

# LA BUENA O MALA FE PARA DETERMINAR LA CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ¿UN CRITERIO INÚTIL PARA EL JUEZ?\*

DANIELA VILLARREAL MURILLO\*\*  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, CHILE  
davillar@uc.cl

RESUMEN: La Nueva Ley de Matrimonio Civil (en adelante, NLMC) estableció por primera vez en Chile el divorcio y, con él, una nueva institución traída desde el derecho comparado: la compensación económica. El artículo 62 entregó diversas herramientas al juez para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación. Una de ellas es completamente inédita en comparación a otros países que regulan figuras jurídicas similares a la compensación: la buena o mala fe. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han tratado de resolver el sentido y el alcance de esta frase para que este criterio sea útil para el juez en cualquier conflicto de esta naturaleza.

Palabras clave: *derecho de familia, divorcio, compensación económica, buena fe.*

GOOD OR BAD FAITH FOR DETERMINING THE QUANTUM OF THE ECONOMIC COMPENSATION. IS IT AN USEFUL CRITERION FOR THE JUDGE?

ABSTRACT: The New Civil Marriage Law (Spanish acronym NLMC) established divorce in Chile for first time, and along with this, a new institution brought from comparative law, that was the economic compensation. The article 62 gave diverse tools to the judge for determining the existence of the economic impairment and compensation quantum. One of these elements is completely unprecedented in our country in comparison to other countries which regulate a legal concept similar to compensation: good or bad faith. However, both doctrine and jurisprudence have tried to solve the meaning and scope of this phase so that this criterion may be useful for the judge in any conflict of this nature.

Keywords: *family law, divorce, economic compensation, good faith.*

---

\* Trabajo ganador del primer lugar en el IV Congreso Estudiantil de Derecho Civil.

\*\* Egresada de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde el punto de vista legislativo, la NLMC fue revolucionaria al reconocer por primera vez el divorcio con disolución de vínculo, transformando de modo significativo y para siempre la institución del matrimonio. Con este cambio tan significativo, a nuestro legislador, “desde un principio le inquietó (sic) las condiciones en que pudiera quedar, para enfrentar una futura vida separada, el cónyuge que durante el matrimonio se dedicó a la familia”<sup>1</sup>. Bajo esta premisa, se incorporó la compensación económica como una de las consecuencias patrimoniales del término del matrimonio por nulidad o por divorcio.

A más de diez años de haber entrado en vigencia la NLMC, ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido cerrar completamente la discusión sobre los numerosos cuestionamientos acerca de la ambigua redacción que ha plasmado el legislador en las normas relacionadas con esta institución. Algunos de ellos son: la naturaleza jurídica de la compensación económica, una definición exacta de menoscabo económico, parámetros más o menos uniformes para determinar la cuantía, la procedencia del arresto por no pago, etcétera.

Entre estos temas, se halla uno de los menos desarrollados por nuestros autores y magistrados, que se concentra en una frase que, en cuestión de técnica legislativa, no tiene precedentes en el derecho comparado: el artículo 62 inciso 1° de la Ley N° 19.947, que enumera en forma no taxativa los elementos que especialmente debe tomar en cuenta el juzgador a la hora de determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, señala como criterio para el juez a la controvertida “buena o mala fe”.

La buena fe es uno de los pilares fundamentales de nuestra legislación, del cual no están exentas las normas relacionadas con el derecho de familia, tanto en el Código Civil como en otras normas anexas. La Ley N° 19.947 tampoco está ajena a este principio. Isler, adaptando el concepto de la buena fe dentro de la NLMC, precisa este concepto como el que “impone a los contrayentes a actuar conforme a ciertos parámetros jurídicos o morales determinados (buena fe objetiva), o actuar teniendo la conciencia de actuar de una manera correcta (buena fe subjetiva)”<sup>2-3</sup>.

<sup>1</sup> VIDAL, Álvaro. La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual? <En línea>. 2006 [Citado 3 junio 2015]. Disponible en la World Wide Web: <[http://cl.microjuris.com.ezproxy.puc.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJD150&links=\[-VID,%20OLIV,%20ALV\]](http://cl.microjuris.com.ezproxy.puc.cl/getContent?reference=MJCH_MJD150&links=[-VID,%20OLIV,%20ALV])>.

<sup>2</sup> ISLER, Erika. “Los principios en la Ley 19.947: análisis y desarrollo”, *en*: *Revista Ars Boni et Aequi*, n° 5, pp. 81-114, p. 101.

<sup>3</sup> *Cfr. Ibid.*, pp. 101-102. La autora da como ejemplos: el impedimento para el cónyuge sobreviviente para contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado una investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con aquella persona que hubiese sido condenada en calidad de autor,

Como se puede evidenciar inmediatamente, éste es un tema muy extenso. Además, la ley no señala sobre qué exactamente debe recaer la buena o mala fe, cabiendo algunas interrogantes para obtener claridad en esta materia: ¿se tiene que evaluar la buena fe objetiva o subjetiva? ¿Se refiere a la buena o mala fe de ambos cónyuges o solamente la uno de ellos? ¿Tiene que ser la buena o mala fe con la que actuaron el o los cónyuges durante el matrimonio, en el momento de la separación o en el juicio de divorcio? Este artículo pretende aproximarse a responder todos estos cuestionamientos, una vez terminado el análisis de la historia de la Ley N° 19.947, la doctrina y la jurisprudencia.

## 2. LA HISTORIA DE LA NLMC: INCLUSIÓN DE LA BUENA O MALA FE EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Es sabido, por las normas interpretativas de la ley, ubicadas entre los artículos 19 al 24 de nuestro Código Civil, que uno de sus elementos es el histórico<sup>4</sup>.

La buena o mala fe es un criterio tan amplio que incluso, durante la tramitación de la NLMC, se estableció que había que “dejar consignado para la historia fidedigna de la ley cuál es el propósito que ella tiene”<sup>5</sup> con el objeto de entender este elemento.

El Senado, en el transcurso del Segundo Trámite Constitucional del proyecto de ley, introdujo la compensación económica como una institución que pretendía proteger al cónyuge más débil una vez terminado el matrimonio. Para perfeccionarlo, se efectuaron una gran cantidad de indicaciones. Una de ellas, impulsada por los Senadores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, decidió introducir “la buena o mala fe” como uno de los factores que el juez debería tomar en cuenta para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación<sup>6</sup>.

Al discutirse el punto en particular en la sesión extraordinaria del 21 de enero de 2004, inmediatamente se apreció lo ambigua que parecía la incorporación de la buena o mala fe en esta norma: “no se dice de quién es la buena o mala fe, ni cómo se aprecia la buena o

---

cómplice o encubridor (artículo 7°); la exigencia de la buena fe como requisito de procedencia para que opere el matrimonio putativo (artículo 51); establecer la culpa de uno de los cónyuges como causal de divorcio (artículos 26 y 54); el error doloso como vicio del consentimiento (artículo 8°); el juez puede denegar o disminuir el monto de la compensación a aquel de los causales que dio lugar a la causal; y para determinar la procedencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación (artículo 62).

