

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO “DERECHO” DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y “OBLIGACIÓN” CORRELATIVA DEL OTRO. DE SUS CARACTERES

ECONOMIC COMPENSATION AS A SPOUSE’S “RIGHT”
AND AS THE OTHER’S CORRELATIVE “DUTY”.
THEIR FEATURES

*Javier Barrientos Grandon*¹

RESUMEN

Se analiza la compensación económica en el Derecho Matrimonial chileno, por causa del divorcio o nulidad, desde la perspectiva de entenderla como el derecho de un cónyuge respecto del otro, caracterizado legalmente como un derecho personal, de familia, matrimonial y de carácter patrimonial, examinándose las consecuencias dogmáticas y prácticas que se derivan de tal caracterización.

Palabras clave: Compensación económica - Matrimonio - Divorcio - Nulidad.

ABSTRACT

The economic compensation in the Chilean law of marriage for reason of divorce or nullity is analyzed hereto. It is taken the view that economic compensation is a right in favor of the spouse vis-à-vis the other spouse. This right is construed as a personal, family, matrimonial, and patrimonial right. Both dogmatic and practical consequences arising from this characterization are examined.

Key words: Economic compensation - Marriage - Divorce - Nullity.

¹ Investigador de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, individuo de número de Academia Chilena de la Historia, doctor en Derecho por la Universidad de Castilla. La Mancha, C/ República, 105, Santiago de Chile, javier.barrientos@udp.cl. Artículo recibido el 18 de octubre de 2007 y aceptado para su publicación el 29 de noviembre de 2007.

INTRODUCCIÓN

La lectura de las disposiciones que dan contenido al § 1 del capítulo VII de la LMC, rubricado “De la compensación económica”, muestra, inicialmente, que esta expresión ‘compensación económica’ es utilizada por el legislador, al menos, con tres significados diversos, es decir, tal expresión legal aparece como polisémica, pues con ella se designa a:

1ª Un cierto “derecho” de uno de los cónyuges (art. 61 LMC, 62 inc. 2º, 64 inc. 2º).

2ª El objeto sobre el que recae ese tal derecho (art. 62 inc. 1º, 63, 64 inc. 3º).

3ª El contenido de ese objeto sobre el que recae ese tal derecho (art. 65 inc. 1º).

Esta utilización polisémica de la expresión ‘compensación económica’ no ha favorecido la, de por sí, dificultosa tarea de su interpretación dogmática y de su aplicación jurisprudencial, dificultadas también por diversas deficiencias de técnica legislativa, que se advierten en el referido párrafo de la ley que se ocupa de ella.

Sin que se haya, hasta ahora, advertido como problemática la polisemia de la expresión “compensación económica”, por regla general, la doctrina que se ha ocupado de ella ha recurrido a la categoría de “institución”² o, a la más vaga, de “figura”³, para intentar su anatomía y descripción. Como consecuencia de ello, la discusión ha tendido a centrarse en la “naturaleza jurídica” de la “compensación económica”, al entenderse que si se precisa esa naturaleza de la institución advendría la luz sobre sus finalidades y

² Vide así Carlos PIZARRO WILSON, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, N° 3, Santiago, diciembre 2004, pp. 83-104; Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, *Seminario Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 2005, p. 9; Álvaro VIDAL OLIVARES, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual”, en Jorge ADAME GODDARD (ed.), *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 419-437; Paulina VELOSO VALENZUELA, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en *Actualidad Jurídica*, N° 13, Santiago, enero 2006, pp. 171-187; José Luis GUERRERO BECAR, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVII, Valparaíso, 2006, pp. 1-27; Susan TURNER SAEZLER, “Sentencia sobre requisitos de procedencia y finalidad de la compensación económica (Corte de Apelaciones de Valdivia)”, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, N° 2, Valdivia, diciembre, 2006, pp. 265-273.

³ Vide así Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, *Seminario Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 2005, pp. 9-10; Hernán CORRAL TALCIANI, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, Santiago, 2007, pp. 23-40.

caracteres, aclarándose, también, la definición de los supuestos para su procedencia y de los criterios para determinar su cuantía.

Si bien nada hay de objetable en realizar, dogmáticamente, un análisis institucional de la “compensación económica”, también resulta razonable aproximarse a ella desde una de las perspectivas que ofrece la propia ley, dentro de la indicada polisemia, cual es la de examinarla en cuanto sea un cierto derecho de uno de los cónyuges. A una parte de esta tarea es a la que se destinarán las observaciones contenidas en este artículo, que puede concebirse como una cierta introducción al estudio del “derecho de compensación económica” en el nuevo Derecho Matrimonial chileno.

En efecto, en tres de sus disposiciones la LMC se refiere, expresamente, a la “compensación económica” para calificarla como un “derecho”, a saber: en su artículo 61 en el que se lee que: “...uno de los cónyuges... tendrá derecho a que... se le compense”; más claramente, en el inciso 2º de su artículo 64: “...el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho...”; y, por vía de remisión, en su artículo 60, en el que la sitúa dentro de los “derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”.

La ley, pues, asume una primera significación para la expresión ‘compensación económica’ atribuyéndole la entidad de un derecho. Surge, entonces, la cuestión dogmática y, como se verá, con gran trascendencia práctica, de determinar la naturaleza y caracteres de este derecho.

No hay originalidad en la LMC chilena en esta caracterización de la compensación económica como un “derecho”, pues la misma orientación ya la había asumido el legislador español en la reforma de 1981 a su *Código Civil*, pues el texto que introdujo como su artículo 97 disponía que: “El cónyuge... *tiene derecho* a una pensión que se fijará en la resolución judicial...” y tras la reforma de la ley 15/2005, de 8 de julio, se mantuvo esa misma perspectiva, pues la nueva redacción que dio a dicho artículo reza: “El cónyuge... *tendrá derecho* a una compensación...”⁴.

El examen exhaustivo de la compensación económica en esta línea es algo que excedería los límites de un artículo y por ello el objeto de éste se centrará, casi exclusivamente, en los “caracteres” de ese derecho y en las consecuencias que se derivan de ellos en orden a su interpretación no sólo dogmática sino, sobre todo, jurisprudencial.

⁴ Vide Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en José Ramón VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Elcano-Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 213-232.

1. COMPENSACIÓN ECONÓMICA: DERECHO Y OBLIGACIÓN CORRELATIVA

El artículo 60 de la ley 19.947, situado en sede “De los efectos” del divorcio, constituye el quicio sobre el cual descansa la concepción de la “compensación económica” como un derecho. Su texto, el siguiente:

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

Ese “párrafo 1 del capítulo siguiente”, al que se refiere la citada disposición, es el destinado al tratamiento “De la compensación económica”, es decir, en una primera lectura, lo que, en definitiva, señala el legislador es lo siguiente:

1º Hay obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.

2º Dentro de tales derechos se encuentran los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos.

12 3º El divorcio, por regla general, pone fin a tales obligaciones y derechos.

4º Ese efecto del divorcio, no afecta a la compensación económica.

Una segunda lectura deja al descubierto que la excepción mencionada en la parte final del citado artículo 60 se ha explicitado, en tanto que el legislador entiende que la compensación económica se sitúa entre las obligaciones y derechos de carácter patrimonial, cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, y es por ese tal carácter de derecho, que el artículo 61 de la misma ley lo describe desde la perspectiva de señalar que es “uno de los cónyuges” el que, reuniendo las condiciones que prevé la ley, “tendrá derecho” a que “se le compense...” y, en igual línea, se encarga el inciso 2º del artículo 64, de imponer al juez, en ciertos casos, el deber de informar “a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación”.

Se tiene así una caracterización legal de la “compensación económica” como un derecho de carácter patrimonial, cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, del mismo modo que también lo son, los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos.

Inicial exigencia, pues, para aproximarse en esta perspectiva de análisis a la “compensación económica”, es la de precisar su entidad como derecho, esto es, a qué tipo o género de derecho corresponde dentro del sistema del Derecho Privado.

La primera observación y básica para dar cuenta de la exigencia anterior, es la de simplemente reconocer que en el sistema jurídico privado chileno, la compensación económica, en cuanto derecho, es una “cosa incorporal” *ex artículo 576 del CC*, y lo es, precisamente, por ser una de aquéllas de las “que consisten en meros derechos” (art. 565 inc. 3º del *CC*) y, en concreto, es uno de los derechos que el *Código Civil* califica como “personales” (art. 576 del *CC*) y a los que hace sinónimos de “créditos” y de los que, bien lo sabemos, nacen “las acciones personales” (art. 578 del *CC*).

El legislador, entonces, se ha puesto en la descripción del derecho de compensación económica, en la óptica del acreedor, es decir, en la de quien puede reclamarlo de otra persona, que es la que ha contraído la obligación correlativa (art. 578 del *CC*), ya que, en la estructura de todo derecho personal o crédito, frente al derecho se sitúa la obligación de quien, “por un hecho suyo o la sola disposición de la ley”, ha contraído la tal obligación correlativa⁵.

Queda dicho que esta misma perspectiva es la que asumió el legislador español de la reforma de 1981 (art. 97 del *CC* español), a diferencia, por ejemplo, del legislador italiano de 1970 y de la reforma de 1987 en sede de *assegno divorzile*, pues optó en ambas por el punto de vista pasivo y así en el artículo 5 de la ley número 898 del 1 de diciembre de 1970, modificada por la ley número 74 de 6 de marzo de 1987, se hace referencia a que el juez dispone “la obligación para un cónyuge... a favor del otro...”⁶. En una línea semejante, el legislador francés de la reforma de 1975 se refería a que “uno de los cónyuges puede ser obligado a pagar al otro...”⁷, óptica que no abandonó la reforma introducida por la ley número 439 de 26 de mayo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005, pues ella no alteró dicha expresión⁸.

⁵ Entre nosotros, *vide* por todos Daniel PEÑAILLO ARÉVALO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 27-28.

⁶ La citada disposición prescribe: “Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, el tribunale tenuto conto della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, *dispone l’obbligo per un coniuge di somministrare* periodicamente a favore dell’altro un assegno quando quest’ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragione oggettive”.

