

DIVORCIO Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEY 19.947 *

JOSÉ MIGUEL LECAROS SÁNCHEZ
Profesor de Derecho Civil
U. Bernardo O'Higgins

Se me ha encomendado tratar dos temas que sin duda están entre los más novedosos y populares en el mundo vinculado al derecho de familia: jueces, funcionarios judiciales, abogados, procuradores. Se trata del divorcio y la compensación económica.

EL DIVORCIO

El divorcio responde a una sentida aspiración por décadas en algunos sectores de la población. Como es sabido, la antigua Ley de Matrimonio Civil contemplaba un divorcio sin disolución de vínculo. Al no restituir a los cónyuges la aptitud nupcial, carecía de atractivo. En la práctica no era sino usado –en su versión del “divorcio perpetuo”– como una forma de lograr el marido, por vía judicial, la separación de bienes que la mujer no estaba dispuesta a dar de mutuo acuerdo.

Hasta la Ley 19.947, Chile era uno de los pocos países en el mundo –único en América Latina– sin divorcio. Nuestro sistema de nulidades fraudulentas basadas en la supuesta incompetencia del Oficial del Registro Civil era prácticamente una marca nacional y un resquicio anecdótico poco honroso que nos caracterizaba ante los juristas de otras latitudes.

Después de un amplio debate parlamentario finalmente salió a la luz la Ley 19.947 abriéndose una enorme cantidad de expectativas

* El presente texto constituye una transcripción de la exposición realizada por el profesor Lecaros en el Seminario sobre “Actualizaciones de Derecho Civil” realizado por la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, en el mes de agosto pasado, en homenaje al Decano Don Sergio Gaete Rojas.

que como es sabido han resultado frustradas más que nada por defectos de implementación de los Juzgados de Familia. A continuación examinaré las formas de divorcio y algunos problemas puntuales relativos al divorcio en la actual legislación.

El artículo 102 del Código Civil continúa definiendo el matrimonio como una unión indisoluble y por toda la vida, tal como aparecía en el texto original promulgado a mediados del siglo XIX. En el debate de la Ley 19.947 se discutió la necesidad de adecuarlo a la existencia del divorcio como causal de disolución del vínculo. Tal ocurrió por ejemplo en Colombia, cuyo Código Civil definía el matrimonio en forma idéntica al nuestro y cuando se aprobó el divorcio vincular se modificó la definición eliminando la expresión "por toda la vida". Según se explicó en el Senado, la Cámara de Diputados optó por no modificar la definición del Código Civil por entender que el divorcio seguiría siendo una situación excepcional (Boletín del Senado 1759-18, p. 37). Si estadísticamente nadie nos puede asegurar que lo sea o lo siga siendo, sí hay que reconocer que al menos subjetivamente el matrimonio se celebra con intención de permanecer la unión por toda la vida¹. Desde este punto de vista se entiende que no se haya alterado la definición.

Ahora bien, estimo que la ley de divorcio, en cuanto establece una nueva causal de disolución del matrimonio y por ende de cambio del estado civil, es de dudosa constitucionalidad. En efecto, el matrimonio civil está concebido en nuestra legislación como fuente del estado civil de casado. Es también un contrato que genera en los cónyuges derechos y obligaciones recíprocos, de orden patrimonial y extrapatrimonial. Entre los primeros, destaca el derecho/deber de socorro, cuya principal manifestación es la obligación alimenticia, que en la actualidad subsiste por regla general con la separación judicial, pero se extingue –si bien hay una opinión minoritaria que sostiene lo contrario (opinión que no voy a rebatir en esta oportunidad por falta de tiempo)– en caso de decretarse el divorcio. Por otra parte, nacen también derechos/deberes extrapatrimoniales como el de fidelidad, auxilio, respeto, protección y cohabitación. Tratándose de matrimonios celebrados antes de la Ley 19.947, junto a estos derechos y deberes y dado que el matrimonio era indisoluble por cualquier causa que no fuera la muerte, destacaba el deber de no contraer nuevo matrimonio mientras viviera el otro cónyuge, lo que se podía ver como la contra-

¹ Ref. Corral Hernán, "Ley de divorcio. Las razones de un no", Estudios de Derecho Actual, Universidad de los Andes, 2001, p. 40.

partida del derecho de un cónyuge a que el otro no contraiga nuevo matrimonio mientras viva el primero.

Una ley puede modificar o extinguir un contrato hacia futuro, pero no puede alterar o extinguir aquellos derechos emanados del contrato y respecto de los cuales los contratantes han adquirido titularidad (propiedad) conforme a la ley vigente al momento en que al celebrarse el contrato los adquirieron. En tal caso, esa ley es inconstitucional por afectar la garantía constitucional del derecho de propiedad "sobre toda clase de bienes corporales e incorporales" (art 19 N° 24 de la Constitución Política), es decir, toda clase de bienes corporales y de derechos reales o personales.

El artículo 53 de la Ley 19.947 establece que "el divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella"; de lo que se desprende inequívocamente que la disolución del matrimonio por divorcio pone fin a todos los derechos y obligaciones que de él emanan. El artículo 60 agrega que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos, sin perjuicio de la compensación económica. Esta oración puede tener dos explicaciones. Una, que los legisladores simplemente obviaron los derechos y deberes de carácter extrapatrimonial, como tan irrelevantes que ni siquiera tenía sentido referirse a ellos. Dos, que los consideraron tan relevantes, que el divorcio no debería poner fin a los derechos y deberes de carácter extrapatrimonial sino solo a los de carácter patrimonial. Si la segunda explicación es cierta, resulta incongruente por las restantes normas de las cuales se desprende que el divorcio hace cesar no solo deberes patrimoniales sino también extrapatrimoniales, como el de fidelidad, de cohabitación y –lo que más relevante resulta– el deber de no contraer nupcias mientras viva el otro cónyuge.

