

La protección del cónyuge más débil en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena

Protection of the weaker spouse
in Chilean new law of civil marriage

*Cristián Lepin Molina**

RESUMEN. El principio de protección al cónyuge más débil fue incorporado recientemente por la legislación chilena, por lo que a través de este trabajo intentamos avanzar en su contenido y alcance, planteando la necesidad de que el juez le dé contenido en el caso concreto, fundamentando sus resoluciones. Además, se analizan los distintos mecanismos de protección del cónyuge débil en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, como son el derecho a compensación económica, la denominada *cláusula de dureza* y la aprobación judicial del convenio regulador, revisando las principales fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales existentes hasta la fecha.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Derecho de familia. Divorcio.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogado. Doctorando en Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho (Universidad de Chile). Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de pre- y posgrado. Coordinador académico de la Escuela de Postgrado de la misma Universidad.

ABSTRACT. The principle of protection to the weaker spouse was recently joined by Chilean law, so through this work we try to move forward on the content and scope of the same, considering the need that the judge gives him content in the concrete case, basing its resolutions. In addition, the different mechanisms of protection of the spouse that is weak in the new law on civil marriage are herein analyzed, such as the right to financial compensation, the so-called clause of hardness and the judicial approval of the regulatory agreement, reviewing the main legal, doctrinal and jurisprudential sources existing to date.

KEY WORDS: Marriage. Family law. Divorce.

1. INTRODUCCIÓN

La ley n.º 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil (NLMC),¹ que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, incorporó por primera vez en la legislación chilena el divorcio vincular. Con ello surge, desde la presentación del proyecto de ley, en 1995, y durante toda su tramitación, la preocupación por proteger al cónyuge que en el momento de la ruptura queda en una precaria situación económica.²

En el proyecto presentado en 1995 por un grupo de diputados de distintas bancadas parlamentarias, representantes de una gran parte del espectro político (con excepción del Partido Unión Demócrata Independiente), la protección del cónyuge débil se expresaba a través de la idea de establecer relaciones equitativas entre los cónyuges hacia el futuro y procurar aminorar el daño que hubiera podido causar la ruptura, en los casos de divorcio en que se exigía un convenio regulador o establecer una pensión alimentaria por un tiempo determinado.³

¹ En adelante, NLMC.

² Así, INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, “Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer”, disponible en <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio> (consulta: 10.6.2005). Véase *Boletín del Senado* 1759-18 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “Aspectos económicos del divorcio”, pp. 1170 ss.; ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1999, pp. 159-162.

³ En el texto propuesto podemos encontrar dos disposiciones que hacen referencia al tema en comento: el artículo 63, que pretendía establecer el convenio regulador de las relaciones familiares, como una regla común a la separación, nulidad y divorcio, que en su parte final señalaba: “[...] es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian [...]”, y el artículo 65, que en su inciso final establecía: “[...] al respecto, y por resolución fundada, el juez podrá alterar las reglas de la distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones *alimenticias por tiempo limitado* a favor de los cónyuges; o *prever otra prestación* que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas”. La moción parlamentaria que da origen a la ley n.º 19.947 fue presentada el 28 de noviembre de 1995 por las diputadas Saa, Allende y Aylwin y los diputados Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo. El destacado es nuestro.

Posteriormente, en el segundo trámite constitucional, se fortaleció la idea de proteger al cónyuge más débil, mediante la incorporación del derecho de compensación económica (artículos 61 a 66 de la NLMC), la denominada *cláusula de dureza* que permite al juez rechazar el divorcio en caso de incumplimiento por el cónyuge demandante de la obligación alimenticia respecto del otro cónyuge o los hijos (artículo 55 de la NLMC) y, por último, a través del control realizado por el juez al aprobar un convenio regulador, calificándolo de completo y suficiente (artículo 55 de la NLMC).

A su vez, el legislador chileno incorporó en el artículo 3.º de la NLMC el deber del juez de familia de resolver los conflictos familiares teniendo cuidado de proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

En este trabajo se pretende profundizar sobre el contenido y el alcance del principio de protección al cónyuge más débil, de escasa elaboración doctrinaria, y analizar los principales mecanismos de protección establecidos por el legislador en la ley n.º 19.947.

2.

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL

Cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo, siguiendo a DWORKIN, a proposiciones que describen derechos, cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia.⁴ En el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.⁵

Para ALEXY los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁶

⁴ DORWIKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 72.

⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis- Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998, p. 70.

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 2008, p. 67.

Desde nuestro punto de vista se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que con base en una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada caso en particular. Ello implica un reconocimiento de sus limitaciones por parte del legislador, en el sentido de que no puede prever todas las situaciones y debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente.

Por otra parte, para que este mandato no se transforme en arbitrio, debe el juez reproducir su razonamiento, señalando en sus sentencias, por ejemplo, quién es el cónyuge débil y cuál es la protección que se entrega en el caso en particular.⁷ Se evitan de esta forma las frases sacramentales que mencionan el principio como fundamento de la resolución sin fundamentar la decisión.

En consecuencia, el juez debe atenerse a los principios establecidos en la ley cuando interprete y aplique las materias reguladas en ella.

El principio de protección del cónyuge más débil, como se ha señalado, fue incorporado expresamente por la NLMC en el artículo 3.º, inciso 1.º, que señala:

Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.⁸

En cuanto a su alcance, recordemos que la NLMC regula lo concerniente a la celebración del matrimonio y su ruptura o quiebre. Todo lo vinculado a las relaciones de los cónyuges durante el matrimonio se regula, en nuestra legislación, en el Código Civil.⁹

⁷ Las exigencias de fundamentación de las resoluciones judiciales se encuentran en la ley n.º 9.968, que crea los tribunales de familia, a propósito de la valoración de la prueba en conformidad con las reglas de la sana crítica, artículos 32 y 66, n.os 4 y 5, que señalan el contenido de la sentencia.

⁸ No obstante, esta afirmación resulta discutible, ya que algunos autores han señalado: “[...] no se trata de un principio creado por la Ley de Matrimonio Civil, pues ya estaba consagrado en el Código Civil, por ejemplo, en las normas relativas a los bienes familiares (artículos 141 a 149); en las disposiciones de la sociedad conyugal destinadas a proteger a la mujer (especialmente en lo que se refiere a las limitaciones a la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establecidas en el artículo 1749), en las normas que favorecen a la mujer para el pago de las recompensas que se le adeuden, al liquidarse la sociedad conyugal, según lo dispuesto en el artículo 1773, y en el beneficio de emolumento que opera a favor de la mujer, consagrado en el artículo 1777; y en aquellas que se consagran en el crédito de participación en los gananciales, al término de dicho régimen (artículos 1792-20 al 1792-26). Lo mismo ocurre con las normas de alimentos, tanto del Código Civil (artículos 321 al 337) como de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”. ORREGO ACUÑA, Juan, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Metropolitana, Santiago, 2004, pp. 20 y 21, nota al pie.