⁷ Así lo señalaba el texto del artículo 301 del *Code*: “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”.

⁸ *Vide* Francis LEFEBVRE, *Réforme du divorce. Loi du 26 mai 2004. Procédures, conséquences patrimoniales et fiscales*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2004, pp. 46-71; Alain BÉNABENT,

Nada de extraño hay en aplicar los criterios dogmáticos anteriores al derecho de compensación económica, situado en sede de Derecho de Familia, en la medida en que uno de los ejemplos, que ofrece el mismo *Código Civil*, de derechos personales o créditos, desde su perspectiva activa, es el que tiene “el hijo contra el padre por alimentos” (art. 578) y, desde su perspectiva pasiva, el de las obligaciones “entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad” (art. 1.437), es decir, casos típicos de derechos y obligaciones de naturaleza familiar.

La compensación económica aparece así como un derecho personal o crédito, y en cuanto tal permite a una persona reclamar de otra la obligación correlativa que ha contraído “por un hecho suyo o la sola disposición de la ley” (art. 578 del *CC*), de lo que se sigue, que el derecho de compensación económica y su obligación correlativa han de tener “una causa” o, en el lenguaje más habitual de la civilística chilena, “una fuente” y que ella no puede ser sino:

- a) o un hecho de la persona que adviene obligada o
- b) la ley.

Sin perjuicio de que la cuestión de la “causa” o “fuente” de la obligación de compensación económica constituye el tema de un artículo propio, aquí sólo se advertirá que en el sistema asumido por el *Código Civil* chileno, como consecuencia de la recepción de la doctrina de la “declaración de voluntad”, ligada a la lectura que hizo Andrés Bello de la obra de Friedrich Karl Von Savigny y que se adecuaba ideológicamente a su acendrado liberalismo en esta materia, los derechos personales o créditos y sus obligaciones correlativas “nacen” por una sola causa genérica: la voluntad. Voluntad que es admitida en dos campos operativos diversos, a saber: la voluntad general, cuya declaración es la ley (art. 1 del *CC*) y la voluntad personal, que admite diversos supuestos:

- a) el de un acto o declaración que dé cuenta de un “concurso real de las voluntades” (art. 1.437 del *CC*), en cuyo caso se estará en presencia de una obligación contraída mediante una “convención” (art. 2.284 inc. 1º del *CC*) y
- b) el de un “hecho voluntario de una de las partes”, en cuyo caso se tratará de obligaciones contraídas “sin convención” (art. 2.284 inc. 1º), hecho éste que puede ser lícito (art. 2.284 inc. 2º del *CC*) o ilícito (art. 2.284 inc. 3º y 4º del *CC*).

En cualquiera de los casos se trata de un hecho en el cual es imprescindible la “voluntad”, precisamente porque una obligación sólo puede nacer como consecuencia del ejercicio de la libertad que implique una cierta limitación de ella, autónomamente asumida.

La réforme du divorce article par article, Paris, Répertoire Defrénois, 2004, pp. 90-107; Jacques MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Paris, Répertoire Defrénois, 2005, pp. 169-200.

Es en ese marco general en el que ha de leerse el artículo 578 del *CC* y de allí que la obligación de compensación económica encuentre, como toda obligación, su causa en la voluntad, bien la de la ley, bien la de los cónyuges. Es aquí, donde la “LMC” se ha mostrado extraordinariamente apegada al modelo causal del *Código Civil* de Andrés Bello, pues admite que pueda existir:

- a) Un derecho personal o crédito de compensación económica y su obligación correlativa causada en la ley, es decir, en una declaración de la voluntad soberana (art. 1, 578, 1.437 y 2.284 del *CC*), pues así se prevé en el artículo 61 LMC al precisarse los supuestos de hecho necesarios para que se genere la causa legal del derecho de compensación económica al constituir a uno de los cónyuges en acreedor de tal derecho; y
- b) Un derecho personal o crédito de compensación económica y su obligación correlativa causada en el “hecho voluntario” (arts. 578, 1.437 y 2.284 del *CC*) de los cónyuges, concretamente en una convención suya, pues así se prevé en el artículo 63 de la LMC complementado por el 64, haciéndose expresa referencia en el primero de ellos a que este derecho puede ser “convenido” por los cónyuges.

No puede decirse que sea novedosa esta dualidad de causas en el modelo del Derecho de Familia chileno, pues ya lo había asumido el codificador civil en sede del derecho de alimentos y de su obligación correlativa, al admitir que existen:

- a) “alimentos que se deben por ley a ciertas personas” (arts. 321 y 578 del *CC*) y
- b) alimentos que se deben “voluntariamente” (art. 337 y 1.134 del *CC*).

Por otra parte, y ya se ha escrito algo sobre ello, de la compensación económica, al igual que de todo derecho personal o crédito sabemos, nace una acción personal (art. 578 del *CC*), cuestión ésta que por su entidad, y tal como la tocante a sus causas, impone un tratamiento pormenorizado que excede las finalidades de este artículo, sin perjuicio de lo cual, aquí sólo se apuntará que su ejercicio, en tanto que acción declarativa, está regido, básicamente, por las reglas contenidas en el artículo 64 de la LMC, en el que se establece un régimen especial en lo tocante a su caducidad, pues sólo se permite ejercerla en ciertos momentos procesales: la demanda, en escrito complementario de la demanda, o en la reconvención.

No debe confundirse esta acción personal declarativa, que corresponde a un cónyuge para perseguir que se declare su derecho de compensación económica, y la correspondiente obligación correlativa del otro, con las acciones dirigidas a:

- a) Perseguir el cumplimiento de la convención en la que se reconoció por un cónyuge su obligación de compensación económica respecto del otro y se acordó su monto y forma de pago, debidamente apro-

bada por el juez (art. 63 de la LMC), porque la acción, en este caso, nace del incumplimiento de una obligación ya reconocida y respecto de la cual la ley no ha fijado una disciplina particular.

- b) Perseguir el cumplimiento de la prestación fijada judicialmente como compensación económica (art. 64 de la LMC), pues aquí se está también frente a un incumplimiento de una sentencia y en relación con la persecución de su cumplimiento forzado, tampoco existe un régimen especial, salvo en cuanto se presentare el caso en que se hubiere dado lugar a lo previsto en el artículo 66 de la LMC.

En suma, el derecho de compensación económica aparece en el sistema jurídico privado chileno como un derecho personal o crédito frente al cual existe la correspondiente obligación correlativa y, en cuanto tal, hay en él o ella un acreedor, un deudor y una prestación a la que ambos están jurídicamente vinculados y que el uno puede exigir del otro mediante una acción personal y todo ello porque existe una “causa” o “fuente” de la que nació la dicha obligación.

2. COMPENSACIÓN ECONÓMICA:

DERECHO Y OBLIGACIÓN DE CARACTERES FAMILIARES

16

Este derecho de compensación económica y su obligación correlativa, que ya hemos visto, pertenece al género de los derechos personales o créditos, tiene unos caracteres propios, asignándole la LMC los siguientes:

- a) El de un derecho matrimonial, entendido así en la medida en que su titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio (art. 60 de la LMC) y
- b) El de un derecho de carácter patrimonial dentro de los citados derechos matrimoniales (art. 60 de la LMC).

Su carácter de derecho matrimonial, sitúa al derecho de compensación económica y a su obligación correlativa en sede familiar, es decir, se trata en definitiva, de un derecho personal u obligación de familia, así como también lo son, por ejemplo, los derechos y obligaciones que existen entre los padres e hijos sujetos a patria potestad (art. 1.437 del CC) o entre los guardadores y sus pupilos.

Pero, además, dentro de ese amplio campo de los derechos y obligaciones de familia, la compensación económica se sitúa al interior de los derechos y obligaciones matrimoniales y, dentro de aquéllos, en el específico campo de los de carácter patrimonial, al igual que los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos (art. 60 de la LMC), de modo que así aparece diferenciado de aquellos otros derechos y obligaciones matrimoniales que tienen un carácter personal (como opuesto a patrimonial) y que son aquéllos

de los que se ocupa, preferentemente, el *Código Civil* en diversos artículos de su título de las “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”, entre los que se encuentran las obligaciones de guardarse fe, de socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (art. 131 del CC) y el derecho y deber de vivir en el hogar común (art. 133 del CC).

Por tales caracteres, no es posible realizar la anatomía del derecho de compensación económica mediante el a-crítico recurso a las categorías dogmáticas desarrolladas a propósito de los derechos personales y obligaciones típicas del derecho patrimonial, sino más bien, resulta imprescindible realizar el esfuerzo dogmático de explicarlo como un derecho personal u obligación de familia.

Lo anterior no constituye una simple cuestión de escrúpulos o de melindres dogmáticos, sino una de singular trascendencia, pues, en definitiva, toca determinar cuál sea el derecho aplicable a la interpretación y consiguiente aplicación de la compensación económica en los casos concretos, tal como en su día se discutiera acerca de si era posible o no, aplicar al matrimonio las disposiciones del *Código Civil* contenidas en su libro IV al tratar de los contratos y convenciones de contenido patrimonial, o la controversia más concreta referida a si a la nulidad del matrimonio se le podían extender las reglas relativas a la nulidad de los actos y contratos patrimoniales⁹.

En principio, el carácter familiar del derecho de compensación económica, junto a la existencia de su disciplina peculiar, tornan inaplicables a su respecto las disposiciones que configuran la disciplina de los derechos personales o créditos fijada en el libro IV del *Código Civil*, y de ello se siguen una serie de consecuencias, de las que aquí se señalarán solamente dos, por vía ejemplar:

- 1^a Que cuando la doctrina asigna a la compensación económica una “naturaleza” reparatoria o indemnizatoria de ciertos perjuicios, esa tal naturaleza ha de ser la propia de la reparación en sede familiar y no la de la reparación del daño en sede patrimonial, ora contractual ora extracontractual y, por lo mismo, las categorías dogmáticas utilizadas para explicar ese supuesto cierto carácter indemnizatorio de la compensación económica no han de hallarse, ligeramente, en sede de responsabilidad patrimonial sino en sede familiar¹⁰.