<sup>4</sup> Artículo 19 inciso 2° del Código Civil: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

<sup>5</sup> Cfr. CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.947. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. <En línea> Valparaíso, 2004. [Citado 20 abril 2015]. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19947](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19947)>, p. 2019.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 1631.

mala fe. De manera que es una expresión que sólo confunde”<sup>7</sup>. El Senador Viera-Gallo profundiza este punto con una interrogante, “de cómo se determina la compensación económica que se produce cuando uno de los cónyuges sufre menoscabo por la nulidad o por el divorcio. No debiera interferir en la compensación económica el hecho de la buena o mala fe, que puede llevar a la apreciación de hechos de otra naturaleza”<sup>8</sup>.

Como se verá más adelante, ésta es la mayor crítica de un sector de la doctrina al introducir este criterio como uno de los elementos para apreciar la cuantía de la compensación. El senador Espina afirmó que: “coincido en que hay que eliminar la expresión ‘la buena o mala fe’. Entre otras cosas, porque el artículo 63 (actual 62) señala situaciones de hecho y la buena o mala fe es una evaluación subjetiva. Los demás son todos elementos objetivos”<sup>9-10</sup>.

Al ver que se continuaba sin entender el trasfondo, el propio senador Chadwick, expuso cuáles habían sido los motivos que había tenido la Comisión para incluir esta frase:

“(…) no tengo problema en eliminar ahora la frase, pero conforme al debate en la Comisión, la intención fue incorporarla (…). Está relacionada con la situación de aquel cónyuge que por su culpa da lugar al divorcio y después reclama la compensación económica.

*En la Comisión, se estimó que esa situación incluso puede ser antinatural o extraordinariamente fuerte, porque se permite que alguien que da lugar al divorcio por culpa, de conformidad a las causales contempladas en la ley, además pueda exigir compensación. Sobre el particular, la Comisión prefirió encomendar al juez la ponderación de esos hechos. Y a eso se aplica la buena o mala fe.*

(…) Obviamente, los jueces siempre tienen la facultad de determinar si existe o no buena o mala fe para evaluar los términos de la compensación económica. Incluso puede ser hasta antinatural exigir un pago cuando no se ha dado lugar al divorcio”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 2017.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 2018.

<sup>10</sup> La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Pérez, indicó en el mismo sentido: “(…) se señalan explícitamente cuáles son los antecedentes objetivos que el juez tomará en cuenta para evaluar si hay o no menoscabo económico. Ellos son la duración del matrimonio, la realidad patrimonial de las partes, la situación previsional y de salud, etcétera.

Nos parece complejo e inadecuado vincular este nuevo derecho a situaciones más bien subjetivas relacionadas con los comportamientos o actitudes eventuales asignables a las partes” (*Ibid.*, p. 2020).

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 2018.

El senador Novoa, por su parte, aseveró que “el tema de quién es la buena o mala fe es algo *que el juez debe ponderar*. Se trata de la persona que tiene que pagar la compensación o recibirla. Es evidente que no hay confusión”<sup>12</sup>.

El Senador Valdés indicó que no era importante debatir sobre la buena o mala fe, sino si ésta debe ser considerada por el juez para determinar la existencia del menoscabo y fijar la cuantía de la compensación económica:

“(…) la presente discusión es un poco bizantina, porque la norma se refiere a criterios y elementos que se deben tomar en cuenta, entre los cuales figura la buena o mala fe.

Es muy difícil determinar la buena o mala fe con que han actuado dos personas cuando debaten problemas íntimos. La causal se consigna para el caso de que una evidente mala fe provoque la situación o no”<sup>13</sup>.

Como se puede ver, la inclusión de “la buena o mala fe” en esta norma nunca tuvo una inclinación definitiva durante la discusión parlamentaria. Incluso estando ésta muy avanzada, el senador Núñez comentó que no estaba convencido de esta expresión y cuestionó cómo podría serle de utilidad al juzgador en esta materia:

“(…) no me queda claro el valor jurídico de la expresión que nos ocupa. No sé si se trata de un concepto susceptible de ser incorporado en la situación jurídica en examen. Lo cierto es que no me es muy fácil comprender cómo un juez puede determinar la buena o mala fe”<sup>14</sup>.

En un principio, se respondió a este cuestionamiento, asociando este concepto a la buena fe contractual<sup>15</sup>. Sin embargo, esta reflexión es equívoca, dado que se encuentra hace mucho tiempo superada la discusión de que si el matrimonio es o no un contrato propiamente tal<sup>16</sup> y, además, cierta parte de la doctrina no ha aceptado esta equivalencia,

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 2018.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 2020.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 2020-2021.

<sup>15</sup> El senador Zurita indicó que: “En realidad, el concepto de buena o mala fe se refiere a los contratos. Éstos deben cumplirse de buena fe. En caso contrario, debe probarse –nunca presumirse– la mala fe. El trasladar el concepto de buena o mala fe contractual, civil o comercial, a un acto que no es un verdadero contrato: la institución del matrimonio, significa poner puras dificultades. Por eso, (...) la mantención de ese concepto subjetivo en el precepto en debate lo único que hará será dificultar una buena resolución” (*Ibid.*, p. 2021).

<sup>16</sup> *Cfr.*, por ejemplo, RAMOS, René. *Derecho de Familia*. 6ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. pp. 28 y ss, y TRONCOSO, Hernán. *Derecho de Familia*. 14ª edición actualizada. Santiago: Legal Publishing, 2011. pp. 19 y ss.

considerando que la buena fe en esta materia está fundada en la Indicación al Proyecto de Ley de Divorcio presentada por los senadores Chadwick, Romero y Diez, cuyo artículo 48 rezaba que:

“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 cotidiano del hogar o de los hijos comunes, tendrá derecho a solicitar que el otro cónyuge le proporcione alimentos durante un plazo que no excederá de cinco años contados desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad”<sup>17</sup>.

En último lugar, es importante indicar lo dicho por la senadora Matthei un poco antes de cerrar la discusión. Lo interesante en esta intervención es que hubo al menos algún atisbo de querer ampliar el espectro de aplicación de la buena o mala fe a casos ajenos a la nulidad matrimonial o al divorcio por culpa:

“Encuentro absolutamente inaceptable que una persona que en realidad abusó económicamente del marido mientras se mantuvo la relación conyugal deba recibir después, además, una compensación económica porque no trabajó. Ello, en circunstancias de que el hombre, a lo mejor, lo único que quería era que lo hiciera y que ayudase de alguna manera a los gastos de la casa.

Me parece que la buena o la mala fe debe ser considerada siempre. Es cierto que la gran mayoría de las mujeres no es como aquella que he descrito, pero, que ésta existe, así es”<sup>18</sup>.