Hoy, quienes contraen matrimonio, lo hacen conforme a una ley que contempla la extinción de todos los derechos y obligaciones emanados del vínculo, en virtud de una sentencia de divorcio. Pero, tratándose de matrimonios que se hubieran celebrado bajo la antigua legislación, se trata de cónyuges que han adquirido propiedad sobre derechos extinguidos solo por la muerte, como el derecho de demandar alimentos al otro cónyuge (salvo en el caso de "injuria atroz" –artículos 324 y 968 del Código Civil–) o el derecho a que el otro cónyuge no contraiga nuevo matrimonio mientras viva el primero. Di-

chos cónyuges se enfrentan a una nueva ley, que les es aplicable, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º transitorio que contempla la extinción de dichos derechos por sentencia de divorcio, es decir, por causal distinta de la muerte. Se trata de derechos personales, protegidos por la garantía constitucional del derecho de propiedad y que sin embargo se ven afectados retroactivamente por la nueva ley de matrimonio civil en desmedro de dicha protección constitucional.

En efecto, el artículo 2º transitorio establece que “los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se registrarán por ella en lo relativo a la separación, la nulidad y el divorcio”. Esto equivale a aplicar una legislación nueva a hechos pasados (*facta praeterita*), alterando situaciones jurídicas constituidas conforme a la ley vigente al tiempo de su nacimiento. Es decir, los matrimonios celebrados bajo una legislación que contemplaba la extinción de ciertos derechos solo por la muerte, ven expuestos sus derechos a extinguirse por sentencia judicial por causales nuevas, no tenidas a la vista al momento en que contrajeron el matrimonio. Este efecto retroactivo se aparta del principio multiseccular que en Chile recoge el artículo 22 de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes en orden a que en todo contrato se entenderán incorporadas las normas vigentes al momento de su celebración, lo que no es otra cosa que decir que las nuevas normas que se puedan ir dictando respecto de los contratos solo se aplican a aquellos que se celebren bajo la vigencia de dichas nuevas normas.

Mirado desde la perspectiva del estado civil, conforme al artículo 59 de la ley, en virtud de la sentencia de divorcio debidamente subscrita, “...los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados con lo que podrán volver a contraer matrimonio”. Es decir, habría también una retroactividad que afecta al estado civil, pues en virtud del divorcio, los cónyuges verán extinguido el estado civil de casado y sustituido por el de “divorciado”. Lo cual contraría el artículo 3º de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, conforme al cual el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsistirá aunque esta pierda después su fuerza”. Y como plantea Luis Claro Solar² “el estado civil constituye una especie de propiedad, un derecho adquirido, protegido por acciones análogas a las que protegen el derecho de propiedad sobre los bienes materiales, como que resulta de actos o de hechos cuyo cumplimiento debe ponerlo al abrigo de un cambio de legislación”.

² Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, vol. I, T. I, N.º 123.

Ya el *Corpus Juris Civilis* planteaba que sería absurdo que situaciones jurídicas, válidamente creadas pudiesen ser anuladas por normas que se dictasen posteriormente. Está de por medio aquí la seguridad jurídica, uno de los principios fundantes del derecho.

Es cierto que el principio de la irretroactividad tiene en nuestro derecho rango legal y por lo tanto no hay inconveniente que una ley se aparte de él. Sin embargo, una ley retroactiva será inconstitucional si en virtud de ella se vulneran derechos personales adquiridos en propiedad por los contratantes. Con mayor razón, si afecta un estado civil constituido. Existe constancia en las actas de la comisión constituyente de nuestra actual Carta Fundamental, que la protección constitucional del derecho de propiedad ("sobre toda clase de bienes corporales e incorporales") amparaba tanto la propiedad de derechos reales como la propiedad sobre derechos personales, siguiendo una tradición que venía de la Constitución de 1833 ("toda las propiedades") a través de la de 1925 ("todas las propiedades sin distinción alguna" y, a partir de la reforma de 1967, "el derecho de propiedad en sus diversas especies").

Nuestros Tribunales de Justicia en múltiples casos han declarado que la protección constitucional del derecho de propiedad se extiende a los derechos personales, incluso aquellos sin contenido pecuniario y hasta a situaciones jurídicas que no tienen claramente el rasgo de derechos, acogiendo recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como recursos de protección. Por primera vez, esto se aclaró a propósito del artículo 2º transitorio del DFL 9 que aplicaba retroactivamente (a contratos celebrados con anterioridad a su vigencia) un plazo de duración mínima de los contratos de arriendo de predios rústicos. Por vía del recurso de inaplicabilidad, se declaró que la aplicación retroactiva de dicho precepto vulneraba la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados del contrato (artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925). La Constitución de 1980 fue más explícita: la protección del derecho de propiedad "en sus diversas especies" como decía la Carta de 1925, aludiendo a los artículos 583 y 584 del Código Civil, pasó a extenderse explícitamente a "toda clase de bienes corporales e incorporales"; precisamente para que no cupiera duda alguna sobre la protección de los derechos reales y personales. Las opiniones de Enrique Ortúzar y Alejandro Silva en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política, de cuyo seno nació el Acta Constitucional N° 3 y la Constitución Política de 1980, fueron determinantes y son clarificadoras en tal sentido.