Un inicial ejemplo de esta utilización a-crítica de categorías de la responsabilidad patrimonial en el análisis de la compensación económica

⁹ Vide Javier BARRIENTOS GRANDON y M^a Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley N° 19.947. Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, 2^a ed., Santiago, LexisNexis, 2004, pp. 437-441.

¹⁰ Cfr., aunque en otra línea discursiva, VIDAL OLIVARES (n. 2), pp. 435-437; DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), p. 12.

quedó de manifiesto en su discusión parlamentaria, cuando la ministra del Servicio Nacional de la Mujer pretendió justificarla mediante el recurso a la categoría del “lucro cesante”, en cuya línea dijo que: “Si uno de los cónyuges se dedicó al cuidado de los hijos, las prestaciones de que se trata deben considerarse una compensación por el lucro cesante, que le significó no poder trabajar por muchos años”¹¹.

Pero la referencia a la categoría del “lucro cesante” no quedó en la sola historia legislativa, sino que se ha mantenido, con variados matices, en la doctrina y jurisprudencia, lo que ha significado que se introduzcan algunas nociones propias de la responsabilidad civil patrimonial en sede de compensación económica, tales como las de

*“reparación de la ganancia dejada de obtener por haberse dedicado a la familia y no a su vida profesional, pero con un objeto distinto que le (sic) persigue el lucro cesante en la responsabilidad civil. En efecto, no se trata sólo de otorgar algo por esa pérdida experimentada, sino de conferirla, pero en vistas a dejar a ese cónyuge en mejor posición para enfrentar el futuro”*¹².

18 La jurisprudencia no ha sido ajena a esta tendencia, así la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Concepción en su sentencia de 23 de agosto de 2007, en cuyo considerando 2º se afirma:

*“Que desde la perspectiva del cónyuge deudor, la compensación representa una obligación impuesta por la ley en favor del cónyuge beneficiario y que tiene por objeto corregir el desequilibrio o disparidad económica que se produce con la terminación del matrimonio por su dedicación exclusiva o preferente a la familia”*¹³,

y que:

“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

¹¹ *Boletín de Sesiones del Senado*, N° 1.759-18, “Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de la ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil”, Valparaíso, 15 de diciembre de 2003, p. 185.

¹² DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), pp. 9 y 13.

¹³ CAP, Concepción, 23 de agosto de 2007, cons. 2º (rol N° 664-2007).

por haberse dedicado a la familia. Este costo, podría semejarse a la idea de lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto”¹⁴.

En la misma orientación la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en su sentencia de 5 de octubre de 2007, al referirse a que la compensación económica pretende reparar

“el desequilibrio económico entre los cónyuges¹⁵, que impide a uno (el más débil) enfrentar la vida futura de modo independiente y, por otro, el costo de oportunidad de trabajo remunerado, es decir, la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia”¹⁶,

intenta explicar dicho “costo” del modo siguiente:

“Este costo, podría semejarse a la idea del lucro cesante, pero solamente por aproximación, porque no apunta a lo que no se ha dejado de obtener, sino a una oportunidad de obtener que es distinto”¹⁷.

19

Pareciera, en principio, que no se ha reparado, al menos, en:

- a) que la categoría del “lucro cesante” tiene su sede natural en el incumplimiento de obligaciones patrimoniales, de modo que su utilización en sede de compensación económica mueve a encontrar una cierta “obligación incumplida”, pues recuérdese que el campo operativo más propio del “lucro cesante” se halla en el incumplimiento de obligaciones contractuales (art. 1.556, 1930 inc. final, 1933 inc. final del CC), si bien también se la recibe en sede extracontractual, en algunas ocasiones, incluso, de modo expreso (*v.gr.* art. 2.331 del CC) y cuando se la ha admitido en sede de familia se lo ha hecho en sede de tutela, precisamente, cuando ha habido incumplimiento de una obligación por parte del tutor o curador (*v.gr.* arts. 406 y 423 del CC) y

¹⁴ CAP, Concepción, 23 de agosto de 2007, cons. 8º.

¹⁵ Esto no es así, pues, el derecho de compensación económica no está ligado, como en el caso español, a la noción de “desequilibrio económico”, sino a la de “menoscabo económico”, *vide* para la historia legislativa de la discusión en torno a la noción de desequilibrio económico” y su rechazo BARRIENTOS GRANDON y NOVALES ALQUÉZAR (n. 9), pp. 416-418. Hay, sin embargo, autores que asumen esa cierta equivalencia, cfr. VIDAL OLIVARES (n. 2), pp. 423-424.

¹⁶ CAP Antofagasta, 5 de octubre de 2005, cons. 5º (rol N° 468-2007).

¹⁷ *Ibidem*.

b) que en el lucro cesante, la idea de “ganancia dejada de obtener” no es compatible con la noción de “menoscabo económico” si se tienen a la vista los criterios legales para determinar su existencia (art. 62 de la LMC), *v.gr.* el factor de la edad, que ha de cumplir una función para determinar la existencia del menoscabo, en caso alguno se adecua a la noción de un factor ligado a una ganancia dejada de percibir y lo mismo podría decirse del estado de salud del cónyuge acreedor del derecho de compensación o de su buena o mala fe.

De este modo la categoría del “menoscabo económico” no puede entenderse, simplemente, como aquello “que dejó de ganar” o “dejó de obtener” el cónyuge que aparece situado en la posición de acreedor del derecho de compensación económica al hallarse en el supuesto del artículo 61 de la LMC, ni menos como la simple pérdida de “una oportunidad de obtener”.

2ª En el plano en el que nos sitúan las observaciones anteriores, aparece la trascendencia jurídica de determinar el significado, en el contexto del Derecho Matrimonial, de la expresión ‘menoscabo económico’, tarea que, en términos generales, la doctrina y jurisprudencia han solventado de una manera superficial, sin prestarle mayor atención, entre otras razones, porque han obrado, en muchos casos, con la precomprensión de identificarlo o leerlo a la luz de alguna categoría o noción previa del Derecho Patrimonial, como la ya citada de “lucro cesante” o las más genéricas de “daño” o “perjuicio”.

Es el carácter matrimonial del derecho de compensación económica el que, al situarlo en sede de derechos de familia, impide, por una parte, que la categoría de “menoscabo económico” sea, ligeramente, identificada con las nociones de ‘daño’ o ‘perjuicios’ en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, y exige, por otra, que sea delimitado en el ámbito propio del Derecho Matrimonial y en el más amplio campo del Derecho de Familia, pues constituye una categoría propia de aquél y al interior de éste.

Al hacerse cargo de la citada exigencia dogmática, el examen, en sede familiar, de la noción de “menoscabo económico” revela algunas constataciones básicas dirigidas a lograr su definición y delimitación, de las que aquí sólo se apuntarán las más generales, pues esta cuestión también da pie para otro estudio singular:

1. *El campo operativo del “menoscabo económico” es el de ciertos casos de terminación del matrimonio o de ruptura de la vida en común:* en efecto, el punto de partida para delimitar su contenido y caracteres lo constituye la siguiente constatación: en el nuevo Derecho Matrimonial chileno la categoría de “menoscabo económico” se sitúa en dos momentos jurídicamente relevantes, a saber:

- 1º En el de la terminación del matrimonio por la declaración de nulidad o divorcio (arts. 55, inc. 3º, 61 y 62 de la LMC) y
- 2º En el de la ruptura de la vida en común de los cónyuges cuando se declara la separación judicial (art. 27 inc. 2º y 31 de la LMC).
2. *La categoría de “menoscabo económico” no es, entonces, exclusiva del derecho de compensación económica:* como corolario de la constatación anterior se sigue que la noción de “menoscabo económico” asume un cierto carácter general en el Derecho Matrimonial chileno y de allí que en la tarea dogmática de precisar su contenido sea necesaria una interpretación que, atendiendo al contexto de la ley, ilustre el sentido de cada una de sus disposiciones referidas al menoscabo económico, “de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (art. 22 del CC).
3. *El “menoscabo económico” tiene unas causas próximas determinadas por la ley*¹⁸: la ley considera como causa próxima del menoscabo económico a:
- a) *La terminación del matrimonio por nulidad o divorcio:* tal es lo que declara, expresamente el paso final del artículo 61 de la LMC al señalar que uno de los cónyuges: “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*”, lo que reitera en relación con el divorcio, aunque con otro giro, el inciso 2º del artículo 55 de la LMC, al prescribir que el acuerdo regulador en el caso del divorcio impetrado por solicitud conjunta se entenderá que es suficiente “si... procura aminorar *el menoscabo económico que pudo causar la ruptura*” y
- b) *La ruptura de la vida en común en la separación judicial:* así lo reconoce en sede de separación judicial solicitada de común acuerdo con el inciso 2º del artículo 27 de la LMC, al señalar, también, que el acuerdo regulador se entenderá que es suficiente “si... procura aminorar *el menoscabo económico que pudo causar la ruptura*” y, lo mismo, por vía de remisión a tal disposición, en el inciso 1º del artículo 31 de la LMC en los otros casos de separación judicial.

21

El menoscabo económico aparece así como una categoría que da cuenta de una cierta situación de hecho que queda de manifiesto por causa de la declaración del divorcio o de la nulidad (arts. 61, 62, 55 inc. 3º de la LMC), o por causa de la declaración de la separación judicial (art. 27 inc. 2º y 31 de la LMC).

De esto modo, se revelan así algunas diferencias radicales entre el menoscabo económico y las categorías de “daño” y “perjuicio” en sede patrimonial:

¹⁸ Cfr. VIDAL OLIVARES (n. 1), p. 427, quien se refiere a la “causa inmediata”.

- a) A diferencia del “daño” y “perjuicio” en sede patrimonial, que tienen como causa próxima a un incumplimiento de obligaciones determinadas o a un cierto hecho ilícito, el menoscabo económico tiene por causa próxima a un cierto acto lícito, en tanto que se permite, en los supuestos legales, solicitar las correspondientes declaraciones judiciales de nulidad, divorcio o separación¹⁹.
- b) A diferencia, también, del “daño” y “perjuicio” en sede patrimonial, respecto de los cuales es preciso realizar un juicio de imputabilidad, en el menoscabo económico, en cuanto su causa próxima es un acto lícito, está ausente todo juicio de imputabilidad²⁰.

