



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

LA DOBLE REPARACIÓN DEL CÓNYUGE VÍCTIMA EN EL DIVORCIO POR CULPA

LORENZO ARIEL FERES MONTECINOS

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Bracey Robbson Wilson Volochinsky

Santiago, Chile

2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO PRIMERO: EL DIVORCIO SANCIÓN Y LA EXTENSIÓN DEL DAÑO.	4
1. Introducción al Divorcio Sanción	4
2. Análisis de las hipótesis que configuran el del divorcio sanción.....	5
2.1 Causal Genérica:	5
2.2 Causales ejemplares.....	13
3. La extensión del daño en el Divorcio Sanción.	18
4. Cómo entender el daño en el divorcio sanción.....	18
CAPITULO SEGUNDO: LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DENTRO DEL ESTATUTO RESARCITORIO PARA EL CÓNYUGE VÍCTIMA EN EL DIVORCIO POR CULPA.	22
1. Antecedentes Legislativos de la compensación económica.	22
2. Concepto y Marco Regulatorio de la Compensación Económica.	29
3. Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica.	34
3. a) Naturaleza Alimenticia	36
3. b) Naturaleza jurídica resarcitoria	40
3. c) Naturaleza Jurídica Restitutoria.	44
3.d) Naturaleza Jurídica Legal (Compensación Económica como Obligación Legal).	46
3.e) Naturaleza Sui Generis.....	46
3.f) Naturaleza Funcional de la Compensación Económica.....	47
4. Criterios para determinar monto y cuantía en la compensación económica..	49
4.a) <i>La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.</i>	50
4.b) <i>La situación patrimonial de los cónyuges.</i>	50
4.c) <i>La buena o mala fe de los cónyuges.</i>	51
4.d) <i>La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.</i>	55
4.e) <i>La situación de los cónyuges en materia de beneficios previsionales y de salud.</i>	57
4.f) <i>La calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario.</i>	60
4.g) <i>La colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge.</i>	61
CAPITULO TERCERO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL ESTATUTO RESARCITORIO DEL CÓNYUGE VÍCTIMA EN EL DIVORCIO SANCIÓN.	64
1. La indemnización entre cónyuges: Una mirada al derecho comparado.	64
2. La inadmisibilidad de la responsabilidad civil en el derecho de familia.	69
3. La responsabilidad civil como institución compatible con las normas del derecho de familia.	73
3.a) <i>La mutabilidad del Derecho de Familia.</i>	73
3.b) <i>La Supletoriedad del Derecho Civil.</i>	74
3.c) <i>Algunos casos de indemnización de perjuicios dentro del Derecho de Familia.</i>	75

3.d) <i>La ley de violencia intrafamiliar y su régimen especial de responsabilidad</i>	77
4. La admisibilidad de la indemnización por infracción a los deberes del matrimonio por parte de la jurisprudencia.....	82
5. Estatuto aplicable y elementos que configuran la responsabilidad civil en el matrimonio.....	84
5.a) <i>Estatuto aplicable</i>	84
5.b) <i>Elementos que configuran la responsabilidad civil en el matrimonio</i>	85
5.b) i. <i>El Daño</i>	85
5.b) ii. <i>Daño imputable a Culpa o Dolo</i>	87
5.b) iv. <i>La relación de causalidad entre el daño y la culpa o dolo</i>	89
5.b) v. <i>Capacidad Delictual</i>	90
CAPITULO CUARTO: LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DAÑOS ENTRE CÓNYUGES COMO MANIFESTACIÓN DE LA DOBLE REPARACIÓN DEL CÓNYUGE VICTIMA EN EL DIVORCIO SANCIÓN.	91
1. ¿Qué se busca reparar por medio de la Compensación Económica?.....	91
2. ¿Que se busca reparar por medio de la Responsabilidad Civil?	92
3. Compatibilidad de la Indemnización de Perjuicios con la Compensación Económica.....	93
4. Algunos aspectos procesales de la compensación económica y del juicio de responsabilidad civil.	96
4.1 Aspectos procesales de la compensación económica.	96
4.2 Aspectos procesales del juicio de responsabilidad civil.	100
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.	108

INTRODUCCIÓN.

Con fecha diecisiete de mayo del año dos mil cuatro, se promulgó la Ley 19.947, conocida como “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, entrando en vigencia el dieciocho de noviembre del mismo año. Dicho cuerpo legal significó un cambio fundamental en el Derecho de Familia nacional, principalmente, al establecer el divorcio vincular como causal de término del matrimonio, regulando de esta manera una necesidad jurídica que en los hechos y hasta antes de la entrada en vigencia de la ley, era suplida de manera solapada por la nulidad matrimonial, invocándose en la mayoría de los juicios como causal la incompetencia del Oficial del Registro Civil, lo cual empobreció por décadas el acervo jurisprudencial en torno a la institución de la nulidad matrimonial alejándola de su carácter técnico¹ y dejó además en evidencia, la ausencia de mecanismos legales que protegieran la situación patrimonial del cónyuge más débil una vez producida la disolución del matrimonio.

La existencia de una ley que regulara el divorcio vincular trajo aparejado cuestionamientos en cuanto a los efectos sociales que podría tener el término de la relación conyugal, especialmente respecto del cónyuge que dedicó su vida al cuidado de la familia y el hogar en común. Frente a esta situación, el legislador introdujo la Compensación Económica, institución hasta ese entonces nueva en el derecho de familia, que vino a regular los efectos económicos que pudiese acarrear la disolución del matrimonio en el cónyuge más débil, considerándose como tal aquél que se ve perjudicado con la extinción del estatuto protector del

¹ Como ha señalado la profesora Andrea Muñoz al suprimir la causal de nulidad consistente en la incompetencia del oficial del Registro Civil, e introducir el divorcio como causal de disolución del matrimonio, se recupera el carácter técnico que posee la nulidad, conforme al cual, los tribunales deben verificar si el vínculo matrimonial es válido o, por el contrario, adolece de un vicio de nulidad. Disponía el antiguo artículo 31 de la Ley de 1884 que era nulo el matrimonio que no se celebrara ante el oficial del Registro Civil competente. Recordemos que era tal, el del domicilio de cualquiera de los contrayentes o de su residencia de tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (artículo 9 de la ley de 1884). Hoy, es competente cualquier Oficial Civil de los que ejerzan su cargo, en el territorio nacional.

matrimonio. Tratándose en consecuencia de una aplicación del principio consagrado en el artículo 3º, inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil.²

Desde la entrada en vigencia de la LMC hasta la fecha, la Compensación Económica se ha transformado en un mecanismo compensatorio que ha resultado ser eficaz en determinadas situaciones, pero ha sido frecuentemente utilizado por aquellos que la invocan como un método resarcitorio o incluso indemnizatorio, confundiendo la naturaleza jurídica y los fines propios para la cual el legislador creó dicha institución.

La jurisprudencia por medio de la argumentación de sus fallos, se ha visto en la necesidad de orientar hacia el cause jurídico correcto sus decisiones cada vez que el demandante invoca con atisbos indemnizatorios grandes montos de dinero por concepto de Compensación Económica.

Teniendo en consideración estos hechos, resulta imperioso responder las interrogantes que surgen frente al obstinado ejercicio de accionar buscando la reparación de daños producidos por un cónyuge a otro.

Estos hechos plantean una serie de interrogantes: ¿Puede tener cabida la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia y más concretamente en el divorcio?, ¿Es compatible solicitar la Compensación Económica conjuntamente con una indemnización de perjuicios?

Las respuestas a estas preguntas no son sencillas. Nuestra legislación sin embargo parece prescindir de norma en contrario dejando abierta una puerta que los Tribunales de Justicia se han encargado de cerrar, oponiéndose a compatibilizar estas instituciones con argumentos que en la mayoría de las

² Artículo 3º Ley N°19.947, establece nueva ley de matrimonio civil. Fecha Publicación: 17 de mayo de 2004: *“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”*.

ocasiones, escapan de lo jurídico o se disuelven en evasiones formales, omitiendo una pronunciación de fondo sobre el asunto.

El presente trabajo tiene por objeto otorgar posibles respuestas a estas interrogantes, mediante el análisis de dos figuras jurídicas: La Compensación Económica y la Responsabilidad Civil, ambas constituyen el estatuto resarcitorio aplicable a la reparación ya sea del menoscabo económico o del eventual daño sufrido por uno de los cónyuges como consecuencia del término del matrimonio.

El tratamiento de la responsabilidad civil en este trabajo se realiza desde la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios por parte del cónyuge víctima en el divorcio por culpa o también denominado divorcio sanción. Debido a que sólo bajo dicha figura se produciría un daño provocado por una falta imputable a otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. De esta manera la falta autorizaría al cónyuge inocente para solicitar el divorcio ante los tribunales de justicia, de tal manera que, en un mismo hecho podrían compatibilizarse ambas instituciones dándose la hipótesis de la doble reparación del cónyuge víctima.

CAPITULO PRIMERO

EL DIVORCIO SANCIÓN Y LA EXTENSIÓN DEL DAÑO.

1. Introducción al Divorcio Sanción

Nuestra legislación contempla el divorcio por culpa, culposo o también llamado por la doctrina divorcio *sanción*. Concebido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona gravemente la vida familiar. De ahí su denominación “*sanción*”, en oposición al divorcio “*remedio*” o también llamado divorcio “*solución*” que es aquel divorcio que se acepta como solución a una crisis proveniente de la ruptura de la armonía conyugal³, de tal forma que este tipo de divorcio viene a “remediar” una situación de hecho que existe y es innegable, la que en nuestro derecho se presenta en dos vertientes: El divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio unilateral.

Respecto al divorcio sanción, existen autores que también realizan una distinción entre: a) divorcio por causales taxativas (sistema cerrado), y b) divorcio por causales genéricas llamadas también inculpatorias o de sistema abierto.⁴

El artículo 54 de la LMC establece las causales del Divorcio por culpa, señalando una causal genérica en su inciso primero el que indica:

Artículo 54 .- El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges por falta imputable a otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

³ RAMOS Pazos, René, Derecho de Familia Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. 106p.

⁴ Id.

A continuación dentro del mismo artículo en su inciso segundo la ley se encarga de enumerar ciertos hechos por los cuales se incurre en dicha causal, hechos que no deben entenderse taxativos, sino sólo enunciativos por cuanto el legislador utilizó la frase “*entre otros casos*” para referirse a los mismos. De ahí que se entienda que esta disposición señala en su inciso primero, una causal genérica, y en el inciso segundo, causales ejemplares, es decir, sólo algunos casos en que se incurriría en ésta causal general.

2. Análisis de las hipótesis que configuran el del divorcio sanción

2.1 Causal Genérica:

2.1 a) La Imputabilidad: Falta Imputable al otro cónyuge.

La imputabilidad implica un juicio de atribución de una conducta que puede ser una acción u omisión. Cuando se habla de falta imputable a otro, se hace referencia a la atribución subjetiva del dolo o culpa, no bastando la mera existencia de falta, que se traduciría en un daño, sino que esa falta debe ser susceptible de ser atribuida a uno de los cónyuges por medio de su dolo o culpa. Esta exigencia como es lógico presupone además capacidad. El diccionario de la Real Academia define “*falta*” entre una de sus acepciones más consistentes con este punto en particular, como “[...] *el quebrantamiento de una obligación, [...]*” obligaciones que serían las establecidas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.⁵

Uno de los problemas que puede surgir por la naturaleza misma de la comunidad de vida del matrimonio sucede cuando la falta es imputable a ambos cónyuges. Un sector de la doctrina señala que en caso que la falta sea imputable a ambos, el divorcio debiera proceder sin más, por cuanto al ser el matrimonio un contrato de familia no es aplicable el principio del derecho común conocido como

⁵ Diccionario de la Lengua Española (DRAE) [en línea] Madrid, vigésima segunda edición, Real Academia Española, 2014 [Consulta 20 de Agosto de 2014] < <http://lema.rae.es/drae/?val=Falta>>.

“mora purga la mora”. Principio que se aplica en los contratos bilaterales según el cual ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.⁶

El criterio de la jurisprudencia parece ser más estricto. La Corte de Apelaciones de Santiago en una sentencia de julio de 2010 señala: “[...] *Que, en consecuencia, la prueba aportada no resulta suficiente para dar por establecida la causal de divorcio invocada, ya que no es posible determinar si los hechos de violencia que se han hecho constar en el juicio son imputables en forma exclusiva a la cónyuge demandada, o si ésta también ha sido víctima de maltrato físico o psicológico, o de otros incumplimientos de las obligaciones conyugales de parte de su marido, que pudieren haber propiciado la situación de conflicto que se observa[...]*”.⁷ Esto nos lleva a pensar que se ha adoptado un criterio imperativo en el cual la falta debe ser imputable sólo a uno de los cónyuges.

El “*problema de la culpa compartida*” como lo llamaré en este trabajo tiene interesantes efectos procesales, sobre todo cuando uno de los cónyuges solicita la Compensación Económica, por lo que será un tema recurrente al tratar dichas materias y se analizará con mayor profundidad en el capítulo que trata la compatibilidad entre la Compensación Económica y la Responsabilidad Civil.

2.1 b) Que dicha falta constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges, o una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos.

No basta con la existencia de la falta sino que dicha falta debe constituir una violación grave a los deberes y obligaciones que se indican. Si bien el

⁶ LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Manual de derecho de familia y tribunales de familia, Librotecnia, Santiago (2004), 177p.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol: 36-2010, 21 de julio de 2010. Considerando duodécimo.

legislador no definió que se debe entender por gravedad, si otorgó orientación, o directrices precisamente en el inciso segundo al establecer las causales ejemplares, el juez deberá guiarse por criterios similares a los que implica cada causal para definir la gravedad de la falta. Un sector de la doctrina señala que cuando se afectan los deberes y obligaciones al punto de trastornar la vida en común, socavar los afectos o bien alterar la vida normal de la pareja o hijos, o sea cuando la falta implique un grado de trastorno difícilmente recuperable, se puede afirmar que estamos en presencia de una falta grave.⁸ El profesor Barrientos señala respecto a este punto que *si bien la ley no ha precisado lo que ha de entenderse por la gravedad de la violación, pareciera que esta nota esencial para que concurra la causa de divorcio ha de ligarse necesariamente al efecto que la misma ley vincula a ella, a saber, 'que torne intolerable la vida en común', circunstancia ésta que habrá de ponderar el juez en el marco que le fija el inciso 2° del artículo 3 de la LMC*⁹. Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que, se llega a la conclusión de que “[...] lo relevante para constituir la causal de divorcio aludida, es la gravedad de la situación, que torne intolerable la vida en común[...]”.¹⁰

Los deberes que comprende la norma citada son a) el deber de fidelidad (art. 131 C. Civil); b) el deber de socorro (arts. 131 y 134 C. Civil); c) el deber de ayuda mutua o asistencia (art. 131 C. Civil); d) el deber de respeto recíproco (art. 131 C. Civil); e) el deber de protección recíproca (art. 131 C. Civil); f) el deber de vivir en el hogar común (art. 133 C. Civil); g) el deber de cohabitación; y h) el deber de auxilio y expensas para la litis . Debe tratarse además de deberes jurídicos, no correspondiendo fundar la infracción en deberes morales o religiosos.

⁸ LÓPEZ Díaz (2004) , ob, cit, 177-178.pp.

⁹ BARRIENTOS Grandon, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, María de Arranzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno: ley n° 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2004. 365p.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Rol 7843-2008, 19 de enero de 2009.

2.1 b) i) El deber de fidelidad

Se define por el C.C en su artículo 131 de la siguiente manera: Los cónyuges están obligados a guardarse fe (...).¹¹ El artículo 132 (texto dado por la Ley No 19.335 y modificado por la Ley N° 19.422) expresa que "el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé" y agrega que "cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge". El adulterio trae aparejadas además las sanciones de ser causal de separación judicial salvo que exista previa separación de hecho entre los cónyuges, y la opción de que la mujer en sociedad conyugal pueda pedir la separación judicial de bienes, en conformidad al artículo 155 inciso 2º del CC.

El legislador históricamente ha sido más riguroso con la mujer que con el marido en lo que se refiere al adulterio. Antes de la promulgación de la Ley N° 18.802 de 1989, el artículo 171 del Código Civil, hacía perder a la mujer que cometía adulterio sus derechos en los gananciales. Hasta el año 1994 fecha en que entró a regir la Ley No 19.335, existía un trato discriminatorio y desigual en materia penal, pues de acuerdo al artículo 375 del Código Penal, cometía delito de adulterio la mujer casada que yacía con varón que no era su marido y el que yacía con ella sabiendo que era casada. En cambio, el varón casado que yacía con mujer soltera o con mujer casada ignorando que lo era, no incurría en adulterio penal. La ley 19.335 suprimió el adulterio como delito penal, derogando los artículos 375 al 381 del Código.

¹¹ Para un sector de la doctrina, significaría no tener relaciones sexuales con terceros, no cometer adulterio. (Ver RAMOS Pazos René, op.cit 143p).

2.1 b) ii) El deber de socorro

Establecido en los artículos 131 y 321 del Código Civil, el primero señala que los cónyuges están obligados a socorrerse y el segundo indica, que los cónyuges se deben alimentos entre sí. De tal manera que ambas figuras constituyen el deber de socorro, incluso tienden a confundirse, pese a que existen opiniones de la doctrina que señalan claras diferencias entre uno y otro.¹² La forma de proporcionar alimento variará de acuerdo a la situación jurídica en la que se encuentren.¹³ La infracción al deber de proveer alimentos autoriza para demandar de alimentos al otro cónyuge.

¹² En este sentido Antonio Vodanovic Heklicka, señala como diferencias que 1) La obligación de socorro nace del vínculo matrimonial; la de alimentos del estado de necesidad; 2) La obligación de alimentos se genera en un estado anormal, en que marido y mujer viven separados; lo contrario ocurre con el deber de socorro; 3) las prestaciones de socorro se cumplen día a día, automáticamente; los alimentos, a requerimiento del necesitado y en forma periódica; 4) El contenido de la obligación de socorro es más amplio, porque tiende a satisfacer todas las exigencias de la vida que la capacidad económica de los cónyuges lo permita. En cambio los alimentos presuponen el estado de necesidad y se hallan limitados a cuanto es necesario para la mantención del alimentado habida consideración de su posición social; 5) El socorro se presta generalmente en especie (comida, vestuario, habitación, ayuda médica); en cambio, los alimentos, en la mayoría de los casos, se pagan en dinero (VODANOVIC H Antonio. Derecho de Alimentos, 4a edición, Edit. LexisNexis, 2004, N° 39, pp. 34-g5). [Citado de RAMOS Pazos René, *Derecho de Familia Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007].

René Ramos agrega que una consecuencia de ser diferentes socorro y alimentos es que no rige para el socorro la limitación del 50% de las rentas del alimentante, que, para los alimentos, establece el artículo 7° de la Ley :14.908, ni la posibilidad de apremios. Cita. *Ibidem*.

¹³ Si se encuentran casados en Sociedad conyugal el marido debe proporcionar alimentos a la mujer, lo que hará con cargo a la sociedad conyugal, ya que el artículo 1740 N° 5 señala que la sociedad es obligada al mantenimiento de los cónyuges; Si están separados de bienes o casados en régimen de participación en los gananciales. En estos casos, los artículos 134 y 160 regulan la forma como ellos deben atender a las necesidades de la familia común. La primera de estas normas señala que "El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie"; Si están separados judicialmente. Opera el artículo 175: "El cónyuge que haya dado lugar a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación; pero en este caso el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él"; Si se encuentran separados de hecho. Rige en su integridad al artículo 160 del Código Civil, recién transcrito; Si se ha anulado el matrimonio cesa la obligación de prestarse alimentos, aunque el matrimonio hubiere sido putativo; Si están divorciados caso en que cesa la obligación alimenticia (art. 60 de la Ley).

2.1 b) iii) Deber de ayuda mutua.

Consiste en los cuidados personales y constantes que los cónyuges se deben recíprocamente. Este deber abarca "*todo lo que pudiéramos llamar el lado negativo de la vida: miserias, desgracias, enfermedades*".¹⁴ Este deber está consagrado en el artículo 131 del Código Civil. Su incumplimiento autoriza para pedir la separación judicial de bienes (Art. 155), solución aparentemente extraña tratándose de una situación eminentemente moral, pareciendo injustificada o poco lógica una sanción de contenido patrimonial.

2.1 b) iv) Deber de respeto recíproco

Los cónyuges tienen la obligación recíproca de guardarse respeto. Así lo menciona el artículo 131 inciso 1° del C.C. Esto fue introducido con la modificación de la Ley 18.802, a su vez el incumplimiento por parte del marido autoriza a la mujer a pedir la separación de bienes (artículo 155 inciso 2° del CC).

2.1 b) v) Deber de protección recíproca

El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos". El incumplimiento por parte del marido autoriza a la mujer para solicitar la separación judicial de bienes (155 inciso 2°). El incumplimiento grave de este deber en términos que torne intolerable la vida en común, puede llegar a constituir una causal de separación judicial (art. 26 de la Ley de Matrimonio Civil).

2.1 b) vi) Derecho y Deber a vivir en el hogar común.

El artículo 133 señala": Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo". Este precepto tiene la particularidad de ser un deber y un derecho a la

¹⁴ PUIG Peña, Federico: ob. cit., pág 222. Citado por RAMOS Pazos, René: ob. cit., 140p.

vez para los cónyuges. La sanción en caso de incumplimiento de esta obligación es un tema que genera interés en la doctrina, teniendo en cuenta que ninguno de los cónyuges puede obligar al otro a vivir con el bajo el mismo techo. Emplear medios coercitivos como el auxilio de la fuerza pública, para cumplir este fin, importarían un apremio personal no autorizado expresamente por la ley, contrario a la libertad individual de cada persona. Además de ser impracticable en los hechos.

Resulta interesante a este trabajo que cierta jurisprudencia francesa ha establecido que el cónyuge incumplidor debe pagar una indemnización de perjuicios e incluso puede ser condenado a una multa diaria de carácter coercitivo que ha de ser pagada hasta tanto se integre al hogar común.¹⁵ Para René Ramos No es buena esta solución, ya que sería difícil precisar el monto de los perjuicios.

Pese a todo es indudable que el incumplimiento de este deber puede llegar a constituir causal de divorcio, lo ratifica el mismo art. 54 N°2 que establece como causal de divorcio "el abandono continuo o reiterado del hogar común". El artículo 133 del Código Civil, en su parte final, contempla una excepción a vivir en el hogar común: "[...] salvo que a alguno de ellos le asistan razones graves para no hacerlo [...]".

La ley no precisa cuales serían estas razones, por lo que es el juez quien deberá ponderar las circunstancias en cada caso, por ejemplo por trastornos psiquiátricos que pudiera padecer un cónyuge y la agresividad que de ellos pudiera derivarse.¹⁶

2.1 b) vii) Deber de cohabitación.

Cohabitar supone la obligación que tienen los cónyuges de mantener relaciones sexuales entre sí. Su incumplimiento puede llegar a constituir una

¹⁵ RAMOS Pazos, René: op. cit., 140p.

¹⁶ Id.

causal para demandar la separación judicial (art. 26 inciso 1 °) y el divorcio (art. 54 No 2).