La jurisprudencia más reciente ha sido prolífica en el reconocimiento del derecho de propiedad sobre derechos personales, incluso aquellos sin contenido pecuniario, los cuales, si bien no son parte del "patrimonio" en sentido clásico, son objeto de titularidad. Así, se ha reconocido la propiedad sobre el derecho personal de una trabajadora para alimentar a un hijo menor³; la propiedad sobre el derecho de gozar de "facilidades de pago"⁴; la propiedad sobre el derecho de un cierto recorrido por parte de los taxis colectivos⁵; la propiedad sobre el derecho personal de un arrendatario para ingresar sus buses al terminal⁶; la propiedad sobre el derecho de un estudiante a una cierta calificación y a obtener un título⁷, y varios más.

Coherente con estos antecedentes, estimo como primera observación –discutible, es cierto, pero no podía dejar de plantearla– que tal vez los cónyuges demandados de divorcio que hubieren contraído matrimonio antes de la entrada en vigencia de la ley, podrían recurrir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra los preceptos que sirvan de fundamento a la respectiva demanda.

Yendo ahora a las causales.

El artículo 54 establece la causal de divorcio culpable o como se le suele llamar en los manuales "divorcio sanción". La causal es genérica: falta imputable a uno de los cónyuges que constituya 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. La acción es irrenunciable e imprescriptible y solo puede ejercerla el cónyuge inocente de la falta.

La verdad que la causal genérica antes señalada es idéntica a la que según el artículo 26 permite demandar la separación judicial. La única diferencia es que el artículo 54 hace una enumeración, por vía ejemplar, de conductas que constituirían dicha falta, en tanto que el

³ Elgueda con Técnica Hansa Ltda., y Dirección del Trabajo, Corte de Apelaciones de Santiago, 30.11.1992, G.J. N° 149, p.120.

⁴ "Beas con Capredena, Corte de Apelaciones de Santiago, 05.01.1984, F. del M., N° 302, p. 866.

⁵ "Sindicato de Dueños de Taxis Colectivos N° 17 Pueblo Nuevo de Temuco", Corte de Apelaciones de Temuco, 30.10.1992, F. del M., N° 408, p. 806

⁶ "Empresa Pedro Farías Soto y Cía Ltda. con Sociedad Administradora de Terminales de Buses Ltda.", Corte de Apelaciones de La Serena, 20.11.1985, G.J. N° 69, p. 93.

⁷ "Rojas Bascur con Rector Universidad de Concepción", Corte Suprema, 25.11.1980, RDJ. 1980, II, V, p. 109, "Arze-Vargas con Universidad de Los Andes, Corte de Apelaciones de Santiago, 2.11.1992, GJ N° 150, p. 38.

artículo 26 no la hace. Eso me parece irrelevante. Creo que surge aquí entonces una rareza que merece una explicación. ¿Cómo conductas de idéntica gravedad pueden ser indistintamente causales para demandar divorcio o separación judicial a gusto del actor? El asunto es fundamental toda vez que en la separación judicial se mantiene la obligación alimenticia y los derechos sucesorios pero no hay compensación económica, en cambio en el divorcio cesa la obligación alimenticia y deja de haber derechos sucesorios pero puede demandarse compensación económica. Entonces el asunto aparece como una puerta abierta al oportunismo: si demando separación judicial o divorcio estaré decidiendo no por mis expectativas de recomponer el matrimonio, sino por lo que me convenga económicamente.

Segunda pregunta:

¿Puede el demandado por falta solicitar el rechazo de la demanda argumentando falta equivalente del demandante? Ninguna legislación lo ha admitido expresamente y se ha sostenido que por su naturaleza sería inaplicable al matrimonio esa "compensación de culpas", entre otras razones porque habría una compensación relativa al estado civil que es un atributo de la personalidad y por ende indisponible. Y no sería pertinente tampoco pensar en este caso en la excepción de contrato no cumplido –ese adagio tan conocido por los estudiantes: la mora purga la mora– por cuanto en el matrimonio hay un interés público comprometido en su no subsistencia pese a haber un incumplimiento recíproco de los deberes.

Llama la atención que en la legislación comparada no es fácil encontrar para el divorcio culpable una causal genérica. En general son causales específicas bastante delimitadas. Una causal genérica solo la he encontrado en el artículo 52 del Código de Familia cubano que habla de "justa causa", entendiendo que la hay "cuando el matrimonio pierde su sentido tanto para los cónyuges como para la sociedad...". Y llama la atención sobre todo porque el divorcio demandado unilateralmente por cese de la convivencia exige apenas tres años desde que cesó. Entonces es para pensar que si se invoca una falta que no ha ameritado aún un cese de tres años de convivencia ha de ser una falta extraordinariamente grave.

De acuerdo al artículo 54 se incurre en la falta, *entre otros casos*, en los siguientes:

- 1.- "atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o síquica del cónyuge o de algunos de los hijos". No se exige que sean repetidos (como lo exigía la ley de 1884) ni que se constate un daño efectivamente causado en dicha integridad.
- 2.- "transgresión 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". Cabe precisar que el deber de vivir juntos (que está en la definición del matrimonio del artículo 102) puede suspenderse si asisten razones graves (artículo 133) en cuyo caso no existiendo la exigibilidad del deber no se puede hablar de falta. La transgresión del deber de socorro básicamente se acreditará mediante el incumplimiento de la obligación alimenticia, pero existe jurisprudencia reiterada en orden a que el deber de socorro va más allá y por lo tanto puede transgredirse sin existir una condena judicial de alimentos si en la vida cotidiana se da, por ejemplo, lo que la ley de 1884 llamaba la "avaricia de cualquiera de los cónyuges"... ¿La transgresión del deber de fidelidad –que debe ser reiterada, un solo episodio no configura la conducta– exige la consumación del adulterio en los términos descritos en el artículo 132 del Código Civil ? Pienso que no; que el deber de fidelidad se puede transgredir también con una relación sexual homosexual.
- 3.- "Condena ejecutoriada por la comisión de algunos 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 7 y 8 del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal". La ley de 1884 aludía a condena por crimen o simple delito. Se trata entonces solo se invocar la condena penal ejecutoriada de delitos infamantes. El aborto, la violación, el estupro, el incesto, el homicidio son graves. Pero hay otros delitos en estos títulos, como la injuria o las lesiones, que probablemente no involucran una grave ruptura de la armonía conyugal. No importa la longitud de la condena; incluso puede ser una pena remitida; lo relevante es la influencia en la armonía conyugal.
- 4.- "Conducta homosexual". Es dramáticamente inconveniente esta expresión. ¿Supone una relación homosexual consumada y comprobada? Pienso que no; que esta causal ninguna relación tiene con el deber de fidelidad. De otra parte, habría sido conveniente restringir la conducta a aquella homosexualidad sobreviviente al matrimonio (como lo hace el artículo 394 del Código Civil peruano).

- 5.- "alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos". Nuestra antigua ley hablaba de "vicio arraigado al juego, embriaguez o disipación". Afortunadamente la causal actual es más concreta. La disipación podría ser causal de divorcio solo si altera el deber de socorro. El alcoholismo o la drogadicción puede no interferir en el deber de socorro o de cohabitación, pero sin duda sí lo hará en el deber de respeto y protección recíprocos del artículo 131.
- 6.- "tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos".

De más está decir que estas u otras faltas igualmente significativas pueden ser además causal de nulidad si preexistían al matrimonio, pero el hecho que hayan preexistido no excluye que si persiste pueda ser causal de divorcio. Además, se ha planteado el problema de si acaso podrían invocarse ciertas faltas para demandar la separación judicial y una vez obtenida demandar –fundado en las mismas conductas– el divorcio. Hernán Corral ha estimado sería improcedente por aplicación del principio de no contravenir conductas propias pasadas⁸.

Una segunda forma de divorcio es el demandado unilateralmente por cese de la convivencia. Es lo que en los libros llaman el divorcio remedio, tal vez por alusión a que es un remedio a una relación matrimonial que sin haber mediado falta no prosperó⁹. La mayor parte de las legislaciones exigen un plazo variable de cese de la convivencia; pero hay casos especiales en que no se exige un plazo y/o tampoco un cese efectivo de la convivencia, sino solo la ruptura matrimonial. Por ejemplo, el Código alemán establece como causal el fracaso matrimonial, entendiendo por tal cuando ya "no existe comunidad de vida de la pareja sin que se pueda esperar que los cónyuges reconstituyan la unión matrimonial" (artículo 1566 BGB). El actor debe acreditar un cese efectivo de la convivencia de *al menos tres años*¹⁰. Desde luego no hay que identificar "cese efectivo de la convivencia" con "vivir separados". Me ha tocado ver matrimonios en que viven juntos pero sin absolutamente ninguna convivencia y matrimonios que viven separados pero en una armoniosa convivencia. No es suficiente por lo

⁸ Ref. Corral Hernán, "Una ley de paradojas. Comentarios a la nueva ley de matrimonio civil; Revista Chilena de Derecho Privado, 2004, N° 2, pp. 259-272.a.

⁹ El divorcio remedio surgió por primera vez en 1973 en Inglaterra mediante la Matrimonial Causes Act que estableció como causal la *irretrievable breakdown of marriage*.

¹⁰ El mismo plazo que hay en Argentina o en España.

tanto el hecho material de vivir separados sino el *animus separationis*¹¹. En todo caso, el cónyuge demandado de divorcio por esta causal podría solicitar el rechazo de la demanda si el Juez verifica que el demandante durante el cese de la convivencia incumplió reiteradamente su obligación alimenticia respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Surgen también dudas aquí: ¿debe haber existido una condena judicial para hablar de incumplimiento del deber alimenticio? ¿El incumplimiento debe haberse referido necesariamente en forma copulativa respecto del cónyuge y de los hijos? ¿El cumplimiento de la obligación alimenticia durante el cese de la convivencia es un presupuesto procesal (caso en el cual la carga probatoria correspondería al actor) o una excepción (caso en el cual el incumplimiento debería probarlo el demandado)? ¿Qué pasa si la acción es rechazada por el incumplimiento de la obligación alimenticia? ¿Puede volver a intentarse? Pienso que el demandante debería generar una nueva fecha cierta al cese de la convivencia en la forma legal y esperar tres años cumpliendo la obligación alimenticia, para luego volver a demandar.

En cuanto al plazo de tres años, puede verse suspendido (aunque la ley usa la expresión "interrupción") por aquellos periodos en que se hubiere reanudado la vida en común con ánimo de permanencia. La reanudación de la vida en común restituye a los separados judicialmente el estado civil de casados por sentencia judicial siendo oponible a terceros desde la subinscripción respectiva (artículos 38 y 39 de la ley). ¿Es necesario todo ello para entenderse interrumpido el plazo de tres años? Me parece que no, toda vez que debemos entender que la reanudación de la vida en común interrumpe el plazo de 3 años solo en la medida en que representa un término al cese efectivo de la convivencia. Además, ninguna necesidad de seguridad jurídica para los terceros se exige desde el punto de vista de los hechos que configuran dicha interrupción.

