad laboral futura y la pérdida del costo de oportunidad del alejamiento del mercado del cónyuge

²⁰³ Propio del lucro cesante y que ya ha sido descartado a nivel doctrinario.

²⁰⁴ LEPIN MOLINA, Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica" ob.cit. pág. 72-73. A juicio de Lepin si la liquidación no ha sido hecha previamente ni no es materia de la misma sentencia de divorcio, el juez debería hacer una anticipación imaginaria aproximada de los resultados de dicha liquidación, para lo cual sería necesario que las partes hayan aportado antecedentes sobre los bienes ingresados al régimen económico matrimonial, así como las deudas.

²⁰⁵ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 1751 y 1752 citado a su vez por LEPIN MOLINA, Cristián, "Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica" pág. 73

beneficiario,²⁰⁶ relacionándose también con los mecanismos para asegurar las rentas o salud del mismo, además de su capacidad para volver a casarse.

Es en este mismo sentido es que, en marzo del año 2008 se produce una modificación al sistema de Régimen de Pensiones, contemplando la ley N° 20.255 en su artículo 80: “[a]l 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 3.500 de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de 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”²⁰⁷

Cabe destacar de esta norma que, entró en vigencia el 01 de octubre de 2008 y que aplica solo a las personas que coticen en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y no a los afiliados al Instituto de Previsión Social o a las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas.

²⁰⁶ TURNER SAELZER, Susan, “Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” En Revista Derecho vol.XVI, Julio 2004 Pág 500, citada también por BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia” ob.cit. pág. 346

²⁰⁷ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia” ob.cit. pág. 346

5.- La calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario, puede considerarse que este criterio es asistencial en cuanto se tiene presente el hecho de que el cónyuge beneficiario no esté en condiciones de entrar al mercado laboral, sin embargo para otros es solo de carácter resarcitorio puesto que busca reparar el daño que se le produjo al cónyuge por no haber quedado fuera del mercado laboral. Es por esto que para establecer el monto de la compensación económica o “quantum” se está a la calificación profesional del cónyuge beneficiario y a su posibilidad de acceso actual al mercado laboral.²⁰⁸

6.- La colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge: este criterio difiere de los anteriores, al no guardar directa relación con que el cónyuge beneficiario se haya dedicado a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, sino más bien a que haya contribuido con su trabajo al desequilibrio económico existente entre ambos. Colaborando en alguna empresa a nombre del otro cónyuge, prestando colaboración gratuitamente, sin recibir retribución a cambio, como un salario,

²⁰⁸ TURNER SAELZER, Susan, “Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” ob.cit. Pág. 503. Pudiendo traducirse no solo en lo que dejó de recibir sino que a juicio de Turner podría ser parte de la compensación económica los costos de un programa de magister que permitan la actualización del cónyuge beneficiario y su acceso al mercado laboral para poder valerse por sí mismo.

dieta, sueldo u otro beneficio económico que ayude a no profundizar el desequilibrio económico existente entre ambos.

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.²⁰⁹

Es dable destacar de esta serie de criterios, tal como se desprende de la palabra “especialmente”, que utiliza la ley no son taxativos, como lo afirma la doctrina de forma unánime, en cuanto a que puedan ser considerados otros factores para la determinación de su “quantum”.

“La doctrina española ha señalado varias circunstancias no consideradas en la disposición citada, sólo mencionaremos las que nos parecen más interesantes:

- La ayuda prestada por un cónyuge al otro, durante el matrimonio, para su formación académica o consolidación laboral.
- La limitación que supone, para el desarrollo de una profesión u oficio remunerado, la realización de las tareas domésticas.

²⁰⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia” ob.cit. pág. 347

- La pérdida del puesto de trabajo que abandonado para dedicarse a los hijos, así como los derechos laborales extinguidos por esta causa.
- La atribución de la vivienda familiar.
- El resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial.”²¹⁰

“También de estos criterios de determinación de la compensación económica se desprendería la naturaleza asistencial, resarcitoria y sancionadora o punitiva de la compensación económica”²¹¹

Por otra parte, al cónyuge beneficiario no le bastaría acreditar alguna de las circunstancias antes expuestas y contenidas en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, sino que ellas deben traducirse en un menoscabo en los términos del artículo 61 de la misma ley.²¹² Además, todos estos criterios deben ser llevados a la realidad de cada matrimonio, de cada relación conyugal que será expuesta al juez al momento de solicitar la compensación económica, antecedentes que el juez debe ponderar a la hora de establecer el “quantum” de dicha compensación, a la luz de los criterios dados por la ley.

²¹⁰SAURA ALBERDI, Beatriz. La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión, ob. cit., pp.161 y 162. y LALANA DEL CASTILLO, Carlos. La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, ob. cit., pp. 86 y 87. Citados a su vez por LEPIN MOLINA, Cristián, “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica” pág. 78

²¹¹ TURNER SAELZER, Susan, “Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” En Revista Derecho vol.XVI, Julio 2004 Pág. 488, citada a su vez por BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia” ob.cit. pág. 348

²¹² TURNER SAELZER, Susan, “Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” En Revista Derecho vol.XVI, Julio 2004 Pág. 490, citada a su vez por BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia” ob.cit. pág. 348

11. El Pago

Establecida y fijada su cuantía, ya sea por acuerdo de las partes o por decisión judicial, la compensación económica se traduce en un derecho personal cuya fuente es la ley, con independencia de que sea un efecto patrimonial del matrimonio, es titular quien se encuentra en el supuesto del artículo 61, que lo tuvo reconocido; y que desde que nace se somete al derecho común del libro IV del Código Civil sobre obligaciones y contratos. Siendo un derecho que no goza de preferencia para el pago, como otros que gozan de privilegio.²¹³

La legislación no protege directamente al derecho, sino que asigna esta tarea al juez de familia, quien debe atender a las circunstancias especiales de cada caso, en conformidad al mérito de los antecedentes que le proporcionan las partes, debiendo ajustarse al marco legal establecido en los artículos 65 y 66 de la ley N° 19.947. Artículos que vienen a fijar distintas modalidades de pago que pueden adoptarse por parte del juez y que plasmará en la respectiva sentencia. Constituyendo un límite a la autonomía de la voluntad, puesto que la ley nos da un claro marco legal al cual el juez no puede más que ceñirse, desde que representan un mínimo de protección al cónyuge acreedor, cónyuge más débil para estos efectos.

²¹³ PIZARRO WILSON , Carlos y VIDAL OLIVARES Álvaro, “La Compensación económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial” ob. Cit. Pág. 95

Para Pizarro y Vidal, los jueces han olvidado este marco y con ello han olvidado la finalidad básica de la compensación económica, como sería la protección del cónyuge más débil, no estableciendo, en un gran número de casos, las garantías mínimas para el aseguramiento del pago de la obligación, estableciendo un gran número de cuotas, sin fijar las seguridades que exige la ley, olvidando además la finalidad seguida por la Ley de Matrimonio Civil, que fluye de la historia de su establecimiento, que es el que el conflicto económico se resuelva de una sola vez o en el menor tiempo posible, queriendo evitar la perpetuación del conflicto o que con ocasión de su pago surjan otros conflictos que pudieren afectar a los hijos comunes. Para estos autores esta finalidad se alcanzaría con una suma única, global e inmodificable, pagadera de contado o, a lo sumo, dividida en un reducido número de cuotas. Sin embargo esto choca con la realidad país y es ésta, la que lleva a nuestros jueces a establecer como regla general en la práctica la parcelación en cuotas del monto a pagar por concepto de compensación económica.²¹⁴

No obstante, la ley establece distintas modalidades de pago que pasaremos a revisar en el siguiente apartado.

²¹⁴ PIZARRO WILSON , Carlos y VIDAL OLIVARES Álvaro, “La Compensación económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial” ob. Cit. Pág. 95-97

12. Forma de pago de la compensación económica

La regla general es que la compensación económica deba pagarse en dinero efectivo y al contado, no obstante, que la Ley de Matrimonio Civil faculte al juez para determinar otras formas de pago, en atención a la situación económica del cónyuge deudor, así lo disponen expresamente los artículos 65 y 66 de la Ley de Matrimonio Civil.

Artículo 65: “En la sentencia, además el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

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

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

Por tanto, tal como lo establece la norma precedentemente citada, en la compensación económica pueden establecerse las siguientes modalidades de pago:

a) **Disponer de la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes, muebles o inmuebles.**

El que la compensación económica se pague como una suma única es la solución ideal a juicio del legislador en conformidad con la finalidad de la compensación económica, que es el poner fin de una sola vez al conflicto entre los cónyuges que se divorcian, limitando su relación patrimonial solo al plano relacionado con los hijos comunes, sin embargo la realidad actual la ha llevado a ser esta modalidad como excepcional dentro de la práctica judicial.

Ésta contempla a su vez, que el pago pueda hacerse mediante de la entrega en dación en pago de especies, ya sean muebles o inmuebles o acciones de propiedad del deudor, entendiéndose que con la entrega de estos bienes quede pagada la deuda por concepto de compensación económica de una sola vez.²¹⁵

b) **Pago en cuotas en unidades reajustables con seguridades para su cumplimiento.**

Esta modalidad constituye hoy en día la regla general, siendo en la mayoría de los casos resuelto por el juez que la compensación económica sea pagadera en cuotas reajustables, fijando garantías reales o personales para su cumplimiento, dada la imposibilidad de aplicar las otras modalidades, ya mencionadas. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del

²¹⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 100

cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.²¹⁶

Las “seguridades para el pago” “comprende no solo las garantías y cauciones –constitutivas de mecanismos de protección del derecho de crédito al ensanchar el derecho de garantía general del acreedor- sino todos aquellos mecanismos o medidas que den certeza al acreedor sobre su pago, evitando o previniendo, o el incumplimiento, o la insatisfacción definitiva del crédito. Así, constituyen seguridades para el pago todas las cauciones –personales o reales- cualquiera modalidad de las garantías bancarias, los seguros de responsabilidad, las cláusulas de aceleración, una prohibición de enajenar, la retención judicial o descuento de un porcentaje de remuneraciones por parte del empleador. Tan amplia es la noción de seguridades para el pago que pudiere entenderse comprendida en ella la modalidad de pago especial que prevé la ley N° 20.255, que contempla el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50% existente entre el cónyuge deudor, con independencia del régimen patrimonial entre los cónyuges.”²¹⁷

c) La constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación.

²¹⁶ RAMOS PAZOS, René, “Derecho de Familia” ob. Cit. 129, LEPIN MOLINA, Cristián “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica” ob. Cit. pág. 88

²¹⁷ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 100-101

Esta forma de pago, a juicio de Pizarro y Vidal, no se condice con la naturaleza jurídica de la compensación económica, puesto que tiene caracteres más bien similares a la obligación alimenticia.²¹⁸

En el caso de que se opte por esta modalidad, resulta conveniente el realizar la cuantificación de la compensación económica y después imputar el derecho real al monto resultante. Ello implica limitar la vigencia del derecho real en el tiempo, ya que la constitución del derecho en forma vitalicia iría en contra de la propia naturaleza y objeto de la institución.

En la práctica, esta modalidad no es muy utilizada por los Tribunales de Familia, siendo más bien excepcional, y, tal como se dijo con anterioridad, parece conveniente su excepcionalidad, dado que esta modalidad de pago se aparta claramente de los fines de la compensación económica, puesto que prolonga la relación patrimonial entre los cónyuges más allá de lo aconsejable, pudiendo ser una fuente de nuevos conflictos entre los cónyuges.²¹⁹

Debe tenerse presente, que la constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de la constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo, esto constituye una regla de protección a terceros. Fue prevista por el legislador en términos similares a la contenida en el artículo 1723 del Código Civil, estableciendo que los derechos reales no

²¹⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 101

²¹⁹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 101-102

perjudicaran a los acreedores que el propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución. De esta manera los acreedores que hubiere tenido con anterioridad el cónyuge deudor podrán solicitar la realización del inmueble como si el derecho real nunca se hubiere constituido y quien se adjudique dicho inmueble lo hará libre de todo gravamen. Por tanto es posible sostener que el derecho real es inoponible a estos terceros (acreedores anteriores). No obstante, la norma va más allá, estableciendo que tampoco aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo, ya sea antes o después de la constitución del derecho, no ingresando a la garantía general de los acreedores del beneficiario.²²⁰

13. Insuficiencia de bienes del cónyuge deudor para el pago

Esta modalidad de pago residual está establecida en el artículo 66 que señala:

Artículo 66: si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, se tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.

²²⁰ Esto es aplicable solo para el derecho de usufructo, no así para el derecho de uso o habitación que es un derecho personalísimo, inembargable
PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 102

Esta norma autoriza al juez para dividir el monto de la compensación económica en tantas cuotas como fuere necesario, las que al igual que la modalidad contemplada en el artículo 65 número 1° deben ser expresadas en alguna unidad reajutable, y debe dotarse al acreedor de alguna seguridad. Para esto, el artículo 66 señala que la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que será declarado en la respectiva sentencia. Ello no indica que la compensación mute su naturaleza jurídica, sino que solo para el cumplimiento de cada cuota se asimilará a los alimentos, representado así, una seguridad para el pago, al cónyuge acreedor.²²¹

Para Lepin, y como ya se hizo mención, sería posible el establecer una cláusula de aceleración del crédito, en el caso de que el deudor no pague una o más cuotas en que se hubiere dividido la deuda.²²² Caso en el cual en caso de no verificarse el pago de una de las cuotas sería exigible el total del crédito, considerándose alimentos para los efectos de su cumplimiento.

²²¹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 102

²²² LEPIN MOLINA, Cristián “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica” ob. Cit. pág. 88

14. Traspaso de fondos de capitalización obligatoria

El legislador de forma posterior, en marzo del año 2008, con la ley N° 20.255, introdujo una nueva forma de pago con cargo a los fondos de capitalización individual del cónyuge deudor, hasta el límite del 50% existente, con independencia del régimen patrimonial. Esta modalidad está consagrada en los artículos 80 y 81, en el Título III bajo el epígrafe de “Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes.”

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 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”.

Artículo 81: *“La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales.*

La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan”.

Esta normativa establece una forma de pago de la compensación económica relacionada con las expectativas de jubilación del cónyuge requirente, quién por estar fuera del mercado laboral, producto de dedicarse a las labores propias del hogar y/o al cuidado de los hijos no pudo ahorrar para su jubilación. “La relación marital significó que el deudor capitalizó, para los efectos de su jubilación, subsidiado por el otro, que se vio privado de esa posibilidad”²²³

Resulta poco comprensible la razón del por qué se limitó esta forma de pago a solo los cónyuges deudores afiliados al sistema de fondos de pensiones,

²²³ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 103

excluyéndose a los otros sistemas de previsión social, administrados por el Instituto de Previsión Social. Para Pizarro y Vidal es realmente cuestionable, el punto anterior y la escasa relevancia que pueda tener esta forma de pago, puesto que, el cónyuge beneficiario a menos que tenga una importante suma en su cuenta de capitalización individual, recibirá una jubilación mínima, de corte asistencial, perjudicando con ello al cónyuge deudor, que verá claramente mermada su pensión a la hora de jubilar.²²⁴

Por otra parte, la ley establece la obligación de información de la Superintendencia de AFP, para que provea a los jueces los estudios técnicos para decidir acerca del traspaso, además de tener que realizar toda la labor administrativa en cuanto al traspaso de fondos y el abrir la cuenta de capitalización individual en el caso correspondiente.

No obstante, la ley establece dos límites para esta modalidad de pago:

- 1) El monto no puede exceder del 50% de los fondos disponibles en la cuenta obligatoria; y
- 2) Sólo deben contemplarse para el cálculo los fondos que se hayan originado durante el matrimonio.

Este último punto puede resultar ambiguo, dado que la separación de hecho puede ser muy anterior en relación al término del matrimonio y las

²²⁴ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 103-104

condiciones de procedencia hayan operado también en un tiempo anterior. Por tanto, los jueces deben ser pragmáticos a la hora de aplicar estas reglas con el fin de no perjudicar al cónyuge deudor.