Adviértase, en todo caso, que una es la causa del menoscabo y otra la causa del divorcio²¹. Diferencia que, aunque parezca superflua, se apunta aquí porque no se puede pretender que aparezca como excepción al principio de ausencia de toda idea de incumplimiento de obligaciones en sede de compensación económica, el caso en que la declaración del divorcio se produjera por falta imputable a uno de los cónyuges, consistente en una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o para con los hijos (art. 55 de la LMC), pues tal incumplimiento opera como causa, no del menoscabo económico, sino que es causa de:

- a) el derecho a impetrar la declaración del divorcio y
 - b) el eventual daño, tanto patrimonial como moral, causado al cónyuge afectado por el incumplimiento y que, al ser imputable al cónyuge que incumplió la obligación matrimonial, da derecho a accionar para demandar su íntegra reparación.
4. *El “menoscabo económico”, que queda al descubierto al verificarse su causa legal próxima, se revela como una cierta carencia, cuya causa está en el pasado, que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro:* el término del matrimonio por divorcio o nulidad, o el término de la vida en común por la separación judicial operan como causa legal próxima del “menoscabo económico” de uno de los cónyuges, en cuanto es esa causa la que revela una cierta carencia, que hasta ese momento permanecía oculta bajo el velo de la existencia del matrimonio o del mantenimiento de la vida en común. Así, por ejemplo:
- a) Uno de los cónyuges, durante la existencia del matrimonio, no trabajó remuneradamente, pero se hallaba protegido por los beneficios de hallarse incluido en el contrato de salud de su cónyuge que traba-

¹⁹ Cfr. VIDAL OLIVARES (n. 1), p. 429.

²⁰ En esta línea, aunque en otro giro, PIZARRO WILSON (n. 2), p. 89 y VIDAL OLIVARES (n. 2), pp. 429-430.

²¹ Cfr. VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 422.

jaba en el mercado laboral se le extendían, y que por su calidad de tal, una vez declarado el divorcio o la nulidad, dejará de gozar de dicha protección de salud. Se vuelve patente, entonces, por causa del término del matrimonio, su situación menoscabada en materia de protección de la salud.

- b) Uno de los cónyuges, durante el mantenimiento de la vida en común, no trabajó en el mercado laboral, y la falta de su actividad económica remunerada y de su ahorro en un sistema de previsión queda ahora al descubierto por causa de la declaración de la nulidad, del divorcio o de la separación judicial, pues, constante el matrimonio o la vida en común, esa falta aparecía eventualmente cubierta en el presente y a futuro con los ingresos económicos y derechos de previsión del cónyuge que sí trabajaba en el mercado laboral y que, por ejemplo, en el tiempo de la jubilación, se supondría que también redundarían en provecho y salvaguarda del que no trabajó remuneradamente, y ahora, además, esa falta se puede hacer aún más patente dependiendo de su edad, porque, probablemente, el eventual ahorro para previsión que pudiera generar a partir de la ruptura estará condicionado, no sólo a su calificación profesional y posibilidad de insertarse en el mercado laboral sino, también, a su edad y vida de trabajo útil.

En los dos ejemplos, es la ruptura del matrimonio por divorcio, su término por la declaración de nulidad o la ruptura de la vida en común por la separación judicial, el hecho que opera como causa que revela la existencia de una cierta carencia en el presente, pero cuyos efectos nocivos se proyectarán hacia el futuro, y es, en principio, a esa carencia a la que la ley denomina “menoscabo económico”.

5. *La ley arbitra mecanismos para remediar esa carencia en la que consiste el menoscabo económico:* el legislador, por diversas razones de las que se tratará en el apartado siguiente, ha previsto diversos medios dirigidos a remediar el “menoscabo económico” y a paliar sus efectos.

Esos mecanismos son diversos y dotados de intensidades diferentes, en atención a la causa próxima del menoscabo económico:

- a) *Separación judicial como causa próxima del menoscabo:* en este caso, la ley ha optado por un mecanismo dirigido, únicamente, a “aminorar” el menoscabo económico, y lo ha hecho al establecer un dispositivo general, que consiste en fijar como exigencia de la disciplina jurídica de la vida separada de los cónyuges el que ella procure aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura (art. 27 inc. 2 de la LMC) y esta exigencia se ha impuesto por la vía de establecerla como un criterio de “suficiencia” no sólo para el “acuerdo regulador”, cuando se solicita la declaración de la separación judicial de común

acuerdo, sino, también, en los otros supuestos de separación judicial (art. 31 de la LMC).

No ha fijado aquí la ley mecanismos o vías específicas para dar cumplimiento a esta exigencia y por ello quedan abiertas a la voluntad de los cónyuges, expresada en el acuerdo regulador que se sujetará a la aprobación judicial, y a la decisión del tribunal en los demás casos.

b) *Divorcio como causa próxima del menoscabo*: en este caso la ley ha optado por dos mecanismos, uno general y otro específico y con finalidades diversas:

1º *Dispositivo general para “aminorar” el menoscabo económico*: es éste un mecanismo similar al de la separación judicial, indicado en la letra anterior, y que está reconocido en el artículo 55 inc. 3º de la LMC, y, aunque en esta sede no hay una disposición equivalente a la del artículo 31 de la LMC para la separación judicial, dicho vacío no pareciera que deba ser subsanado sino es con la aplicación analógica del referido artículo 31 y su remisión al artículo 27 inciso 2º de la LMC.

2º *Dispositivo especial para “compensar” el menoscabo económico*: este mecanismo especial está constituido por el derecho de compensación económica y su obligación correlativa, previsto en el artículo 61 de la LMC.

c) *Nulidad como causa próxima del menoscabo económico*: en este caso la ley únicamente ha optado por el mecanismo especial de la compensación económica y su obligación correlativa *ex artículo* 61 de la LMC.

6. *La intensidad (“aminorar” – “compensar”) de los mecanismos para remediar el “menoscabo económico” y paliar sus consecuencias atiende a las “causas remotas” del menoscabo*²²: además de su concreta causa próxima, el “menoscabo económico” tiene unas causas remotas que reconducen a los hechos que originaron la situación de carencia, que se revela por su causa próxima en el momento de la ruptura y cuyas consecuencias se proyectarán negativamente en la vida futura del cónyuge.

Es en relación con estas “causas remotas” del “menoscabo económico”, que la ley ha establecido una diferencia básica en cuanto al reconocimiento de su relevancia jurídica, para los efectos de determinar la intensidad con la que opera el mecanismo dirigido a remediarlo:

a) *Cuando no se prejuzga sobre las causas remotas del menoscabo la intensidad del remedio legal es sólo la de “aminorar”*: hay ciertos casos y campos operativos en los que la ley no prejuzga sobre las causas remotas del menoscabo económico que queda al descubierto cuando se produce

²² Cfr. VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 427, quien se refiere a la “causa mediata”.

el divorcio o se declara la nulidad o la separación judicial, de guisa, que en esos supuestos queda abierta la posibilidad para considerar cualquier causa que haya podido generar la carencia en uno de los cónyuges y frente a ella la ley se fija como baremo o medida del remedio, no necesariamente, hacer desaparecer el “menoscabo”, sino que “aminorarlo”, de tal manera que no existe una imprescindible relación de equivalencia entre el menoscabo y el remedio legal.

Tal es lo que se desprende en sede de divorcio del artículo 55 inc. 2º de la LMC, pues él se limita a reconocer la existencia del menoscabo económico, sin ligarlo, necesariamente, a alguna o algunas causas remotas determinadas que pudiera haberlo originado, y la misma actitud ha tomado el legislador en sede de separación judicial, al tenor de los artículos 27 inciso 2º y 31 de la LMC.

Lo mismo, incluso, puede afirmarse en relación con el mecanismo consignado en el artículo 63 de la LMC, pues no se han fijado mayores parámetros limitadores de la autonomía de los cónyuges para determinar la compensación económica y su monto, de manera que, en principio, no aparece restringida por las causas remotas concretas del menoscabo reconocidas en el artículo 61 de la LMC, y así parece que comienza a entenderlo la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, como puede verse en el siguiente considerando de la sentencia de 6 de septiembre de 2007 pronunciada por la I^{ma}. Corte de Apelaciones de San Miguel:

“Esta Corte estima que procede aprobar el acuerdo acompañado por las partes, suscrito con fecha seis de junio del año en curso, atendido lo expuesto precedentemente, teniendo esencialmente en consideración, que la compensación económica tiene un carácter patrimonial, que admite incluso la renuncia de las partes a ella, lo que permite *a contrario sensu* colegir que su otorgamiento por el demandado reconventional constituye una opción libre para concederla y en ese contexto se armoniza con los principios del derecho de familia por sobre la norma estricta del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil”²³.

b) Cuando se prejuzga sobre las causas remotas del menoscabo la intensidad del remedio legal es “compensar”: hay, en cambio, otros casos concretos que se sitúan en un campo operativo restringido porque respecto de ellos el legislador solamente otorga relevancia jurídica a ciertas causas remotas del “menoscabo económico”, como se deduce de lo

²³ CAP San Miguel, 6 de septiembre de 2007, cons. 5º (rol N° 1.286-2007).

previsto en el artículo 61 de la LMC, en cuyo caso el remedio legal para paliar la carencia del cónyuge que la experimenta aparece determinada por la finalidad “compensatoria” al establecerse en su favor el derecho de compensación económica.

En efecto, la ley únicamente otorga relevancia a una causa remota compleja en el menoscabo económico compensable, pues, sin perjuicio de que la carencia que pone de manifiesto el divorcio o la nulidad pudiera arrastrar como consecuencia de múltiples hechos, solamente estima como relevante la que ha consistido en que, el cónyuge que la padece, durante el matrimonio se hubiera dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común y que, como consecuencia de ello, no hubiera podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hubiera hecho en menor medida de lo que podía y quería (art. 61 de la LMC).