Sin duda, el punto de vista tomado por la senadora es erróneo, puesto que el ejemplo que describe, más que hablar de buena o mala fe, es algo que pone en relieve la doctrina dentro de uno de los requisitos de procedencia de la compensación económica, el cual consiste que “a la luz del texto del artículo 61, que exige probar los supuestos subjetivos de ‘poder y querer’ trabajar, habiendo quedado ello impedido, o sólo impedido en menor intensidad”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *op. cit.* (n. 3), pp. 538 y 828.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 2023.

<sup>19</sup> GUERRERO, 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 (Valparaíso)*, n° 27, t. 2, pp. 55-94. p. 19.

Finalmente, a pesar de todos los contratiempos, fue aprobado el criterio de la “buena o mala fe” tal como se había propuesto, aunque dejando muchas dudas. La primera de ellas está ligada a la intención inicial, tal como lo había manifestado el senador Chadwick de imputar la mala fe en los divorcios culposos. Esto fue reconocido, pero a través de una norma expresa que se encuentra en el artículo 62 inciso 2° de la NLMC: “Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”. Si la buena o mala fe sólo es aplicable en el divorcio-sanción, la frase del inciso 1° no tendría sentido.

Asimismo, hubo una gran cantidad de imprecisiones en el transcurso de la discusión, sobre todo a nivel conceptual, lo que dificultaba comprender cuál era la verdadera intención del legislador para encontrar el verdadero espíritu de la norma. Por lo tanto, no está equivocado Pizarro al decir que “es cierto que la historia de la ley de matrimonio civil en cuanto a la compensación económica fue algo zigzagueante, con titubeos importantes, dando sombras respecto a su función, calificación y trazos de la misma”<sup>20</sup>.

### 3. UNA DISCUSIÓN DOCTRINARIA PENDIENTE

Como se ya ha advertido, el legislador no ha hecho mayores precisiones sobre a qué casos los tribunales debieran aplicar este elemento para considerar la existencia del menoscabo o cómo fijar el monto de la compensación económica. La salvedad ocurre cuando el juez haya decretado el fin del matrimonio por divorcio culposo en que el cónyuge beneficiario sea el que haya dado una de las causales del artículo 54 (artículo 62 inciso 2°). He aquí donde cabe la pregunta de que cómo se aplica el principio de la buena fe en casos de que el matrimonio termine por nulidad o divorcio por cese de convivencia.

La doctrina no ha discutido mucho este tema, deteniéndose poco para debatir sobre lo que es la buena o la mala fe en el contexto de la compensación económica. Sin embargo, hay tres corrientes principales para tomar esta frase establecida en el artículo 62 inciso 1° de la NLMC, las que serán posteriormente serán analizadas exhaustivamente:

1. La primera, que se denominará para estos efectos *interpretación restringida*, es aquella que ha tomado literalmente la historia de la tramitación de la Ley N° 19.947. Para estos autores, el legislador tuvo la intención de que el juez debería tomar en cuenta la buena o mala fe de los cónyuges solamente en los casos de nulidad matrimonial;

<sup>20</sup> PIZARRO, Carlos. “La Cuantía de la Compensación Económica”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 22, n° 1, pp. 35-54. p. 38.

2. La segunda corriente, con una *interpretación de la norma más amplia*, es aquella que señala que si bien el legislador discutió en la tramitación de la NLMC en forma explícita sobre la buena o mala fe dentro de la nulidad matrimonial, no significa que hay que limitarse en los casos de divorcio aun cuando estos no hayan sido sentenciados por un hecho culpable de uno de los cónyuges; y,

3. Finalmente, hay autores que consideran que *la buena o mala fe es un hecho subjetivo y, por tanto, no debe ser considerado por el juez* dado que la cuantía de la compensación económica únicamente debe fundamentarse bajo parámetros objetivos.

### 3.1. Interpretación restringida

Es la posición dominante en la doctrina, encabezada por Corral, cuyo argumento se basa en que el legislador advirtió que la compensación no procedería únicamente en los casos de divorcio, sino también en los de nulidad matrimonial, “y que sería inconsecuente autorizar que el cónyuge que contrae de mala fe pueda beneficiarse de un beneficio de la disolución del matrimonio que él podía prever y esperar”<sup>21</sup>. Añadió que en los casos de divorcio no tiene incidencia, puesto que el caso de que se haya decretado el divorcio por culpa del cónyuge beneficiario fue objeto de una norma aparte (artículo 62 inciso 2° LMC).

En el mismo sentido, Baraona indicó que la buena o mala fe es una herramienta atractiva para cualquier abogado, puesto que permite asociar la compensación económica comportamientos incorrectos de las partes. Sin embargo, recurre a la historia de la ley para especificar que la norma tiene un origen muy preciso, vinculado al matrimonio putativo<sup>22</sup>. Turner, por su parte, expresó que con esta norma se trata de evitar que aquel cónyuge que contrae matrimonio nulo de mala fe obtenga posteriormente una compensación económica de parte del cónyuge de buena fe<sup>23</sup>.

Por último, Pizarro aludió a la nulidad del matrimonio como fundamento de la buena o mala fe en la compensación económica: “Este criterio, incluido en la tramitación en el Senado, tuvo en vista el matrimonio nulo celebrado por uno de los cónyuges en conocimiento de la causal de nulidad. Es decir, alude al matrimonio putativo. Se trata de una

<sup>21</sup> CORRAL, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. *En*: LEPÍN, Cristián y MUÑOZ, Karen (coords.). *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*. Santiago: Legal Publishing, 2013, pp. 167-203. pp. 183-184. Lo mismo aparece en CORRAL, Hernán. *Separación, nulidad y divorcio. Análisis de los principios y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil*. Santiago: Legal Publishing, 2011. p. 104.

<sup>22</sup> *Cfr.* BARAONA, Jorge. Compensación económica en el divorcio. Análisis de los artículos 61 y 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil. *En*: LEPÍN, Cristián y MUÑOZ, Karen (coords.). *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*. Santiago: Legal Publishing, 2013, pp. 399-417. p. 411.

<sup>23</sup> *Cfr.* TURNER, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil. *En*: VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*. Santiago: Legal Publishing, 2005, pp. 481-507. p. 498.

clara sanción al contrayente de mala fe, el cual se ve expuesto a una reducción en el monto cuando sabía o debía conocer el vicio que afectaba el vínculo”<sup>24</sup>.

Luego explicó las razones por las cuales sería riesgoso aplicar la buena o mala fe en los casos de divorcio, puesto que la compensación económica se justifica esencialmente en el menoscabo económico del cónyuge más débil y no del comportamiento moral de una de las partes:

“No debiera tener ninguna relevancia la buena o mala fe del requirente, pues el fundamento se encuentra en el sacrificio operado durante la vida conyugal. Nada tiene que ver este elemento subjetivo, que contamina, con la sanción, una cuestión que debiera quedar en el terreno íntimo de la pareja. Es cierto que resulta inaplicable al divorcio, al considerarse la culpa como una causal de reducción o exclusión de la compensación del pretendido beneficiario. Los jueces debieran escapar a la tentación de recurrir a este criterio, ya sea como configurador del menoscabo o como determinante para su cuantía. La buena o mala fe debiera quedar fuera del régimen legal”<sup>25</sup>.