Esta forma de pago puede ser decretada sólo por el juez, como complemento o en conjunto con cualquiera de las otras modalidades ya mencionadas.²²⁵

15. Formas de Garantizar el Pago

Como se ha mencionado, el crédito del cónyuge beneficiario en contra del cónyuge deudor no goza de ningún tipo de preferencia, contrario a lo que ocurre a modo de ejemplo con la indemnización laboral, o los créditos de la mujer contra el marido, con ocurrencia de la administración de los bienes propios de la mujer o de los bienes gananciales, es por esto que el acreedor de la compensación económica está en el mismo pie que los acreedores de la misma categoría. Sin embargo para garantizar el pago íntegro y oportuno de la obligación que deriva de la compensación económica “podemos distinguir las alternativas tendientes a asegurar el resultado del juicio, entiéndase medidas cautelares, ya sea, en una etapa previa al juicio, medidas prejudiciales

²²⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*, ob. cit., p. 104

precautorias; o una vez iniciado el procedimiento, medidas precautorias, y por último aquellas garantías de pago o cauciones”²²⁶

La potestad cautelar de los Jueces de Familia, de acuerdo al artículo 22 de la ley 19.968²²⁷, es bastante amplia, pudiendo decretar medidas cautelares, conservativas o innovativas, que estime conforme a derecho. Siendo plenamente aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil, títulos IV y V, del libro II (medidas prejudiciales), como serian la exhibición de títulos de propiedad, inventarios, tasaciones o libros de contabilidad,²²⁸ y las precautorias,

²²⁶ LEPIN MOLINA, Cristián “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica” ob. Cit. pág. 92

²²⁷ artículo 22: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.

²²⁸ Código de Procedimiento Civil, artículo 273: “El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:

1° Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a su capacidad para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes;

2° La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar;

3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas;

4° Exhibición de los libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio; y

5° El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado.

La diligencia expresada en el número 5° se decretará en todo caso; las de los otros cuatro sólo cuando, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio”.

tales como, la retención de determinados bienes o la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados²²⁹.

Por otro lado encontramos las medidas tendientes a garantizar el pago del monto, acordado por las partes o fijado por el juez como compensación económica, en este caso serían plenamente aplicables las normas del Código Civil respectivas a las obligaciones como las cauciones personales; fianza, cláusula penal, solidaridad pasiva, como las reales; prenda, hipoteca, anticresis. Lepin afirma que “Creemos que será indispensable para los jueces, al discurrir sobre las “seguridades para el pago de las cuotas de la compensación económica”, apunten hacia aquellas medidas que, saliendo del plano netamente teórico, sirvan efectivamente para garantizar el pago de una compensación económica que quizás vaya a ser el único sustento del “cónyuge más débil” que dedicó gran parte de su vida” al cuidado de los hijos y las labores domésticas, cuya inserción en un mercado laboral cada vez más esquivo le será enormemente difícil²³⁰

²²⁹ Código de Procedimiento Civil, artículo 290: “Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2a. El nombramiento de uno o más interventores;

3a. La retención de bienes determinados; y

4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados”.

²³⁰ VENEGAS ORTIZ, Pablo y VENEGAS ALFARO, Andrés. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2007, p. 91. Citado a su vez por LEPIN MOLINA, Cristián “Efectos Patrimoniales de la Terminación del Matrimonio, La Compensación Económica” ob. Cit. pág. 92-93

16. Tributación de la compensación económica

Este tema no fue abordado por la ley de Matrimonio Civil a pesar de que el Servicio Nacional de la Mujer, dejó constancia de su posición relativa al tema, en cuanto, creían oportuno que no se considerara la compensación económica a la hora de tributar. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se tomó nota de ello, ya que, al ser un tema de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, es menester que haya una indicación al respecto.²³¹

Fue el senador Espina quien propuso que la compensación económica tuviera un sustrato alimenticio, en el sentido de que se asignaran prestaciones posteriores al matrimonio y que estas fueran consideradas alimentos, principalmente en consideración al aspecto tributario de las mismas, señalando que “sugiere que las prestaciones se consideren alimentos, teniendo a la vista también el aspecto tributario, puesto que los alimentos no están afectos a impuestos”²³²

Al no haber en el Decreto Ley N° 824 un pronunciamiento sobre su exclusión, ésta debía someterse a las reglas generales de tributación, creándose con ello un problema, dada la realidad socioeconómica de los beneficiarios.

²³¹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 128

²³² Biblioteca Congreso Nacional (n. 1009), pp. 589 En: BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas – El Derecho Matrimonial” Ob. Cit. Pág. 839

Así es como, la autoridad administrativa, Servicio de Impuestos Internos, señaló en el año 2005 que la compensación económica no podía considerarse para los efectos de la Ley de Renta (Decreto Ley N° 824), como daño emergente, ni como lucro cesante; sino que debe estimarse que tiene la calidad de daño moral,²³³ materia que no fue controvertida por la doctrina civil nacional, en atención a que se trataba de una materia especial referente a la tributación. La pasividad se mantuvo hasta el oficio N° 2890 de 11 de octubre de 2007 del Servicio de Impuestos Internos, en el cual se señalaba que las sumas percibidas por compensación económica no eran renta de conformidad al inciso 1° del N° 1 del artículo 17 de la ley de impuesto a la Renta, en la medida que sean declaradas por sentencia judicial, por lo que en caso de que la compensación económica sea acordada mediante avenimiento o transacción, en virtud del artículo 63 de la ley de Matrimonio Civil, ésta si sería constitutiva de renta.²³⁴

Esto desencadenó una serie de críticas que desembocaron en la ley N° 20.239, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 2008, que por iniciativa del ejecutivo, agrega el numeral 31 al artículo 17 del Decreto Ley N° 824, declarando exenta la Compensación Económica de impuesto a la renta en todo

²³³ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio 4.605 y 4.606 Disponible en: [www.sii.cl]

²³⁴ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Oficio 2890, de 11 de octubre de 2007, del Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, "Tratamiento tributario de la compensación económica acordada entre las partes mediante transacción en juicio de divorcio al amparo del artículo 63 de la ley 19.947, sobre Matrimonio Civil" Disponible en: [www.sii.cl]

evento, ya sea que haya sido decretada por el juez, por transacción o acordada por las partes.²³⁵

Esto se desencadena además, por la ley N° 20.255 que prevé el pago de la compensación económica mediante el traspaso de fondos previsionales del cónyuge deudor a la cuenta de capitalización individual del cónyuge acreedor. En este caso al no ser fondos de libre disposición, sino que al entrar al sistema previsional y a sus reglas generales, dificultaría el pago de impuestos sobre los mismos fondos, dado el carácter asistencial que tendría esta forma de pago²³⁶

17. Imposibilidad de alteración de a forma de pago por cambio de circunstancias

Una vez fijado el monto de la compensación económica y su forma de pago, no es susceptible de modificaciones, ni aumentarse, ni reducirse. A pesar de que se alteren las circunstancias que se tuvieron presentes a la hora de fijar su procedencia y cuantía.

Es inmutable el monto, a pesar de que se haya convenido o decretado la forma de pago en cuotas contenida en el artículo 65 N° 1 y que éstas se encuentren pendientes. Todo ello porque, la compensación económica fue

²³⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 104

²³⁶ CFR. GUERRERO BECAR, José Luis; "Menoscabo y Compensación económica. Justificación de una visión asistencial" En. LEPIN MOLINA, Cristian, "Compensación económica, Doctrinas Esenciales. Ob. Cit. pág. 223

pensada en que su pago se realizara de una sola vez y con ello terminar con los conflictos patrimoniales entre los cónyuges, y, en caso de aplicarse esta forma de pago no procedería la devolución del dinero pagado, por ende sería injusto que se diera la posibilidad de reducción del monto a pagar a quien se le concedió, como un beneficio en consideración a su situación socioeconómica, la modalidad de pago en cuotas.²³⁷

Para una parte de la doctrina, entre ellos Pizarro y Vidal, no podría variar el monto de la compensación económica, no obstante, podría variar la forma de pago de la misma, haciendo una interpretación extensiva del artículo 66, en tanto a que la asimilación que realiza la ley no fuera solo para su incumplimiento, sino, que también para su cumplimiento, en el sentido de que en caso de haberse decretado el pago de la compensación en cuotas reajustables éstas puedan variar, en número y aumento o disminución el importe de cada una, según sea el caso, ya sea que la situación del deudor empeore y este solicite una modificación aumentando el número de cuotas y disminuyendo con ello el importe de cada cuota o situación inversa, cuando mejore la situación económica del deudor, solicitando un menor número de cuotas y con ello un aumento en el importe de cada una de ellas.²³⁸

²³⁷ Comentario del Senador Rafael Moreno, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (n.19) pág. 171 citado por PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, “*La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio.*” ob. cit., p. 112

²³⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, “*La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio*”, ob. cit., p. 112

18. **Extinción de la compensación económica.**

Existen diversas formas por las cuales puede extinguirse la compensación económica en este apartado veremos la renuncia, la prescripción y caducidad y la muerte.

18.1 **La Renuncia**

Nada impide que se produzca la renuncia una vez iniciado el procedimiento de divorcio o nulidad, ya que en conformidad al artículo 12 del Código Civil sería un derecho disponible. En este caso se renuncia a la posibilidad de solicitarla, aún cuando concurren los requisitos de procedencia. Siendo usual que esto suceda en los divorcios mutuo acuerdo, expresándose en el acuerdo regulatorio, quedando sometida a la revisión del tribunal, pues es tarea del juez aprobarlo en la sentencia, siendo susceptible de modificaciones. Pero siempre respetando la voluntad de las partes, teniendo el juez en este sentido una participación más bien mesurada, salvo que haya una evidente vulneración al principio del cónyuge más débil, consagrado en el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil.

El conflicto se suscita cuando la renuncia se produce ex ante, mediante un contrato atípico en cuyo caso no estará sujeto a la homologación judicial

obligatoria para el acuerdo regulatorio. Sin embargo, a la luz del artículo 12 sería posible la renuncia, ya que, mira al interés individual del posible beneficiario y ella no se prohibió en la ley de Matrimonio Civil. No obstante, el conflicto se produce cuando la renuncia se efectúa cuando ni siquiera se han configurado los elementos constitutivos de la compensación económica o cuando la renuncia se produce antes de una crisis matrimonial. Para Pizarro y Vidal sería válida la renuncia toda vez que por ser un contrato se someta a las reglas comunes de éstos, lo cual permite un control de contenido, a fin de evitar un manifiesto desequilibrio.²³⁹

Opinión contraria tiene Hernán Corral, para quien la renuncia anticipada no sería válida, puesto que se trata de un derecho personalísimo del cónyuge sobre el cual no proceden los actos de disposición.²⁴⁰

18.2 **Prescripción y preclusión**

Respecto a la prescripción debe entenderse que la compensación económica está sujeta a las reglas generales, de cinco años desde la sentencia de divorcio, prevista en el artículo 2515 del Código Civil. Debiendo entenderse como la prescripción a la que hacemos referencia en este caso, es decir la prescripción extintiva como “un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto

²³⁹ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *“La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio”*, ob. cit., p. 127

²⁴⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob.cit. p. 33

lapso de tiempo, concurriendo las demás requisitos legales”²⁴¹ esto de conformidad al artículo 2492 del Código Civil.²⁴²

En cambio, precluye el derecho a solicitarla si el posible beneficiario mantiene su pasividad, es decir que “se extingue por el solo ministerio de la ley al no cumplirse las exigencias impuestas a su titular para hacerlo efectivo, en concreto, por no ejercerlo en los precisos momentos procesales que prevé la ley”²⁴³. Ello, porque como vimos con anterioridad, los momentos para exigir la compensación económica son tres: a) la demanda de nulidad o divorcio; b) en el escrito complementario de la demanda; c) en la reconvenición por parte de de la demandada, todo ello de conformidad a lo establecido en el artículo 64, inciso 3° y 4° de la ley N° 19.947.²⁴⁴ Si no se le informa del derecho a solicitar la compensación económica por parte del juez, éste incurriría en un vicio susceptible de nulidad procesal o, en su caso, casación en la forma.²⁴⁵

Para Leonor Etcheberry, en la práctica “para evitar la preclusión el juez, al proveer la demanda, señala en su resolución que le asiste al cónyuge el

²⁴¹ HERNANDEZ, Gabriela, LATHROP, Fabiola: “Prescripción extintiva y clausula de aceleración: visión jurisprudencial” pág. 1 disponible en: [<http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en-l%C3%ADnea/derecho-civil/>] fecha de consulta 22 de abril de 2015

²⁴² Artículo 2492. “*La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.*

Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.”

²⁴³ BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial” 2011 Thomson Reuters Legal Publishing Chile pág. 834- 835

²⁴⁴ Así lo ha asumido la doctrina en general, véase PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 127 BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial” ob. cit. pág. 835

²⁴⁵ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 127

derecho a pedir la compensación económica; lo cual reafirma claramente que se ha buscado una solución para evitar la preclusión que necesariamente se debe producir.”²⁴⁶

En este sentido la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia del 10 de noviembre de 2010 en la que asume la opinión de que: “Sobre el particular el profesor Pablo Rodríguez Grez, en artículo publicado en la *Revista de la Universidad del Desarrollo Actualidad Jurídica*, N° 20, julio 2009, Tomo I, página 365 y siguientes, denominado “Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencia”, señala que “La Compensación económica del artículo 61 de la LMC es un derecho sujeto a caducidad (extinción por el solo ministerio de la ley al no cumplirse las exigencias impuestas a su titular para hacerla efectiva). Puede afirmarse que pesa sobre el titular de este derecho una “carga que consiste en hacerlo valer en la oportunidad que corresponde.”²⁴⁷

En síntesis podríamos señalar que la prescripción ataca la acción y la hace ineficaz, por el paso del tiempo y que, en cambio la preclusión sanciona la falta de oportunidad del acto procesal.

²⁴⁶ ETCHEBERRY COURT, Leonor “Comentarios de Jurisprudencia” En: RCHDP. 15, Santiago de Chile, diciembre, 2010, pp. 227 En: BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial” ob. cit. pág. 836

²⁴⁷ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 10-XI-2010, N° LegalPublishing: 46538

18.3 La muerte

Si miramos la compensación económica con un derecho personalísimo, con la muerte del beneficiario se extinguiría el derecho y de esta manera se evitarían los problemas mortis causa derivados de la ruptura matrimonial.

No obstante que una vez constituido el derecho, ya sea por el acuerdo de las partes o por sentencia judicial, no hay problema en que pueda transmitirse, y en este caso la obligación se extinguiría solo con su pago.²⁴⁸ Es más, desde un comienzo se estimó por parte de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de Senado que al no ser alimentos, no constituyen una baja general de la herencia, sino que su tratamiento sería como cualquier otra deuda hereditaria.²⁴⁹

²⁴⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 127-128

²⁴⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián “Algunos Aspectos procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” Charla efectuada ante el Colegio de Abogados martes 1 de junio de 2004, Santiago

Capítulo IV

Similitud que realiza la ley entre a forma de pago

de la Compensación Económica y del Derecho de Alimentos

En este capítulo no podemos dejar de recordar lo que sucede respecto a la naturaleza jurídica de la compensación económica. Si bien, no hay acuerdo en torno a cuál sería la real naturaleza jurídica de ésta institución, existe unanimidad doctrinal en cuanto a que ésta no tiene naturaleza jurídica alimenticia, puesto que, no constituyen alimentos post matrimoniales en favor de uno de los cónyuges, siendo diferentes las causales de procedencia para ambas instituciones.