2.1 b) viii) Auxilios y expensas para la litis

El artículo 136 del Código Civil señala “Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes.” Esta norma regula dos situaciones distintas: a) La obligación de proporcionarse los cónyuges auxilio necesario para accionar y defenderse judicialmente y b) la obligación que tiene el marido casado en sociedad conyugal de otorgar expensas para la litis a su mujer.

La diferencia entre ambas radica en que la primera se ha entendido por la doctrina no como el suministrar expensas para la litis sino que colaborar con otro tipo de auxilio como la obtención de medios de prueba para el proceso, en el segundo caso existiendo sociedad conyugal y aunque el juicio lo siga la mujer contra el marido éste le debe expensas para la litis, a menos que ella tenga bienes suficientes bajo su administración.

2.1 c) La intolerabilidad de la vida en común como consecuencia de la infracción de deberes.

El legislador exige que la conducta contraria a los deberes sea tal que haga intolerable la vida en común. Nos encontraríamos ante un elemento valorativo y no objetivo como sucede en el divorcio por cese de convivencia.

La doctrina estima que este elemento debe ser evaluado por el juez discrecionalmente, en el caso concreto evitando así que uno de los cónyuges abuse invocando cualquier causal para que se decrete el divorcio.¹⁷

2.2 Causales ejemplares.

2.2 a) Art. 54 n° 1: Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

Esta causal resulta ser la más invocada ante los Tribunales de Justicia para solicitar le divorcio culposo, fundándose en el ámbito de la violencia intrafamiliar, utilizándose dentro de los medios de prueba documental tanto certificados médicos como sentencias ejecutoriadas por VIF.

En esta causal es necesario distinguir por una parte el atentado a la vida y por otra los malos tratamientos graves. Un Sector de la doctrina opina que respecto del primero basta que se produzca una sola vez para que se configure la causal, pero respecto del segundo la ley exige reiteración¹⁸, otro sector discrepa de este criterio.

En la configuración de esta causal se ven afectados derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la dignidad y el honor de la persona. Esta falta se relaciona además de manera directa con el deber de respeto y protección recíprocos entre cónyuges. Deberes que configuran la comunidad de vida esencial del matrimonio.

2.2 b) Art. 54 n° 2: Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio.

¹⁷ LÓPEZ Díaz, (2004), op. Cit 187 p.

¹⁸ *Ibíd*em 271p.

El legislador en esta causal exige gravedad en la conducta y reiteración. Exigencias que son consideradas por parte de la doctrina como arbitrarias.¹⁹ Otro inconveniente que surge al aplicar este numeral es si deben trasgredirse los tres deberes en forma copulativa o bastaría trasgredir solo uno de ellos.

La Jurisprudencia se ha mostrado divergente en este punto. En un fallo de fecha 14 de mayo de 2007, la Corte de Apelaciones de Rancagua, señaló que “ [...] *Deben ser los tres de forma copulativa indicando que es preciso consignar que la causal exige una trasgresión en forma copulativa a los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, de modo que la ausencia frecuente del hogar común por determinados periodos no constituye, por sí solo, un atentado serio a tales deberes [...]*”.²⁰ La Corte de Apelaciones de Chillán que señala que “[...] *cabe tener presente que el abandono continuo o reiterado está asociado a la idea de una repetición de casos en que uno de los cónyuges deja el hogar común, regresando a él con mas o menos frecuencia [...]*”²¹ Por otro lado, se encuentra la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la cual revocando un fallo y acogiendo el divorcio en el que se invocaba solamente la infracción al deber de socorro, sentenció al respecto que “[...] *estos sentenciadores concuerdan plenamente con lo informado por la señora Fiscal Judicial en orden a que el demandado ha incurrido en la causal de divorcio establecida en el N° 2 del artículos 54 de la Ley N° 19.947, al no haber proporcionado durante la vigencia del matrimonio, los recursos económicos necesarios para la manutención de su familia, por lo que se acogerá la acción de divorcio interpuesta[...]*”.²²

¹⁹ FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Separación y divorcio: causales y efecto, Facultad de derecho Universidad Diego Portales, Santiago, (2006). 90 p.

²⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol: 1236-2006, 14 de mayo 2007. Considerando séptimo.

²¹ Corte de Apelaciones de Chillán, Rol: 82-2008, 10 de noviembre 2008, Considerando tercero.

²² Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol: 778-2007, 7 de enero de 2008. Considerando tercero.

2.2 c) *Art. 54 n° 3: Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.*

Los crímenes y simples delitos consagrados en el Código Penal a los que hace referencia este numeral son los del Título VII , contra el orden de las familias y contra la moralidad pública dentro de los cuales encontramos el delito de aborto, abandono de niños y personas desvalidas, la violación, el estupro, incesto y raptó, la corrupción de menores, el ultraje público a las buenas costumbres entre otros. También los del Título VIII aquellos crímenes y simples delitos contra las personas, dentro de estos se encuentran el homicidio, infanticidio, las lesiones, el duelo, etc.

Una condena por estos crímenes y simples delitos debe entenderse ejecutoriada, cuando el proceso penal haya concluido con una sentencia ejecutoriada condenatoria.²³ En lo que dice relación a la comisión, el Código Penal señala en su artículo 14 son responsables criminalmente de los delitos: (i) los autores; (ii) los cómplices; (iii) los encubridores'. La voz 'comisión', implica 'cometer', se extendería solamente a los autores (artículo 15), pero no a los cómplices (que cooperan a la ejecución del hecho por los actos anteriores o simultáneos, artículo 16) ni a los encubridores (artículo 17, todos del Código Penal).²⁴ Por último, la condena ejecutoriada, debe conllevar una alteración o ruptura de la armonía conyugal.²⁵

²³ BARRIENTOS Grandon, Javier y NOVALES ALQUÉZAR (2004). Op.cit. 371p

²⁴ LÓPEZ Díaz, (2004), op. Cit 272-273 p.

²⁵ *Ibidem*.

2.2 d) Art. 54 n° 4: Conducta Homosexual.

El legislador tipificó en este numeral la conducta homosexual. El precepto legal no hace referencia a una relación homosexual o a la mera inclinación. Según el diccionario de la Real Academia Española RAE, la palabra “conducta” se define como *la manera en que los hombres se comportan en su vida y acciones*.²⁶ Entonces sería ésta sola forma de comportarse por uno de los cónyuges lo que habilitaría al otro a solicitar el divorcio, sin necesidad de comprobar la existencia de una relación amorosa de por medio. Aunque parte de la doctrina opina que estas conductas deben ser obligatoriamente de connotación sexual.²⁷

El profesor Carlos Peña, ha señalado que en este caso el legislador parte de la concepción de que la homosexualidad constituye una opción, y que como tal es susceptible de valorarse bajo un criterio normativo. Se entra así en la delicada cuestión de si la inclinación sexual es una condición con la que se nace o una opción, aún no resuelta por las ciencias en cuyos dominios es susceptible de ser tratado el asunto, siendo el criterio utilizado por el legislador poco aconsejable en cuanto deja zanjado normativamente un tema aún abierto para la ciencia.²⁸ Siguiendo esta línea de pensamiento, se plantea un cuestionamiento importante a la hora de determinar si existe un daño indemnizable por la sola conducta homosexual del sujeto, si justamente ésta conducta no corresponde a una opción sino a una condición biológica que escapa a su voluntad, no cumpliéndose con esto los presupuestos básicos necesarios para la determinación de un delito civil, elementos que se analizarán en capítulos posteriores de este trabajo.

²⁶ Diccionario de la Lengua Española (DRAE) [en línea] Madrid, vigésima segunda edición, Real Academia Española, 2014 [Consulta 20 de Agosto de 2014] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conducta>.

²⁷ ILLANES Valdés, Alejandra. El divorcio: sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, en Vidal, A. (coord.) El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004), Editorial jurídica de Chile, Santiago (2006). 176 p.

²⁸ PEÑA González, Carlos. Seminario Nueva ley de Matrimonio Civil. Revista del Abogado S.A., Santiago, 2004.

Otros autores señalan que es una causal superflua e innecesaria porque, según ellos, el lugar de la homosexualidad en sede matrimonial no es el divorcio sino la nulidad, en efecto cuando la homosexualidad es anterior al matrimonio, podría hacer configurar la causal de nulidad del error en la persona, pero no la de divorcio.²⁹

2.2 e) *Art. 54 n°5: Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.*

Se puede apreciar en esta causal que el legislador nuevamente opta por valorar normativamente conductas en que la voluntariedad del sujeto es difusa, en este caso desde un prisma distinto, ya que por la medicina tanto al alcoholismo como a la drogadicción son consideradas patologías.³⁰ El mismo problema mencionado con anterioridad surge a la hora de abordar los requisitos que configurarían el delito, el daño y la consecuente indemnización de perjuicios.

2.2 f) *Art.54 n° 6: Tentativa de prostituir al otro cónyuge o a los hijos.*

Esta causal encuentra un antecedente directo en los N° 4 y 13° del artículo 21 de la LMC de 1884, estableciéndose la procedencia del divorcio perpetuo por la tentativa de prostituir al otro cónyuge. Resulta interesante porque lo que se sanciona es la tentativa, es decir un acto preparatorio en si mismo, pero que a su vez se debe haber comenzado a ejecutar, constituye uno de los atentados más graves al deber de protección y respeto que se deben los cónyuges y al deber de cuidado y protección que le deben a los hijos.

³⁰ El alcoholismo es una enfermedad crónica caracterizada por una tendencia a beber más de lo debido y aceptado socialmente, intentos infructuosos de dejar la bebida, y mantenimiento de la costumbre a pesar de las diversas consecuencias sociales y laborales. La drogadicción es, por su parte, la dependencia física y psicológica intensa a las drogas, esto es, narcóticos que en razón del desarrollo de la tolerancia, deben administrarse en dosis continuas cada vez mayores, y con profundos efectos psicológicos y sociales. Manual Merk, pp. 472 y 476. Citado por LOPEZ Díaz, Carlos, op, cit., p. 276

3. La extensión del daño en el Divorcio Sanción.

Es claro que el divorcio en cualquiera de sus figuras, puede generar una alteración del ámbito patrimonial a los cónyuges que se traduce por ejemplo en la pérdida del derecho de alimentos o del derecho hereditario, o la misma disolución de la sociedad conyugal. Todas estas situaciones ocasionan un menoscabo económico, sin embargo para atenuar esta condición de eventual desequilibrio patrimonial el legislador contempló ciertos mecanismos. Es así como, en el caso de la sociedad conyugal podemos encontrar soluciones a estos desequilibrios en sus reglas de partición, lo propio sucede con la Compensación Económica si ese menoscabo obedece a haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado del hogar o de los hijos, sin haber podido desarrollar una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida de lo que quería y podía.

Se debe aclarar por tanto, que no en todos los casos en que exista un daño patrimonial o menoscabo se podría demandar una indemnización, ya que existen otras instituciones del derecho que actúan amparando a este cónyuge, tratando de resarcir el menoscabo, y además por una razón de fondo que consiste en que el cónyuge víctima tiene una opción de seguir gozando de los beneficios patrimoniales que el estatuto protector del matrimonio le ofrece, a pesar de que la vida en común se vea interrumpida, esta opción es la separación judicial, por el contrario, si el cónyuge inocente optó por el divorcio, la LMC en su artículo 60 dispone claramente el fin de las obligaciones y derechos de carácter patrimonial.

4. Cómo entender el daño en el divorcio sanción.

El Código Civil no contiene una definición de daño. La doctrina ha dado respuesta a esta situación señalando que daño es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, o la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial, siempre que estos sean lícitos y aunque la pérdida disminución o

detrimento recaiga sobre un derecho de la víctima.”³¹ La opinión dominante es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima. La jurisprudencia se ha inclinado en este sentido, fallando que “daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”³².

Conforme al artículo 2329, "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta". De manera que el incumplimiento grave de las obligaciones matrimoniales que causa la separación o el divorcio sólo será indemnizable cuando produce un daño reparable.

Teniendo en cuenta estos conceptos se puede decir que el daño originado en el divorcio sanción es aquella pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que experimente el cónyuge inocente, en su persona y bienes, o la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial generado como consecuencia de un hecho ilícito constitutivo de causal de divorcio, dichas causales, en su mayoría son hechos ilícitos, en tanto suponen una violación de los deberes del matrimonio y a su vez dan lugar a una sanción civil, cual es el divorcio. Su violación genera un daño, que debe ser indemnizado conforme el artículo 2329. De esta forma aunque el contenido del deber de indemnizar sea extrapatrimonial, debe existir una apreciación patrimonial del daño.

³¹ *Ibidem*.

³² Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, citando a MAZEAUD para fundar esta posición (RDJ, Tomo LXX, sec. 4^a, pág. 65). Existen numerosas sentencias que se pronuncian en el mismo sentido. A modo ilustrativo pueden consultarse las siguientes: Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, que define el daño como “la violación de un interés legítimo” (RDJ, Tomo LI, sec. 1^a, pág. 488); Corte Suprema, 6 de noviembre de 1972, en la que se ha fallado que la responsabilidad civil “se origina en la transgresión de una norma jurídica que afecte al interés de una determinada persona” (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4^a, pág. 181); Corte Suprema, 10 de agosto de 1971, que ha resuelto que daño “según el diccionario de nuestra lengua, es «el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien»” (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4^a, pág. 168); y, Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954, en la se indica que “la palabra daño comprende, según el Diccionario de la Lengua, el perjuicio, dolor o molestia que se causa, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que comprende, a más del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial, que se ocasione por un acto ajeno” (RDJ, Tomo LI, sec. 4^a, pág. 182).

Al atentar por ejemplo contra la vida o inferir malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge, se lesiona gravemente un derecho subjetivo inherente a toda persona humana, como lo es el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, lo mismo sucede respecto de la trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio, lesionándose el derecho a la fidelidad en el adulterio; o generándose un daño en el abandono voluntario y malicioso del hogar, donde se lesiona el derecho a la cohabitación y asistencia, etc.

El incurrir en alguna de las causales ejemplares descritas en el artículo 54 de la LMC analizadas anteriormente, acarrea la posibilidad de demandar el divorcio por parte del cónyuge inocente pero como se pudo inferir sólo en algunas se podría generar un daño indemnizable, sea éste material o moral.

Respecto a la generación del daño, el daño moral, es una opción que no se puede descartar, la congoja y el sufrimiento que significa una ruptura matrimonial, más todavía si ese sufrimiento proviene de alguna de las causales que posibilitan el divorcio por culpa. Existen autores que aseguran que este daño no debe ser indemnizado ya que no existiría la antijuridicidad del hecho. Esto porque el divorcio es una institución legal para otorgar un marco jurídico a la situación de hecho que provoca la ruptura de otra institución, que es el matrimonio. Por esta razón, se presenta como una solución suministrada por la ley, que puede ser triste o traumática, pero que no puede ser considerada una fuente generadora de daños.³³

Frente a este planteamiento es necesario dejar en claro que más que falta de antijuridicidad el impedimento para reparar el daño buscaría evitar situaciones contradictorias como podría darse en el caso que el cónyuge inocente solicite la indemnización de los perjuicios que le ocasionó el divorcio, y siendo él, el único

³³ Herane, F., "Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales", en Corral, H. y Rodríguez, M. (coordinadores), Estudios de Derecho Civil II, Editorial LexisNexis, Santiago (2007). 189 p.

cónyuge que puede reclamar el daño, se da la paradoja que es su conducta la provocadora del daño, es decir el divorcio.

Otro peligro es que no se demande el divorcio ante situaciones sancionadas por ley (como en el caso del divorcio por culpa), por temor a ser contra demandado por una acción resarcitoria, lo cual sería contrario a la intención del legislador, esto es, dar solución a una crisis matrimonial.

Si bien estas opiniones doctrinales muestran reticencias a la admisibilidad de solicitar la reparación de un daño que se produce entre cónyuges, existe doctrina que se pronuncia a favor de aceptarla y es claro que existe un daño que puede ser indemnizado. Nuestra legislación también ha abierto la puerta a que se admita la reparación de los daños entre cónyuges. Es así como la ley de Violencia Intrafamiliar al disponer un estatuto resarcitorio especial, deja establecido cierto marco de acción en sede civil, permitiendo además la posibilidad de solicitar por parte de la víctima la reparación por daño moral que se haya originado como consecuencia de actos de violencia. Temas que se abordarán en profundidad en el capítulo tercero de este trabajo.

CAPITULO SEGUNDO

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DENTRO DEL ESTATUTO RESARCITORIO PARA EL CÓNYUGE VÍCTIMA EN EL DIVORCIO POR CULPA.

1. Antecedentes Legislativos de la compensación económica.

En la mayoría de los países en que el divorcio se ha establecido como forma de disolución del matrimonio, ha surgido la necesidad de legislar sobre las consecuencias económicas que acarrea para los cónyuges esta ruptura, partiendo de la base de que el quiebre matrimonial genera pobreza en el cónyuge más débil, que en la mayoría de los casos resulta ser la mujer. Resulta ilustrativo frente a esta situación la nota etimológica que señala el profesor Juan Andrés Orrego, donde explica que la palabra “*matrimonio*” significa “*oficio de madre*”, concepto que justifican las Partidas diciendo que por ser la madre quien soporta las cargas y los trabajos que significan el parto y la crianza de los hijos, ha de llamarse matrimonio y no patrimonio (que a su vez, significa “*oficio de padre*”).³⁴

La moción parlamentaria que da origen a la Ley 19.947, fue presentada el 28 de noviembre de 1995, por la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los Diputados señores Walter, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo y tiene entre sus motivaciones precisamente evitar el “empobrecimiento de la mujer” producto de la ruptura³⁵.

Se establecieron diversas reglas tendientes a la protección del cónyuge más débil, algunos de ellos con fuerte contenido de carácter moral, entre los preceptos más drásticos se encontraba el artículo 56 del proyecto original, que permitía “al juez no dar lugar al divorcio, atendida la avanzada edad de los

³⁴ ORREGO ACUÑA Juan Andrés, Apunte La Familia y el Matrimonio 11p, [en línea]. Disponible en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>>.

³⁵ ANTECEDENTES Y TEXTOS DE LA LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL Y OTRAS, Diario Oficial, Santiago, Chile, 2004, 24 p.

cónyuges u otras circunstancias semejantes, que produjeran daño o menoscabo en uno de los cónyuges³⁶. De ese modo, se pretendía consagrar lo que en derecho comparado se denomina cláusula de dureza³⁷, cuestión que no se recogió en el texto definitivo. Se decidió eliminar la cláusula ya que implicaba establecer una amplia discrecionalidad al juez, que se contradice con el carácter objetivo que se pretende dar a las causales de divorcio³⁸. Sin embargo, la denominada “cláusula de dureza” tuvo acogida como excepción perentoria a favor del cónyuge demandado de divorcio, y que permite oponerse al divorcio cuando el demandante haya incumplido reiteradamente sus obligaciones alimenticias respecto del cónyuge y de sus hijos durante el cese de la convivencia (artículo 55, inciso tercero, de la LMC).

Se trató además de establecer un convenio regulador de las relaciones de familia. El artículo 63 del Proyecto Original exigía que el acuerdo que los cónyuges podían presentar en un juicio de divorcio para regular sus relaciones mutuas fuera completo y suficiente, “es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian”, asimismo el art. 65, en su inciso final, establecía que *“al respecto, y por resolución fundada, el juez podrá alterar las reglas de la distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones alimenticias por tiempo limitado a favor de los cónyuges; o prever otra prestación que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas”*

³⁶ Cámara de Diputados, sesión 27^a, 28 de noviembre de 1995, pp. 15 y ss

³⁷ En el derecho comparado francés estas circunstancias podían dar lugar a negar el divorcio, mediante lo que se conocía como la cláusula de dureza –artículo 240-. Sin embargo en la reforma introducida al Code civil el año 2004, se suprimió la clause de dureté (derogado por Ley n° 2004 439 del 26 de mayo de 2004 art. 23 I Journal Officiel del 27 de mayo de 2004).

³⁸ Cámara de Diputados, sesión 36^a, 2 de septiembre de 1997, p. 93.

El Primer Proyecto de la Cámara agregó un segundo inciso al artículo 63 del Proyecto Original, que especificó: *“el juez deberá considerar especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común. Sólo podrá considerarse suficiente el acuerdo que compense estas desventajas”*. Las críticas a este precepto que se acerca bastante al texto definitivo se basaron nuevamente en la excesiva discrecionalidad que entregaba al juez, frente a la incertidumbre de las partes. En respuesta a estas críticas la diputada María Antonieta Saa hizo ver que *“hay una indicación clarísima, referente al cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común y que, por lo mismo, ha tenido desventajas para incorporarse al mercado laboral. El juez deberá velar porque las relaciones futuras sean absolutamente equitativas y sólo considerará suficiente el acuerdo cuando estas condiciones se den”*.³⁹

Se puede destacar que en el origen del proyecto existía preocupación por las consecuencias que acarreaba la disolución del matrimonio, pero no había lucidez suficiente para precisar con qué instrumento jurídico remediar el problema. La idea de otorgar una compensación o pensión compensatoria surgió con las indicaciones al proyecto de ley que se le hicieron durante su segundo trámite constitucional.

Tras la discusión en particular del Primer Proyecto de la Cámara, se presentó un nuevo proyecto a la consideración del Senado, el Segundo Proyecto de la Cámara, proyecto que recibió indicaciones por parte del Ejecutivo, en Mensaje N° 227-334, del 13 de septiembre de 2001, al respecto el artículo 38 señala: *“Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando las resultas de la liquidación del régimen 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”*. Agrega el texto que si el divorcio generare una

³⁹ Cámara de Diputados, sesión 39ª, 8 de septiembre de 1997, p. 40.

situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más medidas a favor del cónyuge afectado, medidas que enumera de forma taxativa.⁴⁰ Dichas medidas se traducían fundamentalmente en establecer ciertos derechos a favor del cónyuge que tuvieran por objeto cumplir con el mandato legal del proyecto que buscaba resguardar el interés de los hijos, aminorar el daño que causa la ruptura y establecer relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian.

La idea del Ejecutivo además sugería condenar al pago de una pensión compensatoria por un período limitado de tiempo en la cual el tribunal debía considerar una serie de criterios, los que se acercan bastante a los enunciados en el artículo 62 de la LMC para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación. De esta forma el ejecutivo introduce la institución de la pensión compensatoria como una herramienta válida para solucionar los problemas patrimoniales que acarrearía la ruptura matrimonial.

⁴⁰ Indicación Proyecto de Ley, artículo 38: *“Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando los resultados de la liquidación del régimen de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos. Si el divorcio generare una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:*

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

Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenzional en el mismo procedimiento. En ambos casos, deberá resolverse en la sentencia definitiva. Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente:

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

El nuevo instrumento sugerido en las indicaciones del Ejecutivo produjo una intensa discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Siguiendo estas críticas se realiza una indicación al proyecto por los Honorables Senadores señores Chadwick, Romero, Diez, quienes propusieron una prestación alimenticia por un tiempo limitado, máximo 5 años, incluyéndola en el caso de la nulidad matrimonial, ya que no estaban a favor de legislar a favor del divorcio unilateral.⁴¹ La indicación establecía el goce de la pensión, por parte del cónyuge de buena fe, que se haya quedado al cuidado de los hijos o del hogar.⁴²

Con el avance del debate legislativo, va formándose la idea de regular alimentos, pero finalmente priman las opiniones de que la naturaleza jurídica de la institución se debe acercar más a una pensión compensatoria o incluso a una suerte de indemnización de perjuicios.