### 3.2. Interpretación amplia

Esta interpretación extiende la aplicación de buena y mala fe tanto a los casos de nulidad matrimonial como a los divorcios que no están contemplados en el artículo 62 inciso 2° de la NLMC. Esta corriente tiene a su vez dos versiones. La primera indica que la buena o mala fe solamente se tiene que evaluar desde el punto de vista patrimonial, ya que la compensación económica no pretende compensar el daño moral que pudo haber causado la conducta de uno de los cónyuges hacia el otro.

Uno de los que defiende esta tesis es Vidal, quien se refirió en un principio a la buena o mala fe del cónyuge beneficiario, cuyo origen está en la institución del matrimonio nulo celebrado por uno de los cónyuges conociendo la causal de invalidez. Sin embargo, en la actualidad nada impediría “extender su aplicación a toda la vida matrimonial y a los matrimonios válidos que termina en divorcio”<sup>26</sup>. Se indica que la mala fe inicial o sobreviniente puede ocurrir cuando haya un abuso de la institución, en el caso de que viera más como un medio para lucrar que como un instrumento corrector, siendo más un caso contrario

<sup>24</sup> PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*. Santiago: Legal Publishing, 2009. p. 69.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 69-70.

<sup>26</sup> VIDAL, Álvaro. La compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica. *En: Cuadernos de análisis jurídicos. Compensación económica por divorcio o nulidad*. Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2009, pp. 17-78. p. 58.

a la buena fe objetiva que a una subjetiva<sup>27</sup>. Finalmente añade que la incorporación de la buena o mala fe como un factor para fijar la cuantía de la compensación incide, en cuanto “imprime un cierto grado de subjetivismo a la compensación económica, no en la atribución de la obligación, sino el derecho mismo a exigirla y a la regulación de su cuantía”<sup>28</sup>.

Lepín, quien es más claro en la forma de interpretar la norma en este sentido, explicó que para evaluar la buena o mala fe en la compensación económica se tiene que limitar exclusivamente al ámbito patrimonial, como por ejemplo, “si el cónyuge que solicita compensación oculta que ha realizado efectivamente actividades remuneradas o lucrativas, o si el cónyuge deudor enajena sus bienes, de forma de no tener patrimonio, y burlar así la aplicación de la prestación compensatoria”<sup>29</sup>. Añade que no se puede considerar el comportamiento del cónyuge deudor dado que lo que se pretende con la compensación económica no es indemnizar perjuicios morales<sup>30</sup>.

La segunda posición de esta interpretación de la norma apunta a que la buena o mala fe, en cuanto se utilice para determinar la existencia del menoscabo económico y fijar la cuantía de la compensación, no tiene relación con la conducta patrimonial de los cónyuges sino con el dolo o la culpa que haya generado el cese de la convivencia. Implícitamente, estos autores señalan que los divorcios que no cumplan con los requisitos del artículo 54 de la NLMC para que el juez los sentencie como culposos, pero sí contienen hechos que de todas maneras provocan el irreconciliable quiebre matrimonial, son antecedentes válidos para evaluar la buena o mala fe de los cónyuges con este fin.

Así, Lulle distingue, en primer término, cuál es la buena fe en la compensación económica tanto en la nulidad como en el caso del divorcio por cese de convivencia. Se expone, señalando que “la buena fe en la nulidad implica tener la conciencia de haber celebrado válidamente un matrimonio, es decir, creer que no está afecto a un vicio de nulidad, mientras que en cuanto al divorcio equivale a no haber originado, con dolo o culpa, el cese de la convivencia”<sup>31</sup>. Y en segundo lugar, hace un alcance muy acertado, por cuanto “el juez, sea divorcio por cese de la convivencia o nulidad matrimonial, sólo puede rebajar la compensación, mas no denegarla pues ello sólo se le faculta en el divorcio por culpa y porque la buena fe no es requisito de procedencia de la compensación”<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> *Cfr. Ibid.*, p. 58.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>29</sup> LEPÍN, Cristián. *La Compensación Económica. Efecto patrimonial de la terminación del Matrimonio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 126.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 125-126.

<sup>31</sup> LLULLE, Phillipe. *Divorcio, compensación económica y responsabilidad civil conyugal*. Santiago: Legal Publishing, 2013. p. 238.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 239.

Del mismo modo, Garrido y López afirman que la existencia de la buena o mala fe en los casos de divorcio por cese de convivencia debe analizarse caso a caso. “En estos casos se podría afirmar, por ejemplo, que hubo ‘un’ abandono (y no varios reiterados, como lo señala el artículo 54 N°2 inciso final), y cabe examinar si se debió a los malos tratamientos de obra o de palabra, desinteligencias u otro. Por ende, no se puede teorizar de antemano la existencia de una buena o mala fe”<sup>33</sup>.

### 3.3. *La buena o mala fe como un error del legislador*

Finalmente, existen opiniones que, si bien son minoritarias, indican que la buena o mala fe no debió haberse incorporado dentro de los criterios que debe tomar en cuenta el juez en el artículo 62 inciso 1° de la NLMC, siendo simplemente un error del legislador; por tanto, no debe ser considerado al momento de resolver sobre la compensación económica. Así Veloso, indicó que la buena o mala fe es un aspecto moral que, “aunque es un Principio General del Derecho, no resulta en este tema del todo pertinente, lo que es evidente en el Derecho comparado donde obviamente no se menciona”<sup>34</sup>.

Ahondó en esto Olivares, diciendo que la norma no provee mucha utilidad puesto que, dentro del contexto de la compensación económica, la buena o mala fe adolece de extrema vaguedad, no se delimitó su ámbito de aplicación y, finalmente, encuentra que la compensación no es una sanción al comportamiento de las partes<sup>35</sup>.

## 4. JURISPRUDENCIA

Hay que decir, en primer término, que, al igual que no existe una abundante discusión doctrinaria sobre esta frase establecida en el artículo 62 inciso 1° de la Ley N° 19.947, tampoco hay un gran número de fallos que traten explayadamente y de forma directa la buena o mala fe de los cónyuges en esta materia. De todas formas, los Tribunales Superiores de Justicia, desde la entrada de la NLMC, han tratado de darle un sentido a la “buena o mala fe” para determinar la cuantía de la compensación económica.

<sup>33</sup> GARRIDO, Carlos y LÓPEZ, Carlos. *La Compensación Económica en la Nulidad y el Divorcio*. Santiago: Libro-mar, 2013. p. 108.

<sup>34</sup> VELOSO, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. En: LEPÍN, Cristián y MUÑOZ, Karen (coords.). *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*. Santiago: Legal Publishing, 2013, p. 101-122. p. 113.

<sup>35</sup> Cfr. OLIVARES, Rodrigo. *El menoscabo en la compensación económica de la ley de matrimonio civil*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Ambrosio Rodríguez. Santiago: Universidad de Chile, 2008. p. 52.