Finalmente, un tercer divorcio es el solicitado de mutuo acuerdo acreditando al Tribunal el cese de la convivencia por un lapso *mayor a un año* y acompañando ambos cónyuges un acuerdo completo y suficiente que regule al menos las relaciones mutuas y respecto de los hijos en relación a régimen de bienes, alimentos, tuición de los hijos, relación directa y regular y deseablemente patria potestad de los hijos o compensación económica, entendiéndose que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo

¹¹ Cfr. Barrientos y Novales, Nuevo derecho matrimonial chileno. Edit LexisNexis, 2004 p. 390.

económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita (artículo 55).

En los casos de divorcio solicitado conjuntamente –no es correcto de mutuo acuerdo porque la fuente del divorcio no es el acuerdo sino la sentencia–, el cese de la convivencia no podría acreditarse por confesión¹². La ley deja condicionado su otorgamiento a que no queden cuestiones pendientes entre los cónyuges y se hayan adoptado los acuerdos necesarios para aminorar el daño a los hijos. En los demás casos, el divorcio se decretará aunque no existan acuerdos en esas materias. Es cierto que el procedimiento de los Juzgados de Familia permite demandar un pronunciamiento acerca de todas ellas en un juicio iniciado por acción de divorcio. Sin embargo, el juez no puede en estos casos actuar de oficio y en caso de existir pasividad del cónyuge demandado se llegará a una sentencia de divorcio dejando muchas cuestiones pendientes.

Para los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.947, todas las normas relativas a divorcio se aplican plenamente. Hubo, en la discusión legislativa, algún debate, a mi juicio muy precario, sobre la eventual inconstitucionalidad que había en el hecho que con el divorcio vincular aplicado a los matrimonios celebrados antes de la Ley 19.947 no solo se establecía un efecto retroactivo en desmedro de un estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, lo que contrariaba la ley de efecto retroactivo de las leyes y se desconocía la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato matrimonial, sino que se afectaba derechos personales adquiridos. Es una controversia interesante si existe el derecho de propiedad sobre el estado civil y si de existir este queda garantizado por la protección constitucional. Nada de eso se analizó.

El artículo 2º transitorio en el inciso 3º estableció que para los matrimonios celebrados antes de la Ley 19.947 no rige limitación alguna en cuanto a la forma de probar la fecha de cese de la convivencia (salvo la confesión –art 1º transitorio regla 3ª–), o si bien el juez puede estimarla no acreditada si los medios de prueba no le permiten formarse convicción sobre la materia. En cambio, para los matrimonios celebrados desde la entrada en vigencia de la Ley 19.947, la fecha de cese de la convivencia puede acreditarse:

¹² Cfr. Barrientos y Novales, p. 383.

- a) Por acuerdo en tal sentido en escritura pública, acta extendida ante cualquier Oficial de Registro Civil, o acta extendida y protocolizada ante Notario; la fecha será la del instrumento o, si alguno de los acuerdos contenidos requería de inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, desde la fecha de esta. Nótese que no se restringe a subinscripciones al margen de la inscripción matrimonial. Así, si hubo acuerdo de constituir un usufructo sobre un inmueble, la fecha cierta se contará desde la inscripción del usufructo en el Conservador¹³ de Bienes Raíces. Es el ejemplo que se puso en el debate legislativo.
- b) Por transacción aprobada judicialmente; desde la fecha de la resolución que la aprueba y en caso que la transacción comprendiera acuerdos que requerían una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, desde la fecha de esta.
- c) Por la notificación de la demanda destinada a regular relaciones mutuas o respecto de los hijos, tales como bienes familiares, régimen de bienes, tuición, relación directa y regular con los hijos, etcétera. Aunque la Ley 19.947 no lo señala, me parece que para que una demanda diera fecha cierta al cese de la convivencia sería necesario que en ella se señalara o al menos se desprendiera que tal convivencia ha cesado. Pues en efecto, una demanda de bien familiar, por ejemplo, o de separación de bienes, no necesariamente supone un cese de la convivencia.
- d) Por la notificación judicial (mediante una gestión voluntaria) de la decisión de poner término a la convivencia, manifestada ante el Tribunal o mediante escritura pública, acta extendida ante cualquier Oficial Civil o acta extendida y protocolizada ante Notario. En este caso no queda claro si la fecha cierta de cese de la convivencia será la del instrumento o la de la notificación judicial de tal instrumento. No hay que olvidar que se trata de instrumentos con fecha cierta respecto de terceros conforme a los artículos 1700 y 1703 del Código Civil. Se podría pensar entonces que la necesidad de notificar es solamente un requisito destinado a permitir al otro cónyuge impugnar la veracidad de lo afirmado en los instrumentos pero no determinaría la fecha cierta. Sin embargo, también se podría pensar que la fecha cierta se da por la notificación judicial; pues cuando el artículo 22 habla de acuerdos por

¹³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín 1759-18, p. 146.

escritura pública, acta extendida ante cualquier Oficial Civil o acta extendida y protocolizada ante Notario, no obstante son instrumentos que tienen fecha cierta respecto de terceros, la norma expresamente dice que la fecha la tendrán desde la subinscripción.