Al respecto el Ministro de Justicia señor Gómez señaló que *“este sistema de la pensión compensatoria está operando en muchos países, y tiene la gran ventaja de que pone fin, tempranamente, a la discusión económica para no perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebaja o de aumentos producen enfrentamientos constantes, que lo único que hacen es perpetuar odiosidades.”* En su opinión, no deben existir alimentos después del divorcio, y no tiene objeciones en que se opte por la indemnización de perjuicio⁴³.

⁴¹ OPOSICIÓN Mantiene críticas a la ley de divorcio. El Mercurio, Santiago, Chile, 17 Nov., 2002.C-1, C.

⁴² Indicación Proyecto de Ley, artículo 48: *“Por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para los todos los efectos legales. No obstante, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado 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 declara la nulidad”.*

⁴³ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 590 p.

La Ministra Del Servicio Nacional de la Mujer Adriana Delpiano propuso que “[...] *al término del matrimonio, se comparara el patrimonio de cada cónyuge*” agregando que “*no se trata de equiparidad económica, sino de compensación[...]*”⁴⁴

El honorable Senador señor Viera-Gallo, siguiendo la misma línea observó que “[...] *la propuesta en debate, razona en torno al derecho de alimentos. La legislación extranjera apunta, en cambio, a las compensaciones entre los cónyuges por desequilibrio económico que se producirá entre ellos[...]*”⁴⁵. Agrega además que “[...] *es un error plantear la búsqueda de un equilibrio económico, porque, cuando se casa una persona más rica con una persona más pobre, desde el inicio podría existir la tentación del cónyuge pobre de pedir el divorcio, porque obviamente sería un buen negocio para él. La compensación no debe tomarse en el sentido de equilibrio, porque se persigue que la persona no sufra un menoscabo, pero no necesariamente que se equilibren los patrimonios [...]*”⁴⁶. La idea del menoscabo que plantea Viera-Gallo es la que finalmente recoge el texto legal definitivo. El Senador compara además la situación legislativa española con la estadounidense, reparando en el hecho que la primera pone énfasis en el menoscabo, en lugar del desequilibrio, como ocurre en Estados Unidos, donde existe un incentivo a pedir el divorcio cuando se está casado con una persona rica.⁴⁷

El texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que sirve de antecedente al actual art. 61 NLMC, señalaba en el artículo 62, “*si uno de los cónyuges no desarrolló una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que le era*

⁴⁴ Diario de sesiones del Senado, sesión 11ª (anexo de documentos), 1621 p.

⁴⁵ 18 BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 589 p.

⁴⁶ Diario de sesiones del Senado, sesión 11ª (anexo de documentos), 1616 p.

⁴⁷ *Ibidem*, 1620 p.

posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo sufrido". Luego, su artículo 63 ordenaba 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; las fuerzas patrimoniales de ambos; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge"*.

El proyecto del Senado terminó por consagrar una institución totalmente nueva a la que se habían pensado, creando una figura sui generis que si bien tiene como fuentes principales en el derecho comparado a la legislación española y francesa⁴⁸, no es idéntica a ninguna de ellas. El objeto de esta institución jurídica se fijó en la compensación de un menoscabo económico derivado de causas específicas. Además la compensación económica, no se presenta como una institución meramente asistencial tal como sucede en legislaciones comparadas sino que puede tener también un criterio resarcitorio, ya que no habiendo necesidad de urgencia por asistir a uno de los cónyuges igualmente puede proceder si se cumplen otros requisitos. Pero el texto definitivo igualmente planteó una serie de problemas que se relacionan con la determinación de la existencia

⁴⁸ Así, por ejemplo el Código civil español en el artículo 97: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...". Por su parte el artículo 270 del Código civil francés dispone « *Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* ». En español "Salvo cuando se dictara con motivo del cese de la convivencia conyugal, el divorcio pondrá fin al deber de socorro previsto en el artículo 212 del Código Civil; pero uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas".

del menoscabo y el monto de la cuantía cuestiones en las que la jurisprudencia no ha unificado criterios.

Cabe señalar que en el texto definitivo, se reemplazó la frase “o lo hizo en menor medida de lo que le era posible” por “o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería”, incluyendo aparentemente un nuevo requisito de procedencia de la compensación económica: haber querido desarrollar una actividad lucrativa. Incluyendo un elemento volitivo, esto es, que el cónyuge no haya podido desarrollar una actividad lucrativa o remunerada en la medida posible y deseada.

La medida de desarrollo profesional o laboral que se reclama perdida, no sólo se debe haber podido desarrollar, sino que también debe haberse querido, cuestión (esta última) que será bastante difícil de determinar.

Se incluyó además la buena o mala fe como criterio para determinar la existencia del menoscabo económico y de la cuantía de la compensación. Criterio Subjetivo cuya inclusión se ha transformado en un elemento distorsionador, atendido las funciones que se le asignaron, que son de naturaleza netamente objetiva: determinar la existencia y extensión de un menoscabo económico.

2. Concepto y Marco Regulatorio de la Compensación Económica.

La compensación económica se encuentra tratada en el capítulo VII de la Ley 19.947 correspondiente a las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio. Aunque se debe entender que sólo tiene aplicación respecto de las dos últimas ya que con la separación judicial se mantiene el vínculo matrimonial y a su vez algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad⁴⁹.

⁴⁹ Así razona la Comisión de Constitución del Senado, al señalar en este sentido: *La compensación económica obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los*

El mencionado capítulo en su párrafo primero trata a la Compensación Económica en seis artículos , partiendo por el artículo 61, el cual señala: *“Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”*.

Además el artículo 62 de la misma ley señala ciertos parámetros que el juez debe considerar al momento de determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación económica. Tales criterios sólo son sugeridos por el legislador al sentenciador, no constituyendo un *numerus clausus*. El artículo 62 LMC dispone: *“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 materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidad de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge. Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”*.

Como se puede apreciar el artículo transcrito que inicia el tratamiento legal de la compensación económica, no da cuenta de ningún concepto jurídico que pueda orientar a definirla dentro de alguna institución clásica del derecho, ni

derechos de alimentos y los hereditarios, así como otros beneficios previstos para el cónyuge, tales como los relacionados con prestaciones de salud o de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación.” Historia de la Ley 19.947, 599p [en línea] disponible en <<http://www.bcn.cl>>

tampoco aclara lo concerniente a su naturaleza jurídica. Más bien se limita sólo a mencionar cuales serías sus causales de procedencia y cuál es el supuesto de aplicación de la compensación económica: "el que uno de los cónyuges se dedique al cuidado de los hijos o del hogar común". Importante resulta por tanto, señalar un concepto o noción sobre qué debemos entender por compensación económica. La doctrina se ha encargado de complementar el texto legal entregando algunas definiciones que analizaremos a continuación.

El profesor Gustavo Cuevas M., la define como "*la indemnización que debe pagar uno de los cónyuges al otro con el objeto de restablecer, al término del matrimonio por nulidad de este o divorcio, el equilibrio de las condiciones pecuniarias de vida.*"⁵⁰ Es destacable que el profesor Cuevas haya señalado que lo que se busca es "equilibrar", ya que utiliza un sinónimo del significado que le da el Diccionario de la Real Academia Española a la palabra compensar, esto es "Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra". Sin embargo le otorga una naturaleza indemnizatoria en su definición. Aspecto que es cuestionable, además señala que lo que se busca equilibrar son las *condiciones pecuniarias de la vida*, noción amplia y un tanto ambigua, que no precisa lo que la ley si hace con claridad.

Para Cristian 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.*"⁵¹ Maturana se apoya en el

⁵⁰ Cuevas M. Gustavo, artículo titulado "*Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes Matrimoniales*", en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo "Curso de Actualización Jurídica. „Nuevas Tendencias en el Derecho Civil", Santiago, año 2004, 74 p.

⁵¹ 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. 24 RAMOS PAZOS, René. Aspectos destacados de la Ley 19.947, sobre matrimonio civil [en línea] disponible en <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm> > [visitado el 05 de Septiembre de 2014].

texto legal el cual reproduce de forma idéntica para construir su concepto, pero al igual que Cuevas asimila la institución a una indemnización, cuando lo que se busca en realidad más que dejar indemne, o reparar un daño o perjuicio es compensar, igualar, equiparar patrimonios para restablecer relaciones equitativas hacia el futuro, puesto que lo que se busca acá es neutralizar el efecto de algo que se perdió o no se pudo tener. Este efecto es negativo y consiste en una pérdida patrimonial producto de haberse dedicado a labores determinadas, no es un daño o perjuicio propiamente tal sufrido por culpa del otro cónyuge que tenga y que necesariamente tenga que repararse.

Para el Profesor René Ramos, *“consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges –normalmente la mujer- cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, sufrirá por esta causa”*⁵²

La Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia del año 2007 la definió como *“[...] 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[...].”*⁵³

⁵² RAMOS Pazos, René. Aspectos destacados de la Ley 19.947, sobre matrimonio civil [en línea] Disponible en <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm> > [visitado el 05 de Septiembre de 2014].

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 676- 2006, 26 de enero de 2007.

Por su parte la Corte Suprema ha señalado que la compensación económica *“consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo desarrollar durante el matrimonio una actividad lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, sufrirá por ésta causa”*.⁵⁴

Creo que estas últimas definiciones apuntan a lo correcto, en especial los conceptos de René Ramos y la Corte Suprema, porque tratan a la institución como un derecho. Este derecho tiene una característica de dependencia del divorcio y la nulidad, no sólo en cuanto a su existencia, sino también respecto de la regulación de su contenido. La Compensación Económica no existe, como noción, fuera del contexto del divorcio o la nulidad de matrimonio y en especial del menoscabo económico que de ellos hayan generado.

2. a) Marco Regulatorio de la Compensación Económica

Mencionaba que la compensación económica se encuentra tratada dentro del capítulo VII de la LMC, que se titula *“ De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio ”*, Título inapropiado del capítulo por cuanto a lo menos el párrafo 1º no se aplicaría a la separación judicial, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos donde la compensación económica opera también en la separación judicial. Así sucede en España, aunque dicha inclusión no ha estado exenta de críticas.⁵⁵

El marco regulatorio de la Compensación Económica se basa fundamentalmente en la Ley de Matrimonio Civil y La Constitución Política de la República. La compensación económica se presenta como una medida a favor del

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia Rol N°1335-2005, 26 de junio de 2007.

⁵⁵ BARCIA Lehmann, Rodrigo, RIVEROS Ferrada, Carolina El Carácter Extrapatrimonial de la Compensación Económica Revista Chilena de Derecho, vol 38 n° 2, pp. 249-278, 2011.

cónyuge más débil que como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

La Institución de la Compensación Económica al ser dependiente del matrimonio, es decir un derecho que surge como consecuencia de la existencia del mismo, estaría amparada bajo el mismo estatuto protector del que goza el matrimonio. De ésta manera si el fin último de la compensación es la protección del cónyuge más débil, al hablar de "cónyuge" estamos involucrando necesariamente a la institución del matrimonio, que esta incluido dentro de la protección constitucional a la familia. En este sentido, la norma constitucional establece que "*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*" y la disposición legal reitera lo mismo, agregando lo siguiente: "*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia*". La misma disposición se reitera en el artículo 1.1º de la LMC. Se podría ahondar más todavía señalando que este derecho es inmanente a la persona humana dentro de la concepción de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.⁵⁶

3. Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica.

Una de las dificultades que trajo aparejada la reglamentación del cuerpo legal vigente fue su insuficiencia para explicar el fundamento y naturaleza jurídica de la institución en comento, puesto que su implementación como señala el profesor Carlos Pizarro Wilson no ha sido el resultado de una evolución

⁵⁶ Se pueden mencionar también como preceptos relacionados Los artículos 16.1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 23.2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; 6.2º de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967 y 16.1º a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

jurisprudencial o legislativa sobre la regulación de las relaciones matrimoniales, ni tampoco producto de un proceso de asentamiento paulatino de la institución.⁵⁷

De esta manera, el cometido de hallar la solución a este problema durante los años de vigencia de la ley ha recaído principalmente en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, quienes lejos de uniformar criterios han sido discordantes en sus opiniones, sino derechamente contradictorios.

Las soluciones que se han propuesto frente a esta problemática tienden a encasillar la compensación económica dentro de las instituciones clásicas del derecho privado, es así como en su origen se planteó la posibilidad de que tuviera un carácter alimentario, como se analizó en las discusiones parlamentarias del proyecto. Hay quienes le otorgan un carácter compensatorio, atendido principalmente a que la intención sería obtener el cumplimiento equivalente de un perjuicio. Por otro lado existen quienes invocan la restitución por enriquecimiento sin causa para poder explicar la naturaleza jurídica de la compensación económica. También se ha intentado tratarla como una simple prestación que se orientaría a resarcir el menoscabo económico, que en palabras de dichos doctrinarios consistiría simplemente en un derecho y una obligación correlativa de origen legal. La obligación legal pesa sobre aquél que desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en mayor medida que el otro y buscaría remediar la carencia patrimonial cuya causa está en el pasado, que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro.⁵⁸ Algunos autores como el profesor Gonzalo Figueroa incluso han criticado la institución de la compensación económica, señalando que consagrar en nuestro país instituciones propias del derecho europeo, puede resultar en ocasiones una política equivocada. En efecto, en Europa, normalmente el cónyuge deudor no tendrá mayores dificultades en pagar la compensación económica que fije el juez, considerando el alto nivel de vida que

⁵⁷ PIZARRO Wilson, Carlos, La Cuantía de la Compensación Económica, Revista de Derecho, vol. XXII – N°1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, 2009, 35 p.

⁵⁸ Pizarro, (2009) op cit., p. 32.

exhiben la mayoría de las naciones del viejo continente. En cambio, la realidad nuestra es muy diferente, y probablemente, tanto uno como otro cónyuge tengan una situación económica modesta (situación que caracteriza a la mayoría de nuestra población), resultando muy difícil que uno de ellos pueda pagar la compensación que fije el tribunal⁵⁹

Pero también se encuentran las teorías rupturistas que no conciben la compensación económica dentro de alguna institución clásica del derecho privado, sino que le otorgan una naturaleza funcional y variable a la misma, según el caso particular aplicable, definiéndola como funcionalmente mutable al modelo de vida de cada pareja.

Finalmente encontramos aquellos autores que han catalogado a la compensación económica como una institución extrapatrimonial, que fundamentalmente promueve acuerdos de distribución del trabajo en el seno de la familia, planteado así una novedosa e interesante teoría que abordaría esta figura desde la arista de un derecho extrapatrimonial y postmatrimonial, que tiene una función principalmente resarcitoria, y, en algunos supuestos, complementaria o exclusivamente asistencial.

Para efectos de este trabajo analizaremos brevemente las distintas posiciones planteadas, que van desde la concepción alimenticia hasta la naturaleza sui generis.

3. a) Naturaleza Alimenticia

Las primeras propuestas legislativas planteaban la posibilidad de establecer una pensión alimenticia por un tiempo determinado. Como ya se explicó al tratar la historia de la ley, las numerosas indicaciones introducidas al proyecto original

⁵⁹ ORREGO Acuña, Juan Andrés Apuntes Derecho de Familia, La familia y el matrimonio 8p. [en línea] Disponible en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>>

tendieron a rechazar esta postura la cual finalmente no se acogió, siguiendo el debate legislativo, con posturas que se acercaban a propuestas de naturaleza indemnizatoria y compensatoria.

Sabemos que los alimentos encuentran su fundamento en el deber de socorro que tienen los cónyuges. Para los partidarios de esta posición la ruptura del matrimonio deja subsistente algunos efectos que se desprenden del deber conyugal de socorro, por lo que la compensación económica obedecería a una extensión del deber de socorro una vez ya terminado el matrimonio. Ramón Domínguez, siguiendo este criterio señala que, a la época de promulgación de la Ley de Matrimonio Civil, la compensación económica tenía por fundamento el deber de socorro propio del matrimonio. De este modo es indudable que ambas figuras tienen el mismo fundamento, los dos son una manifestación del deber de socorro.⁶⁰ Sin embargo la mayoría de la doctrina y jurisprudencia no está de acuerdo con esta postura. Para que proceda la compensación económica es necesario la terminación del matrimonio, ya sea por nulidad o divorcio, es decir, una vez que se extingue el deber de socorro de los cónyuges.

Existen tanto argumentos de texto como doctrinales que son invocados por los que siguen esta postura. A continuación analizaremos los más recurrentes.

i. El art. 66 NLMC, que establece *“Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación...El juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario...La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento”*.

La respuesta a esta premisa es que en este caso particular el legislador asimila ambas instituciones sólo para efectos del cumplimiento de las cuotas que se pueden dividir por el juez cuando el deudor se encuentre en insolvencia, es

⁶⁰ DOMÍNGUEZ, Ramón "La Compensación Económica en la Nueva Legislación de Matrimonio Civil", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 15 (2007): 88p.

decir, carezca de bienes, para cancelar. Las cuotas divididas se considerarán alimentos sólo para efectos de exigir el cumplimiento de las mismas.

ii. Otro argumento de texto al que recurren los partidarios de esta postura es el art. 62 NLMC, donde se citan algunos criterios para determinar la cuantía, como *el patrimonio de ambos cónyuges y la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario*. El texto, según opinión de los seguidores de esta corriente, alude a que la compensación económica tendría un fuerte carácter asistencial, tal como sucede con los alimentos.

Se ha señalado por parte de los detractores, que el estado patrimonial de los cónyuges, así como la edad y el estado de salud, si bien tienen un carácter asistencial como se verá más adelante en este trabajo, no es la única circunstancia que se toma en cuenta, y además que para la procedencia de la compensación económica, no se necesita el estado de necesidad propio de los alimentos. Además cabe mencionar que La compensación económica se fija de una vez y para siempre, por lo tanto tiene un carácter inmutable, no como en el caso de los alimentos.

Existen sin embargo muchas más diferencias entre ambas instituciones que terminan por desvincular definitivamente a los alimentos de la Compensación.

i) En primer lugar los requisitos de procedencia son diferentes los alimentos miran las necesidades del alimentario y las facultades económicas del alimentante y la

ii) CE requiere un menoscabo económico que se produzca como consecuencia de haberse dedicado al cuidado del hogar común y de los hijos.

iii) La C.E no admite revisión, a diferencia de los alimentos que pueden revisarse si las circunstancias han variado e incluso puede solicitarse su cese definitivo.

Nuestros tribunales superiores de justicia han manifestado estas diferencias en sus fallos. La Corte de Apelaciones de Santiago, En sentencia de fecha 12 de

julio de 2007, en su considerando séptimo Indicó que “Desde ya, se estima dejar establecido que la compensación económica no son alimentos, sólo se le asimila a ellos para los efectos del cumplimiento de su pago⁶¹. Siguiendo la misma postura La Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rol 1119-2007 establece en su considerando décimo segundo “Que la institución de la compensación económica, que no tiene naturaleza alimenticia, aun cuando tenga algunas semejanzas con el deber de socorro.⁶²

La Corte Suprema en un fallo de fecha 1 de julio de 2009, Rol N° 3079 – 2009, resuelve que "según previene el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil, en la sentencia definitiva, además de fijar el monto a compensar por el menoscabo padecido, se debe también determinar su forma de pago. Para ello la misma disposición señala las modalidades que se pueden utilizar al efecto, las que sin ser taxativas, se refieren a diversas formas para su entero y pago. En primer lugar, se alude a la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes y en segundo término, a la constitución de derecho de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. De acuerdo a los preceptos analizados, 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".⁶³

Si bien es cierto que en el origen de la discusión parlamentaria en torno a la compensación económica, aparece una clara connotación alimenticia, esta

⁶¹ Corte de Apelaciones de Santiago sentencia pronunciada con fecha 12 de julio de 2007, reproducida en sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de octubre de 2007.

⁶² Reproducida en sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de octubre de 2007.

⁶³ Corte Suprema, Rol N° 3079 – 2009 de fecha 1 de julio de 2009. *Cartes con Santis (2009)*.

posición posteriormente fue rechazada de manera expresa.⁶⁴ Ambas instituciones presentan diferencias notorias, tanto la doctrina como la jurisprudencia esta de acuerdo en que la naturaleza jurídica de la Compensación Económica no se enmarca dentro de los alimentos.

3. b) Naturaleza jurídica resarcitoria

Resulta fundamental en este trabajo el análisis de estas líneas de pensamiento que otorgan carácter resarcitorio, ya que nos permiten encontrar sustento jurídico a indemnización entre cónyuges. Dentro de este grupo se reúnen una serie de corrientes que le atribuyen a la Compensación Económica un carácter indemnizatorio, reparador o compensatorio. El común denominador de estas corrientes es que todas tratan de reparar un menoscabo sinónimo de daño. En este sentido volvemos a citar al profesor Alessandri, quien define daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”⁶⁵

Dentro de la doctrina encontramos posturas que se ajustan a este criterio. Para el profesor Ramón Domínguez se trataría de *“una indemnización compensatoria, en la cual se busca resarcir la pérdida que se produce por el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar y que por lo mismo ha impedido una vida de trabajo con resultado económico que permita enfrentar la vida futura una vez que se produzca el termino del matrimonio”*⁶⁶.

⁶⁴ Véase el primer informe de la Comisión de constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el Segundo trámite constitucional, 586p.

⁶⁵ De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 153 p.

⁶⁶ DOMINGUEZ Aguila, Ramón, La compensación económica en la nueva legislación del matrimonio civil, Revista de Actualidad Jurídica, año VII, N° 15, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2007, 89 p.

La profesora Susan Turner, señala que la finalidad de la compensación económica *“es el resarcimiento de un daño, que pudo haberse producido aún antes del divorcio o la nulidad y que se hace exigible en la sentencia respectiva”*⁶⁷.

i) Como responsabilidad civil (Subjetiva)

Para aquellos que adhieren a esta postura, el término del matrimonio daría lugar a un ilícito civil que produce daño, daño que debe ser indemnizado. Sin embargo, para que se trate de una indemnización propiamente tal, debe cumplirse con los requisitos propios de la responsabilidad civil extracontractual. Los principales elementos que configuran la responsabilidad extracontractual son el hecho voluntario, a saber, una acción u omisión; la presencia de culpa o dolo; la existencia de un daño que deba ser reparado, y la relación de causalidad entre el hecho voluntario y el daño provocado. El hecho voluntario en este caso sería la celebración del matrimonio así como también el hecho de haberse dedicado a las labores del hogar común y cuidado de los hijos. El daño podría encontrarse en el sentido de la postergación profesional y el nexo causal en que esta proviene por la dedicación al hogar y a los hijos, Aunque refiriéndose al nexo causal Vidal señala que *“Estrictamente, el menoscabo proviene de las referidas condiciones de la vida matrimonial”*⁶⁸, con lo que hace presente que la eventualidad que hace precedente la compensación no nace de la voluntad propia del cónyuge deudor sino de la vida propia del matrimonio, no pudiendo irrogársele autoría de un hecho dañoso a uno de los cónyuges. En definitiva- no es posible reconducir ésta circunstancia a un hecho culpable o doloso.