Mayoritariamente, nuestros Tribunales se han inclinado por una interpretación amplia, pero extendiéndose solamente a aspectos patrimoniales. La Corte de Apelaciones de Antofagasta fue pionera en este aspecto, indicando que el marido actuaba de buena fe al otorgarle en forma voluntaria la suma de treinta mil pesos mensuales a su cónyuge<sup>36</sup>. Poco tiempo después, la misma Corte señaló que había que considerar “la buena fe de éste (demandado reconventional) al concurrir al avenimiento que permitió acordar una pensión de alimentos para ella y sus hijos”<sup>37</sup>.

Un fallo interesante ha sido el dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en un caso donde el único bien de una sociedad conyugal era un inmueble que había sido transferido a la conviviente del marido mediante una compraventa, autorizado por una firma falsificada de la mujer. La Ilustrísima Corte señaló que, a pesar de no existir una sentencia en la causa penal, los peritajes concluían que la supuesta firma otorgada en la autorización para enajenar y renunciar era falsa. Con esto, sumado a que no había documentos que dieran cuenta de la liquidación conyugal con fecha posterior a la venta del inmueble, los sentenciadores llegaron a la convicción de que el marido había actuado de mala fe<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> “Que para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse (...) la buena fe de éste al otorgarle la suma de treinta mil pesos mensuales voluntariamente y especialmente el hecho de que la demandada ha tenido una vida en común con otra persona, de cuya unión nacieron otros dos hijos”. (C. Antofagasta. 31 octubre 2005. WL: CL/JUR/902/2005, C. 3°)

<sup>37</sup> “Que para determinar el monto de la compensación económica, ha de considerarse (...) la buena fe de éste al concurrir al avenimiento que permitió acordar una pensión de alimentos para ella y sus hijos” (C. Antofagasta. 20 diciembre 2005. WL: CL/JUR/1450/2005, C. 7°).

<sup>38</sup> “4°) Que, de la prueba producida en primera instancia, (...) a la causa criminal seguida ante el Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, (...) con los que se pretende acreditar la falsedad de la firma de la demandada de autos, firma que fue consignada en una autorización para enajenar y renuncia, sin perjuicio, de que el proceso criminal está pendiente, y los peritajes del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile concluyen que la firma puesta a nombre de XXXXXX en la autorización para enajenar y renuncia, del Repertorio N° 7168, es falsa, resultado de un proceso imitativo de firmas genuinas de dicha persona.

5°) Que, por otra parte, resulta inverosímil que una vez terminada la sociedad conyugal esta no se hubiese liquidado, siendo que el único bien común era precisamente la propiedad de calle XXXXXX, de la comuna de San Bernardo, y que la demandada de autos, haya aceptado quedarse sin nada, de hecho no existe ningún documento que dé cuenta de la liquidación de la sociedad conyugal, posterior a la venta del inmueble más arriba citado.

Compraventa, que a mayor abundamiento, se hizo a la conviviente del demandante de autos, doña XXXXXX, según consta de fojas 126 y siguientes.

6°) Que, así las cosas, a juicio de estos sentenciadores ha existido mala fe por parte del demandante de autos don XXXXXX, en los términos que indica el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, en la transferencia del bien de la sociedad conyugal, mediante la autorización y renuncia de doña XXXXXX, autorización y renuncia hasta ahora dubitada” (C. Santiago. 3 octubre 2007. WL: CL/JUR/2102/2007, C. 4°, 5° y 6°).

Un voto disidente de otro fallo de esta misma Ilustrísima Corte, específicamente del Ministro Miguel Vázquez Plaza, indicó en dicha sentencia que la mujer no tenía posibilidades de mejorar su situación patrimonial dado que “al liquidar el régimen matrimonial, pues se encuentran casados con separación de bienes y al haber traspasado el cónyuge el inmueble en que actualmente vive la cónyuge a un tercero, existe un riesgo inminente de ser desalojada del mismo lo que también dice relación con la buena o la mala fe del actuar de los cónyuges durante la duración del matrimonio”<sup>39</sup>.

Asimismo, algunos tribunales de primera instancia han pronunciado fallos en esta línea: en uno de ellos señaló que uno de los fundamentos para determinar la cuantía de la compensación económica era la mala fe del demandado reconvenional al “ocultar su patrimonio a través de la formación de una serie de sociedades que en definitiva harán ilusorio el derecho a la actora a sus gananciales al momento de la liquidación de la sociedad conyugal”<sup>40</sup>; mientras que en otro aseveró que uno de los aspectos a considerar para calcular el monto de la compensación era “la actividad del demandado principal en orden a eliminar a su cónyuge de su sistema previsional de salud, manteniéndose vigente el vínculo matrimonial, denota una conducta distinta a la buena fe que deben guardarse entre sí los cónyuges”<sup>41</sup>.

Un fallo peculiar es el dictado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que estimó que se debía considerar para determinar la existencia del menoscabo y fijar la cuantía de la compensación económica en un divorcio por culpa “la mala fe que importa el haber ejercido el marido violencia contra la mujer, lo que claramente contribuye a explicar por qué no pudo ésta trabajar en nada que no fuera la colaboración gratuita con la actividad propia del primero. Su sujeción a una autoridad impuesta por la fuerza debió mermar su independencia y con ella su capacidad de labrar para sí misma una mejor situación económica”<sup>42</sup>. Procede entonces hacer dos comentarios sobre esta sentencia: en primer término,

<sup>39</sup> “Se previene que el Ministro Miguel Vázquez Plaza fue de opinión de confirmar el fallo sin modificación alguna (...), sin tener ella la posibilidad de mejorar su situación económica al liquidar el régimen matrimonial, pues se encuentran casados con separación de bienes y al haber traspasado el cónyuge el inmueble en que actualmente vive la cónyuge a un tercero, existe un riesgo inminente de ser desalojada del mismo lo que también dice relación con la buena o mala fe del actuar de los cónyuges durante la duración del matrimonio” (C. Santiago. 30 diciembre 2011. WL: CL/JUR/9095/2011, voto disidente).

<sup>40</sup> *Cfr.* C. Valparaíso. 24 mayo 2010. WL: CL/JUR/2969/2010, C. 10°, que cita el C. 14° de la sentencia del Juzgado de Familia de Viña del Mar, confirmándola.

<sup>41</sup> 2° JF Santiago. 9 noviembre 2007. WL: CL/JUR/3652/2007, C. 16°.