⁹ Artículo 1.º de la ley n.º 19.947: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.

”La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.

El tenor literal del artículo en comento permite concluir que es un mandato dirigido al juez llamado a resolver el conflicto, principalmente en situaciones de quiebre matrimonial.

En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3.º de la NLMC, su aplicación se restringiría a la ruptura, descartando su intervención durante la época que dure el matrimonio.

En las actas de la NLMC existe registro de que la preocupación de los legisladores al regular el divorcio vincular era la situación en que quedaban la mujer y los hijos al momento del término del matrimonio. Especial interés expresaron por la desigualdad en las *condiciones económicas* y el *poder de negociación* al momento de la ruptura. Así, la diputada SAA señaló durante el debate:

En el caso de la nulidad, el matrimonio termina, pero las mujeres y los hijos no tienen fuerza para negociar las condiciones en que quedan. En la práctica la nulidad somete al cónyuge más débil al poder económico del otro. Esto significa que, mediante el dinero, el cónyuge más fuerte podrá lograr una nulidad favorable amenazando, por ejemplo, con dejar de pagar la alimentación, la vivienda, la salud y los colegios. El resultado es que el cónyuge más débil se ve obligado a aceptar las condiciones de quien tiene el dinero. Agrega que la realidad indica que la mayoría de los cónyuges más débiles son mujeres, porque el 65 por ciento de ellas no tiene trabajo remunerado y muchas han dedicado su vida a atender el hogar, a los hijos y al marido. Por lo tanto, no tienen asegurada por sí mismas la atención en caso de enfermedad, de invalidez o vejez, o su propia mantención, mientras que los maridos, en su mayoría, perciben una remuneración por su trabajo y financian su previsión con el dinero de la sociedad conyugal.¹⁰

Así también se expresó:

¹⁰Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil".

Así, el Código Civil regula lo concerniente al matrimonio en el título IV, "Del matrimonio", artículos 102 a 123; en el título V, "De las segundas nupcias", artículos 124 a 130; en el título VI, "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", artículos 131 a 178; en el título XXII, "De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal", artículos 1715 a 1792; y en el título XXII-A, "Régimen de la participación en los gananciales", artículos 1792-1 a 1792-27.

¹⁰ *Boletín del Senado*, n.º 1759-18, o. cit., p. 118. Similares argumentos en las pp. 285, 419 y 433.

La Comisión acordó tratar separadamente el tema planteado en el artículo 38¹¹ de la indicación de S. E. el Presidente de la República y en el artículo 48,¹² inciso segundo, de la indicación de los Honorables Senadores señores Chadwick y Romero y del ex Senador señor Díez, acerca de la protección legal que recibirá el cónyuge más débil, en caso de término del matrimonio.¹³

En consecuencia, las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se rigen por el principio de igualdad¹⁴ y, por excepción, el juez, al momento de la ruptura, deberá aplicar la ley de un modo que beneficie al más débil.

¹¹ Indicación proyecto de ley, artículo 38: “Deberá evitarse que, como consecuencia del divorcio, alguno de los cónyuges quedare imposibilitado de su mantención, considerando los resultados de la liquidación del régimen de bienes que existiere, o el estado de separación de bienes, la existencia de bienes familiares y la eventual provisión de alimentos que hubiere existido entre ellos.

”Si el divorcio genere una situación de esa naturaleza, el tribunal podrá adoptar una o más de las siguientes medidas a favor del cónyuge afectado:

”Proceder a la declaración de bienes familiares.

”Constituir derechos de usufructo, uso o goce respecto de bienes que hubieren conformado parte del patrimonio familiar de los cónyuges.

”Determinar el pago de un monto o de una *pensión compensatoria* por un período de tiempo que no exceda de los cinco años, contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio.

”Las medidas se adoptarán a petición de parte, pudiendo solicitarse en forma conjunta a la demanda de divorcio o por vía reconvenional en el mismo procedimiento. En ambos casos, deberá resolverse en la sentencia definitiva.

”Para acceder a la solicitud y precisar la medida, el tribunal deberá considerar especialmente lo siguiente:

”1.º La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges;

”2.º La edad, estado de salud y capacidad económica de ambos cónyuges;

”3.º Las facultades de sustento individual de los cónyuges, considerando especialmente las posibilidades de acceso al mercado laboral;

”4.º La eventual colaboración común que hayan realizado los cónyuges a la actividad que haya servido de sustento al núcleo familiar;

”5.º El aporte y dedicación brindado por los cónyuges a las labores no remuneradas que demanda el cuidado de los hijos y del hogar común;

”6.º La eventual pérdida de beneficios previsionales que deriven del divorcio;

”7.º La existencia previa al divorcio de una pensión de alimentos entre los cónyuges.

”Las medidas impuestas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo no procederán respecto del cónyuge que haya dado lugar al divorcio por falta que le sea imputable.

”En todo caso podrá solicitarse su modificación o cese, si hubieren variado las circunstancias que motivaron el establecimiento.

”En los casos previstos en las letras a) y b) del presente artículo, el cónyuge divorciado que no fuere beneficiario de la medida, podrá solicitar al tribunal el cese de la misma una vez transcurridos 5 años desde su imposición, para el solo efecto de proveer su enajenación. En este caso, la resolución que conceda la solicitud deberá determinar el porcentaje de la enajenación que corresponda al cónyuge beneficiario, a título compensatorio”.

¹² Indicación proyecto de ley, artículo 48: “Por la declaración de nulidad se tendrá el matrimonio como no celebrado para todos los efectos legales.

”No obstante, el presunto cónyuge que hubiere contraído de buena fe y que haya tenido a su cargo el cuidado del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione *alimentos* durante un plazo que no excederá de cinco años contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”.

¹³ *Boletín del Senado*, n.º 1759-18, o. cit., p. 587.

¹⁴ Sobre la igualdad entre cónyuges, cf. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2, Santiago, 2005, pp. 205-218; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 37 a 51, y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia*, Thompson Reuters, Santiago, 2011, pp. 25 y 26.

La pregunta es ¿qué entiende la ley por cónyuge más débil? Como la ley no lo señala, debemos recurrir a la doctrina.