7. *La causa remota del menoscabo económico compensable constituye una circunstancia objetiva:* del solo texto del artículo 61 de la LMC se desprende que es del todo ajena a esta la causa remota del menoscabo económico compensable la idea de imputabilidad, de modo que sólo es indispensable constatar que ella se produjo durante el matrimonio y que subsiste en el momento de la declaración del divorcio o la nulidad y así resulta irrelevante el preguntarse por las razones (o sinrazones) que, al interior de matrimonio, pudieron haber movido a que uno de los cónyuges, y no el otro, se situara en el supuesto del artículo 61.

Este carácter objetivo de la causa compleja que origina el menoscabo económico aparece directamente relacionado con uno de los principales fundamentos que justifican la existencia del derecho de compensación económica, cual es el de evitar la discriminación entre marido y mujer durante el matrimonio y evitar sus efectos discriminatorios con posterioridad a la declaración de la nulidad o del divorcio, como se explicará en el apartado número 3 de este artículo.

8. *La determinación de la existencia del menoscabo económico compensable exige la realización de un juicio comparativo:* la noción de “menoscabo económico”, en tanto que sea una carencia, cuya causa está en el pasado, pero que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro, lleva implícita un cierto juicio en relación con una eventual situación en la que no existiría ese menoscabo en el momento de producirse la declaración del divorcio o la nulidad o de producirse la ruptura de la vida en común²⁴.

²⁴ En un sentido diverso para este juicio de comparación VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 432, quien lo refiere a “comparar la situación económica de los dos cónyuges” y ello es reflejo de una interpretación que atiende a la noción de “desequilibrio económico”, que, como se ha advertido, no está presente en la ley chilena.

Tal juicio, en el caso del menoscabo económico en la compensación económica de los artículos 61 y 62, no es más que la formulación de un enunciado hipotético: Si se suprime la causa remota (supuestos fácticos del artículo 61), de modo que el cónyuge que hoy aparece experimentando una determinada carencia no se hubiera dedicado al cuidado del hogar común y de la eventual prole, pudiendo, en consecuencia, desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hubiera hecho en la medida en que podía y quería, su situación de presente y de cara al futuro sería tal.

Se entiende así que para determinar la existencia del menoscabo (art. 62 de la LMC), es decir, de la carencia que experimenta un cónyuge, se vuelva relevante realizar el citado juicio, que comprende dos perspectivas:

- a) el pasado, pues allí se produjo la causa que lo origina y
- b) el futuro, pues en él se manifestarán sus principales consecuencias.

a) *Juicio de pasado*: el primer examen necesario para determinar la existencia del menoscabo económico exige el análisis del pasado, tanto matrimonial como de vida en común, porque es en el pasado donde está la causa de la carencia, y tal juicio debe realizarse en relación con ciertos factores, que, precisamente, dan cuenta exacta del origen de la carencia y de su entidad, algunos de los cuales la propia ley ha determinado en su artículo 62 de la LMC.

Dentro de tales factores se consideran, por ejemplo:

- a) la duración del matrimonio y de la vida en común, pues esos términos son relevantes, por ejemplo, para establecer eventuales pérdidas o disminuciones de derechos de previsión y seguridad social;
- b) el estado de salud, pues en muchos casos puede haberse visto disminuido como consecuencia del trabajo en el hogar común y cuidado de la prole.

b) *Juicio de futuro*: pero también es necesario un cierto juicio sobre la situación en que se encuentra el cónyuge de cara al futuro, porque las consecuencias de aquella carencia originada en el pasado matrimonial desplegarán sus efectos a partir de la declaración de nulidad o de divorcio. Este juicio, que lo es también respecto de la existencia del menoscabo económico, ha de tener en cuenta determinados factores relevantes para ello que, al igual que en el caso anterior, están mencionados, no taxativamente, en el artículo 62 de la LMC.

Entre tales factores se mencionan la edad del cónyuge, su calificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, pues el menoscabo puede existir como dependiente de que, por su edad y su calificación profesional, ya no pueda (hacia el futuro) acceder al mercado laboral, de modo que si, por ejemplo, la ruptura se hubiera producido a una edad anterior, el menoscabo no sería una pérdida y

tal vez sólo una disminución e, incluso, en algún caso, ni el uno ni la otra, situación que, probablemente, se presente a partir del momento en que las declaraciones de divorcio ya no correspondan a esa especie de “demanda contenida”, de matrimonios de larga data que se mantenían sólo por la inexistencia del divorcio, y que se aprecia en estos primeros años de vigencia de la ley, sino que se trate de divorcios de matrimonios de personas jóvenes y con escaso tiempo de vida matrimonial, como ha sido la tendencia en muchos países que han reglado prestaciones compensatorias en época anterior a la nuestra.

9. *La noción de “menoscabo económico” y su vinculación con la noción de “compensación”*: si el derecho de compensación económica que puede tocar a uno de los cónyuges tiene como objeto preciso reclamar que se “compense” el citado menoscabo, resulta la necesaria conexión material y lógica entre ambas nociones y de allí aparece la necesidad de determinar cuál sea el contenido expresado por la ley con el término “compensación económica”, entendido en su segunda acepción legal, es decir, no como derecho, sino como objeto perseguido por tal derecho (*v.gr.* art. 62 inc. 1º, 63, 64 inc. 3º) de la LMC, cuestión ésta que también escapa a los límites de este artículo.

Sin perjuicio de la entidad propia del tema de la determinación legal de lo que sea “compensar” en el nuevo Derecho Matrimonial chileno, aquí sólo se advertirá que su definición también ha de realizarse en el contexto del Derecho de Familia y no en el del Derecho Patrimonial de la responsabilidad civil, pues, en principio, no aparece como identificable con la simple noción de “reparación” o “indemnización”, sino que depende del contenido propio de la categoría de “menoscabo económico”, que se ha intentado perfilar en los números anteriores.

Así, pues, si el “menoscabo económico” en sede de derecho de compensación económica, aparece como una cierta carencia de contenido patrimonial, cuya causa está en el pasado, pero que se revela en el presente y cuyos efectos se proyectarán en el futuro, necesariamente, el contenido de la “compensación” ha de hacerse cargo de ese especial campo temporal en el que se despliegan sus efectos y que es el que la ley se ha propuesto remediar²⁵. Es esta relación la que la ley subentiende en los artículos 61 y, sobre todo, en el 62 de la LMC, que permiten, en principio, sostener que debe haber una relación de equivalencia entre menoscabo y compensación y por ello los factores que han

²⁵ Adviértase que, también, en la noción de “menoscabo económico” fuera de la particular sede del derecho de compensación económica, el legislador ha tenido en cuenta esa proyección futura de la carencia al hacerse cargo de la necesidad de establecer unas “relaciones equitativas, hacia el futuro” entre los cónyuges en el caso de la separación judicial (art. 27 inc. 2º y 31 de la LMC) y lo mismo en el mecanismo general establecido a propósito del divorcio (art. 55 inc. 2º de la LMC).

de considerarse operan tanto para determinar el menoscabo y su cuantía, en el pasado y en el futuro, y la compensación como objeto del Derecho, dirigido a remediar esa carencia y sus efectos, sobre todo en el futuro²⁶.

La compensación, pues, no es simplemente una prestación que valora una carencia de presente, sino, antes que todo, una prestación que, objetivamente determinada por una causa específica situada en el pasado, procura hacer desaparecer sus efectos nocivos hacia el futuro.

3. COMPENSACIÓN ECONÓMICA: DERECHO PERSONAL Y OBLIGACIÓN MATRIMONIAL

En el campo propio de los derechos y obligaciones de familia, la compensación económica es un derecho matrimonial, en cuanto su “titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio” (art. 60 de la LMC), lo que implica, necesaria y naturalmente, que no hay tal derecho cuando no hay matrimonio, de lo que se siguen algunas consecuencias de interés:

1º *Compensación económica y uniones de hecho*: en el estado actual del derecho chileno está zanjada legalmente la eventual discusión sobre la procedencia o no del derecho de compensación económica en las “unionen de hecho”, pues como ellas no son matrimonio, no pueden dar origen al derecho de compensación económica y su obligación correlativa.

Se advierte aquí sobre este punto, pues, en el caso español, se discutió arduamente acerca de si en el momento de la ruptura de una unión de hecho cabía aplicar, por analogía, el artículo 97 del CC, que regulaba la pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio. Una jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo, contenida en sentencias de 5 de julio de 2001 y de 16 de julio de 2002, admitió la aplicación analógica del referido artículo a las uniones de hecho²⁷, pero en sentencia de 12 de septiembre de 2005 el Tribunal Supremo cambió su doctrina y declaró que debía “huirse de la aplicación por *analogia iuris* de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 del CC”²⁸.

²⁶ Una concepción diversa de la noción ‘compensar’ en VIDAL OLIVARES, pp. 431-433, quien la vincula a la categoría de “desequilibrio económico”, pero, como se ha advertido, la noción de ‘menoscabo económico’, está desligada de la idea de “desequilibrio patrimonial”.

²⁷ Vide M^a Dolores CERVILLA GARZÓN, “Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 10, Navarra, 2003, pp. 575-586; M^a del Rosario DÍAZ ROMERO, “Crisis de uniones de hecho y pensión compensatoria”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 11, Navarra, 2003, pp. 341-348.

²⁸ Vide José Ramón de VERDA Y BEAMONTE, “Tendencias actuales del Derecho de Familia en España”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 7, Santiago, diciembre 2006, pp. 187-190.

2º *Compensación económica e inexistencia del matrimonio*: si no hubiere matrimonio, por ausencia de alguno de sus requisitos de existencia, y se declarare su inexistencia, no habría fundamento para demandar el derecho de compensación económica y su obligación correlativa.

Aparece así, en el Derecho Matrimonial chileno, una nueva diferencia entre la nulidad del matrimonio y la inexistencia del mismo²⁹, advirtiéndose, en todo caso, la discusión a que da pie la naturaleza matrimonial del derecho de compensación económica en relación con su procedencia en los casos de declaración de nulidad, cuestión sobre la cual, con otros argumentos, ya algunos autores han expresado su opinión crítica a la inclusión del derecho de compensación económica en sede de nulidad matrimonial³⁰.