Existieron posturas, principalmente en los inicios de la implementación de la nueva ley, que incluso otorgaban la naturaleza de lucro cesante a la

⁶⁷ TURNER Saelezer, Susan, Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, N° 16, Valdivia, Chile, 2004, 97 p.

⁶⁸ VIDAL Olivares, Álvaro. *La compensación por menoscabo económico en la ley de matrimonio civil*. Ed. Jurídica de Chile. 2007, 264p.

compensación económica, puesto que la compensación económica trata de compensar el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. La compensación económica, sin embargo no apunta a lo dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener. En este sentido La Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que “[...] *no debe atribuirse a la compensación económica consagrada en la ley, un carácter alimenticio o indemnizatorio, no obstante que presente algunos rasgos comunes o semejantes y, lo que se pretende reparar es, en todo caso, una pérdida patrimonial y no moral. Se ha dicho y resuelto que se pretende cubrir, por un lado el desequilibrio económico entre los cónyuges que impide a uno enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro, el costo de oportunidad laboral, esto es, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia. Este costo, podría asimilarse a la idea del lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino una oportunidad de obtener que es distinto[...]*”.⁶⁹

ii) Como responsabilidad Civil (Objetiva)

Faltando la imputabilidad, como analizamos anteriormente, un elemento fundamental de la responsabilidad civil, algunos autores señalan que se trataría de una responsabilidad objetiva o sin culpa.⁷⁰ Es decir, se prescinde de la culpa pero no de la causalidad que debe existir entre el daño y la actuación de un tercero, aunque siguiendo la postura de Vidal que se mencionó al analizar la compensación como responsabilidad civil subjetiva, la C.E tampoco cumpliría con estos últimos supuestos. El profesor Carlos Pizarro Wilson, refiriéndose a este punto señala que *“no es posible hablar de una indemnización genuina, debido a*

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1865-2006 de fecha 28 de noviembre de 2006,. En este mismo sentido la CORTE SUPREMA, en fallo de fecha 28 de noviembre de 2007, Rol N° 1787-2007.

⁷⁰ BARCIA, RIVEROS (2011). Op.cit. 250 p.

que no se exige la culpa del deudor”. Agrega que “usualmente la indemnización de perjuicios se fija de acuerdo a la extensión del daño, prescindiendo la ley, por regla general, de la buena o mala fe del autor del daño. Sin embargo, en la Nueva Ley de Matrimonio Civil se atiende a dicha buena o mala fe del cónyuge deudor. No habría por ende responsabilidad estricta u objetiva”.⁷¹

iii) Como indemnización por sacrificio.

Las indemnizaciones por sacrificio son aquellas "compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de una pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a sus titulares.⁷² La indemnización que se debe pagar, en esta hipótesis, no constituye manifestación de responsabilidad civil, al no reunirse los elementos característicos de la misma. Se basa en una situación especial de sacrificio, una desigual distribución de cargas, o incluso en una situación de enriquecimiento a expensas de otro⁵⁶. Aplicándose a casos de Expropiación, servidumbres legales, y ciertos casos de accesión. Esta teoría ha tenido poca difusión en nuestro país.

iv) Como indemnización por pérdida de oportunidad

Corresponde a la hipótesis de un interés en juego “que se ha perdido, habiendo cometido el agente un hecho culposo. Pero no existe certeza que ese hecho culposo haya sido siquiera una condición sine qua non de la pérdida del interés, pues éste podría perfectamente desaparecer, por causas naturales, sin la culpa del agente. Esto solucionaría la falta de certeza de la eficacia del vínculo causal requerido en la compensación económica (es imposible saber si, desaparecida la dedicación a los hijos y la postergación laboral, hubiere desaparecido también el menoscabo), pero no el de la ausencia de un hecho ilícito de un tercero postergación laboral, hubiere desaparecido también el menoscabo).

⁷¹ PIZARRO (2009) , op.cit. 88 p.

⁷² DÍEZ-PICAZO , Luis. Derecho de Daños, Madrid, España, Civitas Ediciones, 1999: 56-57 pp.

Carmen Domínguez, concluye que “en cuanto a su régimen nos parece que, desde luego, no pertenece propiamente a la reparación a que apunta la responsabilidad civil y, por ende, no cabe aplicar supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente si se tiene presente que los requisitos que se exigen para su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria. Se rige, por tanto, por las normas que la regulan en la ley y es, a partir de ellas, que la doctrina y jurisprudencia tendrán que ir configurando los principios que la disciplinan”⁷³

La aceptación de estas posiciones resulta relevante, por cuanto su aceptación de forma general lleva a que se pueda demandar indemnización de perjuicios en el caso del divorcio culposo. En tal sentido, podría generarse una doble reparación, en el evento que se demandaran daños morales conjuntamente con la compensación económica.⁷⁴ Sin embargo la aceptación total de esta teoría sería contraproducente si lo que se busca es una reparación económica del daño ya que si se le otorga una naturaleza jurídica indemnizatoria, nula sería la posibilidad de solicitar una nueva indemnización por cuanto el daño ya estaría reparado.

3. c) Naturaleza Jurídica Restitutoria.

i) Como enriquecimiento sin causa.

Hay opiniones que le atribuyen a la C.E la naturaleza jurídica de enriquecimiento sin causa. Para que exista enriquecimiento sin causa, la doctrina

⁷³ DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen (2005): Compensación económica en la Nueva ley de Matrimonio Civil (folleto del Colegio de Abogados de Chile, Santiago) 28 pp.

⁷⁴ BARCIA Lehmann, Rodrigo RIVERO Ferrada, Carolina El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011). [en línea] disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200004>.

ha enunciado los requisitos que se deben cumplir, en primer lugar que una persona se haya enriquecido, este enriquecimiento puede ser material o intelectual (moral) y consistir tanto en la obtención de una ganancia como bien en la economía de un reembolso. En segundo lugar correlativamente otra persona debe haberse empobrecido. Se entiende que también experimentará un empobrecimiento el que prestó un servicio o efectuó un trabajo que no fue remunerado.⁷⁵ El tercer requisito es que el enriquecimiento sea injusto, ilegítimo o sin causa y finalmente la víctima no debe tener otro medio para obtener la reparación más que la acción *in rem verso*, acción necesaria para obtener con ella la restitución de lo injustamente pagado.

La profesora Paulina Veloso, indicó en la Comisión Legislativa, que [...] *tanto en España como en Suiza existen instituciones similares y que la jurisprudencia de aquellos países ha invocado el enriquecimiento sin causa a efectos de determinar su naturaleza jurídica; [...] “Es un enriquecimiento sin causa, atendido a que uno de los cónyuges se desarrolló a costa del otro que se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos” [...]*⁷⁶

Para que proceda la acción *in rem verso* es necesario que tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento de los patrimonios carezcan de una causa justificado o legítima, cuestión que no acontece en este caso, ya que el empobrecimiento deriva de la misma comunidad de vida y las circunstancias que llevo a los cónyuges decidirse a cumplir roles determinados.

⁷⁵ ORREGO Acuña, Juan Andrés. Apunte Los cuasicontratos 3 p [en línea], disponible en [Consultado el 05 de Septiembre de 2014]. <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil>>.

⁷⁶ BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 602 . Luego de efectuar este razonamiento, la autora, sin embargo, concluye que se trata de una institución de naturaleza sui generis.

3.d) Naturaleza Jurídica Legal (Compensación Económica como Obligación Legal).

Esta tesis sustentada principalmente por Álvaro Vidal Olivares, y Carlos Céspedes Muñoz, señala que la compensación económica es una obligación legal impuesta a uno de los conyugues con el de corregir el desequilibrio económico que se produce con el término del matrimonio. Vidal Olivares señala que *“no hay responsabilidad civil, sencillamente, la ley reacciona ante el menoscabo económico y protege al cónyuge que la experimenta. El título que justifica la imposición de esta obligación a uno de los cónyuges es la propia ley. No habría compensación sino sólo una reparación del desequilibrio que se produce entre los ex cónyuges. No se trata de reparar en términos indemnizatorios, sino en el sentido de igualar o nivelar situaciones económicas desequilibradas, no buscando igualar patrimonios, sino condiciones económicas para enfrentar el futuro”*⁷⁷. Siguiendo esta misma línea Carlos Céspedes Muñoz, afirma que *“la compensación económica 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”*⁷⁸.

3.e) Naturaleza Sui Generis.

Se trataría para cierta parte de la doctrina de una institución sui generis, por cuanto presenta cierta cercanía con instituciones del derecho civil que se han analizado en este trabajo, pero a la vez tiene una naturaleza propia. Para el profesor Pablo Rodríguez Grez, se trata de *“un derecho sui generis que es consecuencia directa e inmediata del divorcio o la nulidad del matrimonio y que debe reclamarse con ocasión de la acción deducida y no después de decretado*

⁷⁷ VIDAL (2006) , op.cit. 249-252 pp.

⁷⁸ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlo y VARGAS ARAVENA, David, Acerca de la Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica. La situación en Chile y España, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.35 N° 3, 2008, 451 p.

una u otra cosa.”⁷⁹ En la misma línea la profesora Paulina Veloso, estima 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.⁸⁰

3.f) Naturaleza Funcional de la Compensación Económica.

Esta corriente postula que la compensación económica es una institución funcional al modelo de vida de cada pareja. Inspirándose en los principios que regulan las materias de derecho de familia, y que apartan por tanto a las instituciones dependientes del matrimonio de principios que le son aplicables a otros mecanismos propios del Derecho Civil. En este sentido, se debe determinar en primer lugar cual es el modelo de vida que antecedió la ruptura, para luego saber de que manera operará la compensación económica.

Esta postura permite al juez utilizar criterios muy amplios y distintos para cada caso, si bien dejaría abierta la puerta para utilizar la compensación como una especie de indemnización en ciertos casos o como una restitución por enriquecimiento sin causa, también permite aplicar criterios que son prácticos y pragmáticos. Así, por ejemplo, en el típico caso de un marido asalariado ausente y una esposa madre y doméstica, unidos en un matrimonio de muy larga duración, la compensación económica operará corrientemente como una prestación de tipo asistencial. En otros casos operará con un criterio resarcitorio. Esta división entre criterios resarcitorios y asistenciales ha permitido a la doctrina desarrollar otras teorías de interés como aquella que concibe a la compensación económica como un derecho extrapatrimonial y postmatrimonial, que tiene una función principalmente resarcitoria, y, en algunos supuestos, complementaria o

⁷⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, La ley de Matrimonio Civil, Curso de Actualización Jurídica. Nuevas tendencias en el Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004, 46 p.

⁸⁰ VELOSO Valenzuela, Paulina (2006) Algunas reflexiones sobre la compensación económica, Actualidad Jurídica N° 13: 186 y 187pp.

exclusivamente asistencial⁸¹, derecho que además sería renunciable, pero no en todos los casos, sino sólo en su vertiente resarcitoria.

Los seguidores de esta teoría encuentran su fundamento en la concepción liberal del Derecho Civil, en cuanto a que éste no tiene por objeto la imposición de modelos de vida o de creencias morales, sino la provisión de herramientas para la solución de conflictos. Pero además supone aceptar que el derecho de familia es una rama distinta del derecho privado común, que tiene principios propios que lo regulan. Por lo mismo, el criterio de flexibilidad que debe aplicársele a las normas que rigen la compensación económica no será necesariamente sinónimo de autonomía privada para los cónyuges, sino que dependerá de las circunstancias en las cuales se encuentren las partes, en relación a su modelo de vida, pudiendo en algunos casos restringir la autonomía de las partes o permitirla siempre tomando en consideración principios rectores como la protección a la familia y al cónyuge más débil.

En mi opinión, y tomando en consideración que cada matrimonio se basa en realidades distintas, esta sería la teoría más acertada para determinar la naturaleza jurídica de la Compensación Económica. Si bien es cierto, parece contraproducente defender una corriente de pensamiento que no concilia las reglas del Derecho Civil con las del Derecho de familia, requisito fundamental para determinar la existencia de una doble reparación en el cónyuge víctima en el divorcio por culposos, esta incompatibilidad sería sólo aparente ya que si nos arrimamos a la teoría de la Compensación Económica como naturaleza indemnizatoria, nula es la posibilidad de reclamar de nuevo una indemnización en virtud de las reglas generales de la responsabilidad civil, ya que el daño se encontraría reparado. Lo que se debe buscar es justamente lo contrario, esto es, la compatibilidad de ambas reparaciones.

⁸¹ BARCIA R. Y RIVEROS C. (2011) op.cit.

Queda claro que en la compensación económica lo que se busca no es la reparación de un daño, sino más bien la compensación de un menoscabo, que siempre será económico y no moral, pese a que las teorías de naturaleza resarcitoria dejan abierta la posibilidad de demandar el daño moral una vez reparado el daño patrimonial por medio de la compensación económica, no se admite la reparación del daño material. La procedencia de la reparación del menoscabo económico así como su cuantía se basa en criterios que la LMC, establece en el artículo 62.

4. Criterios para determinar monto y cuantía en la compensación económica.

La compensación económica puede ser convenida por los cónyuges mayores de edad mediante acuerdo que debe constar en escritura pública o acta de avenimiento las que serán sometidas a la aprobación del tribunal. A falta de acuerdo, será el juez el que determinará la procedencia de la compensación económica y su monto (artículo 64.1° de la LMC).

Los criterios para determinar la existencia y cuantía del menoscabo, que da lugar a la compensación económica, se encuentran contenidos en el artículo 62 de la LMC. Esta norma 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 materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”*. La doctrina está de acuerdo en que estos criterios no son taxativos y

que el juez podría recurrir a otros, en la medida que ellos se desprenden de la naturaleza resarcitoria o asistencial de la compensación económica.⁸²

4.a) La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.

Este criterio implica que por regla general a mayor duración del matrimonio y de la vida en común, mayor será la cuantía de la compensación, ahora bien, la duración del matrimonio no siempre va a coincidir con la vida en común de los cónyuges por lo que no son criterios sinónimos, lo lógico es que el juez al momento de ponderar los criterios le otorgue mayor importancia a la duración de la vida en común más que a la del matrimonio, ya que pueden existir casos en que la duración de la vida en común fue corta, pero el matrimonio se mantuvo vigente durante décadas. Claro está debe tomarse en cuenta además para el cálculo del monto por compensación otros criterios en conjunto que se analizarán a continuación.

4.b) La situación patrimonial de los cónyuges.

La situación patrimonial de los cónyuges está ligada al régimen patrimonial del matrimonio, si los cónyuges se encuentran separados de bienes, la tarea del juez será determinar en virtud de la prueba ofrecida en juicio, cuál de los patrimonios es mayor, y en base a esto en conjunto con los demás criterios aplicables determinar el monto de la cuantía de la Compensación Económica. Si se encuentran casados en Sociedad Conyugal surgen divergencias en la doctrina.

La mayoría de la doctrina estima que para determinar la Compensación Económica, no influye la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.⁸³ Esta opinión se complementa con el hecho de que el menoscabo económico se

⁸² Turner, Susan (2005): "Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil", en: Varas B., Juan Andrés y Turner S., Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago de Chile, LexisNexis), 488 p.

⁸³ Esta es la opinión de Pizarro, Turner, Gómez de la Torre y Vidal, que se inclinan por la procedencia de la compensación económica, independientemente del régimen patrimonial del matrimonio. Gómez de la Torre (2005) p. 13; Pizarro (2004) p. 93; Turner (2005) p. 495 y Vidal (2004) p. 275.

proyecta hacia el futuro y se basa fundamentalmente en los años que el cónyuge no trabajó.

Sin embargo el resultado de la liquidación del régimen patrimonial si podría afectar la determinación de la cuantía cuando la liquidación logra evitar el menoscabo patrimonial que señala el artículo 61 de la LMC. Esto se ve truncado en la practica ya que la sentencia de divorcio debería liquidar el régimen y a la vez determinar el monto de la compensación, cuestión que en la mayoría de los casos no se realiza en ese orden, ya sea porque las partes no solicitan la liquidación en ese mismo acto o porque no existe prueba y antecedentes suficientes para que el juez resuelva sobre la liquidación. Pese a esta situación el juez de igual forma debe anticiparse a la liquidación para resolver sobre la procedencia de la compensación económica.

De esta forma nos encontramos con una doctrina dividida entre la opinión mayoritaria, que estima que en la determinación de la Compensación Económica, no influye la liquidación del régimen patrimonial pese a que existan gananciales, ya sea estén casados en el régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales, y la de otros autores que estiman que la compensación económica no procedería en caso de existir gananciales.⁸⁴

4.c) La buena o mala fe de los cónyuges.

Se le puede denominar como el criterio punitivo en la determinación de la cuantía de la Compensación Económica. No deja de llamar la atención el escaso interés de la doctrina por analizar este punto en particular, resultando habitual que la mayoría de los manuales de Derecho de Familia y los ensayos sobre el tema, se refieran a esta causal de manera exigua, limitando su análisis muchas veces sólo a mencionar los casos hipotéticos en que procedería su aplicación los cuales son el caso de aquel cónyuge beneficiario que por su culpa da lugar al divorcio y

⁸⁴ Pizarro , Carlos (2004): "La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil" , *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3: p 93.

en la nulidad cuando el contrayente conocía previamente la causal de nulidad, como si uno de ellos, por ejemplo, tuviere un vínculo matrimonial no disuelto.

Para comprender el verdadero sentido y alcance de la inclusión de este supuesto en la ley es necesario buscar en la historia fidedigna de la ley, donde se puede apreciar que la inclusión de este criterio tuvo por objeto evitar que el cónyuge que dio lugar al divorcio por culpa pueda reclamar la compensación⁸⁵. En los informes de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del Senado, consta que fueron los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, los de la iniciativa de agregar, entre los elementos a considerar para fijar la cuantía de la compensación, la buena o mala fe de los cónyuges. El Senador Chadwick “[...] explicó que, sin llegar a negar el derecho a la compensación al cónyuge que contrajo matrimonio nulo estando de mala fe, parece prudente contemplarla como un factor que el juez debe considerar para fijar su procedencia y monto[...].”⁸⁶

Es pertinente mencionar que, en el Derecho comparado, la tendencia es a no incluir criterios de imputabilidad en la compensación económica. Esta tendencia obedece a una manifestación del principio de no intervención del Estado al interior de la familia, y a preferir consideraciones objetivas para determinar la cuantía de la compensación⁸⁷. En este sentido, el Honorable Senador José Antonio Viera Gallo sostuvo que este criterio “*podría llevar a la apreciación de hechos de otra naturaleza que nada tienen que ver con el fundamento y naturaleza de la compensación económica*”⁸⁸ Siguiendo este razonamiento, el mismo senador hizo ver a los impulsores de la indicación que incluyó el criterio de la buena y mala fe, que *podían darse situaciones sumamente injustas, como la del cónyuge alcohólico*

⁸⁵ El senador Andrés CHADWICK, fue uno de los principales defensores de esta inclusión que tuvo lugar en las etapas finales de discusión de la ley (en Diario de Sesiones del Senado, sesión 33^a, 21 de enero de 2004, p. 4773).

⁸⁶ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pág. 74

⁸⁷ BARCIA R. y RIVEROS C., (2011) Op. Cit.

⁸⁸ Diario de Sesiones del Senado, sesión 33^a, 21 de enero de 2004, 4773 p.

que fue culpable de la ruptura, no siendo razonable -además- abandonarlo económicamente, pues el matrimonio implica asumir la responsabilidad en lo favorable y en lo adverso. Respecto a esta observación, el senador Alberto Espina, partidario de la inclusión de este criterio, indicó que en ese caso el juez debe ponderar si procede o no dar lugar a la compensación económica, atendiendo a si la enfermedad conducía o no a la indefensión de ese cónyuge.⁸⁹

Se puede apreciar que el legislador buscó castigar a aquel cónyuge que contrae matrimonio de *mala fe*, no permitiéndole obtener un beneficio derivado de la disolución del matrimonio que él podría haber previsto o esperado. Pero el texto legal finalmente no sólo hizo referencia a la *mala fe*, sino también a la *buena fe*, por cuanto este elemento serviría para determinar el monto, ya sea, aumentándolo o reduciéndolo dependiendo del caso.

Existen argumentos jurídicos que considerarían este elemento como poco armónico con el texto legal, ya que como bien lo señalamos, en la hipótesis de la nulidad tendría cabida este criterio, y así lo ratifica el profesor Hernán Corral, señalando que este factor se introdujo en la ley, justamente al advertirse que la compensación procedería también en casos de nulidad matrimonial⁹⁰. En el divorcio, en cambio, los criterios de buena o mala fe que tienen por objeto reducir, ampliar o extinguirían la cuantía de la compensación dicen relación, con la mayor o menor culpabilidad que pudo haber tenido el cónyuge beneficiario, materia que ya se encuentra regulada en el artículo 62.2°. Que señala: *Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54 (Presupuestos del divorcio por culpa), el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto.* Esta segunda regulación se aplica, como se observa, respecto del cónyuge culpable del divorcio,

⁸⁹ *Ibidem*, 4775 p.

⁹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial, *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.34, N° 1, Santiago, Chile, 2007, 33p.

que puede perder su derecho a la compensación o ser disminuido prudencialmente por el juez. Recurriendo de esta manera el texto legal en más de una ocasión a la mala fe del cónyuge beneficiario y en ambos preceptos además como causal de rebaja de la pensión compensatoria.

A pesar de las consideraciones anteriores basadas en argumentos de derecho que afirman que la introducción de estos elementos en conjunto, inciso 1° con el inciso 2° parecieran a todas luces redundantes e innecesarias. En opinión de este tesista no existiría tal redundancia puesto que existen diferencias notorias entre los preceptos legales. Al respecto el profesor Rodrigo Barcia explica que inciso 2° es más restringido, en su ámbito de aplicación, que el inciso 1°, debido a que este último procedería también respecto de la nulidad. La Segunda diferencia estaría en que en el inciso primero se refiere tanto a la buena fe como a la mala fe, considerándose la buena fe del cónyuge beneficiario para aumentar el importe de la compensación.⁹¹ El tenor literal es claro en el inciso segundo. Este indica: “El juez podrá denegar la compensación” O “Disminuirla prudencialmente”... la ponderación de la conducta servirá como referente para aumentar o disminuir la cuantía, una vez que ya se haya considerado procedente la compensación. En cambio el inciso 1° la buena o mala fe se toma en consideración para determinar la existencia del menoscabo, pero siempre tomando en consideración que estas circunstancias deben traducirse en un menoscabo económico.