Para Pablo Rodríguez se entiende por cónyuge más débil “al que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desmedrada”.¹⁵

En un sentido similar, Rodrigo BARCIA señala:

Pareciera ser que la referencia al “cónyuge débil” no debe entenderse con relación al otro cónyuge por cuanto ello siempre supondría que uno de los cónyuges está en una situación de debilidad. Así, la debilidad del cónyuge debe ser evidente y configurarse por una causa objetiva, como podría ser una enfermedad.¹⁶

No compartimos lo señalado, ya que no cabe duda de que se legisló pensando en proteger a aquel cónyuge que se encontrará, con ocasión del quiebre matrimonial, en un posición de desmedro económico para comenzar su vida de forma separada e independiente.¹⁷

En la práctica, para determinar quién es el cónyuge más débil es necesario remitirse a los datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año 2002. Según estos, el aporte que hombres y mujeres hacen a cada tipo de trabajo es muy diferente. Las mujeres aportan con el 35 % de la fuerza laboral mercantil, lo que significa que un 65 % de ellas están dedicadas al trabajo doméstico no remunerado. Del total de personas que declararon dedicarse a las labores del hogar, el 95 % son mujeres.¹⁸ Según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a 45 % llegó la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo en Chile en el año 2010,¹⁹ lo que indica que aumentó en un 10 %, pero aún está por debajo de la participación de los hombres en el mercado laboral.

En conclusión, la ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro (más fuerte) cuando termina el matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, lo que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación.

¹⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil*, disponible en <www.abogados.cl> (consulta: 10.6.2005).

¹⁶ BARCIA LEHMANN, o. cit., p. 37.

¹⁷ En este sentido, GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Derecho*, vol. 21, n.º 2, Valdivia, p. 102. En el mismo sentido, HÜBNER GUZMÁN, Ana, “La nueva Ley de Matrimonio Civil: panorama y estructura general”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (coord.), *Matrimonio civil y divorcio*, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.

¹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil”, Seminario Colegio de Abogados, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005, p. 5.

¹⁹ Según un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a 45 % llegó la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo en Chile en 2010, lo cual posiciona al país en el undécimo lugar de América Latina en un *ranking* que lidera Perú, con un 62 %. El promedio de participación femenina en la región es de 50 %. En tanto, el desempleo femenino en Chile llegó a 10 % en 2010, lo que lo situó en el noveno lugar en América Latina. Véase <http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=38814> (consulta: 4.6.2012).

Este desmedro se va a manifestar con toda su crudeza con el retiro del estatuto del matrimonio, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 60 de la NLMC.

Si bien esto es cierto, el término de un matrimonio genera otro tipo de consecuencias o daños, como los psicológicos, por ejemplo, que no quedan amparados por este principio, y cuya reparación se puede lograr a través de las reglas generales de la responsabilidad civil.

La ley, además de consagrar el principio en comento, establece una serie de mecanismos de protección al cónyuge más débil.

3.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSAGRADOS EN LA LEY 19.947, NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

En este apartado corresponde analizar los mecanismos otorgados por el legislador en la NLMC para proteger al cónyuge más débil, que por regla general será la mujer, considerando su participación en el mercado laboral.

Las fórmulas a través de las cuales se concreta este principio son: el derecho a compensación económica, la denominada *cláusula de dureza* y las facultades del juez para la aprobación del convenio regulador, en los casos de divorcio de común acuerdo.

3.1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La compensación económica se encuentra regulada en los artículos 61 a 66 de la NLMC, y se puede definir como:

El derecho que asiste a uno de los cónyuges —normalmente la mujer— cuando, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o nulidad, sufrirá por esta causa.²⁰

La compensación económica procede, según lo prescrito en el artículo 61 de la NLMC, en los casos de nulidad y de divorcio; se excluye el caso de separación judicial, sin

²⁰ RAMOS PAZOS, René, *Aspectos destacados de la ley 19.947, sobre matrimonio civil*, disponible en <<http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm>> (consulta: 12.7.2005).

perjuicio de que el artículo citado se encuentra ubicado en el capítulo VII de la ley, bajo el epígrafe “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”.²¹

Según Carmen DOMÍNGUEZ:

La única forma de entender esta figura es como “la forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene”. En efecto, es indudable que esta normativa, al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto, éste (más bien ésta en la mayoría de los casos) ya no dispone de medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provenían de su relación conyugal.²²

Las partes pueden convenir la procedencia de la compensación económica, su monto y su forma de pago,²³ siempre que cumplan con los siguientes requisitos (artículo 63 de la NLMC): que los cónyuges sean mayores de edad, que el acuerdo conste en escritura pública o acta de avenimiento y la aprobación del tribunal.

Las partes son libres para determinar el monto y la forma de pago, cumplidas las formalidades legales. En este sentido, pueden fijar cualquier monto, mediante una cifra única, dividida en cuotas, o mediante la transferencia de determinados bienes, en propiedad o en usufructo, o incluso establecer el pago de una renta vitalicia.²⁴

²¹ “La Comisión desechó la incorporación de la compensación en los casos de separación judicial, porque en su caso subsiste el matrimonio y precisamente por ello no puede contraerse uno nuevo. No solamente se mantiene el vínculo, sino que también algunos efectos especialmente de orden económico, como son los alimentos entre los cónyuges y los derechos hereditarios, lo que no ocurre con el divorcio y la nulidad. La compensación económica obedece a una lógica distinta, porque al haber divorcio o nulidad se perderán los derechos de alimentos y los hereditarios, así como otros beneficios previstos para el cónyuge, tales como los relacionados con prestaciones de salud o de carácter previsional, lo que no ocurre con la separación”, *Boletín del Senado*, n.º 1759-18, o. cit., p. 599.

²² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005, p. 5. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte Suprema, de 5 de julio de 2010, causa Rol 2018-2010; de 13 de diciembre de 2010, causa Rol 5765-2010; y Primer Juzgado de Familia de Santiago, de 27 de mayo de 2009, causa Rit 5980-2007.

²³ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, “Autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012, p. 12.

²⁴ Cf. LEPIN MOLINA, Cristián, “Formas de pago de la compensación económica. Autonomía de la voluntad y protección al más débil”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, Fabián Elorriaga (coord.), AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012. Así, respecto a la renta vitalicia, sentencia en causa Rit C-6930-2006, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago: “[...] con fecha 13 de noviembre del presente año, se prosiguió con la audiencia preparatoria, manifestando las partes que llegaron a acuerdo en materia de compensación económica en los términos registrados en el audio y que se resumen de la siguiente forma: la demandante confiere mandato irrevocable a su cónyuge, para que éste en su nombre y representación ejerza todos sus derechos en la sociedad [...] Ltda., como contraprestación a ello su cónyuge se obliga al pago de una renta vitalicia en beneficio de la demandante de compensación, por un monto de \$ 1.400.000, reajustables de conformidad a la variación del IPC o el factor que lo reemplaza, cada seis meses, la que se devengará a contar de la fecha de inscripción del divorcio, en los términos señalados y registrados en audio, agregando finalmente que en el tiempo intermedio, el demandado reconventional pagará por concepto de pensión de alimentos, la misma suma y en los mismos términos a la demandante. Dicho acuerdo se tuvo por aprobado en audiencia” (aprobada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol 781-2008). En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia causa rol 1286-2007, ha señalado: “[...] debe aprobarse el

En este caso opera el principio de autonomía de la voluntad; los cónyuges son libres para determinar su procedencia, cuantía y forma de pago, según se deduce claramente de los artículos 63 y 64 de la NLMC. Por tanto, en este caso se prescinde de la concurrencia de los requisitos de la compensación económica y, por tanto, de la determinación del cónyuge más débil.