<sup>42</sup> “Que establecido el derecho a la compensación y la existencia del menoscabo, conforme a la prueba de autos, cabe determinar ahora su monto, sobre la base de los parámetros que al respecto entrega el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil. Al respecto, debe tenerse en cuenta, ante todo, (...) la mala fe que importa el haber ejercido el marido violencia contra la mujer, lo que claramente contribuye a explicar por qué no pudo ésta trabajar en nada que no fuera la colaboración gratuita con la actividad propia del primero. Su sujeción a una autoridad impuesta por la fuerza debió mermar su independencia

que el artículo 62 inciso 2° establece que el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido a uno de los cónyuges sólo cuando sea éste quien dio lugar a la causal de divorcio culposo; por lo tanto, en caso de considerar la buena o mala fe del cónyuge deudor en un divorcio por culpa, el juez debe considerar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación al tenor del inciso 1° del mismo artículo. Y, en segundo lugar, si bien se evaluó considerar una conducta moral del cónyuge deudor, se enfoca en las consecuencias patrimoniales que pudo haber traído a la mujer, al ser maltratada por su marido, y cuya violencia fue tal que mermó su capacidad para efectuar actividades lucrativas o remuneratorias durante el matrimonio.

Podría decirse entonces que existe una jurisprudencia casi uniforme, pero hay que destacar que ha sido un caso especial lo que ha ocurrido en la Corte de Apelaciones de Concepción. En un primer fallo, se consideró la buena fe de la mujer para otorgarle la compensación económica, pero no especificó qué era la “buena fe” para estos efectos ni en qué modo determinaba el menoscabo o la cuantía de la compensación económica. Sin embargo, luego varias sentencias han adoptado la opinión de la profesora Veloso, ya citada anteriormente y valga la redundancia, que la buena o mala fe es un aspecto moral y “aunque es un Principio General del Derecho, no resulta en este tema del todo pertinente, lo que es evidente en el Derecho comparado donde obviamente no se menciona”<sup>43</sup>. Por lo demás, hay que decir que no es un caso aislado, pues también se ha visto esta misma cita en Tribunales de primera instancia<sup>44</sup>.

Para finalizar este estudio jurisprudencial, hay que hacer presente dos observaciones. La primera es que en ninguno de los fallos se indicaba en qué modo afectaba cuantitativamente la compensación económica, dando únicamente en la parte resolutive una cifra y en la forma que debía ser pagado dicho monto. De todas maneras, el método para elaborar los cálculos de la cuantía de la compensación que han realizado nuestros Tribunales ha sido una crítica generalizada en nuestra doctrina, en especial por parte del profesor Pizarro, que comentó que debería haber un procedimiento indiciario para determinar la cuantía de la compensación, con el objeto de “permitir a los jueces escapar a la desigualdad en el establecimiento de la compensación económica, siendo fiel a su calificación jurídica”<sup>45</sup>. No se profundizará en este punto, ya que este análisis sería parte de otro trabajo de investigación.

---

y con ella su capacidad de labrar para sí misma una mejor situación económica...” (C. Rancagua. 8 enero 2010. WL: CL/JUR/185/2010, C. 9°).

<sup>43</sup> *Cfr.* C. Concepción. 29 febrero 2008. WL: CL/JUR/1706/2008, C. 10°; C. Concepción. 13 marzo 2008. WL: CL/JUR/5625/2008, C. 9°; y C. Concepción. 3 abril 2008. WL: CL/JUR/5636/2008, C. 20°.

<sup>44</sup> Por ejemplo, 2° JF San Miguel. 13 diciembre 2010. RIT C-1758-2010 <En línea>. [Citado 24 junio 2015]. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.anais.cl/?p=132>>, C. 18°.

<sup>45</sup> PIZARRO, Carlos, *op. cit.* (n. 20), p. 53.

La segunda reflexión es que la jurisprudencia, en su mayoría, ha intentado de darle un sentido a la buena o mala fe en esta materia con cierta coherencia y certeza jurídica, cosa que el legislador no fue capaz de hacer en el transcurso de la tramitación de la ley. Aun así, los fallos son escasos y falta un pronunciamiento de nuestro máximo Tribunal, que no ha tomado en cuenta este ítem en sus diversos recursos de casación sobre compensación económica. La Corte Suprema solamente ha observado, tanto para determinar la existencia del menoscabo económico que se requiere para la procedencia de la institución de la compensación económica como para su cuantía, “el estado o situación patrimonial de las partes, el estado de salud de la cónyuge beneficiaria, su situación en materia previsional y de salud”<sup>46</sup>. Este punto no es menor, porque “las sentencias de la Corte Suprema, si bien no constituyen precedentes obligatorios para los jueces, sí que conforman una pauta, una señal o advertencia de que la aplicación correcta de la ley es aquella que determina el tribunal superior”<sup>47</sup>. Por lo tanto, se puede presumir que existe una directriz mayoritaria en la jurisprudencia, pero no concluyente.

##### 5. ¿LA BUENA O MALA FE ES UN CRITERIO ÚTIL PARA EL JUEZ?

Luego de haber expuesto la doctrina y la jurisprudencia, se puede deducir preliminarmente que la buena o mala fe *sí* puede ser un elemento útil para el juez a fin de determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación económica tanto para la nulidad como para los casos de divorcio que no se encuentren contemplados en el artículo 62 inciso 2° de la Ley N° 19.947. Por lo tanto, desechar este criterio únicamente por el hecho que no tenga precedentes en el derecho comparado resulta una reflexión contraproducente. La compensación económica es una institución proveniente de sistemas jurídicos europeos que fue adaptada a la realidad socio-jurídica chilena. “Como cualquier aprendizaje basado en la experiencia ajena, cuesta asimilarlo por completo y resulta difícil poder beneficiarse, sin costo, de la evolución de esta experiencia ajena”<sup>48</sup>. Por tanto, esta innovación de la “buena o mala fe” puede ser tomada en cuanto se le dé un sentido vinculado al concepto de la compensación económica reconocida en el estatuto del matrimonio chileno.

<sup>46</sup> A pesar de haberse tratado con diversas fuentes, no se encontraron fallos de la Corte Suprema haciendo tratamiento de este tema en particular. Por el contrario, en más de un fallo vemos que la Excelentísima Corte ha tomado en cuenta, teniendo especial relevancia, los aspectos ya señalados. Ténganse como ejemplos: C. Suprema, 16 octubre 2014. WL: CL/JUR/7489/2014; C. Suprema, 21 diciembre 2012. WL: CL/JUR/2919/2012; y C. Suprema, 12 noviembre 2009. Rol 7033-2009.

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 119.

<sup>48</sup> STREFF, Judith. La mujer profesional y la compensación económica. *En*: FIGUEROA, Gonzalo, *et al.* (coords.). *Estudios de Derecho Civil. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 129-135. p. 129.

Este artículo comparte la opinión adoptada por cierta parte de la doctrina y la mayoritaria de la jurisprudencia, la cual señala que la buena o mala fe debe circunscribirse únicamente a aspectos patrimoniales. Por ende, el juez debería atender, por ejemplo, al comportamiento que han tenido los cónyuges con los bienes propios o sociales (en caso de estar casados en régimen de sociedad conyugal) durante el matrimonio o luego del quiebre en miras de evitar la compensación económica (por parte del cónyuge deudor) u obtener un lucro a través de ella (por parte del cónyuge beneficiario); o que uno de los cónyuges haya impedido al más débil realizar trabajo lucrativo o remunerado, queriendo y/o pudiendo hacer este último. Para fundamentar esta hipótesis, hay que hacer un ejercicio interpretativo adecuado del artículo 62 inciso 1° la NLMC, yendo un poco más allá del aspecto histórico de la expresión “buena o mala fe” en esta norma.