El efecto del divorcio, una vez ejecutoriada la sentencia y subinscrita, es modificar el estado civil de los cónyuges: adquieren el estado civil de divorciados, lo que significa que el vínculo se ha disuelto, que ya no hay matrimonio, que se puede demandar la desafectación de los bienes familiares y los divorciados quedan habilitados para contraer nuevo matrimonio. Asimismo, pone término a los efectos de carácter patrimonial entre los cónyuges como alimentos o derechos sucesorios. El artículo 59 de la ley dispone que los efectos del divorcio entre las partes se producen desde que queda ejecutoriada la sentencia, pero que el nuevo estado civil y la oponibilidad a terceros requieren la subinscripción. La verdad es que esta distinción genera dudas. Aparentemente, desde que queda ejecutoriada la sentencia cesa la obligación alimenticia, que ninguna relación tiene con terceros. Pero en cambio pienso que la disolución de la sociedad conyugal supone la oponibilidad a terceros y por tanto requiere la subinscripción (no podría haber sociedad conyugal para los terceros y comunidad entre los cónyuges). Si ejecutoriada la sentencia de divorcio pero no subinscrita muere uno de los cónyuges. ¿Qué pasa? Creo que los terceros podrían invocar la sentencia para excluir al cónyuge sobreviviente, pues aunque les es inoponible pueden renunciar a dicha inoponibilidad.

La sentencia que decreta el divorcio, ¿podría liquidar la comunidad resultante de la disolución de la sociedad conyugal? Podría pensarse que sí, aplicando analógicamente la norma que así lo dispone respecto de la sentencia de separación judicial (art 31 de la ley). Sin embargo, es dudoso que pueda ocurrir tal liquidación: primero, porque la liquidación de las comunidades es materia de arbitraje forzoso según el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, que no se ha alterado; y segundo, porque la Ley 19.968 que dio las competencias de los juzgados de familia no le atribuyen competencia para liquidar comunidad alguna.

Ahora, en cuanto al divorcio obtenido en el extranjero, se da una regla muy simple y que por lo mismo genera muchas y complejas cuestiones de derecho internacional: el divorcio se rige por la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción. Es decir, la ley extranjera vigente al momento de la demanda.

A las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero, en general se les reconoce valor en Chile conforme a las reglas generales, es decir, previo exequátur de la Corte Suprema, siempre que a) emanen de un Tribunal; b) no se opongan al orden público chileno (como una sentencia que hubiera decretado divorcio rechazando la obligación alimenticia a hijos menores) y no hayan sido obtenidas con fraude a la ley, entendiéndose que se ha actuado con fraude a la ley cuando el divorcio ha sido decretado bajo una jurisdicción diferente de la chilena a pesar que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los 3 años anteriores a la sentencia (si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado al menos por ese tiempo) o durante cualquiera de los 5 años anteriores a la sentencia (si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia). El acuerdo o la discrepancia podrá constar en la sentencia o ser alegado y probado en el trámite del exequátur.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

El artículo 61 de la Ley 19.947 la define como el derecho de uno de los cónyuges a que, declarado el divorcio o la nulidad de su matrimonio, le sea compensado por el otro cónyuge el menoscabo sufrido consistente en que por 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, si lo hizo, fue en menor medida de lo que podía y quería¹⁴.

Primera observación: solo procede en los juicios de nulidad o divorcio, no en los de separación, pese a que está dentro del título VII que se denomina "de las reglas comunes a ciertos casos de *separación*, nulidad y divorcio"¹⁵. Sin embargo, el artículo 64 inciso 3º da a entender que solo procede declarado el divorcio o la nulidad. La razón de lo anterior es que en la separación subsiste la obligación alimenticia y de socorro, en cambio el divorcio hace cesar todos los derechos y deberes patrimoniales entre los cónyuges derivados del matrimonio (artículo 60) y la nulidad declara no haber existido matrimonio eficaz.

¹⁴ En el debate legislativo la Ministra Delpiano citó cifras del universo laboral femenino: un 65% de las mujeres en edad de trabajar están dedicadas exclusivamente al trabajo doméstico no remunerado; en el caso del primer y segundo quintil más pobre, esa cifra llega al 80%.

¹⁵ Originalmente la compensación económica solo se contemplaba para los casos de divorcio, pero se agregó para los casos de nulidad, porque como planteó el Senador Viera-Gallo, de lo contrario para eludir la compensación económica se usaría la vía de la nulidad como resquicio (Cfr. Boletín 1759-18.1, pp. 185 a 200).

Segunda observación: procede este derecho cualquiera sea el régimen matrimonial, si bien no cabe duda que en el caso de un matrimonio celebrado o vigente bajo el régimen de participación en los gananciales, el juez debería considerar la existencia de un crédito de participación determinado a objeto de fijar el monto de la compensación, como ocurre en la legislación francesa, como veremos. En el régimen de sociedad conyugal, el hecho de obtener el cónyuge menoscabado una parte importante de dinero a título de mitad de gananciales en la liquidación no entorpece ni obsta de modo alguno el derecho a la compensación económica¹⁶.

En cualquier caso hay una alusión expresa a la culpabilidad del divorcio¹⁷: si se decreta el divorcio por falta imputable, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto (artículo 62). En caso de divorcio por cese de la convivencia, en cambio, no hay referencia legal alguna en el sentido que el cónyuge que se ausentó pierda el derecho a la compensación, si bien, como veremos, eso dice relación con la buena o mala fe tanto del que se ausenta como del que permanece en el hogar: ambos pueden ser los culpables de la ruptura.

Es importante destacar que el actor debe acreditar relación de causalidad entre el menoscabo económico y el "haberse dedicado...". Por lo tanto no procedería demandar el menoscabo si ambos cónyuges desempeñaron libremente su profesión o actividad laboral—libremente quiero decir, sin interferencias causales de la dedicación al hogar— y uno simplemente fue más exitoso en orden a sus ingresos que el otro. De ahí que no puede tampoco este derecho ser motivo de lucro. En España lo demanda "el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrios económicos con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento de su situación anterior"¹⁸.

¹⁶ Así lo aclaró el Senador Espina a propósito de la Indicación N° 175.