Para Javier Barrientos, el carácter no alimenticio del derecho de compensación económica se definió con claridad durante la tramitación de la ley N° 19.947, superando lo propuesto por los Senadores Chadwick, Romero y Diez, quienes planteaban la posibilidad de conceder alimentos post matrimoniales, no más allá de cinco años después de declarado el divorcio. Sin embargo, estas proposiciones iniciales fueron abandonadas, “sin perjuicio de la regla especial que se acordó en relación con la posibilidad que se dio al deudor, que no tuviere bienes suficientes para solucionar la compensación, de que el juez la divida en cuotas, las que se considerarían alimentos *‘para el efecto de su cumplimiento’*, regla que finalmente se recibió en el actual artículo 66 de la

ley, entre otras razones por las medidas de apremio que podían decretarse para lograr su cumplimiento”²⁵⁰

Mauricio Tapia señala que “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 permitía 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 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.”²⁵¹

Es así como la doctrina en general ha desestimado el carácter alimenticio de la compensación económica, entre ellos la Profesora Maricruz Gómez de la

²⁵⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial” 2011 Thompson Reuters Legal Publishing Chile pág. 840

²⁵¹ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, “La compensación económica en la Ley de Divorcio”, en La Semana Jurídica N° 271, Santiago, 2006, pág. 4 - 5

Torre señalando que: “la compensación económica no constituiría alimentos porque la causa de ésta radica en las circunstancias que el cónyuge se dedicó al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común y no el estado de necesidad del otro.”²⁵² Además de la imposibilidad de modificación de la compensación económica por cambio de circunstancias, como sucede con el derecho de alimentos; o que la compensación económica no encuentra su justificación en el deber de socorro como ocurre con los alimentos. En el mismo sentido, la profesora Paulina Veloso²⁵³ esgrima argumentos similares a los anterior expuestos,²⁵⁴ por su parte Carlos Céspedes y David Vargas a los argumentos anteriores agregan: que no existe calificación expresa de la compensación económica como alimentos en la ley, sino solo para efecto de su pago se considera como tal, pero sin entrar a calificarla como alimentos; y, que en la discusión parlamentaria se le negó expresamente este carácter.²⁵⁵

²⁵² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “*La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil.*” Ob.cit. En: LEPIN MOLINA, Cristián: “*Compensación económica, doctrinas esenciales.*” Ob.cit. pág. 90

²⁵³ VELOSO VALENZUELA, Paulina: “*Algunas reflexiones sobre la compensación económica.*” Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, 2006, pp 171-188 En: LEPIN MOLINA, Cristián: *Compensación económica, doctrinas esenciales.* Ob.cit. pág. 120

²⁵⁴ Véase también PIZARRO WILSON, Carlos, “*La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*”, en Revista de derecho privado, N° 3, Universidad Diego Portales, 2004, pág. 87; VIDAL OLIVARES Álvaro, “*La compensación económica en la ley de matrimonio civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual?*” en Revista de Derecho, N° 215-216, Universidad de Concepción, 2004, pp. 277; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “*La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil*” en Actualidad jurídica , año VII, N° 15, Universidad del Desarrollo, 2007, p.88; CORRAL TALCIANI, Hernán “*La compensación económica en el divorcio y en la nulidad matrimonial*” ob. Cit. pp 4 y 5; BARAONA GONZALEZ, Jorge: “*Compensación económica en el divorcio*” En: LEPIN MOLINA, Cristián: *Compensación económica, doctrinas esenciales.* Ob.cit. pág. 401-402

²⁵⁵ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos; VARGAS ARAVENA, David: “*Cerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España*” En: LEPIN MOLINA, Cristián: *Compensación económica, doctrinas esenciales.* Ob.cit. pág. 261

Lepin nos habla de una diferencia entre el derecho de alimentos y la compensación económica, en cuanto al estado de necesidad del beneficiario y del bien jurídico protegido en el derecho de alimentos, el derecho a la vida, y por otra parte, la causa de la compensación económica sería el menoscabo sufrido por no haberse realizado una actividad remunerada, procediendo ésta una vez decretado el divorcio o la nulidad matrimonial, momento en el cual no existe título para exigir alimentos, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.²⁵⁶

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ido uniformando en el sentido de que la compensación económica carece de naturaleza alimenticia, en este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo con fecha 12 de febrero de 2007 ha señalado que “Desde ya, se estima dejar establecido que la compensación económica no son alimentos, solo se le asimila a ellos para los efectos del cumplimiento de su pago, al tenor de lo señalado en el inciso final del artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil”²⁵⁷ en el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Concepción ha afirmado que “no puede confundirse una compensación económica derivada del término del matrimonio con una pensión alimenticia, por lo que si bien el demandado reconvenicional paga una importante cantidad por este concepto, ella no es óbice para fijar una

²⁵⁶ LEPIN MOLINA Cristián; *“Naturaleza jurídica de la compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”* En: LEPIN MOLINA, Cristián: *Compensación económica, doctrinas esenciales*. Ob.cit. pág. 504

²⁵⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 12-II-2007, N° LegalPublishing: 36708 En: BARRIENTOS GRANDON, Javier: *“Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial”* ob.cit. pág. 840

compensación económica de acuerdo con el menoscabo que efectivamente sufrió la demandante reconvenzional.”²⁵⁸

Conteste con las posiciones anteriores, la Corte Suprema también se ha pronunciado al respecto, señalando que “es evidente que la compensación no es una pensión que deba ser pagada periódicamente y en forma vitalicia, pues sin calificar jurídicamente su naturaleza y teniendo presente que se busca compensar un detrimento económico, este debe traducirse en un monto fijo, racional y proporcional a las circunstancias de las partes, sin perjuicio de la forma de pago que se establezca.”²⁵⁹ Así mismo, en sentencia del 28 de diciembre de 2010 señaló: “la circunstancia que la compensación económica no tenga, como erradamente lo dice el recurrente, un carácter asistencial y alimenticio, puesto que no tiene por finalidad conceder alimentos a uno de los cónyuges, sino que resarcir el menoscabo económico sufrido por uno de ellos y tan solo por alguno de los motivos que indica el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.”²⁶⁰

Queda claro, por los argumentos y sentencias antes expuestos, que la similitud entre la compensación económica y el derecho de alimentos en nuestro ordenamiento jurídico, no va más allá de lo establecido por el artículo 66 inciso 2° de la Ley de Matrimonio Civil, que señala: “*La cuota respectiva se*

²⁵⁸ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN 20—2008 N° LegalPublishing: 39056 En: BARRIENTOS GRANDON, Javier: “*Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial*” ob.cit. pág. 840

²⁵⁹ CORTE SUPREMA, 1 de junio de 2009, Rol N° 3079-2009. En GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “Una mirada actual sobre el divorcio y su aplicación” Ob. Cit. Pág. 218

²⁶⁰ CORTE SUPREMA, Recurso de Casación Civil 28-XII-2010,

*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.*²⁶¹ De esta forma el precepto equipara ambos derechos en el supuesto de que el deudor incumpla con la obligación legalmente establecida, y a los apremios que pueden ser decretados en su contra, con la finalidad de que cumpla con dicha obligación.

En la tramitación de esta ley y de este precepto en particular, hubo opiniones contrarias, las cuales miraban con escepticismo la eficacia del arresto. Entre ellos el Ministro de Justicia de la época Luis Bates, y el senador Sergio Romero, el cual señalaba que era una institución poco clara en cuanto a su naturaleza jurídica y a los efectos que esta produciría. Sin embargo, la opinión mayoritaria se inclinó por la asimilación a los alimentos y la procedencia del arresto, a lo que la Ministra del Sernam, Cecilia Pérez señaló: “sin duda es una figura híbrida, pero que a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución y por esa razón se sugiere asimilarla a los alimentos, no solo por la posibilidad de solicitar arresto nocturno del infractor ante el incumplimiento, sino también por el procedimiento ejecutivo simplificado para su cobranza.²⁶² A su vez reconoce que el arresto nocturno no tiene gran efecto en cuanto a la producción del pago de la obligación, pero se estimó que

²⁶¹ <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128> [fecha de consulta 08 de diciembre de 2014]

²⁶² PRIMER INFORME DE LA COMISION DE JUSTICIA DEL SENADO , Ob. Cit. Pág. 601 En: CORRAL TALCIANI, Hernán, “*Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012*” ob. Cit. En: LEPIN MOLINA, Cristián, “*Compensación económica, Doctrinas esenciales*” ob.cit. pág. 523

es un incentivo para el cumplimiento del cual no se podría prescindir y es el senador Espina el que señala que si bien la compensación económica no corresponde a alimentos, es una obligación que surge de las relaciones de familia, en las cuales hay un valor jurídico protegido más importante que en las relaciones comunes, donde se trata de proteger a una persona que se dedicó al cuidado de su familia, y que en caso de desprotección de esta conducta, nadie querría dedicarse a ella.²⁶³

Si bien esta disposición sería, en principio, de aplicación excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, debido a lo estricto del apremio que ella establece en cuanto a la restricción de la libertad personal del afectado y a que el espíritu de la normativa apuntaba a que se diera pronto término a la situación patrimonial existente entre los cónyuges, estableciendo la compensación económica en una cifra única de dinero, la realidad ha sido distinta, puesto que los jueces sistemáticamente han establecido el pago de la compensación económica en cuotas, sin establecer las garantías que la ley exige para este caso. A juicio de Carlos Pizarro y Álvaro Vidal “existe una clara tendencia a fijarla (la compensación económica) en una suma de dinero, dividiendo su pago en cuotas reajustables, mensuales y sucesivas en el tiempo,”²⁶⁴ sin decretar

²⁶³ PRIMER INFORME DE LA COMISION DE JUSTICIA DEL SENADO, ob.cit. pág. 602 En: CORRAL TALCIANI, Hernán, “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012” ob. Cit. En: LEPIN MOLINA, Cristián, “Compensación económica, Doctrinas esenciales” ob.cit. pág. 523

²⁶⁴ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio” ob. cit., p. 112

seguridades para su pago, incluso, dejando de lado la seguridad provista por la ley para su pago, establecida en el artículo 66. Estos autores expresan que no son pocos los casos en los cuales, no obstante, que el cónyuge acreedor solicite al juez, que en caso de división en cuotas, éstas sean consideradas alimentos conforme al artículo 66 y que si bien el tribunal realiza la división en cuotas, no hace declaración alguna sobre dicha protección establecida en la ley quedando, en este caso, totalmente desprovisto el crédito de toda clase de seguridad, generando consecuencias nefastas para el acreedor, puesto que, al no gozar de ninguna clase de preferencia ni seguridad, queda al acreedor solo la alternativa de demandar de manera ejecutiva el cumplimiento de la sentencia, como cualquier otro acreedor, siendo altamente probable que el deudor no conste con los medios suficientes para cumplir con el pago de lo adeudado, dado que, el pago en cuotas se pacta una vez que se acredite por parte del deudor que no cuenta con los bienes suficientes para el pago íntegro de la deuda en una suma única de dinero, como era el espíritu de la ley respecto del pago de la compensación económica.

A juicio de estos autores, la ley establece esta similitud solo en el caso de que se establezca la modalidad de pago residual, establecida en el artículo 66, cuotas que al igual que el artículo 65 numeral 1) deberán expresarse en una unidad reajutable, debiendo dotarse de alguna seguridad, asimilándose la cuota a alimentos para los efectos de su cumplimiento, salvo que el deudor ofrezca otras garantías para su oportuno pago, todo ello debe ser declarado en

la sentencia. Esta circunstancia no implica un cambio de naturaleza jurídica de la compensación económica, puesto que tal como se ha revisado en apartados anteriores la noción de naturaleza jurídica alimenticia fue superada. La asimilación que realiza la ley es solo para efectos del pago y constituye una garantía, tal como otras establecidas en la misma ley. Esto permite al acreedor beneficiarse de las mismas medidas establecidas para el alimentario, quedando la cuota sujeta a las disposiciones de la ley N°14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que prevee como medidas para el aseguramiento del pago el arresto nocturno, la retención de la devolución del impuesto a la renta, la suspensión de la licencia de conducir, la solidaridad en el pago de aquellas personas que dificulten o imposibiliten el cumplimiento de la obligación y el mismo procedimiento ejecutivo simplificado para el cobro forzado de las pensiones impagas.²⁶⁵

Como ya se mencionó, para Vidal y Pizarro, los apremios antes indicados son aplicables solo en el caso de establecerse el modo de pago excepcional que señala el artículo 66, esto es:

“Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en

²⁶⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *“Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”* ob. Cit. pág. 74

consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable.”

No obstante, otra parte de la doctrina señala que, indistintamente de que se establezca la modalidad de pago residual establecida en el artículo 65 N° 1 o la del artículo 66, la cuota debe entenderse como alimentos, debido a que la ley no hace distinción y solo menciona que se asimila a los alimentos la cuota respectiva para efectos de su cumplimiento.²⁶⁶ Por su parte, los tribunales tampoco han hecho distinción entre una u otra modalidad para la aplicación de la norma. Sin embargo, ha sido clara, en el sentido de que la similitud que realiza la ley de la compensación económica con los alimentos en cuanto a su cumplimiento, es solo en el caso de que la compensación económica sea fijada en cuotas y no en las otras formas de pago, como cuando, a modo de ejemplo, sea fijada en una suma única de dinero. Así lo ha fallado la Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa Rol N° 102-2014 de 06 de junio de 2014, en ella el tribunal acoge el recurso de amparo interpuesto por el deudor de la compensación económica, pues, como consta en los antecedentes, la Corte de Apelaciones de Temuco revocando la resolución de primera instancia que denegaba la solicitud de reclusión nocturna realizada por la parte acreedora, decreta la reclusión nocturna en caso de no efectuarse por la parte demandada el pago de la compensación económica en una suma única de 50 millones de

²⁶⁶ Véase a DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen “La Compensación económica en la ley de Matrimonio Civil” En: LEPIN (Dir) Ob. Cit. Pág. 82.

pesos. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia en su resolución señala en su considerando cuarto: “Que, por lo señalado anteriormente,²⁶⁷ el apremio decretado por la Corte de Apelaciones de Temuco, no lo ha sido en un caso previsto por la ley, por cuanto de haberse fijado la compensación económica en una suma única, sin cuotas, no se cumple con el tenor literal de la disposición legal señalada anteriormente y la compensación económica en dicho supuesto no puede asimilarse a alimentos.”²⁶⁸

Es así, que la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que: “existiendo una taxativa, especial y específica disposición legal que determina que las cuotas de la compensación económica declarada por sentencia, deben ser consideradas como alimentos para efecto de su cumplimiento, es plenamente procedente imponer al deudor, como medida de apremio, el arresto nocturno, en la forma que lo indica dicha norma legal, dado que consta fehacientemente que, quien tiene la obligación contraída, no ha dado cumplimiento a sus obligaciones”²⁶⁹

A pesar de los fallos antes mencionados, la jurisprudencia no ha sido unánime en cuanto a la aplicación de la restricción de libertad en caso

²⁶⁷ En referencia al artículo 66 de la ley 19.947

²⁶⁸ REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA, N°2 pág. 340-343

²⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 22 de diciembre de 2010, Número Legal Publishing: 47061, En: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “Una mirada actual sobre el divorcio y su aplicación” Ob. Cit. Pág. 219

incumplimiento de las cuotas de la compensación económica, puesto que, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique se manifiesta en forma contraria. En esta se niega el apremio de arresto nocturno fundándose “en el marcado carácter indemnizatorio que ostentaría la compensación económica, sobreponiendo una interpretación sistemática del artículo 66 de la ley 19.947, a la luz del ordenamiento jurídico y, disposiciones que protegen y aseguran la libertad individual, por sobre el tenor literal del mismo artículo que da a la compensación el carácter de alimentos para efecto de su cumplimiento y, al efecto, cita el artículo 7° N° 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en el cual se aparta.”²⁷⁰

Es este el punto de mayor conflicto jurisprudencial, el respeto por la norma internacional por sobre la norma interna. Cabe recordar que los tratados internacionales ratificados por Chile tienen en nuestro ordenamiento jurídico rango constitucional, en conformidad con el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República, debiendo prevalecer por sobre leyes de rango inferior u ordinarias de nuestra normativa, como sería la ley número 19.947 o Ley de Matrimonio Civil. Este conflicto derivó en un emblemático pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional el año 2012, resolución que se analizará en un capítulo posterior. Sin embargo, con anterioridad a este

²⁷⁰ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, 15 de septiembre de 2010, Numero LegalPublishing 45778, En: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “Una mirada actual sobre el divorcio y su aplicación” Ob. Cit. Pág. 219

pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt revocó la resolución que negaba el apremio, sosteniendo que debía darse cumplimiento a la ley y en cuanto a la prohibición por deudas señaló que era necesario recordar que el Pacto admite la detención cuando se trata de incumplimiento de deberes alimentarios²⁷¹ y en este mismo sentido la Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza la orden de arresto que había sido decretada en un caso autorizado por la ley²⁷²

No obstante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia Rol N° 162-2011, en contrario a las sentencias anteriores señaló *“Que el artículo 66 de la Ley N° 19.947... en su inciso final dispone que ‘la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento’ lo que implícitamente indica que la compensación económica no es alimentos y la norma antes citada del Pacto de San José de Costa Rica, solo permite la privación de libertad por deudas de alimentos, lo cual no ocurre en la especie, infringiéndose con ello la garantía constitucional de la libertad personal, establecida en el numeral 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental, por lo que la acción cautelar interpuesta*

²⁷¹ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, 15 de febrero de 2011, Rol 10-2011, Microjuris N° 26295; CORRAL TALCIANI, Hernán “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Ob cit. En LEPIN MOLINA Ob. Cit. Pág 526-527

²⁷² CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, 7 de abril de 2006, Rol 152-2006; confirmada por la Corte Suprema, 19 de abril de 2006, Rol N° 1650-2006, Cita Westlaw: CI/jur/7527/2006; Sentencia citada también por: CORRAL TALCIANI, Hernán “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Ob cit. En: LEPIN MOLINA Ob. Cit. Pág. 527

*será acogida*²⁷³ La Corte de Apelaciones de Santiago, también ha establecido que la asimilación a alimentos revela que la compensación económica no tiene esa calidad y que “en la especie no existe norma legal que tolere el arresto del deudor en una cuota de de una compensación económica, la comentada asimilación legal carece de esa virtud”²⁷⁴

La doctrina, tal como se ha expuesto, ha superado la noción de la compensación económica como alimentos, siendo la medida de apremio restrictiva de libertad, en caso de incumplimiento, la que causa mayor conflicto doctrinal. Autores como Eduardo Court,²⁷⁵ Marcela Acuña²⁷⁶ y Joel González²⁷⁷ sostienen que el apremio es procedente, puesto que ha sido la propia ley Número 19.947, quien le ha dado para estos efectos el carácter de alimentos, y que en caso de que los tribunales denieguen el apremio, aumentarían los efectos nocivos de los divorcios, dificultándose el establecimiento de una vida futura entre los cónyuges y los hijos de ambos.