También se puede establecer el monto y la forma de pago de la compensación en el acuerdo completo y suficiente, tratándose de un divorcio solicitado de común acuerdo, según lo prescrito en los artículos 55 y 63 de la NLMC.

A falta de acuerdo, el juez debe regular el derecho a compensación económica, pues está obligado a proteger al cónyuge más débil, determinando la procedencia, cuantía y forma de pago. Al establecer la cuantía deberá fijar el monto en una unidad reajutable y las seguridades para el pago.²⁵

En materia de pago de la compensación económica, la regla general es que deberá hacerse mediante la entrega de una suma de dinero, determinada e invariable,²⁶ preferentemente en un solo acto.²⁷

La firme intención del legislador es concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento. Por lo mismo, razona sobre la idea de que el monto de la com-

acuerdo suscrito por los cónyuges en escritura pública en el cual convienen el pago de una compensación económica a favor de la demandada de divorcio, transfiriéndole un inmueble y efectuando pagos bajo la forma de pensión vitalicia, ya que todo esto importa un reconocimiento sobre la procedencia de la compensación económica y de la forma de pago de la misma, por lo que al juez sólo le corresponde considerar si se cumplen o no los requisitos que la ley exige para que se dé lugar a ella. En efecto, procede a aprobar el acuerdo, ya que teniendo un carácter patrimonial la compensación económica, que admite su renuncia, a contrario sensu se puede concluir que su otorgamiento por parte del demandado constituye una opción libre para concederla. Considerándola así, y en armonía con el principio de protección del cónyuge más débil, se supera lo estricto de la norma del artículo 61 NLMC”.

²⁵ LEPIN MOLINA, Cristián, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.139.

²⁶ La Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 29 de julio de 2009, en causa rol 3911-2009, ha resuelto “que, a falta de acuerdo entre las partes, corresponde al juez de la causa establecer si se dan los requisitos que la institución exige y fijar su monto. De relacionar los artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley 19.947, se infiere que el legislador ordena pagar *un monto determinado invariable en el tiempo*, cualquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados —deudor o acreedor— posteriores a la sentencia que la regula”.

²⁷ En este sentido existe mayor similitud con la legislación francesa, en que se privilegia su fijación en una prestación única o a tanto alzado (artículo 273 del Código Civil francés), a diferencia de la legislación española, en que se puede regular como una pensión temporal o por tiempo indefinido, o como prestación única (artículo 97 del Código Civil español). De igual forma se ha resuelto en Chile, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 24 de febrero de 2009, en causa rol 1707-2008, que señala: “[...] el legislador no ordena pagar una pensión mensual, sino un monto determinado que es invariable. Luego, la compensación económica, será pagada de una sola vez, y por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas (Corte Suprema, 20 de diciembre de 2006, Rev. Leyes y Sentencias N.º 32, pág. 18)”. En igual sentido, la profesora VELOSO ha señalado: “[...] la ley contempla diversas posibilidades para su entero y pago. Con todo, puede sostenerse que la idea principal es pagarlo *de una sola vez*; de esta manera se evitan los inconvenientes del pago periódico, circunstancia potencialmente conflictiva a la luz de la experiencia comparada. Nótese que en Chile no se le denomina *pensión*, como en otros países, terminología que puede conllevar a la idea de periodicidad”, en VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en GROSMAN, Cecilia (dir.), y HERRERA, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 185.

pensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura. Esto resulta ostensible de su regulación, pero también de la historia fidedigna en el Senado, de cuyo debate puede obtenerse que el esfuerzo permanente de quienes más intervinieron en él fue evitar que las cuestiones económicas dieran lugar a conflictos permanentes entre los excónyuges. Incluso se llegó a fundar esta forma de fijación de la compensación en que las personas de mayores recursos “también tienen derecho a reconstruir su familia y vivir en paz”, sin que deban estar obligados a destinar el mayor porcentaje de su sueldo a la mantención de la familia antigua y no a sostener su familia nueva.²⁸

El dinero podrá ser entregado en una o varias cuotas reajustables. Se faculta al juez para fijar cualquier forma de reajuste. La experiencia en los tribunales de familia en materia de pensiones alimenticias considera el alza que experimente el índice de precios al consumidor (IPC), que fija el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o un porcentaje del ingreso mínimo remuneracional, que se reajusta por ley una vez al año, o también expresar el monto en unidades de fomento (UF) o unidades tributarias mensuales (UTM).²⁹

Respecto de las cuotas, el juez fijará seguridades para su pago. Por ende, podrá ordenar la constitución de una caución —ya sea una hipoteca o una prenda— sobre bienes determinados por parte del cónyuge deudor, o disponer que el empleador del cónyuge deudor retenga el monto a pagar³⁰ deduciéndolo de la remuneración del obligado.³¹

Existen otras modalidades de pago, como la entrega de acciones u otros bienes. Se trata de la transferencia del dominio de ciertos bienes que pueden ser muebles o inmuebles, acciones u otros valores. También la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiera tenido a la fecha de la constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviera en cualquier tiempo.

Por último, el juez podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual, afecta al decreto ley n.º 3.500, del cónyuge que deba compensar a la cuenta

²⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, “Compensación...”, o. cit., pp. 5 y 6.

²⁹ LEPIN MOLINA, *La compensación...*, o. cit., p. 145.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, en causa rol 6710-2006: “Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 19.968, se revoca, en lo apelado, la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil seis y en su lugar se decide que se acoge la demanda reconvenicional del primer otrosí de fojas 18, sólo en cuanto se condena al demandante y demandado reconvenicional a pagar a la actora reconvenicional la suma de dinero equivalente a 310 (trescientas diez) unidades de fomento, pagadera en sesenta cuotas mensuales de 5,16 unidades de fomento cada una, debiendo solucionarse por medio de *retención* que practicará la respectiva institución previsional, a contar del mes siguiente a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada, sin costas por haber tenido el demandado reconvenicional motivos plausibles para litigar”.