Dejando de lado el análisis literal del texto y examinando más bien el fondo de la norma legal, debe admitirse que al tomar en consideración la conducta de las partes, parecería que se presenta la compensación como una suerte de sanción pecuniaria al divorcio, más que una forma de compensar el menoscabo. A propósito de esta facultad discrecional que la ley le otorga al juez para acoger o denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente su valor, el profesor Carlos Pizarro estima que nos acercamos al daño moral, en cuanto a la determinación de la compensación. Ello, a su juicio, conlleva el riesgo de que las

⁹¹ BARCIA R. y RIVEROS C, (2011) Op.Cit.

sentencias exhiban criterios dispares, para casos que sin embargo presentan similitudes.⁹²

Estas incoherencias y problemas de interpretación, para parte de la doctrina son el resultado de las distorsiones que genera la culpabilidad en materia de familia, donde las culpas casi siempre son compartidas y el juez carece de facultad para inmiscuirse en las intimidades de la pareja.⁹³ Este elemento además adolece de una extrema vaguedad, ya que el legislador no delimitó eficazmente su ámbito de aplicación. Para algunos autores la inclusión de criterios subjetivos de imputabilidad en el derecho de familia suele ser molesto, comparto esta opinión sólo en cuanto se critica la utilización de estos para determinar la cuantía de la compensación económica ya que ésta debe tomar en consideración elementos objetivos para su cálculo, pero la culpa en materia de familia tiene una aplicación que es aceptable en otras instituciones de esta rama del derecho.

4.d) La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.

Es un criterio asistencial de costo de oportunidad en la determinación de la cuantía de la compensación económica. El Juez debe tomar en consideración la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario, señala la ley. Aunque no se trata de una prestación alimenticia, lo razonable sería que el juez incrementara la cuantía de la compensación cuando el cónyuge beneficiario sea de avanzada edad o sufra de un estado de salud deteriorado. Ocupamos la conjunción disyuntiva “o”, puesto que la edad y el estado de salud no son requisitos

⁹² ORREGO Acuña, Juan Andrés, La compensación económica en la ley de matrimonio civil. Artículo Pág. 10 Trabajo publicado en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Finis Terrae, año VIII, número ocho, año 2004.

⁹³ Tapia Rodríguez, Mauricio (2006): “La compensación económica en la Ley de Divorcio”, La Semana Jurídica N° 271. 5p.

necesariamente copulativos sino distintos, como ocurre en el caso de un cónyuge joven pero con problemas de discapacidad física o mental⁹⁴.

Al examinar la edad del cónyuge beneficiario, el incremento en el importe de la compensación no se debe mirar bajo el prisma de una pensión alimenticia. El fundamento de este criterio no estaría necesariamente en compensar la pérdida del derecho de alimentos a los que habría tenido derecho el beneficiario de haber perdurado el vínculo conyugal, sino más bien, estaría relacionada con la capacidad laboral futura y la pérdida del coste de oportunidad del alejamiento del cónyuge beneficiario. Así, por ejemplo, la edad en un deportista o en una modelo es muchísimo más relevante que en otra clase de actividades profesionales.⁹⁵ También es de toda lógica que este criterio no se debe ponderar por sí solo para justificar una reparación, sino que deberá analizarse conjuntamente con otros criterios como la duración que haya tenido el matrimonio y la vida en común de los cónyuges y más importante aún, con las posibilidades de acceso al mercado laboral.

Si el cónyuge beneficiario presenta un estado de salud deteriorado o invalidante también significará otorgar una compensación de mayor importe, pero siguiendo el mismo criterio de la edad, es decir, sólo en caso que ello le impida a la parte solicitante poder integrarse al mercado laboral. Creemos que ésta es la interpretación correcta y así lo confirma la jurisprudencia. No corresponde analizar condiciones clínicas que existieron durante la vigencia del matrimonio para determinar la existencia de menoscabo, puesto que este menoscabo procede por no ejercer actividades remuneradas al dedicarse a las labores de familia.

Pese a que la ley establece que ambos elementos deben considerarse respecto al cónyuge beneficiario, no es menos cierto que se deberán ponderar estos hechos con respecto a los mismos del cónyuge potencial deudor. Ambos

⁹⁴ LÓPEZ (2004), op. cit 296 p.

⁹⁵ *Ibidem*

cónyuges pueden ser personas de avanzada edad, o con deteriorados estados de salud, circunstancia que no puede estar ajena al análisis. Si se condena a un cónyuge a pagar tanto puede terminar siendo el cónyuge más débil. La institución no serviría para su fin. El juez deberá proyectar la situación futura de los cónyuges, caso en que deberá necesariamente proyectarse en el caso de ambos, no sólo del solicitante.

4.e) La situación de los cónyuges en materia de beneficios previsionales y de salud.

Es un criterio asistencial y de seguridad social. La cuantía de la compensación debe fijarse tomando en cuenta la situación del cónyuge en materia de beneficios previsionales y de salud, esto porque si uno de los cónyuges carece de previsión social y de salud, o presenta una situación notoriamente disminuida, en relación con personas de su mismo estrato étéreo y condición social, nos encontramos ante una situación clara de menoscabo.

La Ley de Matrimonio Civil, no aludió directamente a ninguna facultad o herramienta para que el juez ordenara el traspaso de fondos desde una cuenta de capitalización individual a otra. El artículo 62.1º de la Ley sólo se remite a la situación previsional y de salud del cónyuge beneficiario como criterio que se debe considerar para los efectos de determinar la existencia de menoscabo económico. En derecho comparado, la existencia de instituciones como el "Versorgungsausgleich"⁹⁶ del derecho de familia alemán cuya traducción sería "ajuste de las pensiones" y que alude especialmente a la compensación de fondos previsionales, zanjaba este problema. Se hizo necesario que el legislador entregara facultades al Juez para que este pudiera intervenir en los fondos de pensiones de los involucrados. Así fue que la Ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que crea el Sistema de Pensiones Solidarias, en su artículo 80, dedica dos artículos a la compensación económica otorgándole al juez facultades

⁹⁶ BARCIA R. y Riveros C. (2011) Op.Cit.

para transferir parte de los fondos previsionales al cónyuge beneficiario, y si éste no posee una cuenta de capitalización individual, ordenar que se proceda a abrir una para tal efecto. La transferencia tiene un tope del 50 % de los fondos que fueron acumulados en la respectiva cuenta durante la duración del matrimonio⁹⁷ y dichas normas se aplican sólo a quienes se encuentran en el sistema de fondos de pensiones (AFP), y no a quienes cotizan en el Instituto de Normalización Provisional (INP), o en las Cajas de Previsión de las Fuerzas Armadas.

El trasfondo de este criterio es claramente asistencial y permite además al juez ponderar indirectamente si el cónyuge beneficiario realizó o no alguna actividad remunerada o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, presupuesto básico para la procedencia de la compensación, puesto que generalmente los beneficios previsionales y de salud son accesorios al haber desempeñado actividades lucrativas. Pero no puede dicha ponderación excederse hasta hacerle imputable al cónyuge deudor la escasa o inexistente capacidad de ahorro de la contraparte puesto que estas circunstancias pueden responder a decisiones en las cuales el potencial deudor no tuvo incidencia alguna, o a motivos que obedecen a la naturaleza propia de las labores realizadas por el cónyuge acreedor, como por ejemplo, si la parte beneficiaria se dedicó a la realización de actividades de comercio o independientes, sin haberse afiliado voluntariamente a una administradora de fondos de pensiones o institución de salud previsional.

⁹⁷ En este sentido, la norma dispone que " *al considerar la situación en materia de beneficios previsional es a que se refiere el artículo 62 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir esta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra 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".

La doctrina ha interpretado este supuesto de dos formas. La primera dice relación con la aplicación de un criterio general que consiste en equilibrar los patrimonios de los cónyuges, tomando en cuenta su situación actual -conforme a su situación pasada- para proyectar hacia el futuro su situación previsional y de salud. La segunda interpretación dice relación con una ponderación en situaciones excepcionales en que el cónyuge beneficiario está en una situación de salud de desamparo, como si tiene una enfermedad terminal o está parapléjico -en la medida que se cumplen los requisitos de procedencia de la compensación establecidos en el artículo 61 de la LMC.⁹⁸ En este supuesto lo esencial es la situación de desamparo del cónyuge beneficiario y no el desequilibrio patrimonial. Así el criterio del Juez debería basarse en considerar si el cónyuge por el divorcio perderá el derecho a optar a una eventual pensión de sobrevivencia y si dejará de ser beneficiario de un determinado plan o sistema de salud por no figurar ya como carga del otro cónyuge.

Pese a que muchos abogados en la práctica, fundamentan en los hechos la interposición de demandas por compensación económica solicitando la reparación patrimonial basándose en la cantidad de años que el cónyuge beneficiario dejó de cotizar o en que derechamente no lo hizo. En este caso no se trataría de resarcir al cónyuge por el monto de la pensión perdida, calculada por una proyección de sus años de vida.⁹⁹ En efecto, el profesor Hernán Corral refiriéndose a este punto en particular señala que no podemos saber si el cónyuge hubiera realmente gozado de una pensión en caso de no haberse decretado el divorcio. Lo único que sabemos de cierto, y es lo que se procederá a indemnizar, es que perdió la oportunidad o la opción de adquirir en su momento ese derecho.¹⁰⁰ Siendo el criterio objetivo en este caso la situación de desamparo del cónyuge beneficiario.

⁹⁸ CORRAL Talciani, Hernán. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 1, pp. 23 - 40 [2007] La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

4.f) La calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario.

No basta con alegar que el cónyuge más débil tiene una profesión para descartar la compensación económica en su favor, porque si el cónyuge estuvo muchos años alejado de su profesión, la reinserción laboral puede ser muy difícil. Se hizo referencia anteriormente al costo de oportunidad. Pues bien, en este caso igualmente se trata de compensar los daños producidos por el costo de oportunidad laboral. Al retornar el cónyuge acreedor al mercado laboral una vez disuelto el matrimonio, lo hará en la mayoría de los casos en condiciones inferiores a las que hubiera tenido si no se hubiera casado y dedicado a las labores del hogar de manera exclusiva, y en el peor de los casos no podrá retornar al mercado laboral nunca más, pese a poseer un título técnico, profesional, o dedicarse a algún arte u oficio.

Este criterio para algunos autores tendría una naturaleza asistencial, pero en ciertos casos también obedecería a una naturaleza reparatoria.¹⁰¹ Es asistencial cuando el cónyuge acreedor no esté en condiciones de ingresar al mercado laboral a pesar de su calificación profesional, Este criterio deberá complementarse necesariamente con otras circunstancias del artículo 62° como pueden ser la edad y el estado de salud. De esta forma si el cónyuge acreedor se enfrenta a la disolución del matrimonio con una edad avanzada y dicha condición no le permite emplearse en su actividad profesional, deberá ser reparado el menoscabo producido. Lo mismo sucede cuando la imposibilidad de acceder al mercado tenga su causa en la una situación de salud grave o invalidante. La compensación en este caso corresponde a una suma equivalente a lo que habría recibido el cónyuge beneficiario si hubiese podido trabajar. El criterio será reparatorio cuando al cónyuge beneficiario se le resarce por haber quedado fuera del mercado laboral, pero todavía estando en condiciones de reintegrarse al

¹⁰¹ BARCIA R. y Riveros C. (2011) Op.Cit.

mismo, como por ejemplo si el cónyuge al que hacemos alusión, se tituló de alguna carrera técnica o profesional pero nunca ejerció su profesión, o bien se desempeñó en dichas labores durante un tiempo breve, lo que provoca que al retomar el ejercicio de su actividad laboral se encuentre en una situación de escasa preparación, obsoleto y desactualizado en nuevas técnicas y conocimientos de su área, no estando en condiciones de ingresar al mercado laboral de manera óptima o cómo lo estaría de haberse dedicado durante los años de duración del matrimonio a ocuparse en su actividad. La reparación del menoscabo, en este caso debe consistir en una prestación que permita la restitución de lo perdido. Por ejemplo, podría ser parte de la compensación económica un programa de postgrado, que se concede al cónyuge beneficiario y que le permitirá actualizarse y valerse por sí mismo en el futuro.¹⁰²

Este criterio trata de una circunstancia asimilable tanto a pautas asistenciales, como reparatorias, es objetivo y se relaciona sólo con la persona del cónyuge acreedor de la compensación económica. El juez, al revisar este criterio, deberá en un primer momento analizar que posibilidades tiene el cónyuge acreedor de insertarse en el mercado laboral, de acuerdo a su nivel de preparación y según el mercado al cual deba insertarse, y en un segundo momento, determinar cual sería la remuneración que obtendría en ese trabajo¹⁰³.

4.g) La colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Por medio de este criterio se busca compensar el trabajo que haya prestado el cónyuge beneficiario en favor de las actividades lucrativas u onerosas del otro cónyuge. Este criterio tiene la singularidad de que no guarda relación con la dedicación exclusiva a las labores del hogar o de crianza de los hijos, se está

¹⁰² BARCIA R. y Riveros C. (2011) Op.Cit.

¹⁰³ BARRIENTOS Grandon, J., NOVALES Alquezar A., Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004. 427 p, TURNER Saelzer, Susan., op.cit., 503p.

reconociendo explícitamente que el cónyuge beneficiario se dedicó a realizar actividades que reportaron lucro no en su persona directamente sino que en la de su cónyuge, actividades en las que tuvo participación colaborando en su desarrollo, ayudando a aumentar el patrimonio, se puede señalar que le ha generado un menoscabo, producto de un enriquecimiento que a ojos del legislador resulta injusto y debe ser compensado por el cónyuge deudor.

5. Compensación económica y divorcio sanción.

La compensación económica procede en todo tipo de divorcio, se enmarca dentro de la primera opción de reparación que tiene el cónyuge víctima de divorcio sanción. Esta reparación obedece a una naturaleza patrimonial, siempre va a tener una naturaleza económica puesto que la Ley de Matrimonio Civil en su artículo 61 estableció sus requisitos de procedencia que tienden a reparar un menoscabo económico el cual ha de producirse en uno de los cónyuges como consecuencia de la dedicación al cuidado de los hijos y del hogar común, no permitiendo desarrollar al cónyuge afectado una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del matrimonio o hacerlo en menor medida de lo que quería y podía.

Para su cálculo el juez se debe basar principalmente en criterios objetivos, existiendo una excepción para el caso del divorcio sanción ya tiene la particularidad de poder ponderarse la buena o mala fe, para determinar la procedencia y cuantía de la compensación.

Si bien en un principio existió discusión en torno a la naturaleza jurídica de esta institución, el criterio jurisprudencial en los últimos años parece dar a entender que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia y funcional a cada comunidad de vida matrimonial en particular. En este capítulo se analizaron las corrientes doctrinales que le otorgaban un criterio resarcitorio, indemnizatorio las cuales de acogerse abrirían la posibilidad de demandar

indemnización por daño moral, pero esta figura a la vez sería contraproducente si lo que se quiere es conseguir una reparación por daño patrimonial ya que no podría demandarse una doble indemnización, ya habiéndose reparado por medio de la compensación económica.

Por lo tanto, determinado el ámbito de aplicación de la compensación económica en el cónyuge víctima del divorcio sanción, este ámbito resulta limitado por cuanto en nada se diferencia éste cónyuge de otro que sin ser considerado víctima solicita una compensación económica en un divorcio remedio, salvo en los criterios de buena o mala fe mencionados con anterioridad respecto de los cuales el acervo jurisprudencial no ha sido suficiente para formar una opinión de el beneficio o perjuicio en su aplicabilidad.

Es necesario analizar la procedencia de la responsabilidad civil en el divorcio por culpa, como fuente reparatoria al daño producido por violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio. De esta manera se logra ampliar el ámbito reparatorio no solo a criterios objetivos y económicos que busque compensar un menoscabo económico, sino que a criterios subjetivos que permitan reparar un daño sea este material o moral.

CAPÍTULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL ESTATUTO RESARCITORIO DEL CÓNYUGE VÍCTIMA EN EL DIVORCIO SANCIÓN.

1. La indemnización entre cónyuges: Una mirada al derecho comparado.

El tema en cuestión ha sido objeto de debate en el derecho comparado. La posibilidad de demandar entre cónyuges una indemnización de perjuicios por las causales de divorcio por culpa, esto es, por el daño que se sufre a causa de un incumplimiento de los deberes matrimoniales, se encuentra lejos de una solución uniforme.

Los ordenamientos jurídicos que adhieren al *Common Law*, han permitido este tipo de demandas gradualmente. El principal impedimento que encontraban estas acciones estaba en las antiguas reglas de inmunidad marital las que han sido suprimidas paulatinamente durante el siglo XX a partir de la década de los 70.¹⁰⁴

En los sistemas de la Europa continental que adhieren al derecho codificado encontramos legislaciones que han logrado consagrar expresamente la posibilidad de demandar daños y perjuicios en los casos de divorcio y otros países en que el tema todavía está abierto a discusión doctrinal y jurisprudencial.

En Francia se reconoce legalmente la posibilidad de demandar daños y perjuicios hace bastante tiempo a pesar de que no existía disposición legal explícita. La jurisprudencia reconoció la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños derivados del divorcio en razón de un perjuicio material o moral por ejemplo en los casos en que el marido ha infligido malos tratamientos graves

¹⁰⁴ Severín, G., "La indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio", en Guzmán, A. (editor científico), Estudios de Derecho Civil III, Editorial LexisNexis, Santiago (2008). 113p.

contra la mujer o el caso en que le ha comunicado una enfermedad venérea. Los tribunales franceses, se basaron en los artículos 1382 y 1383 del *Code Civil* francés.¹⁰⁵

La tendencia jurisprudencial, entró finalmente en un reconocimiento legal el 26 de mayo de 2004 con la publicación de la ley N°2004-439 la que en su artículo 266 señala que *“Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270¹⁰⁶, se podrá conceder una indemnización por daños y perjuicios a uno de los cónyuges para reparar las consecuencias de especial gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, bien cuando fuera la parte demandada en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo matrimonial y sin que hubiese él mismo interpuesto ninguna demanda de divorcio, o bien cuando el divorcio fuese pronunciado atribuyendo exclusivamente las causas de culpabilidad a su cónyuge”*.

El Código Civil de Portugal establece en su artículo 1792 que el cónyuge culpable ya sea del divorcio o de la separación, debe reparar los daños morales sufridos por el otro con motivo de la sentencia, debiendo la acción indemnizatoria ser deducida conjuntamente con la de divorcio o separación.

El caso español resulta más moderado, hay autores que consideran admisible la indemnización cuando se trata sólo de daños producidos por hechos sumamente graves y retirados que lesiones derechos fundamentales de la

¹⁰⁵ Article 1382 « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* » **“Cualquier acto del hombre , el cual causa daño a otro le obliga por cuya culpa sucedió a repararlo”**.

Article 1383 « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* » **“Toda persona es responsable de los daños que causó no sólo por su propio acto , sino por su negligencia o imprudencia”**.

¹⁰⁶ El artículo 270 contempla la posibilidad de establecer una prestación destinada a compensar el desequilibrio económico que la ruptura matrimonial crea en uno de los cónyuges, pudiendo rechazar el juez la prestación en los casos que el divorcio se pronuncie por culpa exclusiva del esposo demandante. *Vid.* Herane, F., *Ob. Cit.*, p. 188.

persona, además esta lesión de derechos fundamentales debe ser causada con dolo o culpa grave ¹⁰⁷. El énfasis de la discusión entre quienes admiten la indemnización, recae sobre el rol que dicha indemnización debe tener, si un carácter sería sancionador o cumpliría una función reparadora.

En las legislaciones latinoamericanas, México admite la reparación de la víctima de divorcio por culpa, en el inciso final del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, se dispone que: “cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

En Argentina ha habido una viva discusión sobre la admisibilidad de la indemnización por daños derivados de los hechos constitutivos de divorcio, el tema ha superado el ámbito civil, debido a que se encuentra consagrado constitucionalmente el deber de no dañar y el correlativo derecho a no ser dañado, mediante la interpretación ad contrario del artículo 19 de la Constitución de 1994¹⁰⁸.

Defendiendo la posición, encontramos entre otros a Santos Cifuentes, quien señala que sólo son reparables los daños morales "agudos, graves y punzantes"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ En este sentido RODRÍGUEZ Guitián, Alma María (2009), Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales, Aranzadi, Pamplona., 89p.; Novales (2008) Ob.cit. 119-150 p.

¹⁰⁸ Art. 19 Constitución de Argentina: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*"

¹⁰⁹ Vid. Santos Cifuentes, «El divorcio y la responsabilidad por daño moral», en La Ley, 1990-B-809. La posición intermedia de este autor ha sido recogida en varios fallos, v.gr., sentencia de la Cámara Nacional Civil, sala C, 17-5-88, "Linzuain de Paludi María S. c/Paludi Juan C. D. s/divorcio", La Ley, 1988-D, 376 Y ss. Y en el artículo registrado en La Ley, 1990-B, 805 Y ss. También en Jurisprudencia Argentina, 1988-II-376: "En concreto, el divorcio no es una causa de resarcimiento, pero los hechos que nevan al divorcio, cuando tienen fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, que

Es destacable en este sentido el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 20 de septiembre de 1994 que resolvió por mayoría de sus miembros la indemnizabilidad de los daños morales ocasionados como consecuencia de hechos constitutivos de las causales de divorcio.

El fallo señala en uno de sus puntos que: *"(...) Tampoco se advierten tintes inmorales en el reclamo indemnizatorio del daño moral en tratamiento, ni tampoco que su reconocimiento conlleve al estigma de la indignidad. Muy por el contrario, la ética quedaría reñida con el derecho si en materia de daños morales conectados con las causales del divorcio se concluyera que la reparación se limita a la simple declaración de culpa del ofensor".*¹¹⁰

Agrega el fallo además que: *"Se distingue en cuanto a los perjuicios reparables, los daños emergentes del divorcio en sí mismo, de aquéllos derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, atento al tema de la convocatoria la decisión del Tribunal debe ceñirse a la indemnización de estos últimos".*

Se puede advertir que sólo se analizó la procedencia de los daños derivados de los hechos que motivaron el divorcio, y se omitió analizar la indemnización de las consecuencias dañosas del divorcio en sí mismo.

sobrepasen la mera relación matrimonial, pueden irrogar una lesión al bien moral que debe ser compensada pecuniariamente, por ser actos que van más allá de la culpa en el divorcio y las sanciones propias de éste". Asimismo, fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala L, 13 de marzo de 1998, "S., M.L. e/S., e.G.". 10 Mucho se ha escrito acerca de este fallo. Sin ánimo exhaustivo, vid. Julio César RIVERA, "Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio, ¿Permite el plenario las indemnizaciones de valor?", en *Junsprudencia Argentina*, 1994-IV+1978; Mauricio Luis MrzRAHr, "Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Nacional Civil", en *La Ley*, 1996-D-1.702 Y ss.

¹¹⁰ Cámara Nacional de Apelación en lo Civil Argentina, En pleno Fecha 20/09/1994. Partes: G., G. G. v. B. de G., S. Publicado: JA 1994-IV-549.

El mismo fallo plenario estableció como doctrina legal obligatoria que: *“En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”*.¹¹¹

Cabe mencionar además el proyecto de *Código Civil* para Argentina de 1998 estableció en su art. 525: *“Si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los daños materiales y morales que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños y perjuicios es procedente en el mismo proceso de separación. Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables. En todos los casos se aplica el art. 1686”*.¹¹² Este precepto pese a que no llegó a ser ley, ilustra el importante desarrollo que ha llegado a tener el tratamiento del derecho de daños entre cónyuges en ese país.