²⁷³ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO, 25 de marzo de 2011, Rol 162-2011, Legal Publishing N° 48511; CORRAL TALCIANI, Hernán “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Ob cit. En: LEPIN MOLINA Ob. Cit. Pág. 527

²⁷⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 19 de marzo de 2010, Rol N° 801-2010, Cita Westlaw: CL/JUR/1827/2010; CORRAL TALCIANI, Hernán “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Ob cit. En: LEPIN MOLINA Ob. Cit. Pág. 527

²⁷⁵ COURT MURASSO, Eduardo, La nueva ley de Matrimonio Civil. Ley N° 19.947 de 2004, analizada y comentada, Santiago, editorial Legis, 2004, p.97

²⁷⁶ ACUÑA SAN MARTIN, Marcela, Efectos Jurídicos del Divorcio. Santiago, Abeledo Perrot, 2011, pág. 345

²⁷⁷ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel: La compensación económica en el divorcio y nulidad matrimonial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, pp.121-122

Otros como Pizarro y Vidal²⁷⁸ o Ramón Domínguez,²⁷⁹ opinan que si bien la norma establece que existe este recurso a la hora de incumplimiento por la parte deudora, este es cuestionable o es de dudosa constitucionalidad a la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, coincidiendo estos autores en que la Convención es clara en establecer la excepción solo en el caso de los alimentos, no haciéndola extensible al caso de la compensación económica²⁸⁰. Existe otro grupo que sostiene que la norma es derechamente inconstitucional, entre ellos Maricruz Vargas de la Torre²⁸¹ y Cristián Lepin.²⁸²

Creo, a título personal, en esta materia es destacable la opinión del profesor José Luis Guerrero, en torno a una posible visión asistencial de la compensación económica, que vendría de una tradición en el derecho de familia, como una forma de paliar la extinción del deber de socorro y del estatuto protector que confiere el matrimonio. Este autor señala que “no existe duda doctrinal en el hecho de que la compensación económica no constituye alimentos, ya que la LMC se preocupa de aclarar en su Art. 66 que solo para los efectos del cumplimiento de la compensación económica se asimilará esta a los

²⁷⁸ PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, La compensación económica por divorcio o nulidad de matrimonio, ob. cit., p. 27

²⁷⁹ DOMINGUEZ ÁVILA, Ramón, La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil, ob.cit. pp. 88

²⁸⁰ En este sentido también RAMOS PAZOS, René, Derecho de Familia Tomo I, ob. Cit. Pág. 127

²⁸¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, La Compensación económica en la ley de matrimonio civil, ob. Cit. Pág. 17

²⁸² LEPIN MOLINA, Cristián, La Compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio, ob. Cit. Pág. 149

alimentos. El que la compensación económica no tenga naturaleza de alimentos no implica que no pueda tener un fundamento asistencial.”²⁸³

Señalando a su vez, que el fundamento asistencial está presente en diversas instituciones del derecho chileno, recogido entre otros cuerpos normativos por la ley 19.947 en su artículo 3 que dispone como principio inspirador el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil²⁸⁴, aún después de terminado el matrimonio, al disponer que el juez resolverá las cuestiones de nulidad o divorcio, conciliándolas con “la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges” y que tal como lo ha señalado el fallo de tribunal constitucional que “positivamente la familia permanece para importantes efectos aún después del término del matrimonio por divorcio, pero con otro estatuto.”²⁸⁵ Previendo que puedan existir relaciones patrimoniales post matrimoniales, como sería la compensación económica. Agrega que las prestaciones asistenciales para hacer frente a estados de necesidad pueden provenir del Estado o de los propios particulares, en el caso de estos últimos pueden originarse en relaciones contractuales o familiares, que al romperse,

²⁸³ GUERRERO BECAR, José Luis: “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”. Ob.cit. pág. 90

²⁸⁴ Si bien el artículo 3 no establece lo que debe entenderse por cónyuge más débil, la doctrina lo ha entendido como el cónyuge que tenga una situación económica desmedrada en relación al otro. ISLER SOTO, Erika: “Los principios en la ley 19.947: Análisis y desarrollo” pág. 108-109; esta misma autora cita a Pablo Rodríguez, quien de forma más amplia señala que corresponde a aquel que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada, puesto que si la norma no limita 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. RODRIGUEZ GREZ, Pablo: “Ley de Matrimonio Civil” en “Curso de actualización jurídica, nuevas tendencias en el Derecho Civil” Ediciones Universidad del Desarrollo, 2004.

²⁸⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, 27 de septiembre de 2012, considerando 3.

requieren que la parte más débil sea protegida. Es en materia de familia que una vez terminada la relación “es perfectamente posible que el legislador, atendiendo el término del deber de socorro que corresponde a los cónyuges pero precaviendo la posibilidad de un cónyuge más débil, esto es, un cónyuge que se encuentre en un estado de necesidad originada durante el matrimonio o con ocasión de su término, contemple una nueva institución asistencial, con justificación distinta a la del 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 alimentos.”²⁸⁶

Con la compensación económica el legislador intenta paliar la serie de consecuencias negativas que acarrea el término del matrimonio, ya sea por divorcio o por nulidad del mismo, el fin del estatuto protector que este ofrece para los cónyuges, como son el derecho de alimentos, derechos sucesorios, bienes familiares, etcétera.

Es así, que los Tribunales en los primeros años de aplicación de la institución tuvo un marcado carácter asistencial, hecho que significó que se asimilara en la práctica la compensación económica a los alimentos, como consta en algunas sentencias de la época, a modo de ejemplo la Corte de Apelaciones de Talca,

²⁸⁶ GUERRERO BECAR, José Luis. “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”. Ob.cit. pág. 91

con fecha 10 de noviembre de 2006, en causa Rol N° 359-2006, sentencia en la cual se anulan los alimentos concedidos antes del divorcio y se establece una compensación económica en favor del cónyuge más débil, mismo beneficiario de los alimentos, por un sueldo vital remuneracional mensual durante diez años; es decir que el tribunal en la práctica concedió alimentos por diez años más a la cónyuge, ya que cada cuota de la compensación económica era por el mismo monto de los alimentos que se procedieron a anular, esto en atención a que ella podía sobrevivir con este monto mensual.²⁸⁷

Dentro de las mismas modalidades de pago podemos sentir un fundamento asistencial, de forma especial en la modalidad establecida por la ley N° 20.255, modalidad que establece la posibilidad de que el tribunal pueda ordenar el traspaso de fondos desde una cuenta de capitalización individual, del cónyuge deudor de la compensación económica al cónyuge beneficiado, hasta por un 50% de los fondos; con esto queda claro que el sentido no es una mera reparación sino que previsión hacia el futuro, debido a que estos fondos no son de libre disposición del cónyuge acreedor y son la base de su pensión en la vejez,²⁸⁸ intentado con ello equiparar las posiciones de los cónyuges.

Es el mismo Guerrero Becar el que nos señala que: “la función asistencial de la compensación económica se hace plausible en evitar con ella

²⁸⁷ CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 10 de noviembre de 2006, Rol N° 359-2006, “Contreras Con Opazo” LegalPublishing N° 36113

²⁸⁸ GUERRERO BECAR, José Luis. “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”. Ob.cit. pág. 96

que exista un cónyuge más débil económicamente para iniciar su vida separada y es por ello que se le compensa el menoscabo económico sufrido tras la ruptura matrimonial.”²⁸⁹ Con esta visión, más la aportada por los artículos 3 y 60 de la ley de Matrimonio Civil, en relación a la protección que debe hacerse del cónyuge más débil, así como el término de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y la necesidad de este cónyuge más débil de iniciar una vida separada de su cónyuge; ocasionada por la pérdida del estatuto protector del matrimonio y todo lo que ello significa, es lo que justificaría una visión asistencial del derecho a la compensación económica.

Sería esta visión la que se tuvo en cuenta a la hora de legislar, lo que justificaría, desde mi punto de vista, la asimilación que hace la ley entre ambos derechos. Si bien el derecho de alimentos viene a proteger el derecho a la vida, el derecho de mayor entidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, la compensación económica, busca resarcir el menoscabo sufrido durante el matrimonio por haberse dedicado al cuidado de los hijos y del hogar común.

Ahora bien, creemos pertinente acotar que el sistema implementado, busca proteger la subsistencia del cónyuge más débil, entendiéndose por éste aquel cónyuge que pudo haber trabajado en menor medida de lo que podía o quería, o bien, no haber trabajado, y que a consecuencia del fin de la relación

²⁸⁹ GUERRERO BECAR, José Luis: *“Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”*. Ob.cit. pág. 98

matrimonial se ve obligado a insertarse al mundo laboral, en algunos casos por primera vez y/o con una edad avanzada. Estas circunstancias sirvieron de fundamento para que el legislador, en algunos casos concibiera la compensación económica, no como una forma de paliar lo que se dejó de percibir, sino procurar dar cierta calidad de vida post matrimonial al cónyuge más débil y asegurar la sobrevivencia de éste, mientras logra rehacer su vida, requiriendo en este proceso de reinserción laboral la protección dada por la ley en cuanto a la forma de cumplimiento del derecho a la compensación económica, ya que desde un punto de vista extremo estaría salvaguardando el derecho a la vida de ese cónyuge más débil que no posee los medios suficientes para asegurar su subsistencia, debiendo de este superar la pérdida del estatuto protector que le ofrecía la vigencia del vínculo matrimonial.

Debemos considerar que, los casos en que se establece el pago de la compensación económica en cuotas es porque la capacidad económica del cónyuge deudor no es la suficiente como para colocar término a la relación patrimonial entre ambos mediante el pago de una suma única de dinero, pudiendo inferirse bajo este supuesto que el cónyuge beneficiario no tendrá una situación económica que difiera radicalmente de la del cónyuge deudor. Siendo por ello imprescindible ante esto, poder acudir ante los tribunales en caso de incumplimiento de una de las cuotas, contando con las garantías y apremios

ofrecidos para los alimentos en la ley N° 14.908, además de poder accionar a través del juicio sumario especial para los alimentos.

Así mismo, debemos entender que la realidad concreta a la hora de legislar, era que quienes esperaban la ley de divorcio eran matrimonios celebrados muchos años atrás, en los cuales las mujeres escasamente terminaban sus estudios, contraían matrimonio a corta edad, y se quedaban en casa realizando las labores de cuidado del hogar y de los hijos en común. En estos casos la posibilidad de acceso al mercado laboral, una vez terminado el matrimonio era muy difícil, dada la escasa calificación y la edad de las persona. No podemos cegarnos ante la realidad que se tuvo en consideración por el legislador, el cual consideró a la mujer como el cónyuge más débil; no obstante ésta, actualmente opta por continuar sus estudios y/o no abandonar el trabajo por dedicarse al hogar o a los hijos en común. Esta tendencia seguramente nos llevará a una disminución con los años de la cantidad de compensaciones económicas asignadas por los Tribunales de Familia, junto con una rebaja del monto de las mismas, esto quizás traiga consigo un cambio legislativo, cuando se llegue al momento en que la compensación económica solo busque el resarcimiento de menoscabo sufrido por el cónyuge durante el matrimonio, como lo señala explícitamente la ley, y no intente, en cierta forma, asegurar la sobrevivencia de este “cónyuge más débil”, caso en el cual, tal como otras cambios legislativos, vendrá dado por el cambio en la realidad social en el cual han de aplicarse dichas normas.

CAPITULO V:

LEGISLACION COMPARADA.

La compensación económica en la legislación comparada y

su relación con el derecho de alimentos.

La legislación de cada país corresponde a una serie de principios que informan su derecho, a las realidades sociales y culturales que se viven en cada uno de ellos. Consecuencia de esto es que, en Chile solo después de 10 años de tramitación vio la luz la Ley de Matrimonio Civil que contempla tanto el divorcio como la compensación económica. Esta última una institución un tanto confusa en sus inicios, ya que se incorporó un modelo híbrido, con inspiración en distintas legislaciones extranjeras, como son la normativa francesa y española principalmente. Es por ello, que encontramos pertinente hacer una somera mención de cómo se entiende la compensación económica en otros países y a su vez su relación con el derecho de alimentos, que en muchos casos ya ha sido superada, en cuanto a asimilar la naturaleza jurídica de ambos, sin embargo, vemos el caso de Alemania, legislación en la cual existe una deber de socorro postmatrimonial. Todas estas legislaciones tienen antecedentes más remotos que la nuestra y podrían servir para comprender nuestra actual normativa, o bien, los modelos ante futuros cambio normativos,

que dejen menos espacios para la libre interpretación de la normativa por parte de los jueces, ante la dispar aplicación de la misma.

La profesora Susan Turner señala que las consecuencias jurídicas de la terminación del matrimonio se han abordado por las legislaciones comparadas a través de distintos modelos, pretendiendo en ellos lograr un equilibrio entre dos principios, primero el principio de autorresponsabilidad (en virtud del cual cada cónyuge separado debe procurarse sus propios medios de vida, en la medida que le fuera posible.) y el principio de la solidaridad postconyugal (relación asistencial material, atenuada respecto a la que existe durante la vigencia del matrimonio, pero análoga a la existente entre los cónyuges separados).²⁹⁰

En la búsqueda de un equilibrio entre ambos principios, es que, se han utilizado como fundamentos de las obligaciones patrimoniales entre divorciados desde la culpa de uno de los cónyuges, hasta la solidaridad postmatrimonial de la que se hizo mención, asignándole en estos intentos de fundamentación distinta naturaleza jurídica a las obligaciones creadas, como han sido

²⁹⁰ GARCIA RUBIO, M. Alimentos entre los cónyuges y entre convivientes de hecho, Civitas, Madrid, 1995 pág. 119; CAPUZANO TOMÉ, H. La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio, Bosh, Barcelona, 1994 pág 22; En: TURNER SAELZER, Susan, “*Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil*”, en Revista de Derecho, N°16, Universidad Austral, 2004 pág. 84-85

asistencial o alimenticia, reparatoria de daños o, inclusive, compensatoria de un enriquecimiento injusto.²⁹¹

“En el derecho comparado la compensación tuvo inicialmente un carácter alimenticio y a la vez indemnizatorio, entendido como la prolongación del deber de socorro y reparación del cónyuge inocente del divorcio, cuando este se producía por falta atribuible al otro cónyuge”²⁹²

Los casos que se tuvieron más a la vista a la hora de legislar sobre esta materia en nuestro país fueron España y Francia. En el primero después de discutirse sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica, se llegó a la conclusión a la luz de la jurisprudencia que su naturaleza jurídica es de orden resarcitoria y no alimenticia (en especial después de una reforma realizada el año 2005)²⁹³. Sin embargo en Francia la jurisprudencia se ha inclinado por otorgarle una naturaleza alimentaria.²⁹⁴

1.- El modelo español de pensión compensatoria

²⁹¹ GARCIA RUBIO, M. Alimentos entre los cónyuges y entre convivientes de hecho, Civitas, Madrid, 1995 pág. 135; En: TURNER SAELZER, Susan, “Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, ob.cit. pág. 85

²⁹² GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil* ob. Cit. En: LEPIN MOLINA, Cristián: “Compensación económica: Doctrinas Esenciales” ob. Cit. Pág 92

²⁹³ En esta reforma de la ley 15/2005 se le comenzó a llamar también compensación económica, aparte de las denominaciones ya manejadas en la doctrina y jurisprudencia, de pensión compensatoria o pensión por desequilibrio, puesto que en esta reforma contemplaba una nueva modalidad de pago como es un monto único, no pudiendo denominarse pensión en este caso, ya que no existe la periodicidad que esta requiere. En: CESPEDES MUÑOZ, Carlos; VARGAS ARAVENA, David, “Acerca de la naturaleza de la compensación económica. La situación en Chile y en España” ob. Cit. En: LEPIN MOLINA, Cristián: “Compensación económica: Doctrinas Esenciales” ob. Cit. Pág 255-256

²⁹⁴ BARCIA LEHEMANN, Rodrigo “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” pág. 323

La pensión compensatoria española al igual que la compensación económica nacional está basada en el derecho comparado, tales como el derecho francés, italiano e inglés. Si bien, en el caso particular de España, parece negarse, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el carácter alimenticio de la compensación económica²⁹⁵ recalcando su carácter indemnizatorio,²⁹⁶ sin embargo, se crea una confusión por el contenido del artículo 97, ya que, tal como en el artículo 62 de nuestra legislación se establecen una serie de circunstancias que pueden ser calificadas como asistenciales, además del artículo 100 que admite modificaciones en la compensación económica por “alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge” además de lo prescrito en el artículo 101 del mismo código, estableciendo como causa de la extinción de la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio, el que se contraiga nuevamente matrimonio por parte del acreedor o su convivencia marital con otra persona, ya que con ello se eliminaría el estado de necesidad del cónyuge acreedor.²⁹⁷ No obstante, que

²⁹⁵ CÉSPEDEZ MUÑOZ, Carlos; VARGAS ARAVENA, David: *“Cerca de la Naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España”* ob. Cit. Los autores citan como doctrina a diversos autores españoles como García Cantero, De la Haza, Roca, Capuzano, Lalana, Marín, Martínez Rodríguez, Torrero, Montero, Zarraluqui y Martínez Escribano; además de sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005 (repertorio Aranzi RJ 2005/1133), en el que se señala que “Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia-que atiende al concepto de necesidad-, pero ellos no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 1001, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la “perpetuatio” de un “modus vivendi” o a un derecho de nivelación de patrimonios.”