³¹ LEPIN MOLINA, “Formas de pago...”, o. cit., pp. 92 y 93.

de capitalización del cónyuge compensado, o, si esta no existe, a una cuenta de capitalización individual que se abra al efecto. Dicho traspaso no podrá exceder el 50 % de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.³²

Por lo tanto, el juez, a falta de acuerdo de las partes, deberá fijar la forma de pago. Solo en caso de que no puedan aplicarse las formas mencionadas (artículo 65 de la NLMC) el juez puede fijar las cuotas necesarias, considerando la capacidad económica del deudor, y las cuotas respectivas se considerarán alimentos para efectos de su cumplimiento (artículo 66 de la NLMC). En este caso el legislador protege al cónyuge más débil asimilando las cuotas de compensación económica a la obligación alimenticia para efectos de hacer procedentes los apremios. Se discute si se aplican todos los apremios de los alimentos, como la reclusión nocturna, pero este tema excede los límites del presente trabajo.

De esta forma, la compensación económica es una manifestación de un principio de carácter general del derecho, la equidad, que en el caso de la legislación chilena faculta al juez para corregir la desigualdad entre los cónyuges proveniente del menoscabo económico que la ruptura puede generar en el más débil.

3.2. LA CLÁUSULA DE DUREZA

Otro de los mecanismos diseñados por el legislador chileno es la denominada *cláusula de dureza*, que permite al juez rechazar el divorcio por cese de convivencia solicitado unilateralmente, cuando a solicitud de la parte demandada verifique que el demandante, durante el período de cese de convivencia, no dio cumplimiento a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, en forma reiterada, pudiendo hacerlo (artículo 55, inciso 3.º, de la NLMC).³³

Según Jorge DEL PICÓ:

[Se trata de la] inclusión de un criterio restrictivo aplicado al derecho de demandar el divorcio en la modalidad unilateral, por una norma inspirada en la experiencia comparada, conocida como *cláusula de dureza*. Propiamente tal, no es la institución que, en doctrina, se conoce también como *cláusula de rigor*, pero comparte con ella la posibilidad reconocida al juez, de poder negar el divorcio cuando observa que existe una alta probabilidad de generar daños mayores que se puedan

³² El artículo 80 de la ley n.º 20.255 establece la reforma previsional. Cf. LEPIN MOLINA, *La compensación económica...*, o. cit., pp. 127 ss.

³³ Artículo 55, inciso 3.º, de la NLMC: “Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

provocar en aquellos casos en que éste sea otorgado, como por ejemplo, la precariedad de los medios para la subsistencia económica de los hijos o del cónyuge, o que teniendo o no relación con el hecho del divorcio, se agrave la enfermedad que padece una persona, de quien el demandante pretende divorciarse. Esta cláusula o norma de rigor, constituye una limitación al régimen de divorcio en las leyes civiles contemporáneas, y se puede apreciar en el Código Civil alemán, en el Código francés y en el Derecho inglés.³⁴

Más allá de la diferencia semántica, lo concreto es que se trata de otra aplicación del principio de protección al cónyuge débil y de protección a los hijos, que se constituye en un verdadero apercibimiento para el demandante de divorcio en el caso de no cumplir con el pago de la pensión de alimentos.

Como señala DEL PICÓ:

La introducción de este precepto, con el propósito señalado, ha sido motivada principalmente por razones de equidad social y con el fin de aminorar los efectos en las personas más vulnerables de la familia afectada por un quiebre o ruptura matrimonial.³⁵

Como hemos visto, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 55 de la NLMC, esta excepción tiene lugar cuando el juez verifique que durante el cese de la convivencia la parte demandante ha incumplido de forma reiterada su obligación de alimentos.

El término *verifique* que utiliza el legislador puede dar lugar a dos interpretaciones. La primera es que se otorgan facultades de oficio al juez para indagar sobre la existencia del incumplimiento; esto es coherente con las normas que rigen esta materia en los tribunales de familia (artículo 29 de la Ley de Tribunales de Familia [LTF]),³⁶ que ordena traer causas a la vista o incorporar otros documentos que acrediten el incumplimiento. La segunda interpretación es que se aplica la regla general, es decir, que quien alega el incumplimiento deberá probarlo conforme al artículo 1698 del Código Civil —interpretación que parece de toda lógica, considerando que se trata de un hecho negativo—.

Al respecto surge otra interrogante: ¿hasta qué momento se puede alegar este incumplimiento?, ¿en cualquier etapa del juicio? En principio, estimamos que las alegaciones de las partes y el debate deben quedar concluidos en la audiencia preparatoria, lo que otorga un mínimo de certeza jurídica. Sin perjuicio de ello, sostenemos que se puede alegar en la contestación de la demanda o en forma incidental durante la audiencia. Esto por aplicación

³⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho matrimonial chileno*, AbeledoPerrot - Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 432.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Artículo 29, inciso final, de la ley n.º 19.968: “El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.

del artículo 9 de la LTF,³⁷ que señala que el procedimiento de familia será desformalizado. Tal interpretación permite un justo equilibrio entre la defensa de los intereses de los más débiles y la necesaria certeza jurídica.

El efecto de la cláusula de dureza es facultar al juez para denegar o rechazar el divorcio unilateral, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos:³⁸

- a. solicitud de parte;
- b. que esté determinada judicialmente la pensión de alimentos;
- c. que durante el cese de la convivencia exista un incumplimiento reiterado de la obligación alimenticia respecto del cónyuge y de los hijos comunes, y
- d. que este incumplimiento sea injustificado.

A nuestro juicio, para que proceda la cláusula de dureza se requiere una solicitud de parte,³⁹ que correspondería a una excepción perentoria destinada a enervar la acción de divorcio, aunque también se ha entendido que se trata de un presupuesto de la acción (un requisito de la acción de divorcio). La primera interpretación resulta más armónica con el texto legal, que expresamente señala “a solicitud de la parte demandada”, y con la naturaleza de la excepción (Corte Suprema, 30 de julio 2007).

Será menester que se haya decretado judicialmente la pensión de alimentos.⁴⁰ La NLMC no distingue si debe tratarse de alimentos definitivos o provisorios, por lo que basta que se regulen en forma provisoria, ya que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 331 del Código Civil,⁴¹ los alimentos se deben desde la primera demanda —en estricto rigor, desde la notificación de esta—.

Por otro lado, el incumplimiento debe ser reiterado.⁴² Esto significa que debe ser sucesivo en el tiempo, repetido. Pero el texto legal no exige la aplicación de apremios de la

³⁷ Artículo 9.º de la ley n.º 19.968: “Principios del procedimiento. El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes”.

³⁸ En forma similar, sentencia de la Corte Suprema, de 7 de junio de 2010, rol 2857-2010.

³⁹ En igual sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 18 de febrero de 2010, causa rol 118-2009.

⁴⁰ De acuerdo al artículo 331 del Código Civil chileno, los alimentos se deben desde la primera demanda, lo que implica necesariamente una regulación judicial al respecto, por lo menos en forma provisoria.

⁴¹ Artículo 331 del Código Civil: “Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas.

”No se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido”.