El fallo del 20 de septiembre de 1994 también sirvió de base para la dictación de un fallo más reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina de fecha 10 de diciembre de 2010 decreta el divorcio vincular por culpa del marido por las causales de abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves, tras probarse que éste mantuvo una relación con una amante durante más de un año, habiéndose acreditado ello con videos y fotografías obtenidos por investigadores privados que resultaron concordantes con las declaraciones de testigos, además ordenó a indemnizar al cónyuge víctima con 25.000 pesos argentinos, en concepto de daño moral.¹¹³

¹¹¹ Id.

¹¹² Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia (...)

El proyecto de 1998 admite la reparación de los daños derivados de las relaciones de familia, aunque les pone frenos y cortapisas. Los frenos se manifiestan de dos maneras, por un lado, se restringen los factores de atribución, ya que sólo tienen cabida la culpa grave y el dolo; por otro lado, también se evidencian a través del denominado daño justificado que se materializa cuando existe peligro en la estabilidad de la familia, se amenaza la solidaridad entre sus miembros y la piedad familiar.

El fallo señala en su considerando quinto que [...] “*el abandono como causal de separación y divorcio puede producirse cuando el cónyuge descuida en forma voluntaria y maliciosa su deber de atención a las necesidades de su familia o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de su permanente atención[...]*”.¹¹⁴

Respecto al daño moral indica que (...) “*además de los hechos ilícitos acreditados como causales de divorcio, los testigos han dado cuenta del dolor, los padecimientos y las humillaciones sufridas por la cónyuge al ir enterándose primero del cambio de conducta de su cónyuge y de la falta de asistencia moral; después de su alejamiento y por último del adulterio*”.¹¹⁵

En la parte resolutive indica que (...)”*Teniendo presente las circunstancias del caso y la prueba producida en cuanto a las repercusiones en el ánimo de la actora la actitud de su esposo, así como el tiempo que le llevó recuperarse, entiendo que debe incrementarse la suma fijada en concepto de daño moral a la de \$ 25.000.*”¹¹⁶

2. La inadmisibilidad de la responsabilidad civil en el derecho de familia.

La responsabilidad civil, tradicionalmente ha sido una institución extraña al ámbito del Derecho de Familia. La mentada especialidad que presenta ésta rama del derecho y sus particularidades, se alejan de los principios rectores del Derecho Privado para servirse de los propios, situando al Derecho de Familia por sobre la regulación general del Derecho Patrimonial, o a lo menos colocándolo en un

¹¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Argentina B. A. M. c/ P. C. A. 10-dic-2010 [en línea] Fallo disponible en <<http://abogadatrassens.fullblog.com.ar/abogados-mar-del-plata-la-prueba-en-un-divorcio-controvertido.html>>

¹¹⁴ Id.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ Id.

escenario excluyente, alejando de esta manera la responsabilidad civil de su campo de aplicación.

Los argumentos que son contrarios a la admisibilidad de las reglas de responsabilidad civil por daños entre cónyuges, son diversos y muchas veces se fundamentan en razonamientos morales más que a argumentos jurídicos. Otros, utilizando criterios más técnicos sin identificarse con alguna corriente ética determinada llegan a conclusiones similares. En el derecho comparado por ejemplo el renombrado jurista argentino Guillermo Bordá sostiene que “...*la conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos*”. Califica la posición permisiva de estas acciones como imposible de comprender y peligrosa por fomentar “...*especulaciones malsanas y codicias agresivas*”. Éste admite la ilicitud de las causales de divorcio y que el cónyuge ofendido haya sufrido daños por su causa, pero estima que reclamar la indemnización comporta un gesto indigno, intolerable para la sensibilidad argentina.¹¹⁷

Más alejada del extremo moral, aunque fundándose igualmente en aspectos más éticos que jurídicos, autores nacionales como René Ramos señalan que el demandar indemnización de perjuicios en casos como estos, puede conducir a situaciones escandalosas en que se discutan aspectos íntimos de la pareja que no parece sano ventilar públicamente y que pueden producir daños no sólo a los cónyuges, sino a todo el núcleo familiar.¹¹⁸

Siguiendo una línea de argumentos similar, ya que miran las consecuencias sociales para rechazar este tipo de indemnizaciones, nos encontramos las opiniones que señalan que con esta permisión disminuirían los matrimonios;¹¹⁹ que daría pie para una eventual fuga de los litigantes desde el divorcio- remedio

¹¹⁷ Méndez, M., Los principios jurídicos en las relaciones de familia. 1° ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, (2006). 368p.

¹¹⁸ *Ibidem* 117p.

¹¹⁹ Medina, G., Daños en el Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires (2002). 56p.

hacia el divorcio sanción; que se profundizarían los conflictos matrimoniales ;¹²⁰, etc.

Para otros autores, no se podría tratar la culpa en el divorcio con el mismo criterio que se trata en el Derecho Patrimonial. Esto debido particularmente a que la culpa en el divorcio puede ser atribuida a ambos cónyuges y si bien es cierto, el juez en último término debe encontrar culpable a uno de ellos, resulta difícil dilucidar cuál es el cónyuge verdaderamente culpable, pues es posible que la culpabilidad de uno tenga por causa hechos del otro, difícil resultaría entonces atribuir la culpa a uno sólo de los cónyuges, siendo lo normal que si el matrimonio ha hecho crisis, ha sido porque ambas partes pusieron lo suyo para que así ocurriera.¹²¹

Un argumento más jurídico seguido por la doctrina señala que la inadmisibilidad de la responsabilidad civil se encontraría en la naturaleza de los deberes conyugales (fidelidad, socorro, etc.), los cuales no constituirían obligaciones con contenido económico y por ende su incumplimiento no podría generar indemnización de perjuicios.¹²²

Finalmente nos encontramos con la doctrina de la especialidad del Derecho de Familia, que defiende las características propias que la misma rama del derecho presentaría, las cuales distinguen este derecho del resto del derecho privado, puesto que atendería a una realidad particular que le impide la aplicación de las normas de responsabilidad civil.

La Jurisprudencia también ha sido reticente a la aplicación de normas de responsabilidad civil en el ámbito conyugal. La Corte de Apelaciones de

¹²⁰ Tanzi, S.,- Papillú, J., "Daños y perjuicios derivados del divorcio" en revista chilena de Derecho Privado, núm. 16 (2011). 143p.

¹²¹ RAMOS (2007) op.cit 115p.

¹²² Ibídem 116p.

Rancagua, en sentencia de fecha 29 de Octubre de 2007, rechaza un demanda interpuesta en juicio de divorcio por culpa, que pretendía la reparación del daño moral, en este caso en particular el daño experimentado fue por el incumplimiento de un deber de convivencia (el cese de la vida en común). La Corte argumentó que *la admisión de la reparación del daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se ha extendido recientemente al de la responsabilidad contractual, pero que dicha extrapolación “aún no alcanza” al Derecho de Familia.*¹²³

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 10 de Noviembre de 2009¹²⁴, rechazó una demanda de indemnización por daño moral en un caso de adulterio. Considerando que dicha infracción, no constituye un delito civil, además argumentó que en materia de familia sólo cabe aplicar las normas establecidas por el legislador. La sentencia en su considerando 19 agregó que *“El adulterio, desde siempre, ha sido calificado por el legislador como infracción grave al deber de fidelidad de los cónyuges y no como delito o cuasidelito civil [...] el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por ende no corresponde- en un caso como el de autos- solicitar ni mucho menos conceder la reparación del daño moral”.*

Como se puede apreciar tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional existe un razonamiento que busca excluir la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia y en especial del divorcio por culpa.

¹²³ El argumento de la Corte, resulta deficiente por cuanto siendo criticada esta particular visión por un sector de la doctrina, entre ellos Novales, quien se ha preguntado en un tono irónico: “¿Cuánto tiempo hemos de esperar hasta que la jurisprudencia “decida” que ya ha llegado ese momento?, ¿hay algún impedimento legal de peso para que, habiéndose ya extendido a la responsabilidad contractual no se extienda “todavía” al derecho de familia?” Vid. Novales, A., “Responsabilidad civil en el Derecho de Familia Op.cit., 210p.

¹²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7738-07 de fecha 10 de Noviembre de 2009.

3. La responsabilidad civil como institución compatible con las normas del derecho de familia.

Sin embargo existen también argumentos a favor de admitirla. Se ha indicado por ejemplo, que al ser actos ilícitos los hechos que configuran las causales del divorcio por culpa y al no existir norma expresa en la materia, sería perfectamente admisible reparar el daño causado;¹²⁵ También se ha señalado que si uno de los cónyuges puede denunciar penalmente al otro por delitos de lesiones o tentativa de homicidio, no habría razón para negar la posibilidad de responsabilizar al cónyuge infractor por los ilícitos civiles que haya podido cometer.¹²⁶

Pero existen otros argumentos que creo interesantes de analizar en este trabajo los que he agrupado en tres materias de análisis, que se procederán a desarrollar. La primera da cuenta de la evolución y mutabilidad del derecho de familia en oposición a la visión conservadora y estática que tiene parte de la doctrina. La segunda dice relación con la supletoriedad del derecho civil frente a lo que el derecho de familia no se ha encargado de regular. Finalmente un análisis a la Ley de Violencia Intrafamiliar y a su estatuto resarcitorio especial que constituye cierto marco de acción para admitir la responsabilidad civil, acompañándose de un análisis del tratamiento jurisprudencial que explora la existencia de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de familia.

3.a) La mutabilidad del Derecho de Familia.

La responsabilidad civil, como vemos, ha sido una institución ajena al ámbito familiar, por lo menos la doctrina y jurisprudencia se han resistido a integrar ambas vertientes del derecho, la opinión conservadora sostiene que la naturaleza

¹²⁵ Vargas, A., "La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno" en *Gaceta Jurídica*, vol. 312, (Junio 2006). 21p.

¹²⁶ Tanzi, S.,- Papillú, J., "Daños y perjuicios derivados del divorcio" en revista chilena de Derecho Privado, núm. 16 (2011). 145p.

misma de las relaciones de familia suelen generar vínculos de desinterés y solidaridad que no armonizan con formular reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas, ideas que encuentran sentido en la constitución histórica de la familia en nuestro país, la familia de tipo patriarcal, donde la figura del padre de familia-marido, ostenta la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado debiese ser mínima.

Sin embargo la familia como cualquier institución, es mutable, que duda cabe, si en los últimos diez años el Derecho de Familia ha sufrido una serie de reformas en sus instituciones, las que tomando como referencia el derecho que emerge de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y ajustándose a la realidad de cambio en las relaciones humanas de convivencia que ha experimentado la sociedad, ha logrado democratizar las relaciones familiares.

Los cambios producidos en las relaciones familiares, particularmente a partir de la segunda mitad del Siglo XX, permiten aludir a una *nueva familia*, distinta a la tradicional o clásica; Se destaca particularmente la desacralización de los lazos de familia y una evolución del modelo patriarcal a uno basado en la igualdad entre los cónyuges; de tal manera que el criterio jurisprudencial y doctrinal estaría determinado a mutar hacia las tendencias sociales en donde lo inadmisibles o inmorales no sería el admitir mecanismos resarcitorios en materia de familia, sino negarlos. La inequidad que importa dejar un daño injusto sin la merecedora reparación debiese ser lo que amerita la intervención de los tribunales, la cual resulta del todo efectiva para asegurar el respeto a los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de una familia.

3.b) La Supletoriedad del Derecho Civil.

La especialidad del Derecho de Familia dentro del Derecho Civil lo sitúa por sobre la regulación del Derecho Privado Patrimonial, este argumento si bien resulta convincente y lógico, no puede desvirtuar la posibilidad de admitir

mecanismos reparatorios dentro del Derecho de Familia. Hablamos de mecanismos reparatorios sin tomar en consideración, claro está, la compensación económica puesto que como se analizó en párrafos anteriores es una institución que obedece a una naturaleza distinta, que busca compensar patrimonios más que indemnizar y que se funda en un causal específicas de la Ley de Matrimonio Civil, pudiendo catalogarse como un instrumento especial, propio del Derecho de Familia.

En este caso hablamos de una reparación fundada en la Responsabilidad Civil, como se ha señalado, nuestra Ley de Matrimonio Civil no emite pronunciamiento alguno.

Recordemos que siendo el Derecho de Familia una rama especial del derecho debe recurrir a la regulación general en todo aquello que no se encuentra contemplado por la misma. A falta de norma especial debemos recurrir al derecho común para llenar los “vacíos” de la ley. Así ocurre por ejemplo con la fuerza como vicio del consentimiento en el matrimonio, remitiéndose expresamente sus reglas a lo que disponen los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.

De esta manera la especialidad del Derecho de Familia al menos en la hipótesis de la inadmisibilidad de la responsabilidad civil sería sólo aparente.

3.c) Algunos casos de indemnización de perjuicios dentro del Derecho de Familia.

Existen ciertas disposiciones en el Código Civil, todas las cuales están relacionadas directamente con el Derecho de Familia y que obligan a reparar los perjuicios causados.

La infracción del contrato de esponsales da derecho para retener las indemnizaciones que se hubieren pagado (artículo 99).

El artículo 130 a propósito de las segundas nupcias señala que *“Cuando por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial de conformidad a las reglas del Título VIII, el juez decidirá, tomando en consideración las circunstancias. Las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos serán decretados si así se solicita”*. Agrega el texto legal: *“Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su marido”*.

El artículo 141, disposición que hace alusión a la declaración de bien familiar, castiga al cónyuge que actúe fraudulentamente para obtener la declaración, y lo obliga a indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder.¹²⁷

El artículo 197, dedicado a las acciones de filiación, castiga la mala fe en el ejercicio de una acción de filiación, asimismo cuando se intenta lesionar la honra de la persona demandada, amabas acciones obligan a indemnizar los perjuicios que se causen al afectado.¹²⁸

¹²⁷ Art. 141. El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se registrarán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio. Esta declaración se hará por el juez en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa, a petición de cualquiera de los cónyuges y con citación del otro. Con todo, la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal. Para los efectos previstos en este artículo, los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza. El cónyuge que actuare fraudulentamente obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder.

¹²⁸ Art. 197. El proceso tendrá carácter de secreto hasta que se dicte sentencia de término, y sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales. La persona que ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada es obligada a indemnizar los perjuicios que cause al afectado.

El artículo 328 sanciona en caso de dolo para obtener alimentos, a solidariamente restituir e indemnizar los perjuicios de todos los que han participado en el dolo.

Los artículos 521 y 525 en materia de tutelas y curadurías El Art. 521. Señala que *toda dilación que exceda del plazo legal y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor o curador la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela o curaduría; y hará además inadmisibles sus excusas voluntarias, a no ser que por el interés del pupilo convenga aceptarlas.* Art. 525 señala a su vez que *Si el juez en la primera instancia no reconociere las causas de incapacidad alegadas por el guardador, o no aceptare sus excusas, y si el guardador no apelare, o por el tribunal de apelación se confirmare el fallo del juez a quo, será el guardador responsable de cualesquiera perjuicios que de su retardo en encargarse de la guarda hayan resultado al pupilo. No tendrá lugar esta responsabilidad, si el tutor o curador, para exonerarse de ella, ofreciere encargarse interinamente de la tutela o curaduría.*

Como se puede observar en numerosas disposiciones de Derecho de Familia el legislador ha establecido la obligación de reparar los perjuicios causados, estas reglas indican que siempre que hay perjuicios, los autores de un *hecho ilícito* quedan obligados a indemnizarlos. Las disposiciones mencionadas son manifestaciones de la regla general del principio establecido en el artículo 2314 Código Civil chileno es decir, quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. Y del principio establecido en el Art. 2329, el que indica que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, regla que claro está no escapa al Derecho de Familia

3.d) *La ley de violencia intrafamiliar y su régimen especial de responsabilidad.*

El primer texto legal que reguló la violencia doméstica en nuestro país fue la ley 19.325, publicada en 1994. Dicho cuerpo legal establecía normas de procedimiento y entregaba a los jueces civiles el conocimiento y sanción de los actos constitutivos de violencia intrafamiliar.

En Octubre de 2005, se deroga la antigua ley, remplazándose su texto por la ley 20.066, actual normativa de violencia intrafamiliar, a su vez la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, les otorgó competencia a los mismos para conocer y juzgar casos en esta materia, según lo dispuso el número 18 de su artículo 8°. Cuestión que se replica en el artículo 6° de la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar: *“Los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la Ley n°19.968”*. De este modo, actualmente, todo acto constitutivo de violencia intrafamiliar que no revista caracteres de delito, es materia de los tribunales de familia.

El artículo 5° de la ley en comento define violencia intrafamiliar como todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de las personas en él señaladas.

Es digno destacar que la actual normativa a diferencia de la antigua ley establece la obligación para el autor de los maltratos a resarcir los perjuicios que de ellos se deriven. Es decir, establece un régimen especial de responsabilidad que se consagra en su artículo 11 el que señala: *“La sentencia establecerá la obligación del condenado de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objetos del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez”*.

Siguiendo los lineamientos de la teoría del tipo, se ha señalado que esta ley crea un ilícito civil típico especial.¹²⁹ Es típico debido a que los supuestos que hacen procedente la indemnización se encuentran expresamente señalados (tipificados)¹³⁰: Esto es el “maltrato que afecte la vida o integridad física o psíquica”. Y es especial porque según lo dispone el artículo 5°, sólo puede ser sujeto de este ilícito civil quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge, del ofensor o una relación de convivencia con él; o bien sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”.

Lo que resulta más interesante en este régimen de responsabilidad, es que es aplicable tanto al cónyuge como al actual conviviente. En consecuencia podrían ser aplicables las normas a las que se hace alusión a quienes se encuentren divorciados.

Respecto a los perjuicios sufridos por actos de violencia intrafamiliar, el monto de los daños para la respectiva indemnización, será determinado prudencialmente por el juez lo que se ajusta a la forma de apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica que se aplican en el procedimiento de familia. (Artículo 32 de la Ley N°19.968). Pero la reparación que se puede obtener en el procedimiento de familia por actos constitutivos de violencia intrafamiliar es limitada, sólo se incluye los daños patrimoniales, excluyéndose el daño moral ocasionado a la víctima, pese a que la misma ley define como violencia intrafamiliar “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica” de las personas indicadas en su artículo 5°. Esta exclusión según se desprende del análisis de la tramitación del proyecto de ley, en especial de la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados obedecería más a un aspecto procesal que de fondo. Dentro de la comisión existía la idea de incluir,

¹²⁹ Cfr. Oyanader, P., “Daños por violencia intrafamiliar”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 14 (2006), 216 p.

¹³⁰ *Ibidem*.

entre las cuestiones que el juez deberá resolver al dictar sentencia en el juicio por violencia intrafamiliar, la obligación del condenado de resarcir, además del daño patrimonial, el daño físico y psicológico causado y los gastos médicos en que hubieren incurrido la víctima y los miembros del grupo familiar directamente afectados, como producto del maltrato infringido. Las representantes del Ejecutivo, no obstante compartir el propósito de incluir entre las obligaciones del condenado la indemnización de todo daño a la víctima, advirtieron que el procedimiento breve, concentrado y expedito ideado para el juzgamiento de las causas sobre violencia intrafamiliar no daría tiempo al juez para evaluar todos los perjuicios causados.¹³¹

Por lo tanto lo que se busca con la propuesta original es que el juez se pronuncie obligatoriamente sobre los perjuicios directos de carácter patrimonial. Dentro de los cuales se encuentran incluidos los desembolsos por gastos médicos y otros gastos efectivos que la víctima ha debido pagar para volver al estado en que se encontraba antes de sufrir la situación de violencia. Pero de solicitarse una reparación completa para la víctima en donde se incluya la reparación del daño moral, esta debería ser materia de un juicio de lato conocimiento, puesto que por ser una materia de mayor complejidad en su análisis requiere de una apreciación más acuciosa para determinar su existencia y eventual monto.

Por tanto es perfectamente posible solicitar por parte de la víctima la reparación por daño moral que se haya originado como consecuencia de actos de violencia intrafamiliar. Ningún precepto legal lo impide, es más, la misma ley al definir la violencia intrafamiliar como “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica”... Está dando a entender la existencia lógica de un eventual daño moral, que de existir, puede y debe ser reparado. Sin embargo la pretensión indemnizatoria deberá plantearse ante un juez de letras y no ante el juez de familia por la naturaleza compleja que implica la determinación del daño

¹³¹ Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados acerca del Proyecto de Ley que introduce modificaciones en la Ley N°19.325, que establece normas sobre Procedimiento y Sanciones a los actos de Violencia Intrafamiliar, Boletín N°2318-18, 40p y sgtes.

moral lo que no corresponde a un procedimiento breve concentrado y expedito que se utiliza para fallar las causas sobre violencia intrafamiliar.

El análisis de esta normativa especial de responsabilidad que se revela en la Ley de Violencia Intrafamiliar, reviste gran interés y trascendencia, toda vez que permite aplicar reparaciones indemnizatorias por infracciones a los deberes conyugales que son susceptibles de calificarse como actos de violencia intrafamiliar. Dentro de estas infracciones a los deberes conyugales encontramos el atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge; condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias; incluso la tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos, podría considerarse a mi parecer dentro de estos actos de violencia intrafamiliar. De este modo, todo cónyuge que fuere víctima de malos tratamientos o atentados contra la vida por parte del otro, tendría derecho de solicitar el divorcio sanción o separación judicial en su caso, según la Ley de Matrimonio Civil, y, además, una indemnización por los daños sufridos, según la Ley de Violencia Intrafamiliar La indemnización comprenderá en este caso, también la reparación del daño moral, por aplicación de las normas generales del Código Civil.

Sin embargo es necesario dejar en claro que las causales a las que se ha hecho alusión son aquellas denominadas “causales especiales” que se encuentran descritas en el artículo 54 de la ley de matrimonio civil N° 19.947. Estas causales especiales no son taxativas. Además todavía existe la interrogante respecto de las causales genéricas, esto es la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y/o violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos que tornen intolerable la vida en lo que nos sugiere una interrogante ¿Son las causales genéricas indemnizables? Así también, los demás casos del artículo 54 que no constituyen violencia intrafamiliar, tales como Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio o el abandono continuo o reiterado del hogar común. ¿Son Indemnizables?

4. La admisibilidad de la indemnización por infracción a los deberes del matrimonio por parte de la jurisprudencia.

Ya se ha analizado en el presente trabajo casos de jurisprudencia que niegan la indemnización por infracción a los deberes matrimoniales, pero existe interesante jurisprudencia que parece favorecer esta postura. Se destaca una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 25 de Octubre de 2007,¹³² donde se planteó determinar cuál era el tribunal competente para conocer de una demanda de indemnización por daño moral, ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones personales del matrimonio. Se declaró que tal competencia recaía en los tribunales de familia. Si bien la sentencia se pronuncia sobre un asunto de carácter procesal (competencia del tribunal de familia para conocer indemnizaciones por infracción de deberes conyugales), dicho pronunciamiento reviste un interés especial para el tema que se trata en este trabajo, ya que ésta fue la primera demanda en Chile que solicita una indemnización por daño moral fundándose en el incumplimiento de obligaciones matrimoniales. Se trata de una demanda reconvenional que se interpuso ante la presentación de una demanda de divorcio unilateral. En la reconvenición se solicita el divorcio por culpa y además una indemnización por daño moral fundada en la infidelidad del demandante principal.