²⁹⁶ TURNER SAELZER, Susan, *“Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil”*, en Revista de Derecho, N°16, Universidad Austral, 2004 pág. 87

²⁹⁷ ROCA TRÍAS, Encarna *“Artículo 97” en comentarios a las reformas del derecho de familia*, Volumen I, Madrid, Editorial Tecnos S.A.1984 pp 617-618 En: CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos; VARGAS ARAVENA, David,

con posterioridad a la reforma de 2005 queda clara la naturaleza resarcitoria de la compensación económica, que determina además la renunciabilidad de ella.²⁹⁸

Este modelo de pensión compensatoria se aparta de sus inspiradores en el aspecto del primer supuesto de hecho para decretarse, puesto que, a diferencia de otros sistemas normativos, en este caso, procede decretada la separación o divorcio, y concordando con los otros ordenamientos en que a consecuencia de la separación o divorcio surja un desequilibrio patrimonial para alguno de los cónyuges. Y es este último concepto el que ha resultado fundamental a la hora de la aplicación de la pensión compensatoria, planteándose por la doctrina dos acepciones a el concepto:

Una visión objetiva, en la cual se comparan los patrimonios conyugales ex ante y ex post del divorcio, debiendo considerarse la posición del otro cónyuge, como la situación gozada durante el matrimonio. Para esta postura el artículo 97 contiene solo los elementos cuantificadores de monto de la pensión.

Y una visión subjetiva, que viene a considerar circunstancias subjetivas, personales de los cónyuges y conformadoras de la vida matrimonial común, además de la diferencia patrimonial entre ambos. Posición para la cual los

“Acerca de la naturaleza de la compensación económica. La situación en Chile y en España” ob. Cit. Véase también, LEPIN MOLINA, Cristián: *“Compensación económica: Doctrinas Esenciales”* ob. Cit. Pág 255-256
²⁹⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, *“El carácter Extrapatrimonial de la Compensación económica y su renuncia”* ob. Cit. Pág. 103

criterios del artículo 97 son los elementos definatorios para la pensión compensatoria.²⁹⁹

Esta confusión de la que hablamos, en relación al artículo 97 del código civil español, se suscitó en nuestro ordenamiento jurídico, ya que tal como hemos mencionado, ha sido esta legislación la que dio las bases sobre las cuales se sentó nuestra Ley de Matrimonio Civil

2. El código civil francés

En Francia, con posterioridad al año 1975, se ha dispuesto la llamada supervivencia del deber de socorro. En su artículo 270, dispone que un cónyuge puede ser obligado a pagar una prestación para compensar, en cuanto sea posible, la disparidad de los niveles de vida, causados por el divorcio. Sin embargo, y tal como lo dispone el artículo 280 inciso 1, el cónyuge culpable no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria, no obstante, pueda optar a una indemnización excepcional, teniendo en cuenta la duración de la vida en común y la colaboración entregada a la profesión del cónyuge, apareciera completamente contrario a la equidad negarle el derecho a toda compensación pecuniaria, con motivo de la disolución del vínculo matrimonial. De esto que, la doctrina comprende que las prestaciones compensatorias son posibles en

²⁹⁹ TURNER SAELZER, Susan, "Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil", en Revista de Derecho, N°16, Universidad Austral, 2004 pág. 87-88

provecho de cada uno de los cónyuges si el divorcio ha sido pronunciado por culpas divididas o demanda aceptada.³⁰⁰

Segura señala que “claramente se trata de una obligación alimentaria y no de una indemnización por culpa. Sin embargo, el deber alimenticio no se ha extendido a tal extremo de ser indiferente a la culpa: por el contrario si existe culpa exclusiva en principio no hay derecho a compensación, salvo que ello resulte contrario a la equidad.”³⁰¹

3. El modelo alemán de alimentos entre los cónyuges divorciados

“En el derecho Alemán no existe un sistema compensatorio postmatrimonial como en el derecho chileno, francés o español; sin embargo en aquel ordenamiento jurídico se establecen alimentos post-matrimoniales”³⁰²

Es por esto que el sistema jurídico alemán funciona como un sistema asistencial, primando la autonomía de la voluntad, pero con limitaciones, que dicen relación con la forma de establecer estos alimentos post- matrimoniales, como es el que se celebren por instrumento notarial, antes de dictada la sentencia de divorcio o que se celebren en un pacto protocolizado dentro del

³⁰⁰ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “La compensación económica al cónyuge más débil” ob. Cit. 112

³⁰¹ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “La compensación económica al cónyuge más débil” ob. Cit. 112

³⁰² BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, “El carácter Extrapatrimonial de la Compensación económica y su renuncia” ob. Cit. Pág. 95

proceso de familia, y en caso de no cumplir con estas formalidades adolecen de nulidad. No obstante, que los pactos celebrados con posterioridad a la sentencia de divorcio no requieren ningún tipo de formalidad y están sujetos a la sola voluntad de las partes en todo lo referido a la cuantía, modalidad y pago del derecho de alimentos, siempre que este acuerdo no afecte el núcleo fundamental del derecho. A estos pactos le son aplicables en subsidio todas las normas materiales y procesales establecidas en el derecho alemán.³⁰³

Es así que en el código civil alemán, en los artículos 1569 y siguientes se regulan los alimentos entre los cónyuges divorciados. En el artículo 1569 se establece la responsabilidad de cada cónyuge en su sustentación, que establece que, solo en el caso de imposibilidad de proveerse a si mismo su mantención, surgiría para el cónyuge, el derecho a solicitar alimentos de parte del otro cónyuge, como alimentos post matrimoniales. Supuestos contenidos en los artículos 1570 a 1576, que son:

- 1) Ejercer el cuidado de los hijos comunes (artículo 1570)
- 2) Tener el cónyuge una edad tal, que no le sea exigible trabajar (artículo 1571)
- 3) Sufrir el cónyuge una enfermedad o deterioro físico o mental (artículo 1572)
- 4) Estar el cónyuge desempleado no teniendo derecho a alimentos en virtud de los artículos 1570 y 1572 (artículo 1573 inciso 1º) ; no tener ingresos

³⁰³ BARCIA LEHMANN, Rodrigo; RIVEROS FERRADA, Carolina, “El carácter Extrapatrimonial de la Compensación económica y su renuncia” ob. Cit. Pág. 96

suficientes para cubrir los alimentos y, en este caso, el derecho queda limitado a aquella diferencia que falte para completarlos (inciso 2°)

- 5) Estar impedido para trabajar por razones graves, cuando la denegación de alimentos en su favor constituya una inequidad manifiesta (artículo 1576); y
- 6) El caso especial de los alimentos debidos para que el cónyuge complete o adquiera una formación profesional que le permita más tarde asegurar su subsistencia mediante un trabajo independiente ³⁰⁴

Estos presupuestos son combinables a la hora de demandar o pueden hacerse valer de forma sucesiva.

Los alimentos pueden hacerse valer solo una vez ejecutoriada la sentencia que declare el divorcio y debe concurrir alguno de los presupuestos enunciados, además de los requisitos generales, como son, el estado de necesidad del demandante y la capacidad económica del demandado.³⁰⁵

“Este modelo asistencial ha sido criticado por el hecho de pasar por alto uno de los requisitos inherentes y necesarios del derecho de alimentos, cual es la vigencia del vínculo matrimonial. Al hablar de alimentos posteriores al matrimonio, en realidad se estaría aludiendo a una institución diferente que tendría su fundamento en la necesidad de paliar los efectos del divorcio,

³⁰⁴ TURNER SAELZER, Susan, “*Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil*”, en Revista de Derecho, N°16, Universidad Austral, 2004 pág. 85-86

³⁰⁵ TURNER SAELZER, Susan, “*Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil*”, ob.cit., 2004 pág. 86

específicamente, la extinción del deber de socorro existente hasta ese momento entre los cónyuges”³⁰⁶

4. Legislación de Estados Unidos

Existe variedad legislativa entre los distintos estados, no obstante, se contempla en general el derecho a la compensación a favor del cónyuge más débil, el cónyuge que ha quedado desprotegido a causa del divorcio, teniendo en consideración el tiempo que éste estuvo sin trabajar por haber estado al cuidado de los hijos o el hogar de ambos, mientras que el otro ha podido trabajar libremente.

Álvaro Vidal cita la teoría del “clean break” del common law, según la cual las prestaciones entre los divorciados deben ofrecer al cónyuge más débil una base cierta para afrontar de manera autónoma una vida definitivamente separada y con ello alcanzar un estatus adecuado al que tenía durante el matrimonio. Con ello la función de la compensación económica sería reparar el desequilibrio que se produce al momento del divorcio, desequilibrio que tiene sus causas en el pasado y corresponde corregir para el futuro. En este caso, se restringe la procedencia de la compensación económica al supuesto contenido en nuestra legislación en el artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil, no importando si uno de los cónyuges no puede afrontar su vida independiente del

³⁰⁶ TURNER SAELZER, Susan, “*Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la nueva Ley de Matrimonio Civil*”, ob.cit. pág. 86

otro, si es que no se da el presupuesto de no haber trabajado o haberlo hecho en menor medida de lo que quería o podía por haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común.³⁰⁷

5. El Código Civil Argentino

Esta legislación contempla una prestación compensatoria claramente alimenticia. En los artículos 207 y 209 dispone un derecho que llama directamente alimentos, que se traduce en una prestación que debe el cónyuge culpable al inocente, y en todo caso se debe al que no cuenta con los medios necesarios para subsistir, obligación que se mantiene en caso de divorcio y se devenga mientras dure la situación de hecho o hasta que se contraiga nuevas nupcias o concubinato o se incurra en injurias contra el cónyuge. Para el caso de la nulidad matrimonial solo procede cuando el cónyuge ha estado de buena fe.³⁰⁸

6. El código civil brasileño

³⁰⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro “*Compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil*”, En: GUERRERO BECAR, José Luis: “*Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial.*” Ob.cit. pág. 93

³⁰⁸ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “*La Compensación económica al cónyuge más débil*” ob. Cit. Pág. 113-114

El código Civil brasileño del año 2002 no contempla la compensación económica, pero si extiende el deber de otorgar alimentos hasta luego del divorcio en contra del cónyuge culpable.³⁰⁹

7. Ley paraguaya

La legislación paraguaya contempla en su artículo 6° el deber de declarar alimentos a favor del cónyuge demente, aún después del divorcio y para toda la vida de este. La ley 1/92 establece en general el derecho de alimentos en favor del cónyuge imposibilitado de proveer su subsistencia, aún después del divorcio, todo esto de acuerdo a parámetros muy similares a los establecidos en nuestra legislación en el artículo 62.

En caso de nulidad establece el derecho a indemnización del cónyuge inocente.³¹⁰

8. El Código Civil peruano

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 351, establece la posibilidad del juez de fijar una indemnización por daños morales en caso de divorcio, cuando los hechos en los que se ha fundado comprometen gravemente el interés del cónyuge inocente, en caso de nulidad y en conformidad al artículo 283 rigen las mismas reglas relativas a la indemnización. No estableciéndose

³⁰⁹ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “La Compensación económica al cónyuge más débil” ob. Cit. Pág. 114

³¹⁰ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “La Compensación económica al cónyuge más débil” ob. Cit. Pág. 114

una compensación en los términos que la establecen otros países, sino que solo establece una indemnización en casos graves.³¹¹

Capítulo VI:

APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL: Análisis fallo del Tribunal

Constitucional Rol Número 2102 del 27 de septiembre de 2012

Sin lugar a dudas, el aspecto que ofrece mayor relevancia y diferencias doctrinales y jurisprudenciales, en cuanto al pago del derecho de alimentos y a la compensación económica, es la similitud que realiza la ley en su artículo 66 inciso 2° que establece que *“la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento”*.

Como hemos mencionado, la jurisprudencia no ha sido unánime en cuanto a la similitud que realiza la ley entre el cumplimiento de las cuotas en que puede establecerse la compensación económica y los alimentos. Sin embargo, la jurisprudencia se ha ido uniformando en torno a la interpretación de este artículo 66 inciso 2° con el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en causa Rol Número 2102, pronunciada el 27 de septiembre de 2012 fallo emblemático que ha sido útil para igualar criterios jurisprudenciales.

³¹¹ SEGURA RIVEIRO, Francisco; “La Compensación económica al cónyuge más débil” ob. Cit. Pág. 114

En dicha ocasión el actor, deudor de la compensación económica, acude al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto del artículo 66 de la ley N° 19.947 y del artículo 14 de la ley N° 14.908, para que surta efectos en el proceso sobre acuerdo de compensación económica. En el proceso en cuestión, se aprobó por parte del tribunal un acuerdo respecto a compensación económica por la suma de dieciséis millones de pesos, que serían enterados de la siguiente manera: dos millones de pesos, pagaderos en febrero de 2011, doce millones de pesos en el mes de abril y la entrega de un vehículo avaluado en dos millones de pesos; es decir, dos cuotas y la entrega del vehículo, estipulándose en el mismo acto una cláusula de aceleración. Frente al incumplimiento por parte del recurrente, la cónyuge acreedora, haciendo efectiva la cláusula de aceleración, demandó el total de la deuda y a falta de pago de la deuda el juez del Juzgado de Familia de Puerto Varas en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 14 de la ley N° 14.908, en relación con el artículo 66 de la ley N° 19.947, emitió una orden de arresto nocturno por 15 días en contra del deudor. Más tarde insistió en ella y ordenó, además, la retención de su licencia de conducir.

Frente a esto el recurrente plantea que la aplicación de los preceptos objetados (artículo 66 de la ley N° 19.947 y del artículo 14 de la ley N° 14.908) atenta en contra del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, el artículo 5 de la misma, en relación con el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Éste basa sus reproches en que el apremio de arresto por no pago

de las cuotas fijadas para el pago de la compensación económica produce las infracciones constitucionales desde el momento en que la compensación económica no tiene naturaleza jurídica alimenticia. Señala a su vez que la posibilidad establecida por la ley de aplicar el apremio de arresto, para asegurar su pago, se produce una vulneración al derecho a la libertad personal y a su vez a la prohibición de la prisión por deudas, establecida en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7.7).