¹⁷ En el debate legislativo se sugirió que solo precediera la compensación económica en el divorcio por falta, pero no en caso de cese de la convivencia; también se aludió a la eventual injusticia que representaría el hecho que si la falta se mantuviera en reserva pudiera quedar obligado a pagar la compensación económica el cónyuge inocente (opiniones de la ministra Delpiano y del Senador Espina). Cfr. Boletín citado pp.185 a 200.

¹⁸ En el debate legislativo se argumentó mucho sobre la conveniencia de que la norma aludiera a "haberse dedicado preferentemente", porque la mujer muchas veces hace prevalecer el cuidado del hogar y los hijos per se a o sin dejar de lado totalmente el desempeño de alguna labor lucrativa (Boletín cit. pp.185 a 200).

En relación a lo anterior, el Tribunal deberá precisar cuánto “quería y podía” el actor haberse dedicado a una actividad lucrativa. No es solo el “podía” –la capacidad, la preparación, profesión...– sino también el “quería”, lo que envuelve un juzgamiento increíblemente complejo pues el juez deberá conocer el fuero del cónyuge en orden a hasta qué punto habría querido dedicarse a la actividad lucrativa. Si el cónyuge demandante nunca quiso trabajar aunque hubiera podido –prefería libremente dedicarse a su casa– eso deberá ser atendido por el Tribunal.

El menoscabo es solo un lucro cesante pasado, no futuro. No podría incluirse –en la determinación del monto– lo que a futuro el cónyuge dejará de ganar a consecuencia del currículo, de la trayectoria que estuvo impedido de formar y hacerse. En otros países, Francia y Suiza, por ejemplo, el problema ha sido enfocado como un enriquecimiento sin causa, lo que a mi juicio es un error pues si bien está claro que hay un empobrecimiento y un enriquecimiento vinculados causalmente, falta en mi concepto el requisito de la ausencia de causa legítima. En Francia el Code Civil (artículo 270) plantea la institución como una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas (“... a compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives”).

Pues, aun así, me parece que no se dan los elementos para hablar de un enriquecimiento sin causa; sí de una indemnización por lucro cesante del tipo de responsabilidad sin culpa.

En cuanto a los criterios para precisar la existencia y cuantía del menoscabo, el artículo 65 de la Ley 19.947 los señala por vía ejemplar. La enumeración no es taxativa. El juez considerará la duración del matrimonio y de la vida común, buena o mala fe de ambos, edad y estado de salud del cónyuge beneficiario, situación en materia de beneficios provisionales o de salud, cualificación profesional, posibilidades de acceso al mercado laboral y la eventual colaboración de uno de los cónyuges a las actividades lucrativas del otro. Aunque no hay claridad acerca de qué pueda significar la buena o mala fe a la que alude la norma, creo entender que pretende dar al juez alguna libertad de discreción en orden a considerar aquellas situaciones en que se provoque la ruptura matrimonial con el objeto de obtener la compensación económica.

El asunto es muy complejo, sin embargo, porque como expuso el Senador Espina en el debate legislativo, el solo abandono del hogar no es sinónimo de culpabilidad ni mala fe del cónyuge que se ausenta: no

puede por ejemplo calificarse de mala fe o culpa a la mujer que se ausenta a consecuencia de la violencia ejercida sobre ella y sus hijos¹⁹.

Algunos de estos criterios en mi opinión no se justifican estrictamente desde la perspectiva de una compensación por lucro cesante, pero sí por razones de equidad, tal como la salud o edad del acreedor, sus beneficios previsionales, etc. Coinciden en todo caso en gran medida con los criterios que señala el Código Francés en el artículo 272: edad y estado de salud de los esposos, el tiempo ya consagrado o que consagrará a la educación de sus hijos, sus calificaciones profesionales, su disponibilidad para nuevos empleos sus derechos actuales y previsibles, la parte eventual de sus derechos en materia de pensiones, su patrimonio, tanto actual como el que quedará después de la liquidación del régimen patrimonial.

De esos criterios se desprende también que la compensación tiene un cierto carácter alimenticio. De hecho, el artículo 271 del Code Civil francés ordena considerar las necesidades y recursos al momento del divorcio y la evolución de esas necesidades y recursos en un futuro previsible. De ahí por ejemplo, que en la legislación española se declara este beneficio como incompatible con los alimentos (de hecho, en España se habla de "pensión compensatoria") hasta el punto que si está pendiente su pago cesa si el cónyuge vuelve a casarse. El Código argentino contempla la compensación necesaria para que el cónyuge mantenga el nivel de vida de que gozaron mientras hubo convivencia (artículo 207 del Código argentino). Pero, a diferencia de los alimentos, no procede su alteración por causas sobrevinientes del cónyuge deudor o acreedor. El derecho queda fijado inmutablemente. Lo mismo dice el Código Francés en el artículo 273.

El juez puede denegar o disminuir el beneficio para el cónyuge culpable de la causal (artículo 62 inc. 2º de la Ley 19.947), lo que corrobora una vez más el carácter alimenticio²⁰.

El monto de la compensación económica puede determinarse por acuerdo (artículo 63 Ley 19.947), que produce cosa juzgada o mediante demanda, complementación de demanda o reconvencción (artículo 64 Ley 19.947) El Código Español permite (art. 100) en cualquier tiem-

¹⁹ Debate sobre Indicación N° 178

²⁰ Quedó constancia claramente que la compensación económica no constituía alimentos. El Senador Espina hizo presente que en los casos de acuerdo el acuerdo era de suyo la causa y en los demás casos había que analogarlos a los alimentos. Cfr. Boletín citado 1759 -18-1, pp. 185-200.

po revisar el monto de la compensación por cambio de las condiciones. En el derecho francés es excepcionalmente revisable si su falta de revisión genera un conjunto de consecuencias de una excepcional gravedad (*si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité*).