Por ello, hay que partir diciendo que hay que descartar completamente la interpretación restringida, cuyo argumento consiste que la buena o mala fe se tiene que juzgar solamente dentro de la nulidad matrimonial porque así había sido la intención inicial del legislador. El elemento histórico en la hermenéutica legal “tiene un objetivo preciso: establecer qué dice la norma o, más precisamente, qué quiso decir el legislador al elaborarla”<sup>49</sup>. El conflicto está en que se ha demostrado anteriormente que la intención del legislador en ningún punto de la tramitación de esta ley fue clara sobre el espíritu que debería tener la buena o mala fe dentro de la compensación económica. En consecuencia, no sirve el elemento histórico, establecido en el artículo 19 inciso 2° del Código Civil, para esclarecer esta expresión oscura (o más bien, amplía) de esta frase del artículo 61 inciso 1° de la NLMC.

En segundo término, tampoco se puede restringir esta interpretación a los casos de nulidad matrimonial, ya que como bien indica el adagio jurídico *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir). Si claramente el legislador reconoció solamente en forma expresa que en caso del inciso 2° del artículo 62 el juez podría denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente el monto que habría correspondido al cónyuge que había dado lugar a la causal de dar término al matrimonio por divorcio culposo, no correspondería entonces a los jueces distinguir que la “buena o mala fe” que está consagrada en el inciso 1° del mismo artículo –y que sirve para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación–, se trate privativamente en los casos de nulidad matrimonial, y, en consecuencia, prescindir arbitrariamente de ella en los demás casos de divorcio que no sean culposos respecto de aquel cónyuge beneficiario que fuera culpable.

Ya descartada la tesis de la interpretación restringida, para comprender correctamente la buena fe dentro de la compensación económica se tiene que recurrir entonces a otras normas de hermenéutica legal que estén ubicadas dentro del Código Civil. El elemento

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ, Pablo, *op. cit.* (n. 47), p. 81.

lógico, que se encuentra en artículo 22 inciso 1° del Código de Bello, establece que: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Por lo tanto, en el caso particular, hay que lograr ver cuál es el contexto y correspondencia en las normas sobre la compensación económica en nuestra NLMC con el objetivo de hallar el sentido y alcance de la “buena y mala fe”.

Para conseguir esta conexión coherente dentro del estatuto matrimonial, primeramente hay que establecer la correspondencia existente entre los artículos 61 y 62 de la Ley N° 19.947. Turner responde esta duda al indicar que “el artículo 61 LMC constituye el fundamento de derecho de la compensación económica. El artículo 62 inc. 1° LMC, por su parte, actúa como norma complementaria y de apoyo, cuando se dan los presupuestos señalados en dicha disposición, cumpliendo con la función de medir el menoscabo sufrido. En esta función de parámetros, las circunstancias del artículo 62 inc. 1° LMC pueden llegar a determinar la existencia del menoscabo y, por ende, negar el derecho a exigir la compensación económica aun concurriendo los demás presupuestos de la institución”<sup>50-51</sup>.

En un segundo paso para entender el sentido de la norma, hay que analizar brevemente ambos artículos. El artículo 61 define la compensación económica en los siguientes términos:

<sup>50</sup> TURNER, Susan. “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n° 3, pp. 413-427. p. 423.

<sup>51</sup> En contra, Guerrero, que rebate esta tesis, postuló que “si el legislador escribió el artículo 62 en la Ley de Matrimonio Civil, lo hizo con un sentido, por lo que resulta forzoso buscar una interpretación armónica a ambos artículos como manda el artículo 22 inciso 1° del Código Civil. Entonces, buscando armonizar ambos artículos una posibilidad de interpretación es pensar que el legislador, al utilizar la expresión ‘determinar la existencia del menoscabo económico’ en el artículo 62 LMC., en circunstancias que el artículo 61 ya establecía los supuestos de procedencia, lo hizo restringiendo exclusivamente su alcance a la cuantificación, y por ello habla de existencia de menoscabo económico y no existencia de compensación económica, que ya está determinada en el artículo 61 LMC” (GUERRERO, José Luis, *op. cit.* (n. 19), p. 7).

No se está de acuerdo con esta opinión, puesto que se puede probar el menoscabo económico en virtud del artículo 61 inciso 1° a través de medios probatorios relacionados con los factores no taxativos establecidos en el inciso 2°. Así, los indicios de este menoscabo pueden demostrarse a través de certificados de matrimonio (duración del matrimonio y la edad de los cónyuges), certificado de hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio o hijos de filiación no matrimonial después del quiebre matrimonial (convivencia entre las partes), cotizaciones históricas previsionales y de salud, certificados médicos, enajenaciones de bienes o movimientos financieros previos al juicio de divorcio (mala fe), etcétera. Por consiguiente, se está más de acuerdo con la posición de Turner, de que el inciso 2° sirve de apoyo para determinar la existencia del menoscabo sufrido por medio de los criterios descritos en el inciso 1° del artículo 61 de la NLMC.

“Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

A pesar de que la discusión de la naturaleza jurídica y fundamentos de esta institución todavía se encuentra vigente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, está claro por unanimidad de ellos que el fin último de la compensación económica no es indemnizar perjuicios morales ocasionados por los cónyuges.

Esto se refuerza con lo establecido en el artículo 62 de la misma ley, que indica los criterios que deberá considerar especialmente el juez para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación:

“la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge”.

Tanto la definición del artículo 61 como los criterios no taxativos del artículo 62 apuntan directamente a la relación que tuvo el cónyuge más débil en las labores domésticas y al cuidado de los hijos con el menoscabo económico: la situación patrimonial, el costo laboral, la falta de posibilidades a la reinserción laboral, la imposibilidad de ejercer actividad lucrativa o remunerada queriendo y pudiendo hacerlo, etcétera<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> El artículo 97 del Código Civil Español otorga los elementos que debe tomar en cuenta el juez para fijar una pensión compensatoria. Obsérvese también que, al igual que la compensación económica consagrada en nuestra NLMC, sus criterios están relacionados con aspectos netamente patrimoniales:

1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2.ª La edad y el estado de salud.

3.ª La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Con la afirmación anterior, también se puede desechar el motivo del quiebre matrimonial en los casos no previstos en el artículo 62 inciso 2° de la NLMC como uno de los elementos a considerar en la cuantía de la compensación, ya que ese asunto es meramente moral y, como ya se ha visto reiteradamente, la compensación económica no tiene como fin indemnizar daños morales, a excepción de que el actuar inmoral o ilegal—dependiendo del caso— tenga repercusiones en alguno de los otros criterios que la ley estima para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación económica. Esto pasa con la mayoría de los criterios que no son absolutos por sí mismos, por cuanto concurren otras circunstancias que deben ser analizadas conjuntamente, en la medida que ellas sean pertinentes<sup>53</sup>.