Sin perjuicio de las dos consecuencias anteriores, el carácter matrimonial del derecho de compensación económica y de su obligación correlativa le dota de una entidad propia, definida en el contexto del Derecho de Familia a la sombra del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges.

El matrimonio y su régimen jurídico en todo lo tocante a la posición y relaciones entre los cónyuges descansa en el principio constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres (19 N° 2 inc. 1º CPR), que se concreta, en este caso, en la específica igualdad entre marido y mujer, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 N° 4 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y del artículo 24 N° 4 del llamado “Pacto de San José de Costa Rica”, que obligan al Estado chileno a adoptar “las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo” y, muy especialmente, para dar cumplimiento a diversas disposiciones de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (art. 16, 1, letra c) obligatorias, igualmente, para el Estado de Chile.

Que el derecho de compensación económica y su obligación correlativa descansen en la igualdad jurídica de los cónyuges implica que, en caso alguno, puede ser ejercido, interpretado u aplicado de manera discriminatoria, de lo que se siguen diversas consecuencias, entre ellas la que exige entender la noción de “menoscabo económico a la luz del principio de no discriminación entre marido y mujer.

El “menoscabo económico”, ya se ha dicho, tiene como causa próxima a la declaración de divorcio o nulidad (art. 61 de la LMC) y es ella la que lo vuelve jurídicamente relevante, y frente a la manifestación de tal menoscabo

²⁹ En su día no reparé en esta diferencia (lo que ahora subsano), *vide* JAVIER BARRIENTOS GRANDON, “De la inexistencia del matrimonio en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, N° 2, Valdivia, diciembre 2006, pp. 53-83.

³⁰ Así en PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 94-95; DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), p. 13.

surge la pregunta referida a la razón que justifica el que el sistema jurídico haya previsto un determinado mecanismo dirigido a remediarlo.

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

Declarado el divorcio o la nulidad, es la “desaparición” de la operatividad de las diversas medidas que durante el matrimonio impedían o evitaban un trato discriminatorio, la que genera, como efecto reflejo, la “aparición” de esa situación objetiva de “menoscabo económico” en el cónyuge que se situó en el supuesto del artículo 61 de la LMC, menoscabo que, si bien se ocasionó en el pasado, se vuelve relevante hacia el futuro, principalmente, porque desplegará sus consecuencias nocivas en la vida futura del cónyuge y de allí, entonces, que los factores, legalmente, reconocidos por la ley para determinar la “existencia” del menoscabo económico y su “cuantía” consideren unos elementos que, como el dios Jano, miran hacia el pasado, pero también hacia el futuro (art. 62 de la LMC).

Frente a ese menoscabo económico, producido en el pasado, pero cuyas consecuencias nocivas se presentarán, sobre todo, en el futuro, el Estado está obligado también a arbitrar las “medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos... en caso de disolución del mismo” (matrimonio), y así se justifica la regulación del derecho de compensación económica y de su obligación correlativa, como una concreta medida dirigida a evitar una discriminación en perjuicio de un cónyuge en el momento del término del matrimonio por divorcio o nulidad, pero también, para evitar la pervivencia de ciertos modelos discriminatorios durante la existencia del matrimonio, derivados de entender que la dedicación al cuidado del hogar común y de los hijos, con la imposibilidad o dificultad de un desarrollo profesional y laboral conciliable con ella, representa un cierto “costo” propio de uno de los cónyuges.

Fundamento radical, pues, del establecimiento del derecho de compensación económica es la garantía constitucional de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito concreto de la igualdad entre marido y mujer, pues

si el sistema jurídico no reconociera y valorara la dedicación al hogar común y del cuidado de los hijos junto a la imposibilidad o a una menor dedicación a una actividad laboral remunerada como consecuencia de tal dedicación (art. 61 de la LMC), estaría atribuyendo, discriminatoriamente, los costos de esa dedicación y las consecuencias nocivas de ella, a uno de los cónyuges. Se revela, entonces, el derecho de compensación económica como un mecanismo fundado en el principio de evitar la discriminación entre marido y mujer, lo que se muestra entre otros aspectos, en los siguientes:

a) *Objetividad de la causa remota del menoscabo económico*: la dedicación objetiva de uno de los cónyuges al cuidado tanto del hogar como de los hijos con la consecuencia de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o de haber podido hacerlo en menor medida de lo que se podía o quería constituye la causa remota del menoscabo económico compensable, cuya existencia y cuantía se determina mediante el doble juicio al que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

De este modo, si uno de los cónyuges prueba la concurrencia de la citada causa y la existencia del menoscabo que queda en evidencia como una cierta carencia por la declaración del divorcio o la nulidad, ese cónyuge se sitúa en la posición de acreedor del derecho de compensación económica, sin que quepa indagar por las razones subjetivas que pudieron mover a que en la concreta vida matrimonial se haya producido ese hecho, es decir, no cabe, para efectos de juzgar la existencia del derecho del cónyuge, preguntarse por qué se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos, pues hacerlo implicaría asumir criterios discriminatorios en la relación entre marido y mujer.

Un clarísimo ejemplo de una interpretación jurisprudencial que no tiene en cuenta el principio de igualdad entre los cónyuges, por la vía de otorgar relevancia a las razones subjetivas que pueden hallarse tras la ocurrencia de la causa del menoscabo, lo ofrece la sentencia de la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de julio de 2007, confirmada en casación por la E^{xcm}a. Corte Suprema en fallo de 10 de octubre de 2007, porque sin perjuicio de haberse probado en juicio: “con los testigos ..., ... y ..., presentados por la actora reconvencional, se comprueba que ésta se dedicaba, antes de casarse, a la labor de promotora y luego como vendedora y que durante dos años, una vez casada, se dedicó exclusivamente a las labores del hogar”³¹, el tribunal de alzada le niega el derecho de compensación económica por las “razones” que explica en su considerando 13º:

³¹ CAP Santiago, 12 de julio de 2007, cons. 11º (rol N° 1.119-2007) confirmada en cas. civ por CS 10 de octubre de 2007 (rol N° 4.428-2007).

“Que de toda la prueba rendida, apreciada, como se señaló, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se comprueba que la actora reconvencional se casó a los 24 años, que era promotora antes de casarse y que no tuvo hijos con el demandado reconvencional, de donde surge la pregunta: ¿realmente se enriqueció este último a costa de la demandante reconvencional, en los términos señalados por el autor citado en el motivo que precede? La respuesta no puede ser sino negativa. La señora ... pudo trabajar remuneradamente, nada se lo impedía, y si se dedicó a las labores del hogar, ello fue por iniciativa propia. Un matrimonio joven, sin hijos, no genera ninguna obligación de permanencia en el hogar común y, por consiguiente, la demandante reconvencional estuvo siempre en condiciones de desarrollar una actividad remunerada sin detrimento alguno de las labores propias de la vida en pareja”.

No se trata de establecer que si no hay hijos no hay derecho a la llamada compensación económica, se trata simplemente de dejar claro que, teniendo 24 años de edad, habiendo trabajado antes de casarse y sin hijos en común que cuidar, la decisión de quedarse en casa cuidando del hogar es puramente voluntaria, con lo que no se da la exigencia del artículo 61 de la LMC en orden a que uno de los cónyuges, para ser considerado como el más débil, “no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería”.

Bien se puede apreciar que el tribunal ha denegado el derecho de compensación económica, no obstante que se probó en juicio la causa remota del menoscabo económico, porque incluyó como requisito de la causa del citado menoscabo una exigencia no prevista en la ley, a saber, “que la dedicación al cuidado del hogar no sea voluntaria”, pues el tribunal se atreve a escribir que: “La señora... pudo trabajar remuneradamente, *nada se lo impedía, y si se dedicó a las labores del hogar, ello fue por iniciativa propia*” y, aún más, que: “*la decisión de quedarse en casa cuidando del hogar es puramente voluntaria*, con lo que no se da la exigencia del artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil”.

La imposición de esta exigencia de “involuntariedad” en la dedicación al cuidado del hogar, que contraría el carácter objetivo de la causa remota del menoscabo económico, además de no resultar autorizada por la ley, implica asumir modelos discriminatorios de relaciones entre marido y mujer y perpetuar estereotipos de diferenciación de papeles entre hombres y mujeres, advirtiéndose en ella, incluso, una tendencia sancionatoria en contra del cónyuge que voluntariamente asume una dedicación que *debe* ser común y

respecto de la cual debe fomentarse la corresponsabilidad³², y es así como aparece, extraordinariamente lúcido y ajustado a los principios de no discriminación el razonamiento de la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Concepción en el considerando 3º de su sentencia de 10 de septiembre de 2007:

“Que es propio de la convivencia marital que cada cónyuge asuma diversos roles frente a las exigencias de la vida, y en este sentido, en países en vías de desarrollo como el nuestro, es bastante común que sea el marido quien se encargue de obtener los recursos económicos para la subsistencia familiar y la mujer quien deba por su parte asumir las responsabilidades del hogar, renunciando, sino total, al menos parcialmente, a la obtención de metas laborales. *Es precisamente esta entrega de la mujer a las labores del hogar y a los hijos comunes la que le permite al marido dedicarse con libertad a capacitarse e insertarse en la vida laboral. Este acuerdo, expreso o tácito, no puede significar para la cónyuge un reproche ni menos una opción que la prive de la compensación que regulan los artículos 61 y siguientes de la Ley 19.947*”³³.

34

Cuestión, totalmente distinta del carácter objetivo de la causa remota del menoscabo económico, es que para la procedencia del derecho de compensación económica no le basta al cónyuge la prueba de la existencia de la citada causa remota del menoscabo, sino también la prueba del menoscabo que se le seguía de ella, y en el caso en que han fallado las cortes de Apelaciones y Suprema, ese menoscabo estaría representado, al menos y probablemente, por la carencia de derechos de previsión social correspondientes al tiempo en que no trabajó remuneradamente.