⁴² En sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 11 de noviembre de 2009, causa rol 389-2009, se desestimó la alegación de incumplimiento, ya que este debe ser reiterado, “[...] cabe señalar que [en el caso de autos] existe un solo incumplimiento [de la obligación alimenticia], pues se trató de un solo requerimiento, producto de

ley n.º 14.908,⁴³ a diferencia de lo que ocurre en el artículo 19 de la misma ley,⁴⁴ que para hacer procedentes alguna de las sanciones que se establecen en dicha disposición exige que conste en el proceso que se haya decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16. La ley no exige que se hayan decretado apremios, ni mucho menos su reiteración.⁴⁵

Aunque la ley no lo señala, será necesario que se solicite la liquidación de la deuda de pensiones alimenticias devengadas, ya que de otro modo no es posible determinar el incumplimiento. De esta forma, la inactividad de la demandada de divorcio durante más de diez años, en los que jamás exigió el pago sino hasta que fue notificada de la demanda, permitió concluir que no necesitó de dicha pensión alimenticia para su subsistencia, y en ese sentido puede concluirse que no se dan los presupuestos que tuvo presente el legislador⁴⁶ para el establecimiento de esta cláusula.

Por último, el incumplimiento debe ser injustificado, como señala el artículo 55 al expresar “pudiendo hacerlo” —similar al artículo 225 del Código Civil—, que exime de esta carga a quien no está en condiciones de cumplir por causas ajenas a su voluntad; por ejemplo, en caso de quiebra del alimentante⁴⁷ o cesantía,⁴⁸ tratándose de situaciones graves

una liquidación, aunque incluya dos mensualidades, de manera que no se encuentra en la situación de incumplimiento reiterado, situación que no impide acceder a la demanda de divorcio”. En similar sentido, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2008, en causa rol 6218-2008, señala que “las circunstancias del caso no permiten calificar el pretendido incumplimiento atribuido al actor como reiterado, atendido el período de tiempo en que éste cumplió con el pago de las pensiones alimenticias fijadas a favor de los alimentarios y el hecho de no haber instado la afectada por el cumplimiento forzado de aquellas”.

⁴³ Artículos 14 y 16 de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, n.º 14.908. Disponible en www.leychile.cb.

⁴⁴ Artículo 19 de la ley n.º 14.908: “Si constare en el proceso que en contra del alimentante se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16, procederá en su caso, ante el tribunal que corresponda y siempre a petición del titular de la acción respectiva, lo siguiente:

”1. Decretar la separación de bienes de los cónyuges.

”2. Autorizar a la mujer para actuar conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 138 del Código Civil, sin que sea necesario acreditar el perjuicio a que se refiere dicho inciso.

”3. Autorizar la salida del país de los hijos menores de edad sin necesidad del consentimiento del alimentante, en cuyo caso procederá en conformidad a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 49 de la ley N° 16.618.

”La circunstancia señalada en el inciso anterior será especialmente considerada para resolver sobre:

a) La falta de contribución a que hace referencia el artículo 225 del Código Civil.

b) La emancipación judicial por abandono del hijo a que se refiere el artículo 271, número 2, del Código Civil”.

⁴⁵ En este sentido, sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 30 de abril de 2007, causa rol 681-2006 y sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 25 de mayo de 2007, causa rol 1314-2007.

⁴⁶ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 4 de noviembre de 2010, causa rol 261-2010.

⁴⁷ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 3 de junio de 2006, causa rol 996-2006.

⁴⁸ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 24 de febrero de 2009, causa rol 1707-2008.

de salud o invalidez,⁴⁹ si la deuda es repactada,⁵⁰ si se deposita una cantidad inferior a la pactada⁵¹ o si solo existen diferencias en la reajustabilidad de la pensión.⁵²

También se ha discutido si el incumplimiento de los deberes alimenticios debe ser respecto de los hijos y el cónyuge⁵³ o basta el incumplimiento respecto de uno de ellos, dada la conjunción copulativa y, que da a entender que debe haber incumplimiento respecto de ambos alimentarios. En este caso nuestra jurisprudencia ha señalado:

La finalidad de la disposición, la cual es sancionar la infracción a la obligación de socorro y el principio de protección al cónyuge más débil, que debe siempre ser respetado en estas materias, conducen necesariamente a concluir que corresponde igualmente desestimar la demanda sea que el incumplimiento haya sido con el cónyuge o con los hijos comunes.⁵⁴

Por último, se ha señalado que es una sanción civil carente de efecto retroactivo, por lo que no se aplicaría a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.º del Código Civil, de excepción y de interpretación restrictiva.⁵⁵ En contra, se ha sostenido que se aplica en forma retroactiva, es decir, a todos los matrimonios, incluidos aquellos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la NLMC,⁵⁶ en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.º transitorio de la NLMC.⁵⁷

El peso de la prueba, según lo ha resuelto la Corte Suprema, corresponde al actor, por aplicación del artículo 1698 del Código Civil. Es decir, el alimentante y demandante de divorcio unilateral deberá probar que ha cumplido su obligación alimentaria respecto a su cónyuge e hijos.

⁴⁹ Así, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 5 de noviembre de 2009, causa rol 277-2009. Situaciones que la propia ley n.º 14.908 reconoce para dejar sin efectos los apremios en casos de deudas de alimentos. Artículo 14, inciso final, de la ley n.º 14.908: “Si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo, y no tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso cuarto. Igual decisión podrá adoptar el tribunal, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar entre las seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave”.

⁵⁰ En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de diciembre de 2007, causa rol 10411-2006.

⁵¹ Así, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de enero de 2008, causa rol 3049-2006.

⁵² En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 6 de julio de 2010, causa rol 166-2010.

⁵³ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2.ª ed., 2004, p. 391.

⁵⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de diciembre de 2007, causa rol 1549-2007.

⁵⁵ En este sentido, sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 2009, causa rol 3175-2009; sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 30 de abril de 2007, causa rol 600-2006; sentencia de la Corte de Antofagasta, de 5 de febrero de 2009, causa rol 1303-2008; y, sentencia de Corte de La Serena, de 16 de noviembre de 2007, causa rol 386-2007.

⁵⁶ Que fue publicada el 17 de mayo de 2004 y entró en vigencia seis meses después, es decir, el 18 de noviembre de 2004 (artículo final NLMC).

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 30 julio de 2007, causa rol 2718-2007, y sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán de 7 de diciembre de 2007, causa rol 249-2007.

De esta forma la NLMC protege al cónyuge y a sus hijos ante los incumplimientos de los deberes alimenticios por parte del cónyuge que demanda en forma unilateral el divorcio por cese de convivencia.⁵⁸

Según el profesor René RAMOS PAZOS,⁵⁹ la sentencia que rechaza la demanda no produce cosa juzgada, de tal suerte que se puede volver a demandar, previo cumplimiento de los requisitos legales; es decir: nuevo cese de la convivencia, nuevo plazo de tres años y cumplir en forma regular durante este nuevo plazo los deberes alimenticios para con el cónyuge y los hijos.

Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 24 de diciembre de 2009, causa rol 830-2009, que señala:

Resulta claro que en la sentencia aludida [de petición de divorcio por cese de la convivencia] no se resolvió el fondo del asunto, esto es, no existió un pronunciamiento sobre el fondo del derecho indubitado entre las partes, no se rindió prueba alguna a dicho respecto, en consecuencia produjo cosa juzgada formal, no pudo producir cosa juzgada material, en términos de impedir que sea renovada la acción en otro juicio y en cualquier tiempo.

3.3. LAS FACULTADES DEL JUEZ DE APROBAR UN ACUERDO O CONVENIO REGULADOR

En el marco del mal denominado *divorcio de mutuo acuerdo*, los cónyuges deben presentar un acuerdo que regule de manera completa y suficiente sus relaciones mutuas y las materias relacionadas con los hijos comunes (artículo 55 de la NLMC).

En primer lugar, aunque la ley no lo señala, es necesario que el acuerdo conste por escrito, al menos por escritura privada (incluso no existe a nuestro juicio inconveniente en que se incorpore en un otrosí del escrito de la demanda o solicitud de divorcio), ya que el artículo 55 de la NLMC señala en forma imperativa que “debe acompañarse” (la única forma es que conste por escrito). En consecuencia, es un requisito de la acción de divorcio de común acuerdo. Visto de otra forma, es una carga para las partes, ya que en la práctica los cónyuges pueden estar de acuerdo en el divorcio, pero no necesariamente lo estarán en las otras materias de familia que deben regular en el convenio.

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de diciembre de 2007, causa rol 1819-2007.

⁵⁹ Según RAMOS: “Otra duda nos surge en relación con la situación que estamos tratando: ¿qué ocurre si se rechaza la demanda por no haber cumplido el demandante con esta obligación? ¿Quiere decir que nunca más podrá intentar la acción de divorcio? Pensamos que en este caso este demandante deberá expresar su voluntad de poner fin a la convivencia, en alguno de los instrumentos que indica el artículo 22 letras a) o b) o bien dejando constancia judicial en los términos señalados en el artículo 25 inciso 2º. Y a partir de ese momento cumplir con sus obligaciones alimenticias, esperando que transcurra un nuevo plazo de 3 años”. RAMOS PAZOS, o. cit.

El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21 de la NLMC, es decir, las que dicen relación con las relaciones mutuas entre los cónyuges, a saber: a) los alimentos que se deban,⁶⁰ y b) las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, es decir, la liquidación de la sociedad conyugal o la determinación del crédito de participación, esto último en el régimen de participación en los gananciales. El convenio debe regular, además, las materias respecto de los hijos comunes, que son: a) el cuidado personal; b) la pensión de alimentos, y c) el régimen comunicacional o de relación directa y regular del padre que no tiene la custodia de los hijos.

Todo lo anterior es lo que se denomina en el derecho español el *contenido mínimo u obligatorio* del convenio regulador; es decir, se trata de aquellas materias que se deben regular en forma obligatoria.⁶¹

Es un acto complejo, en que se regulan una serie de materias de derecho de familia, cada una de las cuales quedará sometida a las formalidades que para el caso exige la ley. En el artículo 22 de la NLMC se consigna que la nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero no afectará el mérito de aquel para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia.

Como se puede apreciar, el acuerdo no considera otras materias, como la patria potestad, que se rige, en subsidio, por el artículo 245 del Código Civil, por lo que le corresponderá ejercerla al padre o la madre que tiene el cuidado personal. Tampoco menciona el derecho a compensación económica, lo que se justifica porque el artículo 21 de la NLMC, que regula el contenido mínimo, se encuentra ubicado en el párrafo de la separación de hecho, en que no procede compensación. Por otra parte, las partes pueden renunciar a ella, y se acepta la renuncia tácita si nada señalan.

Según lo prescrito en el artículo 55, inciso 2.º, de la NLMC, se entenderá que el acuerdo es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Al respecto, cabe tener presentes las siguientes consideraciones. En primer lugar, estos criterios deben aplicarse al contenido mínimo u obligatorio, es decir, el juez debe determinar

⁶⁰ Debemos entender las deudas por pensiones alimentarias devengadas, ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 NLMC, “el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos”. En consecuencia, no se puede regular una pensión de alimentos para el excónyuge.

⁶¹ Cf. VV. AA., *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Universidad de Navarra, Navarra, 2.ª ed., 1989; CORDERO CUTILLAS, Iciar, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Aranzandi, Navarra, 2004; LLOPIS GINER, Juan Manuel (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

si las materias reguladas cumplen convenientemente con el interés superior de los hijos y protegen al cónyuge débil, pero no se trata de exigencias adicionales en cuanto a las materias que se deben regular. En segundo lugar, dicha norma es idéntica a la del artículo 27 de la NLMC, que señala cuándo un acuerdo es completo y suficiente en sede de separación judicial, por lo que aceptar la teoría que sostiene que es suficiente cuando regula la compensación económica implicaría la obligación de regular una compensación en la separación judicial,⁶² y es claro que la compensación no procede en estos casos.

Es fácil advertir que esta norma busca proteger al cónyuge desde el punto de vista económico, ya que, por una parte, para que sea completo es preciso regular los alimentos que se deban (en este caso alimentos devengados) y lo concerniente al régimen patrimonial del matrimonio (disolución y liquidación de la sociedad conyugal o determinación del crédito de participación), y para que sea suficiente debe procurar aminorar el menoscabo económico que genera la ruptura y establecer relaciones equitativas para el futuro entre los cónyuges.

Por último, es necesario plantear cuál es el grado de intervención del juez en los acuerdos antes señalados, esto es, si debe limitarse a homologar la voluntad de las partes o si, en cambio, puede modificar o completar el convenio regulador.

La interpretación dependerá de la visión que cada uno tenga sobre el margen de autonomía de la voluntad de los cónyuges frente a la visión paternalista de la justicia de familia.

En este sentido, si la visión es paternalista o asistencial, las facultades del juez no se limitan a la mera homologación, ya que por aplicación del principio de protección al cónyuge más débil el juez debe intervenir, incluso modificando o complementando el acuerdo, aplicando por analogía el artículo 31 de la NLMC.⁶³

Esta norma autoriza al juez en la sentencia a “subsanan sus deficiencias [del acuerdo] o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente”, y, además, por aplicación del principio de actuación de oficio que inspira los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales de familia.⁶⁴

⁶² Sobre el particular véase LEPIN MOLINA, *La compensación...*, o. cit., pp. 104 ss.

⁶³ Artículo 31. “Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

”El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

”En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto”.