El Tribunal Constitucional admite a tramitación el requerimiento por inaplicabilidad, conoció de la causa, dictando sentencia el 27 de septiembre de 2012, en la cual por mayoría de votos desestima que sea inconstitucional la aplicación del artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, en relación con el artículo 14 de la ley N° 14.908. Sentencia en la cual sostuvieron esta posición los ministros Bertelsen, Vodanovic, Peña, Fernández, Carmona, Viera-Gallo, García y Hernández; con la prevención del ministro Aróstica en relación a los considerandos que tratan sobre la naturaleza del arresto y con el voto en contra del ministro Venegas, quien estaba por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional realiza un análisis en cuanto a la compensación económica como obligación de carácter legal y a la naturaleza jurídica de la misma, siendo desde mi punto de vista destacable la referencia que realiza al Profesor Mauricio Tapia, quien señala que la compensación

económica cumple una funcionalidad diversa y según la especificidad de la relación matrimonial precedente, siendo a veces “...indemnización por pérdida de una oportunidad...”, o en otras ocasiones “...juega más bien una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en entidad...” y en el mismo sentido hace referencia a un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que citando al mismo autor (Mauricio Tapia) que sostiene: “la compensación económica es funcional a las formas de relación de la pareja o del modelo de familia y a las diversas realidades que siguen a la ruptura, que en la especie se produjo hace varios años... conforme a ello, en este caso, la compensación económica jugará una función asistencial, cercana a una pensión alimenticia reducida en el tiempo y en entidad, teniendo en cuenta la edad similar de ambos, su salud y situación patrimonial y previsional de cada uno, considerando que el cónyuge que entregó su dedicación al hogar y a los hijos, no se reinsertó laboralmente al momento de la ruptura y ahora le será muy difícil hacerlo”³¹²

Estas opiniones junto con la visión asistencial que contempla la postura del profesor Guerrero Becar a la que ya se hizo referencia en un capítulo anterior, fueron determinantes a la hora de decidir, teniendo siempre a la vista el principio contemplado en el artículo 3° de la ley N° 19.947, de protección al cónyuge más débil. Señala dicha magistratura constitucional “que, como es evidente, si bien la compensación económica no tiene una exclusiva naturaleza

³¹² Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 225-2006, 29 de mayo de 2006

alimentaria, exhibe sin embargo múltiples características y elementos de los alimentos y, en todo caso una naturaleza asistencial para ciertos efectos.”³¹³ Subrayando las diferencias entre ambos derechos y expresando además que “la compensación económica será una suerte de expresión final del deber de socorro y auxilio mutuo que debió cumplirse entre los cónyuges, antes de materializar el divorcio, de modo que aún hasta ese momento la obligación se sostiene en el matrimonio, aunque se pague efectivamente después. Sin duda, tiene también que ver con la mantención futura del cónyuge más débil, al menos por un periodo limitado, lo que le da un alcance alimentario o al menos asistencial, indesmentible. Si, además, para favorecer al deudor –nótese- la compensación se fijaren cuotas por un cierto plazo, la semejanza es mayor aún”.³¹⁴

En este fallo, los ministros en los primeros considerandos, dejan de manifiesto su postura, en cuanto a la naturaleza jurídica de la compensación económica y sostienen que a pesar de estar contenida, en este caso, en un convenio regulador, la fuente de la compensación económica es la ley, al señalar en su considerando vigésimo segundo que: “es claro que la compensación económica matrimonial es una obligación legal de alcance patrimonial, fundada en relaciones de familia basadas en precedente matrimonio terminado por divorcio, en donde el convenio regulador aprobado

³¹³ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 15°

³¹⁴ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 16°

judicialmente no es la fuente misma de la obligación sino solo uno de los modos de definirla, cuantificarla o liquidarla formalmente, dotándola de la fuerza ejecutiva equivalente a una sentencia ejecutoriada, al ser homologada a una decisión judicial”³¹⁵

Cabe hacer mención del hecho, de que el Tribunal Constitucional homologa dos preceptos que claramente no tienen un mismo tenor literal, como son el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reza: *“Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”* y el artículo 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica, que señala: *“Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”* Si bien, el Tribunal deja claro la diferente literalidad de ambas normas, establece que tienen un alcance similar, puesto que la prohibición dice relación con el *ius puniendi* del Estado, de no criminalizar el mero incumplimiento de una obligación contractual, señalando que el precepto no limita este poder estatal para obligaciones de fuente legal o judicial. Agrega que el Tribunal Constitucional ha tenido siempre esta opinión al respecto del alcance de la norma³¹⁶ y que hay doctrina que apoya esta postura, como:

³¹⁵ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 22°

³¹⁶ A modo de ejemplo Causa Rol número 1145-2008; Causa Rol Número 807; Causa Rol Número 576-06; Causa Rol Número 1006-07, Causa Rol Número 1971-11, Causa Rol Número 1518-09 citados En: Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 31°

Manfred Nowak³¹⁷ y la profesora Cecilia Medina.³¹⁸ Es por esto, que en este caso estaríamos frente a una obligación de origen legal y más no contractual, siendo por ello posible aplicar el apremio establecido en el artículo 66 de la ley N° 19.945; considerando por parte del Tribunal que “cabe señalar que aun cuando la sola naturaleza legal de la obligación compensatoria bastaría para desplazar la presencia de una prohibición por deudas, en los términos prohibidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, sus componentes alimentarios o asistenciales hacen que la asimilación legal referida para efectos de su cobro en cuotas, sea compatible con la excepción a dicha prohibición.³¹⁹”

Posteriormente el Tribunal señala que a juicio del mismo el arresto nocturno que se contempla en el artículo 14 de la ley N° 14.908 no constituiría una medida privativa de libertad, sino que simplemente una medida restrictiva, mínimamente invasiva, cuyo fin último no constituiría la exclusión del afectado del ámbito social, puesto que el desenvolvimiento en su vida social y especialmente en lo laboral y económico, es lo que permitiría al apremiado cumplir con la obligación que se pretende.³²⁰ Dejando por establecido que en

³¹⁷ MOWAK, MANFRED, U.N. Covenant on Civil and political Rights.CCPR, Comentary N.P. Engel, Publisher, Kerl, Strasbuerg, Arlington En: Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 31°

³¹⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia; “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia” Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2003, pág. 254,255 En: Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 31°

³¹⁹ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 34°

³²⁰ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 38°

este caso, no se trataría de una situación de prisión por deudas, sino que por el contrario, se trataría de una medida de “apremio para hacer cumplir efectivamente una obligación legal de familia, con fuertes componentes alimentarios, judicialmente establecida.”³²¹ Señalándose al arresto como un apremio para forzar el cumplimiento de la obligación y no como una sanción penal establecida por el Estado ante el mero incumplimiento de una obligación civil contractual.³²²

Agrega que en causa rol 1006-07, considerando vigésimo tercero, se sostiene por parte de la propia magistratura constitucional que “la resolución judicial que impone al apremio importa una privación legítima – y no arbitraria- del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual del apremiado,... desde que impone a este último la carga de responder a un deber legal.”³²³

Para el Tribunal en este caso concreto no se estaría frente a un arresto anticonstitucional, puesto que no se cumplen los presupuestos para declararlo como tal; debido a que, es una medida proporcional al fin que pretende, al proteger una relación de familia estaría comprometido el interés social, siendo además un apremio establecido por una autoridad competente, en el marco de un proceso justo y en cuanto a su aplicación se ha tenido a la vista el supuesto habilitante para ello, debido a que en este caso no se ha cumplido con la

³²¹ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 39°

³²² Sentencia Rol número 1145-2008, considerando noveno.

³²³ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 39°

obligación sin mediar justificación alguna, ni estableciendo garantías para asegurar el cumplimiento de la misma.³²⁴

Termina la magistratura señalando que “el no cumplimiento injustificado de las obligaciones de familia en materia de compensación económica con respecto a la mujer divorciada, importa de suyo y por si mismo una forma de discriminación inaceptable, de modo que se dispone la medida de apremio de arresto para corregirla. Mediante esta medida de ultima ratio, se tiende a crear de facto igualdad de oportunidad entre los ex cónyuges y a no perpetuar diferencias arbitrarias entre ambos.”³²⁵ Es así como justifica el Tribunal Constitucional la proporcionalidad de la medida de apremio establecida a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer.

En cuanto al voto de disidencia, este plantea por parte del Ministro Venegas que la compensación económica resulta ser muy distinta a los alimentos, ni tienen un carácter asistencial, puesto que la compensación económica lo que hace es compensar el menoscabo económico sufrido durante el matrimonio, producto de la postergación de uno de los cónyuges y no mirar al estado de necesidad en el cual pueda encontrarse el cónyuge una vez producido el divorcio y agrega que “los factores que deban considerarse para su

³²⁴ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 42°-43°; toma como referencia además sentencia del Tribunal Constitucional Rol. 1145- 08

³²⁵ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 considerando 45°

procedencia o tasación aludan a la situación actual del cónyuge acreedor o aludan a la situación futura, no puede llevar a concluir que la obligación tenga un cariz alimenticio o asistencial... no se trata entonces, de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino solo de determinar y mensurar un menoscabo ya producido”³²⁶ sosteniendo con ello que la asimilación legal es desproporcionada y que carece de razonabilidad , lo que la hace arbitraria , con infracción al derecho a la igualdad ante la ley.

Otro fundamento de este voto es el hecho de que para el Ministro Venegas no le parece claro que la proscripción de prisión por deudas consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica se limite únicamente a las deudas contractuales; creyendo que la real intención del precepto es la prohibición de prisión ante cualquier deber jurídico que pese sobre el deudor. Es decir, entendiendo el concepto de deuda en un sentido amplio y que debe tenerse presente que el artículo en cuestión solo limita dicha prohibición en el caso de deberes alimentarios. Adicionando que a juicio de la profesora Cecilia Medina, la Convención no distingue la fuente de la obligación, sino que podría sostenerse que cualquiera sea la fuente de la obligación, su incumplimiento no puede llevar consigo una privación de libertad.

Realiza a su vez, el voto disidente, la salvedad de no coincidir con la mayoría en el hecho de que la protección alcance únicamente las penas

³²⁶ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 voto de disidencia; motivo segundo

penales, sino que debe entenderse que se está en contra de cualquier privación de libertad que implique la detención de una persona en un espacio reducido; “toda reclusión, ya sea por razones médicas, de disciplina, incluyendo la disciplina dentro de las fuerzas armadas, u otras.”³²⁷

Termina su argumentación con el siguiente argumento “estimo un precedente nocivo reconocer tan ampliamente al Legislador la facultad de crear nuevas “obligaciones legales”, para cuyo cumplimiento pueda apremiarse con prisión a los ciudadanos incumplidores, o bien, establecerse esta clase de apremios para obligaciones legales actualmente existentes, cubriendo así con el manto de legitimidad apremios que, a mi juicio, son de aquellos ilegítimos que prohíbe el N°1 del artículo 19 de la Constitución.”³²⁸ Señalando a su vez que a su juicio el precepto representa un grave retroceso jurídico que viola los artículos 1 y 19 Número 1 de la Carta Fundamental.

Iguales fundamentos contiene la sentencia Rol 2.265-12, requerimiento promovido por el juez de Familia de Valparaíso don Francisco Carretta Muñoz, procedimiento en el cual con fecha 21 de noviembre de 2013 se produce la dictación de sentencia, no obstante, se realiza la prevención por parte de la magistratura en cuanto la solicitud no contiene el señalamiento de la norma constitucional lesionada por los artículos en cuestión, sino que solo hace referencia al artículo 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica y al derecho a la

³²⁷ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 voto de disidencia; motivo cuarto

³²⁸ Fallo de Tribunal Constitucional, Rol 2102-2012 voto de disidencia; motivo cuarto

libertad en términos genéricos motivo por el cual se debe rechazar la solicitud a juicio de los ministros; con la prevención de los ministros Venegas, Viera-Gallo y Aróstica; pero que finalmente comparten la decisión en cuanto a que no se nombró en el requerimiento el precepto constitucional lesionado.

El ministro Venegas una vez más rechaza lo que señala el Tribunal constitucional acerca de la compensación económica y la asimilación que realiza la ley a los alimentos para efectos del pago de cada cuota

Ante esto y a la vista de los fundamentos esgrimidos por la Magistratura Constitucional es que, personalmente creo que, existe un problema en cuanto al alcance de la compensación económica, puesto que el fundamento de ésta es el menoscabo patrimonial sufrido 'durante' el matrimonio por parte de uno de los cónyuges a causa de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y no como lo contempla el Tribunal, como una compensación a causa del término del matrimonio. Por lo ya estudiado, podemos decir que el menoscabo es ocasionado durante el matrimonio, sin embargo, es evidente que una vez concluido el vínculo, con la terminación del matrimonio ya sea por divorcio o nulidad, se pone fin al estatuto protector del matrimonio y con ello se produce un daño al cónyuge más débil, que intenta repararse por medio de la compensación económica, como lo expresa la sentencia aludida.

Como muestra de lo dispar de la jurisprudencia en cuanto a la procedencia del arresto en el caso de incumplimiento de la compensación económica vemos una serie de fallos que rechazan el recurso de amparo; es decir, que están a favor del apremio de reclusión en caso de incumplimiento:

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 18 de mayo de 2007, causa Rol Número 244-2007, señala que “desprendiéndose del merito de la carpeta judicial tenida a la vista lo que no ha sido desconocido por el amparo que adeuda la fecha, el pago de nueve cuotas de dinero correspondientes a la compensación económica que le fuera fijada por sentencia ejecutoriada de fecha diecisiete de agosto de dos mil cinco, en causa Rol N° 25.823 del Juzgado de Letras de Putaendo y, habida consideración que la orden de arresto ha sido despachada por autoridad competente y dentro de las facultades legales que confieren los artículos 66 inciso 2° de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, que considera como alimentos para el efecto de su cumplimiento a la compensación económica fijada por la ley N° 14.908 que en caso de infracción al pago de una o más cuotas, obliga al magistrado a imponer al deudor como medida de apremio el arresto de aquel, el presente recurso no podrá prosperar”

En el mismo sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 15 de septiembre de 2010, en causa Rol N° 26-2010; que con fundamentos similares a los anteriores señala que al no caucionarse la obligación y al ser

esta estipulada en cuotas en beneficio del deudor procede conforme al artículo 66 de la ley número 19.947, el arresto nocturno, debido a que el cónyuge deudor no ha dado cumplimiento a la obligación contraída. Conteste con los fallos anteriores es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 15 de febrero de 2011, en causa Rol N° 10-2011 quien además cita el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica señalando que el argumento no es aplicable en la especie porque el mismo precepto señala “este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.”

Así mismo, diversos dictámenes de la Corte de Apelaciones de Santiago tales como; Causa Rol Número 121-2012, de 31 de agosto de 2012³²⁹ y, causa Rol Número 2050-2012 de 23 de octubre de 2012, señalan: “que en el mérito de los antecedentes no permite a estos jueces adquirir convicción acerca de la existencia de algún hecho ilegal o arbitrario que constituya privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual del amparado, toda vez que la orden de arresto fue dictada en cumplimiento de una orden judicial pronunciada por esta Corte, la que se encuentra ejecutoriada, razón por la cual no se está en situación de adoptar medidas protectoras en los términos del artículo 21 de la Constitución Política de la República.”

³²⁹ No obstante que esta sentencia tenga el voto disidente del Ministro Dahm, que estuvo a favor de confirmar la resolución que concede el recurso de amparo, puesto que, a su juicio la cuota respectiva no tiene naturaleza de pensión alimenticia, deben aplicarse de forma restringida los apremios establecidos por la ley.

En sentido contrario, podemos encontrar sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 25 de marzo de 2011, en causa Rol N° 162-2011 en la cual se rechaza la posibilidad de aplicar la orden de arresto señalando que el artículo 66 de la Ley N° 19.947 si bien no fue objetado por el Tribunal Constitucional, este señala implícitamente que no son alimentos y que por lo tanto al aceptar el arresto como un apremio válido para este caso sería infringir el pacto de San José de Costa Rica, hecho por el cual se concede en dicha sentencia el recurso de amparo interpuesto.

Asimismo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Número 683-2011, en la cual se acoge igualmente el recurso de amparo, basándose en el derecho internacional, tal como en la sentencia anterior, además de realizar un paralelo entre el derecho de alimentos y la compensación económica, señalando que en el caso de los alimentos el apremio se justifica por el bien jurídico protegido, ya que el incumplimiento de los deberes alimentarios puede comprometer la satisfacción de las necesidades más básicas del alimentario, comprometiendo con ello su derecho a la vida, no así la compensación económica que, a juicio del Tribunal, más allá de la naturaleza o carácter que se le atribuya, no tiene esta finalidad asociada a la subsistencia del ex cónyuge en cuyo favor se ha establecido el pago de la misma.

Para el Profesor Lepin, “El citado artículo 66 NLMC que en la parte pertinente señala “se considerará alimentos para efectos de su cumplimiento”, no hace expresamente aplicable el arresto para su cumplimiento, no se remite tampoco al artículo 14 de la ley N° 14.908, ni señala mucho menos que procede el arresto por el incumplimiento en el pago de las cuotas. Es más, la norma transcrita señala que se asimila solo para efectos de su cumplimiento, y en estricto rigor, el arresto es una medida para compeler el pago, pero no es una forma de pago o cumplimiento de las cuotas.