Lo que se debe destacar de esta sentencia es que implícitamente la Corte se pronuncia con un criterio positivo, lo que se da a entender es que sí se puede demandar por daño moral derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales.

En otro interesante fallo es el de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 4 de Noviembre de 2010. Se trata de un caso de divorcio en el que uno de los cónyuges solicita compensación económica basándose en los malos tratos sufridos durante su matrimonio, La Corte se pronunció argumentando que la

¹³² Novales, (2010) Op.cit. 207p

compensación económica no tiene por objeto reparar daños derivados de malos tratos y que esta reparación es posible aplicando las normas generales de responsabilidad civil: *“No es la compensación económica una institución creada para reparar este tipo de perjuicios y puede la actora, si así lo estima, perseguir la responsabilidad del demandado de acuerdo a las normas generales del Código Civil, en sede y de acuerdo al procedimiento correspondientes, pero lo que no puede pretender es que el supuesto perjuicio que le habría irrogado los malos tratos del demandado le sean indemnizables por la vía del artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil.”*¹³³.

Se puede apreciar que la jurisprudencia en especial en el último caso se ha inclinado por compatibilizar la Compensación Económica con la Responsabilidad Civil, por tener ambas instituciones finalidades diferentes. Sosteniendo además que los malos tratos son indemnizables de acuerdo a las normas generales del Código Civil.

En cualquier caso la cantidad de fallos que niegan la procedencia de la responsabilidad civil en esta materia siguen siendo todavía numerosos¹³⁴

¹³³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 890-2010 de fecha 4 de Noviembre de 2010.

Considerando 5°.

¹³⁴ Por mencionar sólo algunos. La Corte de Apelaciones de Rancagua, el 29 de Octubre de 2007, rechazó una demanda interpuesta en un juicio de divorcio por culpa, que pretendía la reparación del daño moral experimentado por el incumplimiento del deber de convivencia (cese de la vida en común). La Corte argumenta que la admisión de la reparación del daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se ha extendido recientemente al de la responsabilidad contractual, pero que dicha extrapolación “aún no alcanza” al Derecho de Familia.

La Corte de Apelaciones de Santiago, el 10 de Noviembre de 2009, tras analizar algunas notas distintivas del Derecho de Familia, como sus principios y características, rechazó una demanda de indemnización por daño moral en un caso de adulterio. Consideró que dicha infracción no constituye un delito civil, y que en materia de familia sólo cabe aplicar las normas expresamente establecidas por el legislador. El Derecho de Familia tiene sanciones o soluciones específicas para el adulterio que excluyen las propias del derecho civil patrimonial del derecho privado, haciendo notar que aquella atiende a una realidad particular que no permitiría la aplicación de las nociones habituales del derecho privado, como la culpa y la responsabilidad civil extracontractual.

5. Estatuto aplicable y elementos que configuran la responsabilidad civil en el matrimonio.

5.a) Estatuto aplicable

Planteado como uno de los fines de este trabajo, se han analizado diferentes argumentos que permiten acoger la responsabilidad civil dentro del derecho de familia, y específicamente en el divorcio por culpa cuando alguna de sus causales para solicitarlo, ya sean estas genéricas o específicas produce daño en el cónyuge víctima. Pero una vez que se concluye positivamente sobre la procedencia de la Responsabilidad Civil en esta materia, es indispensable, determinar ante que tipo de responsabilidad nos encontramos analizando también sus requisitos.

Lo que debe determinarse, en primer término, es si nos encontramos ante un daño que debe ser reparado a través del estatuto de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Según el artículo 102 del Código Civil, el matrimonio es un “*contrato solemne*”. Por lo que se debería aplicar el estatuto de la responsabilidad contractual, ya que al incumplirse alguno de los deberes matrimoniales a través de la realización de un hecho constitutivo de causal de divorcio, de los descritos en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, se estaría incumpliendo una obligación que emana del contrato de matrimonio.

Es conocida la oposición de la doctrina para tratar al matrimonio como un contrato civil, razones hay muchas y es imposible no reconocer las diferencias notorias entre ambos tipos de contratos. Se afirma que como contrato, sólo tiene de tal su origen, por ello, algunos autores prefieren denominarlo genéricamente “*institución*”; otros como René Ramos Pazos lo denomina un “*Acto de Estado*”. No obstante, las razones para negar la aplicación de la responsabilidad contractual,

no se relacionan con la naturaleza jurídica del matrimonio sino con los requisitos propios de la responsabilidad.

Podemos afirmar que las obligaciones del contrato de matrimonio equivalen a los deberes conyugales y los fines propios del mismo. Cuando alguno de los cónyuges vulnera una de estas obligaciones, existe una infracción determinada que el legislador ha establecido, en el caso en estudio, esa infracción se materializa en la autorización para solicitar el divorcio. ¿Qué sucedería entonces si esa infracción envuelta en la vulneración a algún deber conyugal produce además un daño al cónyuge víctima?

En este caso el perjuicio que se provoca al cónyuge inocente excede la órbita de lo pactado, debiendo invocarse necesariamente las reglas de la responsabilidad extracontractual para poder dar efectiva reparación al daño causado. Si bien existe un vínculo previo en entre los cónyuges, el daño producido no tiene relación con la regulación/sanción que el legislador dio al incumplimiento de los deberes y obligaciones derivadas del matrimonio, daño que tampoco estaba obligado a soportar uno de los cónyuges. En conclusión, respecto del divorcio culposo un mismo hecho puede generar la sanción impuesta por la ley y a la vez la responsabilidad civil en su estadio patrimonial.

5.b) Elementos que configuran la responsabilidad civil en el matrimonio.

5.b) i.El Daño.

La culpa o el dolo sólo generarán la obligación de indemnizar si causan un daño. El Código Civil no tiene un concepto de daño. La doctrina ha señalado que debe entenderse como todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etcétera, la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las

ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo" aunque no se trate de la lesión de un derecho subjetivo¹³⁵. Se define también como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, o la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial, siempre que estos sean lícitos y aunque la pérdida disminución o detrimento recaiga sobre un derecho de la víctima."¹³⁶ La opinión dominante es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima. La jurisprudencia se ha inclinado en este sentido, fallando que "daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial"¹³⁷.

Conforme al artículo 2329, "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta". De manera que el incumplimiento grave de las obligaciones matrimoniales que causa la separación o el divorcio sólo será indemnizable cuando causa un daño *reparable*. No obstante, la doctrina excluye de la noción de daño a aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida

¹³⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 138p.

¹³⁶ Id.

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, citando a MAZEAUD para fundar esta posición (RDJ, Tomo LXX, sec. 4ª, pág. 65). Existen numerosas sentencias que se pronuncian en el mismo sentido. A modo ilustrativo pueden consultarse las siguientes: Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, que define el daño como "la violación de un interés legítimo" (RDJ, Tomo LI, sec. 1ª, pág. 488); Corte Suprema, 6 de noviembre de 1972, en la que se ha fallado que la responsabilidad civil "se origina en la transgresión de una norma jurídica que afecte al interés de una determinada persona" (RDJ, Tomo LXIX, sec. 4ª, pág. 181); Corte Suprema, 10 de agosto de 1971, que ha resuelto que daño "según el diccionario de nuestra lengua, es «el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien»" (RDJ, Tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 168); y, Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954, en la se indica que "la palabra daño comprende, según el Diccionario de la Lengua, el perjuicio, dolor o molestia que se causa, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que comprende, a más del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial, que se ocasione por un acto ajeno" (RDJ, Tomo LI, sec. 4ª, pág. 182).

en común, por ello, para que pueda hablarse de daño como fundamento de la responsabilidad civil éste debe ser además *significativo*.¹³⁸

5.b) ii. Daño imputable a Culpa o Dolo.

El dolo se debe entender como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (artículo 44 C.C). De aplicarse en este estudio, debería configurarse por la injuria o daño a la persona no sólo a la propiedad o patrimonio, lo que envuelve también el daño moral. El hecho ilícito que se comete con *dolo* se denomina delito, el que se comete con culpa, cuasidelito.

La culpa es sinónimo de negligencia o descuido en el actuar y según la naturaleza del contrato (responsabilidad contractual) admite graduación en culpa grave, leve o levísima, diferente es lo que sucede en el ámbito extracontractual donde la culpa exigida es la culpa leve, el mismo artículo 44. Corroborar lo anterior el artículo 2323, al decir “*o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.*”. Ello resulta lógico, porque a las personas no puede exigírseles un celo o diligencia sino ordinario o mediano. No siendo razonable exigir al hombre medio que emplee en sus actos una diligencia esmerada o cuidado ejemplar como la que un hombre juicioso pone en sus negocios importantes.¹³⁹

Pero la ley exige un grado determinado de culpa diferente a la culpa leve para que pueda originarse responsabilidad por la comisión de un delito o cuasidelito civil: Sucede esto en el caso de los hechos ilícitos ejecutados por uno de los cónyuges en perjuicio del otro o de la sociedad conyugal, según se desprende de los artículos 1748 y 1771 del Código Civil. En éstos preceptos, se

¹³⁸ Las discusiones sobre el límite de las molestias tolerables que son una consecuencia de la vida en común se plantean usualmente en conflictos sobre vecindad, que en nuestro derecho se han resuelto por la vía del recurso de protección.

¹³⁹ ORREGO Acuña, Juan Andrés, Apunte de Responsabilidad Extracontractual 9p [en línea].

exige culpa grave o dolo. Por ende, si sólo se acredita que el cónyuge actuó con culpa leve, no será responsable.¹⁴⁰

Respecto al cumplimiento de las obligaciones matrimoniales, el profesor Gabriel Hernández Paulsen sugiere apreciar la culpa en concreto¹⁴¹, comparando la conducta del autor con la que tendría un cónyuge medio en similares circunstancias, de esta forma el demandado sería imputable si su conducta no ha sido acorde con el comportamiento esperable en una persona casada en circunstancias similares y bajo parámetros sociales semejantes, o simplemente su objetivo ha sido causar un perjuicio directo al otro cónyuge.

En la responsabilidad extracontractual carece de importancia que la falta sea dolosa o culpable, pues la ley no establece diferencias al tratar de la reparación del daño. No sucede lo mismo en el ámbito contractual ya que la extensión de la indemnización varía dependiendo si existe dolo o no y además los grados de diligencia requeridos en los distintos contratos van a diferir, dependiendo de la parte en cuyo beneficio cede el contrato.

Resulta interesante abarcar otra diferencia que dice relación con la prescripción de las acciones. En la responsabilidad extracontractual la acción prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del acto culpable o doloso (artículo 2332), en cambio en la responsabilidad contractual, el plazo de prescripción es de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible (artículo 2515). Otra diferencia que surge es que la prescripción en materia contractual se suspende, a diferencia de lo que sucede en materia extracontractual que no se suspende debido a que es una prescripción de corto tiempo (artículo 2524), sin embargo en opinión de don Pablo Rodríguez Grez, en

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2008). Responsabilidad civil por daños ocasionados en las relaciones de familia, en Colegio de Abogados de Chile, Ciclo de charlas los martes al colegio (charla dictada martes 4 de noviembre de 2008), Separata publicada por Revista del Abogado, 34pp.

un caso la prescripción de la acción emanada de un delito o cuasidelito, se suspendería: si se trata de la prescripción que correría entre los cónyuges, pues debe prevalecer el artículo 2509, inciso final, en cuanto a que *“La prescripción se suspende siempre entre cónyuges”*. En abono a su tesis, alude a los artículos 1748 y 1771 del Código Civil. El primero, se refiere a los delitos y cuasidelitos cometidos por uno de los cónyuges en perjuicio de la sociedad conyugal, caso en el cual el cónyuge autor del hecho ilícito *“... deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciera de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito”*; el segundo, en su inciso inicial, dispone que respecto de los bienes propios de cada cónyuge, *“Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos.”* Estos preceptos, dice Rodríguez Grez, *“... son coherentes y excluyen la Responsabilidad Extracontractual en favor de las personas enumeradas en el artículo 2509 (artículo 2520).* En cuanto a la posibilidad de interrumpir la prescripción, no hay diferencias en materia contractual o extracontractual: en ambas, puede operar la interrupción.

5.b) iv. La relación de causalidad entre el daño y la culpa o dolo.

No basta con la existencia del daño y del dolo o culpa. Se requiere además que entre ambos elementos medie un vínculo de causalidad, que el primero sea el resultado de los segundos. Se producirá esta relación de causalidad cuando el dolo o culpa haya sido la causa necesaria del daño, de manera que si no hubiera mediado, el daño no se habría producido.

No existe relación de causalidad cuando la responsabilidad recae en un sujeto distinto del demandado, por ejemplo cuando el daño es imputable a culpa de la víctima. Se podría dar un caso hipotético de exención de responsabilidad cuando uno de los cónyuges alega por ejemplo transgresión grave y reiterada de deberes fundándose en el abandono continuo y reiterado del hogar común pero si

ese abandono continuo y reiterado del hogar que supone un daño se produce por actos de violencia intrafamiliar provocados por el cónyuge que alega ser víctima de la causal de divorcio, el daño sería imputable a su culpa y no a la del cónyuge que hizo abandono del hogar por motivos justificados.

La exención de responsabilidad puede ser total cuando la culpa de la víctima excluya la del demandado. O parcial cuando la culpa de ambos provocó el daño. En este caso la responsabilidad se atenúa.

5.b) v. Capacidad Delictual.

Este elemento no merece mayor análisis. Si los cónyuges están o estuvieron válidamente casados, existe capacidad. Lo que resulta interesante de análisis en este punto es que el autor del daño puede exonerarse de responsabilidad si por cualquier causa independiente de su voluntad se haya privado de razón, o se encuentre en una situación de demencia¹⁴², excepto que la privación de razón obedezca a causas que le sean imputables, como en el caso del artículo 2318: "El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito" (principio de la *actio libera in causa*)¹⁴³

¹⁴² Artículo 2319 C.C Son dementes "los que al tiempo de ejecutar el hecho están privado de la razón por causas patológicas"

¹⁴³ En cuanto al ebrio, el artículo 2318 se preocupa de señalar que es responsable, aun cuando estuviere privado de razón por causa de su ebriedad. La ley presume que es culpable de su ebriedad. La misma regla debemos aplicar, en general, a quién actúe bajo los efectos de las drogas.

CAPITULO CUARTO

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DAÑOS ENTRE CÓNYUGES COMO MANIFESTACIÓN DE LA DOBLE REPARACIÓN DEL CÓNYUGE VICTIMA EN EL DIVORCIO SANCIÓN.

1. ¿Qué se busca reparar por medio de la Compensación Económica?

En el capítulo segundo se analizó en detalle la institución de la Compensación Económica y se mencionó que ésta tenía como fundamento el reparar un menoscabo económico. Por lo tanto para que proceda la C.E es necesario, que el cónyuge que la solicite haya sufrido un menoscabo económico, y que además este menoscabo sea derivado del hecho de no haber podido desarrollar una actividad lucrativa o remunerada durante el matrimonio por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. Pero no se ha hecho referencia a qué se debe entender por menoscabo económico. Según quedó constancia en la historia fidedigna de la LMC, el menoscabo económico corresponde al impacto negativo que la disolución del matrimonio genera en las condiciones generales de vida de los cónyuges y en sus expectativas de vida futura.¹⁴⁴

De esta manera, puede suceder que un cónyuge sea afectado por una pérdida en una oportunidad laboral, pero necesariamente vea impactada negativamente sus condiciones de vida al momento de la disolución del matrimonio, pudiendo vivir en las mismas condiciones que tenía durante la duración del matrimonio, caso en el cual no tendrá derecho a la compensación económica como aquel que sí sufre un impacto negativo en sus condiciones generales de vida.

Es necesario aclarar que el impacto negativo en las condiciones de vida de un cónyuge, si bien constituye un presupuesto de procedencia de la compensación económica, en ningún caso se debe entender que esta busca

¹⁴⁴ Diario de sesiones del Senado, sesión 11ª (anexo de documentos), p. 1627

mantener perpetuamente las condiciones de vida del matrimonio, sino que simplemente corregir aquella desventaja que tiene el cónyuge que se dedicó a los hijos o al hogar, para luego iniciar ambos una vida por separados.

El profesor Álvaro Vidal señala que *“No se puede adoptar una actitud pasiva y pretender que sea el otro cónyuge, que ya no lo es, quien le provea lo necesario para su subsistencia, no es esa la finalidad de la compensación económica. No se trata de garantizar la manutención del estatus económico que se tenía durante el matrimonio, sino sencillamente de corregir el desequilibrio, asegurando el inicio de una vida separada autónoma”*.¹⁴⁵

2. ¿Que se busca reparar por medio de la Responsabilidad Civil?

Lo que se busca reparar es el daño. Para impulsar la aplicación de la responsabilidad civil en este campo es esencial que la vulneración del deber matrimonial con la concurrencia de la causal, produzca un daño, objeto del resarcimiento, en el cónyuge no culpable del divorcio.

Es el daño el que justifica la aplicación de las normas de responsabilidad civil, por lo tanto el delito o cuasidelito debe irrogar un perjuicio al cónyuge víctima, para que éste pueda perseguir su reparación.

En el capítulo tercero me he referido en extenso a lo que debe entenderse por daño. Dentro de la definición más aceptada por la doctrina se encuentra aquella que lo define como: *“ Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, o la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial, siempre que*

¹⁴⁵ VIDAL, Álvaro, La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil, en El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Coordinación: VIDAL, Álvaro), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 270p.

estos sean lícitos y aunque la pérdida disminución o detrimento recaiga sobre un derecho de la víctima”.

Por ende, habrá daño cuando se lesiona un interés, sea patrimonial, o extrapatrimonial, entendiéndose el primero como aquel que recae sobre el conjunto de bienes de la persona y que permiten el reemplazo monetario equivalente, y el segundo, también llamado moral cuando lo que se afecta es el fuero interno de la persona, cuestión insustituible monetariamente aunque indemnizable de todas formas.

Las causales que enumera el artículo 54 de la LMC pueden llegar a producir un daño material o moral, aunque es preciso aclarar que no toda causal en su concurrencia va a generar obligación de indemnizar. Por ejemplo la causal primera del artículo en comento, dará lugar a divorcio, y a la vez genera un daño patrimonial que se traduce en los gastos incurridos en posibles atenciones médicas de existir lesiones, y genera además un eventual daño moral por la aflicción que se produce en el fuero interno del cónyuge víctima.

En los demás casos que enumera el artículo resulta más complejo representarse el daño patrimonial que implicaría la concurrencia de alguna de las causales, pero no así el daño moral, el cual estaría presente en todas ellas.

Como se puede apreciar, ambas instituciones tienen finalidades distintas y obedecen a reparaciones de naturaleza diferente, por lo que no se presentan como acciones excluyentes sino perfectamente compatibles entre si.

3. Compatibilidad de la Indemnización de Perjuicios con la Compensación Económica.

Analizar la compatibilidad entre la Compensación Económica y una eventual acción indemnizatoria, por el daño producido al cónyuge víctima en el divorcio sanción se ha planteado como uno de los objetivos principales de este trabajo.

Como se analizó en el punto anterior ambas instituciones buscan reparar una disminución, deterioro o perjuicio que recaen en una misma persona pero que obedecen a naturalezas distintas. Podemos mencionar entre las razones para admitir su compatibilidad las siguientes:

- a) La Compensación Económica busca reparar un menoscabo económico como consecuencia de haberse dedicado el cónyuge al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, no pudiendo haber desarrollado una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o habiéndolo hecho en menor medida de lo que podía y quería; la indemnización busca reparar un daño, entendido como una pérdida, disminución o detrimento que experimenta el cónyuge inocente en su persona y bienes, o bien la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial, que origine como consecuencia de una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y que tornen intolerable la vida en común, daño que debe ser además imputable a malicia o negligencia del cónyuge culpable.
- b) La compensación siempre va a tener por objeto reparar un daño patrimonial; la indemnización, en cambio puede tener por objeto la reparación de un daño patrimonial o extrapatrimonial, esto quiere decir que se puede reparar el daño material y/o el daño moral.
- c) El hecho que origina el perjuicio experimentado por el cónyuge víctima es distinto en cada caso. En el caso de la Compensación Económica, el menoscabo económico se debe generar como consecuencia del término del matrimonio. En el caso de la acción indemnizatoria, el daño no se origina por el término del matrimonio sino que por la falta imputable a uno de los cónyuges que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y torne intolerable la vida en común, causal que

una vez acreditada en juicio permite recién, que se decrete el divorcio por culpa.

- d) Ambas instituciones obedecen a naturalezas jurídicas distintas. La compensación económica no tiene la naturaleza de una indemnización de daños y perjuicios; y aunque la tuviera, de ninguna manera podría cubrir el daño moral que la víctima pudo haber sufrido por causa de la infracción de obligaciones matrimoniales que dieron lugar a la separación o divorcio, además de seguirse la teoría de la C.E como una indemnización de perjuicios, nula sería la posibilidad de solicitar otra indemnización por estas razones puesto que el cónyuge víctima ya habría sido reparado por el monto que fijó el juez en la compensación. Cerrándose toda posibilidad a una doble reparación de la víctima.

Como se puede apreciar, ambas instituciones serían perfectamente compatibles entre sí. También se ha analizado en el capítulo anterior que la tendencia de la doctrina mayoritaria es a aceptar una indemnización de perjuicios por los daños que provocó el divorcio sanción, compatibilizando ambas acciones, sin embargo, no ha habido un desarrollo profundo del tema en cuestión, además que la jurisprudencia en esta materia, en su mayoría han negado esta posibilidad. La aceptación de la compatibilidad de las acciones obedece también a una razón de justicia social. Es posible que el cónyuge inocente en un divorcio por causa imputable a otro, no tenga derecho a solicitar una compensación económica al no reunir los requisitos legales necesarios que establecen los artículos 61 y 62 de la L.M.C. En ese caso la obligación de resarcir los daños, entre cónyuges por medio de una acción indemnizatoria, ayudaría a reparar esta situación otorgándole un justo beneficio al cónyuge víctima que se encuentre en una situación económica desventajosa frente al otro cónyuge al disolverse el matrimonio.

4. Algunos aspectos procesales de la compensación económica y del juicio de responsabilidad civil.

4.1 Aspectos procesales de la compensación económica.

a) Iniciativa de parte.

El juez sólo puede decretar la compensación económica cuando es solicitada por una de las partes en la demanda, en escrito complementaria de ella o en una demanda reconvenzional. Es preciso aclarar en este punto que el artículo 10 de la Ley 19.968, establece entre sus principios rectores el de la oralidad, por lo que es perfectamente posible hablar de “solicitud complementaria”, más que de “escrito complementario” de la demanda, pudiendo solicitarse la procedencia de la compensación de forma verbal en la audiencia preparatoria.

b) Deber del Juez a informar a las partes.

Si no se ha solicitado en la demanda. La LMC en su artículo 64 obliga al juez a informar a las partes la existencia de este derecho en la audiencia de conciliación que se lleva a efecto durante la audiencia preparatoria, la que tiene por objeto además determinar el objeto del juicio y ofrecer las pruebas que deberán rendirse en la audiencia de juicio. Este precepto ha sido objeto de críticas ya que el legislador no justificó bajo que criterios jurídicos el juez estaría obligado a informar a las partes la existencia de este derecho.