⁶⁴ Cf. VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 12, julio 2009, p. 71; CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 1, Santiago, 2007, p. 37, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”,

No compartimos dicho criterio, ya que resulta por lo menos dudosa la aplicación por analogía del citado artículo 31 de la NLMC, toda vez que esta norma solo puede aplicarse a la separación judicial. Además, existen razones que justifican la aplicación exclusiva de este precepto en esta materia, una de las cuales es la subsistencia del matrimonio.

En este sentido se ha señalado:

Lo que está claro es que el juez tiene facultades como para plantear una vía de solución, aplicando los artículos 3 y 85 2.º de la LMC, que admiten la intervención judicial, pero en casos calificados. De esta forma, nos parece que el juez podría solicitar la presentación de un nuevo convenio regulador a las partes.⁶⁵

Compartimos la opinión de BARCIA, aunque no sus argumentos, en especial la referencia al artículo 85, inciso 2.º, de la NLMC, que se refiere al deber del juez de oír al niño de acuerdo a su edad y madurez. Sin embargo, por aplicación de los principios consagrados en el artículo 3 de la NLMC —el interés superior del hijo y la protección del cónyuge más débil—, y entendiendo además que se trata de un requisito exigido por la ley para dar lugar al divorcio por cese de la convivencia de mutuo acuerdo, no basta la presentación formal del acuerdo, sino que será necesario que cumpla con los estándares de ser completo y suficiente, ponderación que corresponde exclusivamente al juez. En consecuencia, si las partes no presentan el acuerdo o este es incompleto o insuficiente, el juez debe rechazar la acción —aunque en la práctica el juez va a instar a las partes a modificar el acuerdo a efectos de proceder a aprobarlo—.

De esta forma, BARCIA agrega:

El juez no tiene facultades para imponer a las partes modificaciones al convenio regulador, dictando una sentencia que dé lugar al divorcio. Si ello fuera de este modo se daría lugar a una clase de divorcio que no está contemplada en la ley. Si el juez pudiere imponer un convenio regulador no se trataría de un divorcio de común acuerdo, por cuanto no habría consentimiento, ni tampoco se trataría de un divorcio unilateral por cese de convivencia. Y se daría lugar a un divorcio anómalo, que no está contemplado en nuestro derecho.⁶⁶

Por otro lado, la autorización para que intervenga el juez cobra importancia cuando no se ha regulado el denominado *contenido mínimo*, es decir, cuando el acuerdo es incom-

en ASSIMARÓPULOS FIGUEROA, Anastasia y CORRAL TALCIANI, Hernán (eds.), *Matrimonio civil y divorcio, análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley n.º 19.947*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2005, p. 100.

⁶⁵ BARCIA LEHMANN, o. cit., p. 311.

⁶⁶ *Ibidem*.

pleto o cuando, habiéndose regulado todas las materias del artículo 21 de la NLMC, no se compeadece con los criterios de suficiencia ya descritos.

Finalmente, por una razón de orden práctico, si el juez no ha recibido prueba sobre las materias que se someten a su aprobación, por lo que no dispone de ningún antecedente, ¿cómo puede ponderar quién es el más débil?, ¿cómo puede analizar si el acuerdo protege suficientemente al más débil?, ¿dependerá de la intuición del juzgador?

4.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, la preocupación del legislador, expresada en el texto del artículo 3 de la NLMC y en las actas de la ley, e incluso en las indicaciones presentadas en el proyecto de ley, está orientada a la protección de aquel cónyuge que queda en una situación de desmedro económico al término del matrimonio. Como consecuencia, la protección al cónyuge débil está determinada por la situación económica y, por tanto, a pesar de que no se distingue expresamente, se refiere a la mujer, por la desigualdad económica —debido a los ingresos que perciben, a sus posibilidades de acceso al mercado laboral y también por ser quienes se dedican en un gran porcentaje al cuidado de los hijos y a las labores domésticas—.

La ley entiende que uno de los cónyuges (más débil) queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación. Esto no es sinónimo de estado de necesidad, propio de las pensiones de alimentos, sino que se trata más bien de evitar el menoscabo económico.

Este principio de protección al cónyuge débil importa un mandato dirigido al juez, llamado a resolver el conflicto en situaciones de quiebre matrimonial. En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la NLMC, su aplicación se restringiría a la ruptura, lo que descarta su intervención durante la época que dure el matrimonio.

En concordancia con lo planteado, los mecanismos a través de los cuales se concreta este principio son: el derecho a compensación económica, la cláusula de dureza y las facultades del juez para la aprobación del convenio regulador, en los casos de divorcio de común acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 2008.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia*, Thompson Reuters, Santiago, 2011.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, LexisNexis, Santiago, 2.ª ed., 2004.
- Boletín del Senado* 1759-18, de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “Aspectos económicos del divorcio”.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá y Buenos Aires, 1998.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Aranzandi, Navarra, 2004.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 1, Santiago, 2007.
- *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho matrimonial chileno*, AbeledoPerrot - LegalPublishing, Santiago, 2010.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 13 de octubre, Santiago, 2005.
- “El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto”, en ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, Anastasia, y CORRAL TALCIANI, Hernán (eds.), *Matrimonio civil y divorcio: análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley n.º 19.947*, Universidad de Los Andes, Santiago, 2005.
- “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n.º 2, Santiago, 2005.
- DORWIKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil”, Seminario del Colegio de Abogados, charla efectuada el 20 de octubre, Santiago, 2005.

- GUERRERO BECAR, José, “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, *Revista Derecho*, vol. 21, n.º 2, Valdivia.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana, “La nueva Ley de Matrimonio Civil: panorama y estructura general”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (coord.), *Matrimonio civil y divorcio*, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, “Divorcio unilateral empeora la situación de la mujer”, disponible en <http://www.lyd.com/programas/legislativo/divorcio> (consulta: 10.6.2005).
- LEPIN MOLINA, Cristián, “Autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012.
- *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- “Formas de pago de la compensación económica. Autonomía de la voluntad y protección al más débil”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, Fabián Elorriaga (coord.), AbeledoPerrot - Thompson Reuters, Santiago, 2012.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- ORREGO ACUÑA, Juan, *Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Metropolitana, Santiago, 2004.
- RAMOS PAZOS, René, *Aspectos destacados de la ley 19.947, sobre matrimonio civil*, disponible en <http://www.derecho.uct.cl/07publicaciones.htm> (consulta: 12.7.2005).
- ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de matrimonio civil*, disponible en www.abogados.cl (consulta: 10.6.2005).
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica”, en GROSMAN, Cecilia (dir.), y HERRERA, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Formas de pago y la protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 12, julio 2009.
- VV. AA., *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Universidad de Navarra, Navarra, 2.ª ed., 1989.