³² En sentido contrario a las sentencias que se han citado se ha pronunciado, acertadamente, la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Antofagasta en su sentencia de 5 de octubre de 2007, en cuyo considerando 6º se lee: “Que, en consecuencia, estando acreditado que la actora reconventional desde que contrajo matrimonio estuvo al cuidado del hogar y de sus hijos mientras se mantuvo la convivencia con su marido, esto es, durante seis años, fluye que durante ese tiempo no tuvo la oportunidad de trabajar u obtener entradas económicas, debiendo por ende rechazarse la alegación del demandado en el sentido que la actora carece del derecho a la compensación, porque si se ha visto imposibilitada de ejercer, ya sea en forma absoluta o relativa, de un oficio remunerado por 134 meses, se ha debido a que ella tomó la decisión de dedicarse al cuidado de su actual pareja y de los tres hijos que tienen en común...” y en el considerando 7º: “Que las alegaciones del demandado, como se dijo, serán rechazadas, porque no afectan la existencia misma del derecho a la compensación...” (rol N° 468-2007).

³³ CAP Concepción, 10 de septiembre de 2007, cons. 3º (rol N° 238-2007), la cursiva es mía.

Adviértase, en todo caso, que hay cierta jurisprudencia que estima que una vez acreditada la causa remota de la dedicación al cuidado de los hijos debe tenerse como consecuencia lógica de ella la existencia de un menoscabo económico y que, en consecuencia, toca al cónyuge a quien se le demanda el cumplimiento de su obligación de compensar la prueba de que no existió el citado menoscabo. Así la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Antofagasta en su sentencia de 10 de septiembre de 2007, en cuyo considerando 7º se lee que:

“Para establecer el origen de la indemnización destinada a compensar económicamente el deterioro que ha sufrido la mujer, debe tenerse presente que no constituye un hecho discutido en la causa la circunstancia de que la mujer ha criado a tres hijos, nacidos en 1974, 1980 y 1991, y que desde esa época ha debido dedicarse a su cuidado y a las labores propias del hogar común, lo que implica un menoscabo económico y estratificador para conseguir un empleo luego de la crianza aludida; situación que previó el legislador en el artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil, invocado por la misma demandante reconvencional, razón por la cual necesariamente debe accederse a esta pretensión”³⁴.

35

“Para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse la exigua prueba agregada al proceso, pero que en todo caso queda plenamente acreditada la existencia de los hijos y la conclusión lógica y obvia de su crianza y cuidado, que conlleva un menoscabo económico y, por lo tanto, era el actor quien debió acreditar circunstancias distintas para comprobar la inexistencia de este perjuicio...”³⁵.

La doctrina anterior ya la había anticipado el mismo tribunal de alzada en su sentencia de 29 de junio de 2007:

“El artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil constituye una norma que tiende a compensar económicamente una situación injusta que se produce como consecuencia de que uno de los cónyuges no se haya desarrollado individualmente como persona, en la medida que le permita obtener una especialización que le haya brindado permanentemente una actividad remunerada que sustente la base de los beneficios previsionales y de salud para toda la vida, ya que

³⁴ CAP Antofagasta, 10 de septiembre de 2007, cons. 3º (rol N° 297-2007).

³⁵ *Op. cit.*, cons. 4º.

el divorcio implica la desvinculación de los cónyuges y, por lo tanto, finaliza la colaboración mutua, quedando el cónyuge más débil –que ha entregado su actividad a la crianza de los hijos en los términos señalados– en la más completa indefensión para realizar actividades lucrativas, más aún en un país en vías de desarrollo que no posee una política integral de pleno empleo o seguridad social y en el que los salarios de los trabajos menores, en su mayoría, no alcanzan para satisfacer las necesidades mínimas de alimentación, vestuario y movilización. Por ello, analizando los antecedentes de acuerdo a la sana crítica, ha quedado acreditado el supuesto fáctico, porque las partes están contestes que el cónyuge solicitante de la compensación económica, se dedicó durante quince años a lo menos al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común, cumpliéndose, entonces, las dos exigencias del artículo 61 de la ley, pues el menoscabo económico surge indefectible y lógicamente, del hecho que ninguna mujer que carezca de profesión o de habilidades especiales puede obtener una actividad remunerada criando dos hijos y dedicándose a las labores del hogar”³⁶.

36

La opinión jurisprudencial defendida por la I^{ma}. Corte de Apelaciones de Antofagasta en las dos sentencias que quedan citadas, sin perjuicio de que por sí solas dan pie para reflexiones más amplias y profundas, a la sola luz del principio de no discriminación entre mujeres y hombres se inserta en una sana orientación dirigida a reconocer el carácter oculto de muchas de las discriminaciones que afectan a las mujeres, pues:

- a) combate los estereotipos culturales discriminatorios de una mujer que “por naturaleza” o “porque quiere” se dedica al cuidado del hogar común y de los hijos y que como ello es consecuencia del “ejercicio de su libertad” ella es la que debe asumir sus “costos”;
 - b) reconoce, por la vía de tener por acreditado lógicamente el menoscabo como consecuencia de tal dedicación, los costos que asumen las mujeres por esa dedicación, ya sea causada en su “condición amorosa” o en otra cualquiera causa;
 - c) contribuye a la asunción de modelos de corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado del hogar común y de los hijos.
- b) Evitar el mantenimiento de funciones estereotipadas de hombres y mujeres:* uno de los estereotipos que portan en sí mismos mayores consecuencias discriminatorias para las mujeres lo constituye el que las sitúa “natu-

³⁶ CAP Antofagasta, 29 de junio de 2007, cons. 4º (rol N° 1.317-2006).

ralmente” destinadas al ámbito de la familia, asumiendo como una cierta estructura social de carácter natural, el que sean ellas las que se dediquen al cuidado del hogar y de los hijos y que sean los varones los que se desenvuelvan y desarrollen personal y profesionalmente fuera del hogar³⁷.

En relación con tal estereotipo, la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (1981) impone a los Estados la adopción de medidas apropiadas para:

“Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (art. 5, letra a).

Sobre la base de lo anterior, el derecho de compensación económica aparece como una “medida apropiada” para combatir un modelo estereotipado de diferenciación sexual de papeles entre marido y mujer, al reconocer los efectos nocivos que pueden derivarse para uno de los cónyuges de tales pautas de comportamiento.

c) *Fomento de la corresponsabilidad*: en la línea de lo anterior, el sistema jurídico no puede mantener estructuras que impliquen, directa o indirectamente, la asunción por parte de uno de los cónyuges, normalmente la mujer, de la responsabilidad por el hogar común y los hijos, pues de ellas se derivan una serie de efectos adversos para las mujeres y para su desarrollo personal y social.

Es también en relación con este ámbito en el que la citada “Convención” impone a los estados partes la adopción de medidas apropiadas para:

“Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de *la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos*, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” (art. 5 letra b).

³⁷ Vide M^a Aranzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Derecho antidiscriminatorio y género: Las premisas invisibles*, Santiago, Fondo de Desarrollo para la Naciones Unidas para la Mujer-Universidad de Chile, 2004, pp. 178-210.

De este modo, pues, el establecimiento del derecho de compensación económica aparece también como un mecanismo dirigido a incentivar la corresponsabilidad y como corrector de todas las carencias que para uno de los cónyuges se hubieran generado porque el otro, por las razones que fueren, no hubiera asumido esa responsabilidad común en cuanto al mantenimiento del hogar común y el cuidado de los hijos.

d) *Conciliar la vida doméstica con la vida laboral remunerada*: la referida “Convención” impone, igualmente, a los Estados partes de ella la obligación de adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos” (art. 11.1), de manera que si durante el matrimonio la mujer o, eventualmente el marido, no hubiera podido desarrollarse en el ámbito del mercado laboral remunerado en las mismas condiciones que su cónyuge, el sistema jurídico debe arbitrar mecanismos para hacer desaparecer esa discriminación y sus efectos perjudiciales.

El derecho de compensación económica se muestra, entonces, como una de esas respuestas del sistema jurídico, dirigidas, específicamente, a procurar la conciliación de la vida de hogar con la vida laboral remunerada, no sólo para incentivarla durante el matrimonio sino, sobre todo, para remediar las consecuencias nocivas que pudieran haberse derivado para uno de los cónyuges como consecuencia de no haber podido conciliarlas plenamente o en la medida deseable.

Esta lectura del fundamento del derecho de compensación económica dificulta la admisión de algunas interpretaciones que la doctrina ha realizado para explicarlo, entre ellas:

a) *La idea del matrimonio ligada a la de “imposición de sacrificios”*: es claramente discriminatoria toda interpretación, no sólo de la compensación económica, sino también del propio matrimonio, a la luz de la idea del “sacrificio”, es decir, que la existencia y vigencia del matrimonio justificaría:

1º. El sacrificio de uno de los cónyuges “en provecho de la comunidad de vida que implica el matrimonio” y el no hacer participar al otro cónyuge de su *status* económico³⁸, pues una tal interpretación asume como inocuo o no relevante un modelo de relación conyugal en el que uno “se sacrifica” y el otro no, de manera que si el matrimonio termina por una causa que no sea el divorcio o la nulidad, aparecería como justificado ese modelo o patrón cultural discriminatorio de

³⁸ VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 435.

“sacrificios”, sobre todo si quien muere es el cónyuge que se sacrificó, quien, a lo más, tendrá como “compensación” el que se le recuerde como “esposa y madre *abnegada*”.

2º. El eventual “sacrificio recíproco de los cónyuges consistente en que uno asume el trabajo externo y remunerado, y el otro, la actividad doméstica, interna y gratuita”³⁹, de manera que “la vigencia de la comunidad de vida entre los cónyuges permite que se miren como equivalentes las prestaciones de ambos cónyuges”⁴⁰. A la razón señalada en el número anterior, que implica la dificultad de admitir esta interpretación, se suma la de que esta parte de unas premisas no justificadas:

a) la supuesta igual valoración que haría el sistema jurídico del trabajo doméstico y del trabajo remunerado y

b) la calificación de “sacrificio” para el hecho de desarrollarse personal y profesionalmente fuera del hogar.