En relación a las modalidades de pago: el artículo 65 de la Ley 19.947 señala que el juez puede ordenar el pago en cosas. No es esto una dación en pago, pues tiene lugar aun contra la voluntad del acreedor. No se aclara qué efectos se producirían en caso que el acreedor sufra evicción de aquello que recibe en descargo de la deuda. Pienso que habría que aplicar analógicamente el mismo criterio previsto para la dación en pago del crédito de participación en los gananciales, esto es, que se considere en tal caso como nunca extinguido el crédito (artículo 1792-22 del Código Civil), lo que excluye interpretar este caso como una novación por cambio de objeto.

También se puede ordenar el pago de la compensación constituyendo vía resolución judicial un derecho de usufructo, uso o habitación en bienes de propiedad del cónyuge deudor. Se señala que estos derechos son inoponibles a los acreedores del cónyuge deudor existentes "a la fecha de su constitución" (creo que habría sido preferible decir "a la fecha de la respectiva inscripción conservatoria") ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo; es decir, es inembargable el crédito, lo que debe relacionarse con el Art. 2466 del Código Civil.

En caso que se vaya a pagar la compensación en dinero, el juez puede dividir el pago en cuotas y ordenar seguridades para su pago (artículo 65 N°1 Ley 19.947). No hay límite en cuanto al plazo²¹. Paradójicamente, el juez puede fijar cauciones conforme al artículo 65 N° 1 de la Ley 19.947 (sin haberse acreditado insolvencia del deudor) pero no se le faculta para ello cuando se le ha acreditado insolvencia (artículo 66 Ley 19.947). Formas de caución pueden ordenarse muchas y el acreedor puede solicitar medidas precautorias. Fue tanta la preocupación del legislador en orden a que la compensación económica se pagara efectivamente que llegó a proponerse –si bien fue rechazada la indicación– que en caso de querer contraer nuevas nupcias el deudor debía acreditar haber pagado la compensación o, en su caso, estar al día en el pago de las cuotas en que ella se haya dividido²².

²¹ En Francia no puede prolongarse el pago a más de tres años (art 275-1 Code Civil).

²² Indicaciones 187 y 188, Boletín cit. pp. 79

El artículo 66 de la Ley 19.947 alude a que el juez considerará la "capacidad económica" del cónyuge deudor. No queda claro si se refiere a la solvencia o liquidez, que son cosas distintas y de distinta forma pueden justificar la necesidad de plazo para el pago de la compensación económica.

El mismo artículo hace una asimilación de la compensación económica a los alimentos para efectos de su cumplimiento. Nótese que se asimila solo para efectos de su cumplimiento, por lo tanto, la compensación económica es renta (a diferencia de los alimentos, que no lo son por expresa referencia del artículo 17 N° 19 de la Ley de la Renta).

Ahora, ¿solo rige la asimilación si se dividió en cuotas, o sea solo en el caso del artículo 66 de la Ley 19.947 o siempre?

Segunda duda: ¿puede haber orden de arresto por incumplimiento? En España, el incumplimiento es tipificado como delito de "abandono de familia". Aquí, desde luego, la ley no lo ha tipificado como delito. Chile ratificó, mediante Decreto 873 de 5 de enero de 1991, el Pacto de San José de Costa Rica que dice que "nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios". De pretenderse en virtud de la analogía a los alimentos que pudiera decretarse orden de arresto por el no pago de la compensación, se estaría a mi juicio incurriendo en una interpretación por analogía de una situación excepcional. Las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente, nunca extenderlas analógicamente a casos no previstos²³.

El crédito emanado de la compensación económica es transferible y transmisible (no se indica lo contrario y se puede analogar al crédito de participación). En Francia se señala expresamente la transmisibilidad como deuda (artículo 276-2 del Code Civil: *A la mort de lépoux débiteur, la charge de la rente passe a ses héritiers*).

En caso de fallecimiento se trata como deuda hereditaria (artículo 959 N° 2 del Código Civil), no como baja alimenticia (artículo 959 N° 4 del Código Civil). Si muere el acreedor, se transmite también a sus herederos el crédito.

²³ En el debate legislativo se sostuvo que la asimilación de la compensación económica a los alimentos permitía legítimamente decretar el arresto gracias a la excepción que a la no prisión por deudas se hace en el Pacto de San José de Costa Rica en relación a los alimentos (Directora de Sernam, Cecilia Pérez), Boletín citado, pp. 195-196.

¿Podrá ser objeto de actos jurídicos antes de su determinación? En rigor debería ser posible pues no se prohíbe, como en cambio sucede con el eventual crédito de participación. Aunque por el carácter protector y por ser de orden público estimo que la compensación económica es irrenunciable. Así por lo demás se consideró en el debate legislativo a propósito del texto del artículo 63 de la ley, pues se rechazó una indicación que decía "la determinación de la procedencia de la compensación económica y el monto y forma de pago de ella será convenida por los cónyuges". Se prefirió no usar la expresión "procedencia" para aclarar que era irrenunciable por acuerdo de los cónyuges.

En Francia, se ha estimado inadmisibile una transacción sobre la compensación económica eventual, celebrada antes que se haya decretado el divorcio (Civ 2e, 21 mars 1988, Gaz Pal 1989, 1.38, note Massip; y Civ 2e 10 mai 1991, Bull Civ. II N° 140, cit en Code Civil, Dalloz, 1995, p. 238).