Por último, podría replicarse falazmente este juicio por medio del artículo 62 inciso 2°, ya que el juez puede sancionar al cónyuge culpable de denegar o disminuir su derecho a la compensación económica en base a comportamientos contrarios a la moral o a la ley. Sin embargo, la base de denegar o disminuir el monto de la compensación no es la realización de la conducta en sí misma, sino es en base al principio de que nadie puede alegar en su favor su propia culpa o dolo (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). El legislador, también lo entendió claramente en este sentido<sup>54</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El inciso 1° del artículo 61 de la NLMC le entregó algunos criterios al juez para determinar la existencia del menoscabo y fijar la cuantía de la compensación económica. La “buena o mala fe” fue el único de ellos que no tenía precedentes en el derecho comparado, por lo que los antecedentes históricos serían fundamentales para dilucidar el sentido y el alcance que se quería dar a esta frase dentro de la norma. Sin embargo, el legislador lo oscureció más debido a la falta de dominio de conceptos, a las ambiguas ideas sobre la naturaleza jurídica de la compensación que querían plasmar en el estatuto matrimonial y una vaga explicación de su posible utilidad práctica.

Por lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han dado, dentro de la escasez, diversas interpretaciones para darle un adecuado contexto a la buena o mala fe en materia de compensación económica. Por todos los argumentos esgrimidos en este artículo, la única que responde satisfactoriamente con todas las preguntas realizadas al plantear este problema es aquella posición que se toma en cuenta la buena o mala fe—objetiva— de los cónyuges, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

<sup>53</sup> En este sentido, BARCIA, Rodrigo y RIVEROS, Carolina. “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n° 2, pp. 249-278. p. 266.

<sup>54</sup> *Cfr.* nota n° 8.

i) Tienen que ser actos relacionados al patrimonio propio o social (si corresponde) o que impidan directa o indirectamente al cónyuge más débil desempeñar una actividad lucrativa o remuneratoria;

ii) Éstos tienen que ser ejecutados durante el matrimonio o, luego del cese de convivencia o al conocerse el vicio que invalidaba el acto del matrimonio; y,

iii) Esta conducta tiene como fin paliar, eludir, lucrar o realizar cualquier otra acción que repercutiera en una eventual existencia de menoscabo o variar en la cuantía de la compensación económica.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Libros, artículos y fuentes on-line

BARAONA, Jorge. Compensación económica en el divorcio. Análisis de los artículos 61 y 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil. En: LEPÍN, Cristián y MUÑOZ, Karen (coords.). *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*. Santiago: Legal Publishing, 2013, pp. 399-417.

BARCIA, Rodrigo y RIVEROS, Carolina. “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n° 2, pp. 249-278.

CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.947. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. <En línea> Valparaíso, 2004. [Citado 20 abril 2015]. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19947](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19947)>.

CORRAL, Hernán. *Separación, nulidad y divorcio. Análisis de los principios y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil*. Santiago: Legal Publishing, 2011.

CORRAL, Hernán. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. En: LEPÍN, Cristián y MUÑOZ, Karen (coords.). *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*. Santiago: Legal Publishing, 2013, pp. 167-203.

GARRIDO, Carlos y LÓPEZ, Carlos. *La Compensación Económica en la Nulidad y el Divorcio*. Santiago: Libromar, 2013.

GUERRERO, 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 (Valparaíso)*, n° 27, t. 2, pp. 55-94.

ISLER, Erika. “Los principios en la Ley 19.947: análisis y desarrollo”, en: *Revista Ars Boni et Aequi*, n° 5, pp. 81-114.

LEPÍN, Cristián. *La Compensación Económica. Efecto patrimonial de la terminación del Matrimonio*.

Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

LLULLE, Phillipe. *Divorcio, compensación económica y responsabilidad civil conyugal*. Santiago: Legal Publishing, 2013.

OLIVARES, Rodrigo. *El menoscabo en la compensación económica de la ley de matrimonio civil*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Ambrosio Rodríguez. Santiago: Universidad de Chile, 2008.

PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro. *La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial*. Santiago: Legal Publishing, 2009.

PIZARRO, Carlos. “La Cuantía de la Compensación Económica”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 22, n° 1, pp. 35-54.

RAMOS, René. *Derecho de Familia*. 6ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

RODRÍGUEZ, Pablo. *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

STREFF, Judith. La mujer profesional y la compensación económica. En: FIGUEROA, Gonzalo, *et al.* (coords.). *Estudios de Derecho Civil. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 129-135.

TRONCOSO, Hernán. *Derecho de Familia*. 14ª edición actualizada. Santiago: Legal Publishing, 2011.

TURNER, Susan. “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil: tres cuestiones dogmáticas”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n° 3, pp. 413-427.

TURNER, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil. En: VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*. Santiago: Legal Publishing, 2005, pp. 481-507.

VELOSO, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. En: LEPÍN, Cristián y MUÑOZ, Karen (coords.). *Compensación Económica. Doctrinas Esenciales*. Santiago: Legal Publishing, 2013, p. 101-122.

VIDAL, Álvaro. La Compensación Económica en la Ley de Matrimonio Civil ¿Un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual? <En línea>. 2006 [Citado 3 junio 2015]. Disponible en la World Wide Web: <[http://cl.microjuris.com.ezproxy.puc.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJD150&links=\[VID,%20OLIV,%20ALV\]](http://cl.microjuris.com.ezproxy.puc.cl/getContent?reference=MJCH_MJD150&links=[VID,%20OLIV,%20ALV])>.

VIDAL, Álvaro. La compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica. En: *Cuadernos de análisis jurídicos. Compensación económica por divorcio o nulidad*. Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2009, pp. 17-78.

## 2. *Jurisprudencia*

2° JF San Miguel. 13 diciembre 2010. RIT C-1758-2010 <En línea>. [Citado 24 junio 2015]. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.anais.cl/?p=132>>.

2° JF Santiago. 9 noviembre 2007. WL: CL/JUR/3652/2007.

C. Antofagasta. 31 octubre 2005. WL: CL/JUR/902/2005.

C. Antofagasta. 20 diciembre 2005. WL: CL/JUR/1450/2005.

C. Concepción. 29 febrero 2008. WL: CL/JUR/1706/2008.

C. Concepción. 13 marzo 2008. WL: CL/JUR/5625/2008.

C. Concepción. 3 abril 2008. WL: CL/JUR/5636/2008.

C. Santiago. 3 octubre 2007. WL: CL/JUR/2102/2007.

C. Santiago. 30 diciembre 2011. WL: CL/JUR/9095/2011.

C. Suprema, 16 octubre 2014. WL: CL/JUR/7489/2014.

C. Suprema, 21 diciembre 2012. WL: CL/JUR/2919/2012.

C. Suprema, 12 noviembre 2009. Rol 7033-2009.

C. Rancagua. 8 enero 2010. WL: CL/JUR/185/2010.

C. Valparaíso. 24 mayo 2010. WL: CL/JUR/2969/2010.