Por lo que, en estricto rigor, se debe interpretar el artículo 66 NLMC, en el sentido que se pueden aplicar los apremios regulados en la citada ley, menos los apremios personales. Ambos artículos son de carácter excepcional por tanto de aplicación restrictiva. De forma tal, que se podrá solicitar la retención por parte del empleador, la retención de impuestos, la suspensión de la licencia de conducir, e incluso, el procedimiento ejecutivo simplificado de los artículos 11 y 12 de la ley N° 14.908... es razonable que el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, coloque como excepción a la prisión por deuda, a los incumplimientos derivados de obligaciones alimentarias. De esta forma se justifica solo en cuanto protege el principal derecho humano, el derecho a la vida.”³³⁰ Señala a su vez que dicha norma tiene rango constitucional, según lo prescribe el artículo 5 de la Constitución Política. Hecho por el cual el legislador

³³⁰ LEPIN MOLINA, Cristián “¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de la Compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema ROL 11410-2011

no puede asimilar cualquier obligación a la obligación alimentaria, para efecto de hacer excepción a la prisión por deudas.

En este mismo sentido, el voto de disidencia del fallo del tribunal Constitucional que estima nocivo reconocer tan ampliamente al legislador la facultad de crear nuevas obligaciones legales, para cuyo cumplimiento pueda apremiarse con prisión a los ciudadanos incumplidores, o bien establecerse esta clase de apremios para obligaciones legales actualmente existente, cubriendo así con un manto de legitimidad apremios que, son de aquellos ilegítimos que prohíbe el N° 1 del artículo 19 de la CPR.

En concordancia con lo antes expuesto, la profesora Ana María García nos señala que “sería conveniente advertir el riesgo que encierra reconocer la existencia de nuevas obligaciones legales para cuyo cumplimiento puedan establecerse apremios que eventualmente podrían ser ilegítimos y, asimismo, considerar un principio que necesariamente debe guiar la interpretación constitucional como es el principio *pro homine*”³³¹

De todo esto, podemos advertir que si bien el fallo del Tribunal Constitucional para algunos puede parecer equivocado,³³² en variados aspectos, ofrece certeza jurídica respecto a un tema ampliamente discutido.

³³¹ GARCIA BARZELATTO, Ana María “Justicia Constitucional y prohibición internacional de la prisión por deudas” ob. Cit. Pág. 8

³³² CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. Cit. Pág. 540-551

CONCLUSIONES

1.- El derecho de alimentos y la compensación económica en nuestro ordenamiento jurídico son tratadas como obligaciones legales, tanto en nuestro Código Civil como en la ley N° 19.945 respectivamente, estando enmarcadas en el derecho de familia, siendo la propia ley la que determina los aspectos básicos de la obligación, como el vínculo jurídico, los sujetos de la relación, su procedencia, forma y oportunidad de solicitarlos. Existiendo unanimidad doctrinal en cuanto a que son obligaciones de este tipo.

2.- El Pacto de San José de Costa Rica establece una estricta prohibición de prisión por deudas, prescribiendo en el artículo 7° como excepción los mandatos de autoridad judicial competente dictados en causas por incumplimiento de deberes alimentarios.

3.- Nuestro ordenamiento jurídico ha extendido dicha excepción a la compensación económica producto del término de la relación matrimonial o del acuerdo de unión civil. Situación que ha conllevado una serie de debates, objeciones y recursos en contra de dicho razonamiento.

4.- La excepción en la forma de hacer efectivo el pago de estos derechos viene derivada de la naturaleza de éstos, ya que el derecho de alimentos tiene como finalidad el asegurar el derecho a la vida del alimentario y es por ello

imprescindible que se estipulen apremios en nuestra legislación con el objetivo de hacer más eficaz el cobro de las pensiones adeudadas. De esta misma forma el legislador no quiso prescindir de estos apremios para el cobro de las cuotas en el caso de la compensación económica. Sin lugar a dudas la medida que causa mayor controversia a nivel doctrinal y judicial es la posibilidad de apremiar al deudor de las cuotas de la compensación económica con la medida de arresto. Si bien, no tenemos un acuerdo unánime doctrinario de la naturaleza jurídica de la institución podemos concluir que al haber concordancia en la naturaleza legal de la obligación legitima el apremio, dado que este apremio sería consecuencia del incumplimiento de una obligación de origen legal y no contractual, circunstancia que a juicio del Tribunal Constitucional validaría la aplicación de dicho apremio, ya que la prohibición se extendería solo a las deudas de carácter contractual.

5.- El arresto es visto por nuestro órgano controlador de la constitucionalidad como una medida restrictiva de libertad y no privativa de la misma, ya que no impide al deudor acudir a su trabajo, teniendo con ello la posibilidad de contar con los recursos para solucionar su deuda. Siendo el arresto diferente a la detención, tanto en intensidad (restrictiva y no privativa) como en finalidad, puesto que el arresto no tendría una finalidad punitiva como la detención o la prisión, sino que tienden a conminar el cumplimiento de una obligación, como ya se expuso, de carácter simplemente legal.

6.- Desde un punto de vista práctico hoy en día la compensación económica tiene una finalidad mas allá de resarcitoria o indemnizatoria, sino como bien lo establecen los profesores García, Pizarro y Vidal es un remedio ante la pérdida del estatuto protector del matrimonio y del deber de socorro, que deja a uno de los cónyuges como el cónyuge más débil de la relación, que no pudo desarrollarse durante la duración del matrimonio, o lo que sucederá en un futuro con el acuerdo de unión civil, de la manera que quería o podía por dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común. Debemos atender a la realidad social en la que da la compensación económica, cuestión fáctica que nos indica hoy en día que el establecimiento en cuotas del pago de la compensación económica se debe a la falta de recursos de la parte deudora, recursos que por norma general son también escasos para la parte acreedora y que en algunos casos dada su edad, preparación laboral, salud entre otros factores, dicha cuota vendría a cumplir un papel de alimentos post- matrimoniales como ocurre en otras legislaciones, a modo de ejemplo Alemania, en que cada cuota de la compensación económica cumple un rol similar a los alimentos y es por ello que, desde nuestra creencia personal, la ley asimila ambos derechos para asegurar el cumplimiento de éstos y no dejar en la indefensión a la parte, sea cónyuge o conviviente civil, que debe ser protegido por el ordenamiento jurídico en atención a los principios elementales en los que se basa el derecho de familia chileno como es la protección al cónyuge más débil.

7.- Con la implementación de estos apremios se asegura el bien jurídico de mayor importancia en nuestra legislación, el derecho a la vida, siendo imprescindible el contar con este recurso. Es posible que este apremio con el transcurso de los años sea innecesario atendiendo a las nuevas realidades sociales, hechos que traerán seguramente un cambio normativo, sin embargo mientras esto no ocurra y tengamos a un cónyuge que ha dejado de trabajar por muchos años de su vida, que no cuenta con fondos de capitalización individual para su vejez, que tiene además posibilidades restringidas de acceso al mercado laboral, ya sea por edad, escasa preparación y/o experiencia laboral, las medidas de apremio serán necesarias para incentivar el pago de estos derechos.

8.- Vemos como la jurisprudencia se ha ido uniformando en relación al tema, desde el emblemático fallo del Tribunal Constitucional causa rol 2102 del 27 de septiembre de 2012, de ello dan cuenta fallos posteriores que se remiten a este como la sentencia del mismo órgano, causa rol N° 2265 del 21 de noviembre de 2013.

9.- Por tanto, sentimos que es justificada la excepción legal que realiza nuestro ordenamiento jurídico y entendemos que si bien son las únicas salvedades en materia de Familia, no son las únicas en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre con los apremios establecidos en caso de incumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales, como ejemplo, que tal como en este caso no

constituye un caso de prisión por deudas, sino un apremio que tiende al pago de las sumas adeudadas. Apremio que no es aplicable en caso de realizar el pago de la obligación legal que tiende a asegurar hecho que da cuenta de que su finalidad no es punitiva, siendo una medida mínimamente invasiva desde el punto de vista de la privación de libertad, ya que, constituye una restricción que se da en horas que normalmente no corresponden a un horario laboral y que no obstaría a que el deudor pueda cumplir su obligación, realizando de forma normal su actividad laboral. Dada la identidad de los derechos y la realidad fáctica de los mismos, que busca asegurar el derecho más importante, el derecho a la vida, explícitamente en el derecho de alimentos y solapadamente en el caso de la compensación económica, basándose en una visión asistencial de la misma, es que se justifica la aplicación de los apremios contenidos en la ley N° 14.908, para ambos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARANDA AGUILAR, Elizabeth. “La Prisión por deudas y el artículo 5 inciso 2° de la constitución en la jurisprudencia chilena, ¿Realidad de la Constitución Material?” Tesis de Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2009.
2. BALLESTERO BONTÁ, Irma “Derecho de Menores” Segunda edición, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2003.
3. BARCIA LEHMANN, Rodrigo Y RIVEROS FERRADA, Carolina, “El carácter extrapatrimonial de la Compensación económica”, Revista Chilena de Derecho volumen 38 N°2 páginas 249- 278.
4. BARCIA LEHMANN, Rodrigo: “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia” Thomson Reuters, Puntotex, Santiago de Chile, 2011.
5. BARAONA GONZALEZ, Jorge, Apunte de clases, Derecho civil III “Obligaciones”, 2007.
6. BARRIENTOS GRANDON, Javier: “Derecho de las Personas, El Derecho Matrimonial” Thomson Reuters, Abelebo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2011.
7. CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos Y VARGAS ARAVENA, David: “Cerca de la Naturaleza jurídica de la Compensación económica. La situación en Chile y en

España. Revista Chilena de Derecho volumen 35 N°3, dic. 2008 páginas 439, 462.

8. CORRAL TALCIANI, Hernán: La Compensación económica en el divorcio y en la nulidad matrimonial. Revista chilena de derecho volumen 34 N°1 Santiago abril de 2007 páginas 23-40

9. CORRAL TALCIANI, Hernán: “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de una compensación económica en materia de nulidad del matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102” Publicado en sentencias destacadas 2012, anuario de doctrina y jurisprudencia, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Mayo 2013, pp. 43 a 83.

10. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURIDICOS PUNTO LEX: Familia Legislación y Jurisprudencia, editorial Punto Lex, Santiago de Chile, 2007

11. FARFÁN GARRIDO, Álvaro: Consideraciones críticas en torno al deber legal del juez de familia de informar a las partes del derecho a la compensación económica, análisis a la luz de los principios procesales, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales (2011) Santiago. Universidad de Chile.

12. GARCIA BARCELATTO, Ana María, “Justicia Constitucional y prohibición de la prisión por deudas” Ponencia realizada en Jornadas de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012. (facilitado por su autora)

13. GIL LJUBETIC, Rodrigo: Apuntes curso de derecho civil. Obligaciones 2007 separata 1 concepto y fuentes de las obligaciones.

14. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “Sistema Filiativo Chileno: filiación biológica por técnicas de reproducción asistida y por adopción” Santiago 2007, Editorial Jurídica de Chile

15. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “Una mirada actual sobre el divorcio y su aplicación” En: TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio; GATICA RODRÍGUEZ, María Paz; VERDUGO TORO, Javiera (coordinadores): “Estudios de Derecho Civil, En homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez”, 2014 Thomson Reuters

16. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz: “La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil” Seminario del Colegio de Abogados, Charla 20 de octubre de 2005, Santiago de Chile.

17. GUERRERO BECAR, José Luis, (2008) Menoscabo y Compensación económica. Justificación de una visión asistencial, Revista de derecho (Valdivia), Vol XXI- N° 2 Diciembre 2008, paginas 85-110.

18. LEPIN MOLINA, Cristián ¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de la compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 11.410-2011
19. LEPIN MOLINA, Cristián, Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: La Compensación económica. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, mención en Derecho Privado. 2008.
20. LEPIN MOLINA, Cristián, Compensación económica, Doctrinas esenciales, primera edición. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.
21. LEPIN MOLINA, Cristián, Incumplimiento de la Obligación Alimenticia, La semana Juridica, N° 341, semana del 21 al 27 de mayo de 2007, pp.6-7
22. LÓPEZ DÍAZ, CARLOS: Manual de derecho de Familia y Tribunales de Familia, legislación y jurisprudencia. Librotecnia, Santiago de Chile, 2007.
23. MATURANA MIQUIEL: Cristián; “Algunos aspectos procesales de la Nueva Ley de Matrimonio Civil” Charla efectuada Martes 1 de junio de 2004, Colegio de Abogados, Santiago de Chile, 2004
24. MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Convención Americana, Teoría y Jurisprudencia” Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos. Santiago de Chile, 2004.

25. MEZA BARROS, Ramón, *“Manual de Derecho de Familia”*, Tomo II segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979.
26. NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZÚ, La compensación económica como derecho de familia matrimonial ¿Cuál es el objeto de la Compensación Económica? Revista chilena de Derecho de Familia N°1 año 2010 paginas 35-72
27. OLIVARES TSCHEREBILLO, RODRIGO, El menoscabo en la compensación económica de la ley de matrimonio civil, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago. 2008.
28. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Los alimentos en el Derecho Chileno, Segunda edición Ampliada, editorial Metropolitana, Santiago de Chile 2009.
29. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Criterios Jurisprudenciales recientes en materia de derecho de alimentos. Charla ante el colegio de Abogados, dictada martes 21 de agosto de 2012. Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2012
30. PEÑA GONZALEZ, Carlos; ETCHEBERRY COURT, Leonor; CAROCCA PEREZ, Alex; MONTERO IGLESIS, Marcelo; ALONSO BAEZA, Soledad “Nueva Regulación del derecho de alimentos” 2002, SERNAM, Universidad Diego Portales, La Nación S.A. Impresiones.

31. PEÑA GONZALEZ, Carlos; Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, Charla efectuada martes 01 de junio de 2004, Colegio de Abogados, Santiago de Chile, 2004
32. PENAILILLO AREVALO, Daniel. *“La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones”* Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 206, año LVVII julio-diciembre 1999, páginas 18 y 19
33. PIZARRO WILSON, “La compensación económica en la Nueva ley de matrimonio civil,” Revista de Derecho Privado, Número 3 Santiago 2004 pag. 83 y ss
34. RAMOS PAZOS, RENÉ, “Derecho de Familia” Tomo II sexta edición Santiago: editorial Jurídica de Chile
35. RAMOS PAZOS, RENÉ, “Obligaciones”, Santiago de Chile Lexis Nexis 2004
36. ROSSEL SAAVEDRA, Enrique “Manual de Derecho de Familia” séptima edición, Editorial Juridica de Chile, Santiago de Chile, 1994.
37. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, Derecho alimentario familiar en la Filiación. Thomson Reuters. Punto Lex, Santiago de Chile 2009
38. SEVERIN FUSTER, Gonzalo. “Lo mejor de tu vida me lo he llevado yo” Revision y propuesta sobre el fundamento dela compensación económica en la

ley de Matrimonio Civil” Revista de Derechos fundamentales , ISSN-e0719-1699, N° 1 2008.

39. SEGURA RIVEIRO, FRANCISCO, La compensación económica al cónyuge más débil, Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 214 año LXXI julio- diciembre 2003

40. SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER, Gobierno de Chile, Derecho de Alimentos, Compendio de Normas Nacionales e internacionales. Diario oficial, año 2007.

41. TUNER SAELZER, Susan: Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Revista de Derecho, Volumen XVI, Universidad Austral, Julio 2004.

42. TURNER SAELZER, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función, en estudios de derecho civil, jornadas nacionales de derecho civil, LexisNexis, Valdivia, 2004.

43. TURNER SAELZER, Susan. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, v.32, Santiago, Chile, 2005.

44. TURNER SAELZER, Susan “*Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho de Matrimonios Chilenos*” en libro “Estudios sobre Garantías reales y personales; Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva”, Coordinadores: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio; GAITAN MARTINEZ, José; JURICIC CERDA, Daniel; SALAH ABUSLEME, María; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. 2009, Santiago, Editorial Jurídica. Facultad de Derecho Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colombia.

45. VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por el divorcio o la nulidad.” *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 69-99, julio 2009.

46. VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil” *El nuevo derecho chileno del matrimonio*. Editorial Jurídica de Chile Santiago. 2006.

47. VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO, *Derecho de Alimentos*, Cuarta edición actualizada. Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2004.

48. VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO, *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Jurídica. Santiago de Chile, 2007.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA, Recurso de casación Causa N° 9092/2012

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia Rol 2112, pronunciada 27 de septiembre de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia Rol 2267, pronunciada 21 de noviembre de 2013.

Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Revista de derecho de Familia

Recursos electrónicos

1. ABELIUK MANASEVICH, René, “Las Obligaciones” Tomo I disponible en:
[\http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en

[I%C3%ADnea/derecho-civil/\]](http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en) fecha de consulta 22 de abril de 2015; pág. 17

2. HERNANDEZ, Gabriela, LATHROP, Fabiola: “Prescripción extintiva y clausula de aceleración: visión jurisprudencial” pág. 1 disponible en:

[\[http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en-](http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en)

[I%C3%ADnea/derecho-civil/\]](http://legalyconfiable.jimdo.com/apuntes-y-libros-de-derecho-en) fecha de consulta 22 de abril de 2015

3. ISLER SOTO, Erika, Los Principios de la ley 19.947: Análisis y Desarrollo, [http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/4-Isler.pdf]
4. <http://www.monografias.com/trabajos15/contrato-romano/contrato-romano.shtml#ixzz3CRuBIPFI> fecha de consulta [04 de septiembre de 2014]
5. METABUSCADOR UNIVERSIDAD DE TALCA, derecho, v lex.

Legislación

1. Constitución Política de la República
2. Código Civil
3. Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil
4. Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia
5. Ley N° 14.908, Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias
6. Ley 20.830. Crea el Acuerdo de Unión Civil.
7. Ley N° 20.255, sobre la Reforma Previsional
8. Convención Americana sobre Derechos Humanos
9. Convención sobre alimentos en el extranjero

10. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante
11. Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales
12. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
13. Convención sobre Derechos del Niño
14. Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer

ANEXO:

CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS: TRATADOS INTERNACIONALES.

El valor de los tratados internacionales en Chile está asignado en nuestra Constitución Política de la República, que señala en su artículo 5° inciso segundo

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

En materia alimenticia, la Constitución establece parámetros mínimos dentro de los cuales debe desarrollarse este derecho, como son; la adecuada protección a la familia, entendiéndose que protege a todos quienes la integran (eventuales titulares del derecho de alimentos), debiendo a su vez, propenderse al adecuado desarrollo de los menores.

Todo esto queda de manifiesto en el Capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, que en el artículo 1 inciso 1° prescribe que “*las personas*

nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, a su vez el inciso 2° indica que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, el inciso tercero agrega que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Terminando el inciso cuarto con que “es deber el Estado (...) dar protección (...) a la familia, (y) propender el fortalecimiento de ésta...” con todo esto queda claro el rol de protección y fortalecimiento que debe cumplir el Estado frente a las familia y en especial frente a los más débiles integrantes de estos grupos.

Sin embargo, es en el Capítulo III “De Los Derechos y Deberes Constitucionales” en que se establecen de forma concreta una serie de derechos con importancia en materia de alimentos, como son:

- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.³³³ La vida del que está por nacer³³⁴ (artículo 19 número 1°).
- El derecho a la educación (artículo 19 número 10°), la propia Constitución señala que tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona y que son los padres los que

³³³ Ambos derechos son el fundamento primario a la hora de solicitar alimentos.

³³⁴ Este resulta ser el fundamento del derecho de alimentos del nacidurus.

tienen el derecho preferente y el deber de otorgarla a los hijos, siendo obligación del Estado su promoción, a través del financiamiento de un sistema gratuito. Por último hace un llamado a la comunidad, entendiendo que el ser humano es un ser social que se desenvuelve en un determinado entorno que debe promover el desarrollo pleno de las personas.

- La libertad de enseñanza (artículo 19 número 11), dado que los padres dentro de su deber de educar a los hijos pueden escoger el recinto educacional al cual asistirán.³³⁵

OBLIGACION ALIMENTICIA INTERNACIONAL

Esta consagrada en diversos tratados, a continuación pasaremos a revisar aquellos instrumentos internacionales de los que Chile es parte:

Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.

Constituye el primer instrumento jurídico internacional que reguló de manera específica el derecho de alimentos. En su artículo 67 dispone que “*se sujetaran a la ley personal del alimentado el concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extinción de este*

³³⁵ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés Ob.cit. págs. 35-40

derecho.” A su vez el artículo 68, del mismo cuerpo normativo, señala que “son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía reducción y aumento, la oportunidad en que se deben y la forma de pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho”

Convención sobre obtención de alimentos en el extranjero.

En este tema tenemos la convención de Nueva York, del 20 de junio de 1956, ratificada por Chile y publicada en el Diario oficial el 23 de enero de 1961,³³⁶ cuyo objetivo fundamental es obtener el pago de pensiones alimenticias, por parte del alimentante que se encuentre en cualquiera de los países que ha suscrito la convención.

Titulares de la acción de petición de alimentos

- a) El hijo menor de edad a su padre o madre, representado por un adulto.
- b) Un hijo mayor de edad, que se encuentra estudiando, hasta que termine los estudios y en todo caso, hasta que cumpla los 28 años de edad.

³³⁶ VODANOVIC HAKLIKCA, Antonio, ob. Cit. Pág. 11

- c) Un cónyuge al otro, cuando el primero demuestra tener necesidades económicas graves y el segundo tiene una situación económica suficiente para cooperar³³⁷

Solo puede ser demandado quien tenga residencia legal en el extranjero, además debe conocerse el domicilio del demandado. En caso de que el demandado viva en un país que no ha suscrito la Convención la única forma de obtener la pensión alimenticia será interponer la demanda en Chile y notificar, vía exhorto internacional al demandado.

Procedimiento para obtener el cumplimiento

Esta convención establece dos procedimientos, el primero de ellos regulado en los artículos 1° al 6°. Según indica el artículo 2 de la Convención, cada país contratante debe designar una Autoridad Remitente y una Institución Intermediaria, en nuestro caso ambos roles son cumplidos por la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana.

Como Autoridad Remitente, debe enviar las solicitudes de pensión alimenticia al país donde se encuentre el alimentante, en un expediente con todos los documentos y datos necesarios para que la Institución Intermediaria de ese país trámite la solicitud. A su vez la, Oficina Internacional de la

³³⁷ LÓPEZ DÍAZ, Carlos ob. cit. Pág. 767

Corporación de Asistencia Judicial, operando como Institución Intermediaria, recepciona desde el extranjero solicitudes en contra de personas radicadas en Chile y en este caso debe iniciar los procesos pertinentes con el objeto de obtener la pensión alimenticia pretendida, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, pudiendo inclusive transigir, o si es necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial.

El segundo procedimiento es el establecido en el artículo 7° que opera mediante exhorto internacional.³³⁸

En cuanto al derecho pertinente, debe aplicarse el del Estado requerido en conformidad a las leyes de procedimiento y leyes sustantivas y el propio Derecho Internacional privado, conforme al principio *lex fori*.³³⁹

Existen, a su vez, una serie de convenciones celebradas a nivel internacional que no han sido ratificadas por Chile, que a continuación enuncio:

- i. La “Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias hacia los Menores” aprobada por la Haya, el 24 de octubre de 1956

³³⁸ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit. Pág 30

³³⁹ MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, Derecho Internacional Privado, universidad Internacional SEK, Santiago de Chile, año 2005, Pág.230

- ii. La “Convención sobre la Obtención de Obligaciones Alimentarias” suscrita en Oslo el 23 de marzo de 1962
- iii. La “Convención sobre la ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias” celebrada en la Haya el 02 de octubre de 1973
- iv. La “Convención relativa al Reconocimiento y Ejecución de las Decisiones en materia de Obligaciones Alimentarias hacia los Menores” acordada en la Haya el 2 de octubre de 1973
- v. La “Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias” suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989³⁴⁰

“Convención Americana sobre Derechos Humanos”, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”

Acordada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, fue suscrita y ratificada por Chile en 1990, promulgándose en el Diario Oficial el 23 de agosto, publicándose en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991.

Tal como en los otros Pactos Mencionados, en éste se consagra el principio de no discriminación por motivo alguno, el derecho a la vida, el respeto a la honra de las personas y a su dignidad, el derecho a la protección de la familia por la sociedad y el Estado, el respeto a los hijos sobre la base única de su interés superior, su derecho a la igualdad, el derecho a la protección de los

³⁴⁰ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Ob. Cit. Pág. 30

niños por parte de sus familias, la sociedad y el Estado³⁴¹. Todos derechos que puede relacionar con el deber alimentario.

Entre las normas que destacan en materia de alimentos encontramos:

Artículo 7° número 1 toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Número 7 *“Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”*

Artículo 12° número 4: *“Los padres, y en su caso, los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*

Artículo 17° número 1 *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*

Artículo 17° número 4 *“Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se*

³⁴¹ SCHMIDT HOTT, Claudia, Ob. Cit. págs. 33-34

adoptaran disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la única del interés y conveniencia de ellos”

Artículo 17° número 5 *“La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*

Artículo 19° *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*

“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”

Adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas en 1966, ratificado por nuestro país el 10 de febrero de 1972, promulgándose por Decreto Supremo N° 326 el 28 de abril de 1989, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de mayo de 1989.

A juicio de la profesora Schmidt este Pacto no resulta menos importante en materia de alimentos, puesto que, deja de manifiesto la amplitud del derecho-deber alimenticio, además de las inconsistencias en la legislación nacional. Reconociéndose en este pacto el derecho de toda persona a un nivel

de vida adecuado para sí y su familia (alimentación, vestido, vivienda... adecuados) y a una mejora continua de las condiciones de existencia, y adicionalmente el disfrute del más alto nivel posible en los aspectos de salud, física y mental y educación, orientado siempre al pleno desarrollo de la personalidad humana y al sentido de su dignidad. Siendo obligación de los Estados el fortalecer el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.³⁴²

Las normas de importancia en materia alimenticia en este caso son las siguientes:

Artículo 2° número 2: *“Los Estados Partes en el presente se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

Artículo 10° *“Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen que 1. Se debe considerar que la familia, es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencias posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna*

³⁴² SCHMIDT HOTT, Claudia Ob. Cit. pág. 32-33

por razón filiación o cualquier otra condición, debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

Artículo 11° número 1 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, inclusive alimentación, vestidos y vivienda adecuados, a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

Artículo 12° “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños...”

Artículo 13° *Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación (...). 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (...) e) se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”

Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1966, fue suscrito y ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972,

promulgándose por el Decreto Supremo número 778 del 30 de noviembre de 1976, publicado el 29 de abril de 1989.

Es en virtud del principio de no discriminación que se perfila el derecho de alimentos en este Pacto, en el cual además se consagran el derecho a la vida, lo que implica que esta sea digna, con ello se busca que se proteja este derecho a una vida digna de los hijos en el caso de ruptura matrimonial, siendo los principales responsables de la protección de los “débiles jurídicos” la familia, la sociedad y el Estado.³⁴³

Las normas pertinentes en materia de alimentos son:

Artículo 18° número 4 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”

Artículo 23° números 1 y 4 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...) en caso de disolución (del matrimonio) se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”

Artículo 24° “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o

³⁴³ SCHMIDT HOTT, Claudia ob. Cit. pág. 31-32

nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”

Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención fue adoptada en 20 de noviembre de 1989 siendo promulgada por el Decreto Supremo número 830 y publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre de 1990.

En esta convención se hace referencia a que en La declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas “... proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”. Agregando que “La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños , debe recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de una comunidad” (...)

Siendo destacable de ello que, esta Convención se basa en tres pilares fundamentales como son:

- i) Que el niño, necesita una protección y cuidados especiales
- ii) Que deben asegurarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin que pueda ser motivo de discriminación alguna para ello. Y

los Estados partes deben tomar las medidas tendientes a asegurar dichos derechos

- iii) Que el interés del niño es un interés superior y que ha de prevalecer, por ende cuando colisione con otros intereses jurídicos y este ha de ser tenido en cuenta por el Estado y por quien tenga al menor a su cuidado.

Existen ciertos intereses que a juicio del profesor Orrego estarían relacionados con el derecho de alimentos.³⁴⁴

- a) Derecho a desarrollarse
- b) Derecho a la salud
- c) Derecho a la seguridad social
- d) Derecho a tener un nivel de vida adecuado (incluyendo los alimentos)
- e) Derecho a la educación
- f) Derecho al descanso y al esparcimiento
- g) Derecho a participar en la vida cultural y artística

Todos estos derechos dicen directa relación con el derecho de alimentos, puesto que son factores comprendidos a la hora de fijación de los mismos y que son elementos fundamentales para el correcto desarrollo de los niños que tienen derecho a recibir por parte de sus familias esta serie de

³⁴⁴ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob cit. Págs. 26-32

derechos. Y tal como lo señala Schmidt son relevantes estos derechos garantizados por dicha convención.³⁴⁵

No es posible obviar que el fin último de esta convención es la protección de los niños que “por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”³⁴⁶ y que con motivo de ello es que esta Convención contiene una serie de derechos a Garantizar y normas sustantivas que resultaría conveniente su consideración a la hora de legislar o impartir justicia por los diferentes Estados.

Por ello cabe destacar los artículos 1, 2, 3, 5, 18, 19, 24, 27.

“Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer”

Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, siendo suscrita en Chile en 1980 y ratificada en 1989, promulgándose y publicándose el mismo año, con fecha 9 de diciembre.

³⁴⁵ SCHMIDT HOTT, Claudia Ob. Cit. Pág. 38

³⁴⁶ CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO, artículo 1º, citado a su vez por, SCHMIDT HOTT, Claudia ob. Cit. Págs.. 36-37

En su preámbulo se señala que “La Carta de Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer”

En este caso la norma más relevante de este tratado en relación al derecho de Alimentos sería a mi juicio:

Artículo 16º: Los Estados Partes adoptaran 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: (...) d) 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; (...) f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela , curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los hijos serán la consideración primordial.”

Por otro lado, tal como lo afirma Schmidh, merece especial referencia lo dispuesto en el artículo 5, según el cual el Estado chileno se encuentra obligado a modificar los patrones socioculturales de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la limitación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de

cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, aspecto relevante en cuanto a que cada vez son más las mujeres jefas de hogar y sostenedoras principales de los hijos. Por ello se estima que debe existir una educación familiar que incluya la comprensión adecuada de la maternidad y de la responsabilidad común entre hombres y mujeres a la hora de educar y promover el desarrollo de los hijos.³⁴⁷

“Así también son de destacar los artículos 10, 11, 12, 13, 14 y 16 que aseguran para la mujer un trato igualitario en la esfera del empleo; de la atención médica; en la vida económica y social; en el ámbito de la supervivencia económica de la familia de la mujer en zonas rurales y el mismo derecho que el progenitor en materias relacionadas con sus hijos, siendo en todo caso, siempre el norte principal de la materia el interés superior de los hijos”³⁴⁸

Esta serie de tratados ratificados por Chile, no hacen más que confirmar la protección a la familia, a los menores y al cónyuge más débil que realiza nuestro ordenamiento jurídico. Tratados que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, que obliga al Estado a respetar y promover los derechos

³⁴⁷ CFR. SCHMIDT HOTT, Claudia. Ob. Cit. Pág. 35

³⁴⁸ SCHMIDT HOTT, Claudia. Ob. Cit. Págs. 35-36

garantizados por los tratados internacionales y ratificados por Chile. “Así, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”. Por su parte el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia” disposición que reitera a su vez el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 17.”³⁴⁹

No debe obviarse el rango con el que quedan en nuestro ordenamiento jurídico estas normas, puesto que al ser tratados internacionales ratificados por Chile y que a su vez consagran derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, prevalecen sobre las normas de derecho interno, siendo estos derechos un límite a la soberanía establecido en la Constitución.

De todo ello, es posible señalar que la obligación alimenticia y la compensación económica se basan en distintos principios de nuestro derecho de familia, como son:

- a) Principio de protección a la familia,

³⁴⁹ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, Artículo Constitución y Familia, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (Santiago, año 2004) Año VIII, Número 8 págs, 27-32 citado a su vez por ORREGO ACUÑA, Juan Andrés ob. Cit. Pág. 41

- b) Principio de protección al matrimonio o a la vida en común, y el sacrificio que ella puede traer para una de las partes, como en el caso de las Uniones Civiles,
- c) Principio al interés superior de los menores; y
- d) Principio de protección al cónyuge más débil.

“de esta forma, la Constitución, los tratados de los que Chile es parte y la legislación vigente, establecen todo un sistema de normas que protegen la familia y en especial, de manera directa o indirecta, a los menores, al cónyuge más débil y a los parientes que formen parte de ella. Dicho sistema, en lo tocante a las normas con jerarquía constitucional, debe ser respetado y aplicado tanto por el legislador, adecuando las normas para materializar los propósitos perseguidos por el moderno ordenamiento jurídico internacional y de los derechos humanos y por el constituyente, como asimismo por el juez, al resolver las contiendas que se sometan a su conocimiento y en las que esté en juego los intereses de los menores, los del cónyuge en situación jurídica y económica más precaria y de los parientes más cercanos que no estén en condiciones de satisfacer su sustento por sí mismos”³⁵⁰

³⁵⁰ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés Ob. Cit. Pág. 42-43