Si nos remontamos al inicio del funcionamiento de los Tribunales de Familia lo que se buscaba era evitar que las partes por desconocimiento de este derecho no lo solicitaran, lo que se justificaba mayormente porque cuando se dictó la ley N° 19.947 y la ley N° 19.968, las partes podían recurrir personalmente ante los tribunales de familia, siendo evidente la posibilidad de desconocimiento de este derecho. Lo que resultaba armónico con el ya mencionado artículo 3 de la Ley de

matrimonio Civil, el cual señala que siempre debe procurar proteger el interés superior del los hijos y del cónyuge más débil.

La jurisprudencia siguiendo esta línea ha señalado que “...*toda vez que la información de la existencia de este derecho de la compensación económica a los cónyuges está basado en el principio que rige esta materia, esto es, que los procesos deben conducir a que las cuestiones de familia reguladas por esta ley sean resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil...*”¹⁴⁶

Sin embargo, en la actualidad los cónyuges deben comparecer ante los tribunales de familia debidamente representado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión¹⁴⁷, por lo que es deber del letrado informar acerca de la existencia de este derecho.

En consecuencia, parece injustificada la existencia de éste deber en la actualidad, ya que se afectaría la imparcialidad del juez, contraviniendo la “imparcialidad”, aquella garantía que procesal que busca evitar que el juez actúe como parte en el proceso, o como la imposibilidad del tercero que sentencia de realizar o reemplazar la actividad que durante el proceso deben llevar a cabo las partes. Afectaría además el principio de defensa técnica y el principio dispositivo de las partes, vulnerando el debido proceso, pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Concluida la audiencia preparatoria, precluye el derecho que tienen las partes a solicitar la compensación económica, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la nulidad de la audiencia realizada si el juez incumplió su deber legal de informar acerca de la existencia de solicitar este derecho.

¹⁴⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 76-07, de fecha 12 de marzo de 2007.

¹⁴⁷ Una de las modificaciones que se realizaron a la ley 19.968 por medio de la ley 20.286 del año 2008, fue la asistencia letrada obligatoria, mediante la sustitución del artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia.

c) Tramitación

El divorcio y la nulidad son acciones complementarias a la solicitud de compensación económica. Se tramitan conforme a las reglas del juicio ordinario que se encuentra regulado en el párrafo 4° del Título III de la Ley que crea los tribunales de familia N°19.968. El juicio se compone de dos audiencias. Una Audiencia Preparatoria donde se determina el objeto del juicio y se ofrece la prueba y una Audiencia de Juicio donde se rinde la prueba.

La compensación económica puede solicitarse en un otrosí del escrito de demanda, proveyéndose traslado para que la contraria conteste dentro de plazo esto es, antes del quinto día hábil a la fecha fijada para la celebración de la audiencia preparatoria.

Si la compensación se solicita por medio de una reconvenición, entonces el tribunal conferirá traslado al actor para que dicha reconvenición sea contestada por escrito u oralmente en la audiencia preparatoria.

d) Prueba

Es fundamental que el cónyuge solicitante acredite los hechos materia del juicio. Estos hechos corresponden a su dedicación al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común así como no haber desarrollado una actividad lucrativa o remunerada o haberla desarrollado en menor medida de lo que podía y quería¹⁴⁸ y la existencia de un menoscabo económico.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Este hecho, por ser negativo, no requiere prueba, aunque siempre será conveniente aportar antecedentes en ese sentido, para cubrirse de una eventual prueba en contrario.

¹⁴⁹ Este requisito se prueba a través de los criterios enunciados en el artículo 80.

e) Sentencia

El artículo 64 de la LMC señala que a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto” Además el juez debe determinar la forma de pago de la compensación económica, según dispone el artículo 65 de la LMC. Esta forma de pago puede consistir en:

- La entrega de una suma de dinero que podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, acciones u otros bienes.
- La constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo.

e) Recursos

Contra la sentencia definitiva de la resolución que acoge o rechaza la compensación económica, proceden tanto el recurso de apelación como el recurso de casación en la forma.¹⁵⁰

Contra la sentencia de segunda instancia, sea que confirme, modifique o revoque la de primera, sólo podrá interponerse el recurso de casación en el fondo.

¹⁵⁰ El recurso de casación en la forma, según dispone el artículo 67 N°6 a) de la LJP, sólo procede sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

4.2 Aspectos procesales del juicio de responsabilidad civil.

Competencia y procedimiento.

La ley 20.286, del año 2008, que modificó la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, eliminó el antiguo numeral 19 del artículo 8° que atribuía competencia al juez de familia para conocer de *"toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia"*. De seguirse el criterio que señalaba el precepto suprimido, quien tendría competencia para conocer sobre las causas que tuvieran relación con indemnizaciones entre cónyuges sería el juez de familia.

La Corte de Apelaciones de Concepción así lo entendió, emitiendo un fallo emblemático del 25 de octubre de 2007 que revocó una resolución del tribunal de familia que acogía la excepción de incompetencia para conocer de la demanda de indemnización por daño moral deducida por el marido en un juicio de divorcio culposo por motivo de infidelidad de la mujer; En el fallo la corte señala: *"Que de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 19.968 los juzgados de familia tienen por misión conocer de los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y de hacer ejecutar lo juzgado; las materias de su competencia están establecidas en el artículo 8° en 19 números, el último de los cuales prescribe que debe conocer de: 'Toda cuestión personal derivada de las relaciones de familia'; 3) Que dentro del concepto de relaciones de familia se comprenden indudablemente los derechos y deberes recíprocos que el matrimonio impone a los cónyuges, que se regulan fundamentalmente en los artículos 131 y siguientes del Código Civil, como son el deber de fidelidad, de socorro, de ayuda mutua o asistencia, de respeto y protección recíprocos, derecho y deber de vivir en el hogar común, de cohabitación, de auxilio y de expensas para la litis. 4) Que, por consiguiente, si tales son las relaciones de familia de orden personal que el matrimonio genera en los cónyuges, forzoso es concluir que una demanda, aunque sea de indemnización de perjuicios, que se funde en la*

*infracción de alguno de los deberes antes señalados, es de competencia del Juzgado de Familia".*¹⁵¹

Esta alternativa a todas luces de economía procesal, resultaba más ventajosa ya que permitía concentrar toda la discusión del asunto en un solo proceso, lo que resultaba en una ventaja para el actor en la hipótesis de la doble reparación en un juicio de divorcio culposo. El juez de familia estaría obligado a pronunciarse sobre el divorcio, la compensación y además sobre el monto de la indemnización.

En la actualidad el numeral 17 del actual artículo 8° de la Ley 19.968 atribuye competencia al juez de familia para conocer de "*toda otra materia que la ley les encomiende*", este precepto reemplazó al antiguo que señalaba que la competencia del juez era para conocer de "*toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia*". Esto trajo como consecuencia, que conforme a la aplicación de las reglas generales, la competencia para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios entre cónyuges queda entregada al juez de letras en lo civil de mayor cuantía del domicilio del demandado.

El juez de letras deberá pronunciarse sobre el asunto luego de un proceso de lato conocimiento. En conclusión, el cónyuge víctima deberá iniciar dos procesos paralelos uno en el tribunal de familia, y otro ante el juez civil mediante dos procesos distintos.

Prescripción de la acción.

Las acciones que tienen por objeto solicitar una indemnización de perjuicios por daño o dolo prescriben en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración de acto. Así lo establece el artículo 2332 del Código Civil. Este plazo

¹⁵¹ Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de octubre de 2007, *Duhalde con Cuevas*, Rol 909-2007. Con posterioridad, la Corte de Concepción volvió a pronunciarse en igual sentido. Corte de Concepción, 15 de septiembre de 2008, en *Peñaloza con Hebles*, Rol 1310-2008.

es aplicable tanto para la responsabilidad delictual o cuasi delictual civil como para la acción civil emanada de un delito.

El plazo se podría computar desde el último de los hechos que causa el divorcio, o desde que la sentencia que decreta el divorcio se encuentre firme. Se debe tomar en consideración que la infracción grave que causa la separación o divorcio puede llegar a ser conocida con posterioridad por la víctima; y el daño generarse también con posterioridad. La sentencia firme de divorcio daría certeza sobre la sanción civil de la infracción invocada y de sus consecuencias.

Puede darse el caso que el cónyuge víctima estime que existen daños que no han sido reparados, especialmente relacionados con el daño moral, en ese caso, el plazo debería computarse desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño, algo que solo ocurre con la sentencia firme. Por tanto, el plazo de cuatro años debería computarse desde esta última fecha.¹⁵²

La prescripción del artículo 2332 se rige por las reglas de la prescripción ordinaria y le es aplicable el artículo 2509. El plazo de cuatro años para deducir la acción de indemnización de perjuicios de conformidad al Título XXXV del Libro IV del Código Civil chileno se suspendería mientras los cónyuges se encuentran casados, según el artículo 2509, inciso final.

¹⁵² CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 423 pp

CONCLUSIONES.

Capítulo Primero:

1. Dentro de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador estableció el divorcio sanción, concibiéndolo como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesione gravemente la vida familiar, existiendo causales tanto genéricas como específicas, algunas de las cuales todavía generan discusión a nivel doctrinal.

2. Siempre la disolución del matrimonio generará una alteración del patrimonio de los cónyuges provocando un aumento o disminución del mismo, en éste último caso se producirá un menoscabo material, pero tampoco cualquier menoscabo material podrá invocarse para solicitar una indemnización de perjuicios. Es así como la disolución anticipada de la sociedad conyugal o la pérdida del derecho hereditario, no son reparables por constituir simples expectativas, por lo que no hay lesión a un derecho subjetivo ya adquirido. Además la ley contempla para estos casos mecanismos reparatorios y compensatorios de otra naturaleza, como la liquidación de bienes y la compensación económica. El divorcio se presenta por tanto como una solución legal y no necesariamente como una fuente generadora de daños.

3. La declaración de un divorcio sanción en virtud de las causales establecidas por la LMC en su artículo 54, puede producir un daño sea éste moral o material. En consecuencia un mismo hecho genera consecuencias genéricas distintas; Es causal para solicitar el divorcio por culpa y a la vez provoca un daño que conforme al artículo 2329, es indemnizable.

Capítulo Segundo:

1. La compensación económica es un efecto patrimonial que se produce con la terminación del matrimonio, ya sea por nulidad o divorcio y es además un derecho que tiene aquel cónyuge que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos mientras duró el matrimonio no pudiendo realizar actividades lucrativas o habiéndolo hecho en menor medida de lo que quería y podía, cuyo objeto es restablecer el desequilibrio económico que genera la ruptura matrimonial, intentando compensar al cónyuge beneficiario dejándolo en igualdad de oportunidades para enfrentar la vida por separado.

2. La LMC la incluyó como institución novedosa dentro de nuestra legislación, pero su implementación no fue el resultado de una evolución legislativa ni jurisprudencial. Este hecho, unido a una reglamentación legal subjetiva e insuficiente, ha ocasionado grandes dificultades para comprender la figura legal que ha logrado unificar jurisprudencia sólo en determinados criterios.

3. Tanto la doctrina como los tribunales de justicia han sido claros en señalar que la compensación económica es una prestación de naturaleza compensatoria, que se aleja del carácter alimenticio, y que tampoco se trata de una indemnización de perjuicios. En este sentido lo que se busca no es la reparación de un daño, sino compensar un menoscabo, que siempre será económico y no moral.

4. El análisis de los elementos que enuncia el artículo 62 se da de manera muy pobre en los tribunales de justicia, limitándose en la mayoría de los casos a su mera enumeración. Los problemas que surgen por este motivo son la imposibilidad de determinar cual es alcance legal y extensión de cada elemento y la ausencia de una cadena lógica lo que se traduce en un escaso razonamiento legal para sentenciar casos, emitiéndose fallos de apariencia arbitraria.

5. La compensación económica procede en todo tipo de divorcio, se enmarca dentro de la primera opción de reparación que tiene el cónyuge víctima de divorcio sanción.

Capítulo Tercero:

1. Una nueva concepción de la familia que supera la concepción patriarcal, perdiéndose la estructura jerárquica de género, trae como consecuencia la posibilidad de reclamar indemnizaciones mutuas sus miembros, permitiendo la apertura del Derecho de Familia hacia el Derecho de daños.

2. La protección a los derechos fundamentales de la persona consagrados en la constitución han obligado a entender la familia como un núcleo que debe contribuir a la realización personal de sus miembros y al desarrollo de sus derechos de la personalidad.

3. En el derecho comparado se ha comenzado a aceptar de manera paulatina tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la procedencia de demandas provenientes de daños que derivan de infracciones a los deberes personales del matrimonio y de daños causados entre cónyuges. En Argentina el desarrollo jurisprudencial ha sido positivo frente a esta hipótesis. En Chile tanto, pese a que la doctrina mayoritaria acepta la aplicación del derecho de daños entre cónyuges, existe un razonamiento judicial que en la mayoría de los casos busca excluir la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia y en especial del divorcio por culpa.

4. En numerosas disposiciones de Derecho de Familia chileno, el legislador ha establecido la obligación de reparar los perjuicios causados entre miembros de la familia, estas reglas indican que siempre que hay perjuicios, los autores de un hecho ilícito quedan obligados a indemnizarlos.

5. Especial relevancia tiene la Ley de Violencia Intrafamiliar la que al disponer un estatuto resarcitorio especial deje establecido cierto marco de acción en sede civil para la reclamación de los daños.

Capítulo Cuarto:

1. La compensación económica y la indemnización de perjuicios por infracción a los deberes matrimoniales, son instituciones que obedecen a naturalezas jurídicas distintas, lo que las hace perfectamente compatibles entre si para que un mismo cónyuge víctima en el divorcio por culpa pueda accionar en contra del otro cónyuge. Sólo en éste tipo de divorcio podría hablarse de “*doble reparación*”.

2. La compatibilidad de presentar ambas acciones de manera expedita se ha visto truncada por la reforma que sufrió el numeral 17 del actual artículo 8° de la Ley 19.968”, debido a que la competencia para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios entre cónyuges queda entregada al juez de letras en lo civil de mayor cuantía del domicilio del demandado, no pudiendo el juez de familia conocer y fallar respecto de ambas acciones en un mismo procedimiento.

3. El cónyuge víctima de un divorcio por culpa, que pretenda una doble reparación, deberá iniciar dos procesos paralelos distintos. El primero en el tribunal de familia que tenga por objeto solicitar se decrete el divorcio y se conceda la compensación económica en los términos señalados, y otro ante el juez de letras en lo civil de mayor cuantía del domicilio del demandado, solicitando se acceda a condenar al cónyuge culpable a una indemnización de perjuicios, ya sea para buscar la reparación de un daño material o moral derivado de alguna de las causales del artículo 54 de la LMC.

4. Las acciones que tienen por objeto solicitar una indemnización de perjuicios por daño o dolo prescriben en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración de acto. Así lo establece el artículo 2332 del Código Civil. Este plazo es aplicable

tanto para la responsabilidad delictual o cuasi delictual civil como para la acción civil emanada de un delito. El plazo se podría computar desde el último de los hechos que causa el divorcio, o desde que la sentencia que decreta el divorcio se encuentre firme.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno. Santiago: Jurídica de Chile, 2005. 559 p.
- BARCIA Lehmann, Rodrigo y RIVERO Ferrada, Carolina El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile, (2011). [Fecha de consulta 20 de Septiembre de 2014] Disponible <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200004>.
- BARRIENTOS Grandón, J. y NOVALES Alquézar A. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Santiago: Lexis Nexis, 2004. 472 p.
- BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Jurídica de Chile, 2006. 1.230 p.
- BOLETÍN DEL SENADO N° 1.759-18 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 589, 09 de julio, 2003.
- Cámara de Diputados, sesión 27ª, 28 de noviembre de 1995.
- Cámara de Diputados, sesión 36ª, 2 de septiembre de 1997.
- Cámara de Diputados, sesión 39ª, 8 de septiembre de 1997.
- CELIS, R., Curso Especializado de Responsabilidad Extracontractual, Universidad Central de Chile, Santiago, 2001. 127 p

- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlo y VARGAS ARAVENA, David, Acerca de la Naturaleza Jurídica de la Compensación Económica. La situación en Chile y España, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.35 N° 3, 2008. 471 p.
- Código Civil de Chile, Vigésima Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2013. 440 p.
- Código Civil Español. Madrid. El Derecho Editores, 2014. 697 p.
- Código Civil Francés. Madrid. Marcial Pons, Edición Bilingüe, 2005. 980 p.
- Código de Procedimiento Civil Chileno. Vigésima edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014. 492 p.
- Código Penal edición actualizada al 27 de enero de 2014. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014. 144p.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 2007. Rol 676- 2006.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de Noviembre de 2009, Rol 7738-2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 2010,Rol: 36-2010.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, 4 de mayo 2007. Rol: 1236-2006.
- Corte de Apelaciones de Chillán, 10 de noviembre 2008, Rol: 82-2008.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de enero de 2008. Rol: 778-2007

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de marzo de 2007 Rol N° 76-07.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de octubre de 2007, Rol 909-2007.
- Corte Suprema, 1 de julio de 2009 Rol N° 3079 – 2009.
- Corte Suprema de Justicia. , 19 de enero de 2009. Rol 7843-2008.
- Corte Suprema de Justicia, 26 de junio de 2007. Rol N°1335-2005.
- CORRAL TALCIANI, Henán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. 423 p.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.34, N° 1, Santiago, Chile, 2007, pp. 23-40
- CUEVAS M. Gustavo, Indemnizaciones reparatorias de la nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley número 19.947) y Regímenes Matrimoniales, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Santiago, 2004, pp. 74-75.
- Diario de sesiones del Senado, sesión 11ª (anexo de documentos), 02 de julio de 1997.
- Diccionario de la Lengua Española (DRAE), Madrid, vigésima segunda edición, Real Academia Española, 2014. 2448 p.

- DIEZ, J. L., *El Daño Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998. 180p.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de Daños, Madrid, España, Civitas Ediciones, 1999, 363 p.
- FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Separación y divorcio: causales y efecto. En Cuadernos de análisis jurídico / Universidad Diego Portales, N°43. Escuela de Derecho. Santiago, Chile. 2006, pp. 79-93.
- DOMINGUEZ Águila, Ramón, La compensación económica en la nueva legislación del matrimonio civil, Revista de Actualidad Jurídica, año VII, N° 15, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2007, pp 186-187.
- DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen, Compensación económica en la Nueva ley de Matrimonio Civil (folleto del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2005, pp 3-28.
- HERANE, Francisco. Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales, en Corral, H. y Rodríguez, M. (coordinadores), Estudios de Derecho Civil II, Editorial LexisNexis, Santiago (2007). 352 p.
- HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel Responsabilidad Civil por daños ocasionados en las relaciones de familia, en Colegio de Abogados de Chile, Ciclo de charlas los martes al colegio (charla dictada martes 4 de noviembre de 2008), Separata publicada por Revista del Abogado, citado por VALENZUELA, Del Valle, Jimena. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 -N° 1, 2012, pp. 241-269.

- ILLANES Valdés, Alejandra. El divorcio: sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, en Vidal, A. (coord.) El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004), Editorial jurídica de Chile, Santiago (2006). 198 p.
- LEY N° 19.968. CHILE. Crea los Tribunales de Familia. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004, 72 p.
- LEY N° 19.947. CHILE. De Matrimonio Civil. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, 07 de mayo de 2004, 29 p.
- LEY N° 20.066, CHILE. De Violencia Intrafamiliar. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005, 7p.
- LÓPEZ DÍAZ, C., *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, tomo I, Editorial Librotécnica, Santiago, 2004, 452 p.
- MATURANA Miquel, Cristián. Seminario nueva ley de matrimonio civil, Ley N° 19.947, Colegio de Abogados, Opinión expresada el 01 de Junio de 2004, Santiago, Chile.
- MÉNDEZ, M. Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia. 1° ed., Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2006. 216 p.
- MEDINA, G., Daños en el Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002. 520 p.

- ORREGO Acuña, Juan Andrés Apuntes Derecho de Familia, La familia y el Matrimonio. Disponible en Línea. [Fecha de consulta: 07 de Septiembre de 2014]. Disponible en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>>.
- ORREGO Acuña, Juan Andrés. Apunte Los Cuasicontratos. Disponible en línea, [Fecha de consulta: 05 de Septiembre de 2014]. Disponible en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil>>.
- ORREGO Acuña, Juan Andrés, La compensación económica en la ley de matrimonio civil. Artículo publicado en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Finis Terrae, año VIII, número ocho, 2004, pp. 133-150.
- PEÑA González, Carlos. Seminario Nueva ley de Matrimonio Civil. Revista del Abogado S.A., Santiago, 2004. citado por VIDAL, Olivares Álvaro. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008, pp. 289 – 321.
- PIZARRO Wilson, Carlos, La Cuantía de la Compensación Económica, Revista de Derecho, vol. XXII – N°1, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, 2009, pp. 35-54.
- PIZARRO, Wilson, Carlos. La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 3, 2004, pp. 267-271.
- RAMOS Pazos, René, Derecho de Familia Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 387 p.

- RAMOS Pazos, René. Aspectos destacados de la Ley 19.947, sobre matrimonio civil [en línea] [fecha de consulta: 05 de Septiembre de 2014]. Disponible en <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm> >.
- RODRÍGUEZ Grez, Pablo, La ley de Matrimonio Civil, Curso de Actualización Jurídica. Nuevas tendencias en el Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004, 320 p.
- SEVERÍN, G., “La indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio”, en Guzmán, A. (editor científico), Estudios de Derecho Civil III, Editorial LexisNexis, Santiago 2008, 106 p.
- TANZI, S.,- PAPILLÚ, J., “Daños y perjuicios derivados del divorcio” en revista chilena de Derecho Privado, núm. 16, Julio 2011, pp. 135-161.
- TAPIA, Rodríguez, Mauricio. La compensación económica en la Ley de Divorcio, La Semana Jurídica N° 271, 2006, pp. 4-5.
- TURNER, Saelezer, Susan. Las prestaciones económicas entre los cónyuges divorciados en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, N° 16, Valdivia, Chile, Julio 2004, pp. 83-104.
- TURNER, Saelezer, Susan "Las Circunstancias del artículo 62 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil", en: Varas B., Juan Andrés y Turner S., Susan (coord.), Estudios de Derecho Civil Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 481 - 507.
- VARGAS, A., “La responsabilidad civil en el matrimonio: problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno” en *Gaceta Jurídica*, vol. 312, Junio de 2006, 199 p.

- VELOSO Valenzuela, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica, Actualidad Jurídica N° 13, 2006 pp. 186-187.
- VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil. Editorial Jurídica de Chile. 2007. 260 p.
- VIDAL, Olivares, Álvaro. La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil, en El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Coordinación: VIDAL, Álvaro), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2° Semestre de 2008, pp. 289-321.
- ZANNONI, E., "Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio vincular", [en línea] [fecha de consulta 10 de Septiembre de 2014]. Disponible en <<http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0063.pdf>>.