Tales premisas tienen, además, como secuela la de contribuir al mantenimiento de funciones estereotipadas entre hombres y mujeres y de dificultar la corresponsabilidad entre los cónyuges, impidiendo directamente, la conciliación de la vida personal con la vida laboral, a la que tienen derecho ambos cónyuges.

b) *La compensación económica como “indemnización por sacrificio”*: asumir que el matrimonio es una institución que impone “sacrificios” es ya una concepción difícil de admitir en derecho⁴¹ y más todavía lo es el aceptar que sólo la desaparición del matrimonio dé lugar a un cierto derecho para “indemnizar” ese sacrificio, pues nuevamente, se topa aquí con la precomprensión discriminatoria de modelos no igualitarios de relación entre hombres y mujeres.

Estriba aquí la principal razón por la cual no es posible aceptar sin reparos la tesis, en cualquiera de sus variantes, según la cual la “naturaleza” de la compensación económica cabría dentro de las que se denominan “indemnizaciones por afectación lícita de derechos”, afectación que se presentaría cuando la ley obliga a realizar una prestación dineraria por una desigual distribución de cargas o por una situación de sacrificio especial o por un enriquecimiento sin

39

³⁹ Vide DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), p. 6; y en la misma línea Susan TURNER SAEZLER, “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO, *Estudios de Derecho Civil. II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2006*, Santiago, Libromar Ltda., 2007, p. 212.

⁴⁰ TURNER SAEZLER (n. 39), p. 212.

⁴¹ No así, tal vez, en otros campos operativos, como en el de ciertas concepciones éticas o morales acerca del matrimonio, pero no en derecho.

causa⁴², o porque el marido retira unilateralmente el “estatuto protector del matrimonio” en vistas del cual la mujer se habría dedicado a las labores del hogar común y al cuidado de la prole⁴³, pues una tal interpretación implica:

- a) que se entienda al matrimonio como el origen de un cierto “estatuto protector” para la mujer, lo que hace pensar en el prejuicio de la *fragilitas*, es decir, sería la fragilidad o debilidad de la mujer la que justificaría que el sistema jurídico la proveyera de un régimen de protección para suplir esa cierta debilidad derivada de ser mujer;
- b) que se asuma que el derecho de compensación económica compense “el retiro de los beneficios prometidos por el marido con el matrimonio”, implica asumir también una concepción discriminatoria, cual es la de que es la mujer la que naturalmente está “destinada” al cuidado del hogar y al cuidado de los hijos, y presupone la premisa invisible de que se celebra un pacto matrimonial en el que la mujer se dedica al cuidado del hogar y de los hijos, “a cambio”, de los beneficios que le promete su marido.

4. COMPENSACIÓN ECONÓMICA:

DERECHO PERSONAL Y OBLIGACIÓN MATRIMONIAL DE CARÁCTER PATRIMONIAL

Finalmente, la compensación económica es caracterizada, por el referido artículo 60 de la LMC, como una obligación y derecho matrimonial “de carácter patrimonial” y de ello se derivan una serie de consecuencias, entre las que aquí se destacarán solamente las siguientes:

- 1ª. *El derecho de compensación económica es diverso de los derechos de carácter personal entre los cónyuges*: asumiendo el legislador la existencia de derechos personales matrimoniales de carácter patrimonial y no patrimonial, el de compensación económica es diverso de estos últimos, que son, por regla general, aquéllos cuya disciplina se fija en diversos artículos del título VI del libro I del *Código Civil* bajo la rúbrica de “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”.

La diferencia anterior es la que, en principio, permite excluir a priori una interpretación del derecho de compensación económica como una especie de proyección *post* matrimonio de ciertos derechos y obligaciones personales entre los cónyuges, como si se tratara de la extensión de una

⁴² VIDAL OLIVARES (n. 2), pp. 434-435.

⁴³ CORRAL TALCIANI (n. 3), pp. 23-40; y ya antes, en la misma orientación DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), p. 12.

pretendida solidaridad *post* conyugal o de una supervivencia del auxilio mutuo o, en ciertos ámbitos, de la obligación de socorro.

2ª. *El derecho de compensación económica es diverso de otros derechos de carácter patrimonial entre los cónyuges*: es el mismo artículo 61 de la ley el que descarta, *a radice*, la interpretación del derecho de compensación económica a la luz del derecho de alimentos, o su eventual carácter alimenticio, pues él, precisamente, lo enumera como diverso del derecho de alimentos cuando señala 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 lo dispuesto en el párrafo 1 del capítulo siguiente”.

Ésta es, pues, una razón estructural por la cual no se puede entender el derecho de compensación económica como un derecho de carácter alimenticio, ni menos interpretarlo a la luz de los caracteres del derecho de alimentos y de su carácter asistencial⁴⁴, tal cual lo ha señalado mayoritariamente la doctrina, aunque sobre la base de otras razones concretas⁴⁵.

3ª. *El carácter patrimonial del derecho de compensación económica está dado por el objeto sobre el que recae*: esto es así, porque el derecho de compensación económica faculta a uno de los cónyuges para reclamar del otro una obligación (art. 578 del CC) cuya prestación o débito recae sobre un cierto objeto de naturaleza patrimonial o económica (arts. 1.438, 1.445, 1.461 del CC).

A este objeto del Derecho o contenido sobre el que recae el débito de la obligación, la “Ley de Matrimonio Civil” también lo llama “compensación económica”, *v. gr.* en sus artículos 62 inc. 1º, 63 y 64 inc. 3º y, por los términos legales en que aparece definido se trata siempre de una cantidad, fijada de manera definitiva e inmutable⁴⁶.

4ª. *El objeto del derecho de compensación económica es una cosa mueble*: si bien, por lo que se lleva dicho y por otras razones, este derecho de compensación económica es susceptible de ser reputado como un bien mueble o inmueble “según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe”

⁴⁴ En esta línea de un cierto “sentido asistencial transitorio”, pero para un ámbito muy concreto *vide* Susan TURNER SAEZLER, “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil: naturaleza y función”, en Juan Andrés VARAS BRAUN y Susan TURNER SAEZLER, *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005*, Santiago, Lexisnexis, 2005, p. 491; y para una interpretación de “carácter alimenticio” en otros casos concretos *vide* Eduardo COURT MURASSO, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y coemntada*, Santiago, Libromar Ltda., 2004, pp. 98-99.

⁴⁵ Así PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 86-88; VIDAL OLIVARES (n. 2), pp. 425-426.

⁴⁶ Así PIZARRO WILSON (n. 2), pp. 87-88; DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), pp. 9-10; VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 421.

(art. 580 del CC), por lo prescrito en los artículos 62, 63, 64 inc. 1º y 66 inc. 1º de la LMC, ha de reputársele mueble, en cuanto siempre su prestación ha de recaer en un monto o cuantía de dinero.

- 5ª. *El pago de la prestación con el cual se cumple la obligación de compensación económica, admite modalidades diversas de pago:* naturalmente, es muy distinta la naturaleza mueble del objeto del derecho de compensación económica, de las modalidades que puede asumir el pago de la prestación en la cual consiste, cuya disciplina se establece en el artículo 66 de la LMC.

CONCLUSIONES

El estudio de la compensación económica, asumiendo la polisemia legal de tal expresión, permite su examen en cuanto un cierto derecho de uno de los cónyuges y la obligación correlativa del otro, y tal examen se muestra como una vía apropiada, diversa y no necesariamente excluyente de la vía institucional, para procurar su definición en el contexto del Derecho Matrimonial chileno.

Quizá la conclusión más relevante del ligero examen que se ha intentado en las páginas anteriores la constituya la constatación del siguiente desafío dogmático y jurisprudencial: el derecho de compensación económica aparece como un derecho situado en sede de derechos de familia y ello impone definirlo en este campo propio y no en el de los derechos típicos de los actos y negocios patrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS GRANDON, Javier, “De la inexistencia del matrimonio en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, N° 2, Valdivia, diciembre 2006.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier y Mª Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley N° 19.947. Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, 2ª ed., Santiago, LexisNexis, 2004.
- BÉNABENT, Alain, *La réforme du divorce article par article*, Paris, Répertoire Defrénois, 2004.
- Boletín de Sesiones del Senado*, N° 1.759-18, 15 de diciembre de 2003.
- CERVILLA GARZÓN, Mª Dolores, “Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 10, Navarra, 2003.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, Santiago, 2007.

- COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada*, Santiago, Libromar Ltda., 2004.
- DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, “Crisis de uniones de hecho y pensión compensatoria”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 11, Navarra, 2003.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Seminario Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 2005.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Seminario Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 2005.
- GUERRERO BECAR, José Luis, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVII, Valparaíso, 2006.
- LEFEBVRE, Francis, *Réforme du divorce. Loi du 26 mai 2004. Procédures, conséquences patrimoniales et fiscales*, Levallois, Francis Lefebvre, 2004.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en José Ramón VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Elcano-Navarra, Aranzadi, 2006.
- MASSIP, Jacques, *Le nouveau droit du divorce*, Paris, Répertoire Defrénois, 2005.
- NOVALES ALQUÉZAR, M^a Aranzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: Las premisas invisibles*, Santiago, Fondo de Desarrollo para las Naciones Unidas para la Mujer-Univesidad de Chile, 2004.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 3, Santiago, diciembre 2004.
- TURNER SAEELZER, Susan, “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio civil: naturaleza y función”, en Juan Andrés VARAS BRAUN y Susan TURNER SAEELZER, *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005*, Santiago, Lexisnexis, 2005.
- TURNER SAEELZER, Susan, “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO, *Estudios de Derecho Civil. II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2006*, Santiago, Libromar Ltda., 2006.
- TURNER SAEELZER, Susan, “Sentencia sobre requisitos de procedencia y finalidad de la compensación económica (Corte de Apelaciones de Valdivia)”, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, N° 2, Valdivia, diciembre, 2006.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en *Actualidad Jurídica*, N° 13, Santiago, enero 2006.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Tendencias actuales del Derecho de Familia en España”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 7, Santiago, diciembre 2006, pp. 187-190.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual”, en Jorge ADAME GODDARD (ed.), *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.